

Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux

Olivier De Schutter*

Trois dynamiques ont conduit à la situation actuelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Ces dynamiques sont essentiellement indépendantes les unes des autres. Elles présentent cette caractéristique commune d'attribuer aux droits fondamentaux une fonction instrumentale : plutôt que d'être poursuivis pour eux-mêmes, les droits fondamentaux sont apparus jusqu'à présent, en ordre dispersé, en fonction des nécessités liées aux progrès de la construction européenne (I.). L'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution pour l'Europe invite cependant à réfléchir comment l'acquis de l'Union en matière de droits fondamentaux peut être investi d'un sens nouveau. A la vocation originelle des droits fondamentaux dans l'Union – vocation purement instrumentale ou défensive –, ne pourrait-on voir se substituer une référence aux droits fondamentaux qui oriente le sens de concepts aussi centraux à la construction européenne que ceux de la citoyenneté de l'Union ou de la signification de la confiance mutuelle des Etats dans un espace commun de liberté, de sécurité et de justice ? Cela supposerait que les droits fondamentaux ne constituent plus uniquement une limite, imposée de l'extérieur, à l'action des institutions ou des Etats membres dans le domaine d'application du droit de l'Union, mais figurent au contraire au centre de la construction de l'espace commun de l'Union ; et cela supposerait que les instruments que l'Union a à sa disposition servent à réaliser les droits fondamentaux, de manière affirmative. A l'obligation pour l'Union de ne pas violer les droits fondamentaux, viendrait s'ajouter ainsi, conformément à ce que prévoit la Charte elle-même¹, l'obligation d'en promouvoir l'application. Après avoir identifié les possibilités d'une telle politique de l'Union en matière de droits fondamentaux dans le cadre constitutionnel proposé par la Convention sur l'avenir de l'Europe (II.), ce chapitre tente de réfléchir les mécanismes institutionnels dont cette politique devrait s'accompagner (III.).

Texte paru originellement in : O. De Schutter et P. Nihoul (éd.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-117

* Professeur à l'Université catholique de Louvain et coordinateur du Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux. Les opinions exprimées ici sont strictement personnelles et ne sauraient engager le réseau ni les institutions de l'Union.

¹ Voy. l'article II-51 § 1, du projet de traité visant à établir une Constitution pour l'Europe.

I. Les dynamiques des droits fondamentaux dans le droit de l'Union²

Dans l'ordre chronologique de leur apparition par couches successives dans la construction communautaire, puis dans celle de l'Union, trois dynamiques se sont superposées l'une à l'autre pour conférer aux droits fondamentaux le statut qui est le leur dans le cadre actuel. Une première dynamique a consisté à faire figurer les droits fondamentaux comme ciment du marché intérieur ou, aujourd'hui, de l'espace de liberté, de sécurité et de justice par lequel se définit le projet européen. Cette dynamique est à la fois la plus sous-estimée dans ses conséquences et la plus complexe : cela expliquera qu'on y consacre un commentaire plus approfondi (I.1.). Les deux autres dynamiques, amenées l'une par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux principes généraux du droit (I.2.), l'autre par l'institution d'une citoyenneté de l'Union européenne (I.3.), sont plus connues : elles méritent des développements moins amples.

I.1. Les droits fondamentaux comme instrument de constitution d'un espace commun

Une première dynamique est liée à ce qui constitue le sens essentiel du projet européen – sinon son objectif ultime, du moins l'instrument principal de sa réalisation : celui de la création entre les Etats membres d'un espace relativement homogène. Il s'agissait d'abord de créer les conditions d'une libre circulation des facteurs de production entre les Etats membres de la Communauté, accompagnée de l'élimination des principales sources de distorsions de concurrence³; il s'est plus récemment enrichi de l'ambition d'un espace de liberté, de sécurité et de justice "au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène"⁴. Le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe dit à présent que "L'Union offre à ses citoyennes et à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, et un marché unique où la concurrence est libre et non faussée"⁵.

Dès l'origine de la construction communautaire, certaines "libertés fondamentales" ont été inscrites dans le Traité de Rome du 25 mars 1957 afin de garantir cette liberté de circulation des facteurs de production d'où, pensait-on, devait découler naturellement aussi bien la croissance économique que le progrès social. Parmi ces "libertés fondamentales", ainsi nommées en raison de l'importance du rôle qu'elles assument dans le droit de la Communauté européenne plutôt qu'en raison de l'appartenance de ces libertés à la famille des "droits fondamentaux" généralement reconnus, figurent notamment la liberté des travailleurs de rechercher un emploi dans un autre Etat membre, ce qui impliquait l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité (articles 7 et 48 CEE (devenus, après modifications, les articles 12 et 39 CE)); la liberté d'établissement des indépendants (article 52 CEE (devenu, après modification, l'article 43 CE)); la libre prestation des services (article 59 CEE (devenu, après modification, l'article 49 CE)); la liberté de concurrence, qui se traduit par l'interdiction des ententes entre entreprises et de l'abus de position dominante (articles 85 et 86 CEE (devenus les articles 81 et 82 CE)). Ces "libertés fondamentales" sont de nature économique. Ce sont des libertés d'agents sur le marché, avant que de constituer des droits de l'être humain. Ces libertés constituent l'instrument de réalisation du marché commun : ils font partie de son armature juridique.

² Une partie des développements qui suivent sont repris de : O. De Schutter, "Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis", in E. Bribosia et L. Hennebel, *Classer les droits de l'homme*, coll. "Penser le droit", Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 305-349.

³ L'objectif d'un marché intérieur caractérisé par "l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux", et doté d'un "régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur" (voy. actuellement l'article 3 § 1^{er}, al. c) et g), CE), était formulé dès le traité de Rome du 25 mars 1957.

⁴ Article 2 du Traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. Dans sa version antérieure, cette disposition (ex-article B du Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 2 février 1992) ne mentionnait pas la notion d'un tel espace de liberté, de sécurité et de justice.

⁵ CONV 820/03, Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe (texte présenté par le Président de la Convention au Conseil européen de Thessalonique le 20 juin 2003), article I-3, § 2.

Mais c'est plus largement aussi que les droits fondamentaux – et non seulement les libertés économiques – sont progressivement apparus comme des compléments indispensables de l'espace unique européen. Ce n'est pas, certes, qu'espace unique signifie espace homogène. Des différences d'Etat membre à Etat membre, dans le domaine des droits fondamentaux, peuvent parfaitement subsister, sans que l'idée d'un espace unique s'en trouve nécessairement remise en cause. Mais il y a des limites, en même temps, à la mise en oeuvre décentralisée des droits fondamentaux, c'est-à-dire à abandonner cette mise en oeuvre aux Etats membres, sans harmonisation d'aucune sorte au plan de l'Union européenne. L'existence d'un espace unique entre eux crée entre les Etats des interdépendances telles que les réalisations de chaque Etat dans le domaine des droits fondamentaux produisent nécessairement des conséquences sur tous les autres Etats. Ces conséquences seront tantôt favorables à la mobilité au sein de cet espace, tantôt elles lui seront défavorables. Parfois elles peuvent appeler des initiatives coordonnées – ainsi l'inscription, dès le Traité de Rome de 1957, de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un même travail, était-elle justifiée par le souci d'égaliser les conditions de la concurrence dans l'ensemble de la Communauté économique européenne⁶; et l'on peut expliquer à partir du même souci, en général, les progrès de l'Europe sociale⁷ – , parfois au contraire la mise en concurrence sans coordination des régimes réglementaires étatiques aboutira à des résultats qu'on pourra juger satisfaisants – l'absence d'une harmonisation sociale, en particulier, a été longtemps justifiée par la foi dans les effets bénéfiques de pareille compétition réglementaire entre les Etats⁸ –. En tout cas, ces interdépendances sont devenues tellement évidentes qu'elles ne peuvent plus être ignorées. Elles peuvent appeler une intervention au plan de l'Union européenne.

Quatre exemples peuvent illustrer cette affirmation très générale. Deux exemples se situent dans le cadre de l'établissement du marché intérieur. Deux autres exemples se situent dans le cadre de l'instauration de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Les deux premiers exemples illustrent que la mise en oeuvre décentralisée des droits fondamentaux peut amener un recloisonnement des économies nationales ou des distorsions de concurrence, rendant nécessaire l'adoption d'une initiative pour la préservation du marché commun. Les deux derniers exemples montrent que l'absence de toute coordination entre Etats membres dans la mise en oeuvre des droits fondamentaux peut mettre en danger la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice : un tel espace suppose en effet pour son fonctionnement harmonieux non seulement la garantie d'un seuil minimum commun en matière de droits fondamentaux, mais encore l'absence d'écarts trop importants d'Etat membre à Etat membre, à défaut de quoi se font jour des distorsions qui ne sont pas sans présenter certaines analogies avec celles qui, dans le domaine économique, sont présentées comme faussant la concurrence.

La premier exemple est celui de l'adoption de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des

⁶ Sur les motifs de l'insertion de l'article 119 dans le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, voy. C. Barnard, "The Economic Objectives of Article 119", in: T.K. Hervey & D. O'Keefe (ed.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester - New York - Brisbane - Toronto - Singapore, John Wiley & Sons, 1996, p. 321 : il s'agissait, en imposant un standard commun en matière d'égalité des rémunérations, d'éviter que des écarts entre les réglementations nationales n'aboutissent à des distorsions de concurrence dans le marché commun. La Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (*J.O.C.E.*, n°L 45, 19.2.1975, p. 19), est encore fondée sur l'article 100 du traité CEE, relatif au rapprochement des législations nationales ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. L'extension qu'a connue l'article 119 du traité CEE (actuellement devenu, après modifications, l'article 141 CE) devrait rendre à l'avenir inutile le détour par cette base juridique.

⁷ Ces progrès ont été notables depuis l'origine de la Communauté européenne (alors Communauté économique européenne). La traduction en est en particulier à présent l'adjonction d'un titre "Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse" dans le traité CE par le traité de Maastricht du 7 février 1992, puis, avec l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 1999 du traité d'Amsterdam, l'enrichissement de ce titre par l'extension des possibilités qu'a la Communauté de soutenir l'action des Etats membres dans cette matière. Voy. notamment, pour une reconstruction historique exemplaire, J. Kenner, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, 2003.

⁸ Voy. S. Deakin, "Labour Law as Market Regulation : The Economic Foundations of European Social Policy", in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra et S. Simitis (éd.), *European Community Labour Law : Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 62.

données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁹. Cette directive a pour base juridique l'ancien article 100 A du traité CE (devenu, après modification, l'article 95 CE), qui prévoit que le Conseil peut arrêter des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Or cette directive a pour objet explicite *la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*. Plus précisément, la directive poursuit un double objet : non seulement celui de faciliter la libre circulation des données à caractère personnel d'Etat membre à Etat membre, ce qui peut favoriser la libre circulation des marchandises et la prestation de services transfrontières, mais également celui d'éviter que, sous la pression de ces libertés de circulation, les protections accordées à la vie privée par les réglementations nationales se trouvent progressivement érodées. Le Préambule de la directive éclaire le lien entre l'intervention de la Communauté aux fins de garantir un niveau de protection uniforme de la vie privée et l'objectif d'un "espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée"¹⁰:

les différences entre Etats membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard des traitements de données à caractère personnel peuvent empêcher la transmission de ces données du territoire d'un Etat membre à celui d'un autre Etat membre; (...) ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l'exercice d'une série d'activités économiques à l'échelle communautaire, fausser la concurrence et empêcher les administrations de s'acquitter des responsabilités qui leur incombent en vertu du droit communautaire (...)¹¹.

L'imposition de certaines normes communes en matière de traitement de données à caractère personnel, garantissant un seuil minimal de protection de la vie privée vis-à-vis des traitements visés par la directive, rend compatibles les exigences des droits fondamentaux et celles du marché intérieur : laisser aux Etats le soin de définir le niveau de protection souhaitable, aurait au contraire entraîné le risque soit que les différences de niveaux de protection entre les législations nationales fassent obstacle à l'échange de données d'Etat membre à Etat membre, soit que la protection de la vie privée dont bénéficie l'individu soit ramenée au plus grand commun dénominateur des législations nationales, c'est-à-dire s'aligne sur la loi nationale offrant les garanties les plus faibles¹².

Le second exemple est celui de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services¹³. Cette directive se présente d'abord comme visant à faciliter la prestation de services transnationale, ce dont atteste le choix de sa base juridique¹⁴. Mais son analyse aussi bien que les circonstances de son adoption ne laissent aucun doute quant à la réalité des motivations qui guidaient ses auteurs. Le véritable objectif de cette initiative était d'éviter *le dumping social* en provenance des Etats ne reconnaissant que des garanties moindres au travailleur – du point de vue des rémunérations, des conditions ou horaires de travail, ou de la durée des congés payés – que n'en offre la loi de l'Etat destinataire des services : l'écart entre ces réglementations permet en effet aux entreprises établies dans les Etats les moins protecteurs d'offrir à un destinataire de services établi dans un autre Etat membre, à des prix normalement moindres que ceux exigés par les entreprises de ce dernier Etat,

⁹ J.O.C.E., n° L 281/31 du 23.11.1995. Voy. aussi, complétant la première directive en ce qui concerne le secteur des télécommunications, la Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E., n° L 24 du 30.1.1998.

¹⁰ Article 14 § 2 CE.

¹¹ Considérant 7 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹² Ce niveau aurait été en réalité celui fixé par la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ouverte à la signature dans le cadre du Conseil de l'Europe (S.T.E., n° 108). La directive 95/46/CE précise qu'elle vise un niveau de protection supérieur à celui de cette convention, en vigueur à l'égard de l'ensemble des Etats membres de l'Union.

¹³ J.O.C.E., n° L 18/1 du 21.1.1997.

¹⁴ La directive est adoptée sur la base de l'article 57 § 2 du traité CE (devenu l'article 47 § 2 CE).

d'effectuer pour lui certains travaux¹⁵. Ainsi, ce qui justifie une initiative visant à faciliter la prestation de services transnationale, c'est la menace que fait peser sur les droits des travailleurs le développement de telles prestations de services¹⁶. Le Préambule de la directive met l'accent plutôt sur le fait que c'est la "promotion de la prestation de services dans un cadre transnational" qui "nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs". Cette affirmation n'est certes pas dénuée de fondement¹⁷. Il n'en demeure pas moins que l'adoption de cette directive a permis, en même temps que de faciliter la prestation de services transnationale en précisant le cadre juridique en droit communautaire, de *favoriser le respect de certains droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, tels qu'il appartient à la loi nationale de l'Etat destinataire du service de les définir. Ici également, l'initiative européenne vise à concilier le souci de protection des droits fondamentaux – ici, les droits sociaux des travailleurs – avec les exigences d'un marché intérieur dans lequel, notamment, la libre prestation des services transfrontaliers doit être garantie.

Un troisième exemple se situe dans le domaine de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, qui se trouve aujourd'hui dans une phase de sa construction où elle passe par la reconnaissance mutuelle des décisions de justice rendues en matière répressive¹⁸. Au fondement de la notion de reconnaissance mutuelle se situe l'idée que les Etats membres de l'Union peuvent s'accorder entre eux une confiance réciproque. Cette confiance à son tour est fondée sur l'appartenance de l'ensemble de ces Etats à la Convention européenne des droits de l'homme, et donc sur l'existence de certains standards minima que tous ces Etats sont censés respecter¹⁹. En d'autres termes, la qualité d'Etats parties à la Convention de l'ensemble des Etats de l'Union impliquerait que puisse jouer entre eux un "principe d'équivalence", c'est-à-dire une présomption selon laquelle chacun de ces Etats respecte effectivement la Convention européenne des droits de l'homme qu'il s'est engagé internationalement à respecter, ce qui dispenserait chacun des Etats de l'Union de vérifier, au cas par cas, si cette présomption est effectivement fondée dans les circonstances propres de l'espèce : il découlerait de ce principe d'équivalence que, dans le cadre des coopérations qu'il noue avec d'autres Etats – que sa propre intervention se situe en amont ou en aval de l'intervention de l'un de ceux-ci –, un Etat partie à la Convention devra exercer un contrôle moins exigeant sur la conformité des actes d'un autre Etat

¹⁵ Voy. P. Davies, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems ? », *C.M.L. Rev.*, vol. 34, 1997, p. 571, ici p. 573.

¹⁶ Il ne s'agit d'ailleurs pas tant de garantir les droits des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transnationale, que de protéger ceux des travailleurs employés dans l'Etat destinataire de la prestation, et dont les droits pourraient être progressivement érodés sous la pression de la concurrence d'opérateurs économiques offrant des services à partir d'autres Etats membres.

¹⁷ Dès lors que la Cour de justice des C.E. avait admis que la protection des travailleurs pouvait figurer à certaines conditions parmi les raisons impérieuses d'intérêt général qui sont de nature à justifier la réglementation étatique constituant une entrave à la libre prestation des services (C.J.C.E., 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Limitada d'Immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417), l'argument que l'"harmonisation partielle" réalisée par la directive sur le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services présente certains avantages pour celle-ci et, donc, pour le prestataire de services lui-même, ne peut en effet être écarté : outre l'avantage de la sécurité juridique que présente cette harmonisation partielle, l'on peut supposer que le juge communautaire examinera avec d'autant plus de sévérité les restrictions supplémentaires à la libre prestation de services que l'Etat d'accueil voudra lui apporter au nom de la protection des droits des travailleurs (comme la directive le lui permet pourtant "dans le respect du traité": voy. l'article 3, § 10, de la directive).

¹⁸ Celle-ci, dont le principe a d'abord été évoqué lors du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998 (voy. le Programme de mesures destiné à mettre en oeuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (J.O.C.E. n° C 12 du 15 janvier 2001, p. 10), a été définie comme "pierre angulaire" de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne dans les conclusions du Conseil européen de Tampere, des 15 et 16 octobre 1999. Voy. surtout, pour un panorama des initiatives que la reconnaissance mutuelle en cette matière a suscitées, G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 2001.

¹⁹ Le Programme de mesures destiné à mettre en oeuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, précité, soulignait déjà que "La mise en oeuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales suppose une confiance réciproque des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale respectifs. Cette confiance repose en particulier sur le socle commun que constitue leur attachement aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit". Le premier considérant qui figurait dans la Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres présentée par la Commission le 19 septembre 2001 se lit : "L'établissement d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice repose sur la confiance mutuelle dans les systèmes de justice pénale des Etats membres. Ces systèmes s'appuient sur les principes de la liberté, de la démocratie et de l'Etat de droit et respectent les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne [des droits de l'homme] et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne".

contractant à la Convention européenne des droits de l'homme que sur celle des actes d'un Etat tiers, non partie à la Convention²⁰. Mais à défaut d'une harmonisation des garanties que prévoit, au bénéfice de l'accusé, la procédure pénale de chaque Etat membre, les Etats offrant les garanties les plus fortes vont être tenus de coopérer avec les Etats offrant les garanties les plus faibles, ce qui peut amener, dans l'ensemble, une réduction des droits de l'accusé.

Certes, ici encore, les Etats membres de l'Union européenne étant soumis au respect de certains standards communs en raison des engagements internationaux auxquels ils ont souscrit, l'on pourrait miser sur la possibilité d'une reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale justifiée par l'existence de tels standards, dès lors qu'il reste loisible à chaque Etat de refuser de coopérer avec un autre Etat lorsque celui-ci se situe manifestement en-deça de ces exigences²¹ - sans pour autant, naturellement, qu'il revienne à chaque Etat membre de définir le niveau de ces exigences selon la conception qu'il se fait des garanties que doit offrir la procédure pénale²². Mais l'on peut aussi vouloir saisir cette opportunité afin d'élever ces standards au niveau d'une meilleure protection des droits de l'accusé, et éviter ainsi que la coopération judiciaire en matière pénale repose exclusivement sur un seuil minimal de protection, obligeant les Etats garantissant un niveau de protection élevé à coopérer avec des Etats qui, tout en se tenant au-dessus du seuil minimal de protection, la garantissent à un niveau nettement moindre. A l'argument selon lequel il convient d'éviter que les progrès de la coopération judiciaire en matière pénale aboutissent à une réduction du niveau moyen des protections qu'offrent les procédures pénales des Etats membres, la Commission européenne en ajoute un second dans l'introduction au Livre vert sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, là où elle estime que "Les citoyens européens et les personnes résidant dans l'UE peuvent raisonnablement s'attendre à bénéficier des mêmes garanties en matière de procédure pénale dans l'ensemble de l'UE"²³. Dans le document de consultation préparatoire au Livre vert du 19 février 2003, diffusé début 2002, la Commission soulignait, de manière plus explicite encore, que

"pour faire naître la confiance et le respect mutuels qu'exige un véritable 'espace de liberté, de sécurité et de justice', les normes de protection applicables aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales doivent être suffisantes dans toute l'Union européenne. Les citoyens voyageant à l'étranger doivent pouvoir être certains que les normes en vigueur

²⁰ Sur la question de savoir si cette présomption trouve un appui dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. O. De Schutter, "L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, préf. A. Vitorino, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 2002, p. 223.

²¹ Voy. ainsi l'article 1 § 3 de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI) (*J.O.C.E.* n° L 190 du 18 juillet 2002, p. 1), selon lequel la décision-cadre "ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne". Le point 13 du Préambule de la décision-cadre est plus explicite encore sur ce point : "La (...) décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (...). Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons".

²² En décembre 2001, lors de l'étape ultime des négociations portant sur le mandat d'arrêt européen, il s'est trouvé encore quatre Etats membres (Finlande, Irlande, Suède et Danemark) pour estimer que le refus d'exécution du mandat d'arrêt européen devait pouvoir se fonder sur "la contrariété aux principes fondamentaux de l'Etat d'exécution". La présidence belge a invité ces délégations "à reconsidérer leur demande compte tenu d'une part du principe de reconnaissance mutuelle qui s'accommode mal d'une multiplication des contrôles dans l'Etat d'exécution et d'autre part des références [faites dans la proposition de décision-cadre à la nécessité de veiller strictement au respect des droits fondamentaux]". En définitive, l'identification des normes communes applicables à la procédure pénale à laquelle s'apprête à procéder la Commission européenne est de nature à éviter la tentation, dans le chef des Etats normalement tenus de coopérer au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en reconnaissant de plein droit le mandat d'arrêt émis par un autre Etat, d'instrumentaliser la possibilité que laisse l'article 1 § 3 de la Décision-cadre du 13 juin 2002 afin de faire primer leur propre conception des exigences de la justice pénale sur leur obligation de coopération.

²³ Livre vert de la Commission, "Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne", COM(2003) 75 final, Bruxelles, le 19.2.2003, p. 11.

offrent une protection équivalente dans tous les États membres, de manière à ce que leur libre circulation ne soit pas entravée par la crainte d'être soumis à un système juridique appliquant des normes moins strictes²⁴.

Ici encore apparaît la contribution que peut apporter l'harmonisation de la protection des droits fondamentaux au plan de l'ensemble des États membres de l'Union européenne à la constitution d'un espace unique entre ces États. L'identification des critères minimaux à appliquer dans l'Union européenne – sur des sujets tels que le droit à l'avocat, le droit à l'interprète, l'administration de la preuve, la détention provisoire ou les procédures *in absentia* – dès le moment où une personne devient suspecte sert à favoriser la libre circulation au sein de cet espace : l'effectivité de la liberté de circulation suppose que l'on puisse avoir la garantie, où que l'on choisisse de l'exercer, que certaines normes minimales seront respectées. L'argument rappelle celui invoqué par l'Avocat général F. G. Jacobs, qui estimait dans des conclusions de 1992 que le ressortissant communautaire qui exerce une liberté de circulation reconnue dans le traité "n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'État d'accueil ; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme"²⁵. Invoqué alors pour justifier une lecture extensive du "domaine d'application" du droit communautaire dans lequel pouvaient être invoqués les droits fondamentaux reconnus au titre des principes généraux qu'il reconnaît, le lien entre l'effectivité de la libre circulation sert plutôt, dans le Livre vert de la Commission sur les garanties procédurales de l'accusé, à justifier l'intervention de l'Union au regard du principe de subsidiarité. Mais c'est la même complémentarité qui se trouve chaque fois affirmée : celle de la liberté de circulation d'une part, et des droits fondamentaux de l'autre – des droits dont la protection constitue le "ciment" garantissant que le candidat à la libre circulation ne sera pas dissuadé de l'exercer par la crainte des atteintes qu'il risquerait de subir dans un État membre autre que le sien.

Un dernier exemple se situe dans les domaines de l'asile et de l'immigration. Traitée dans le cadre intergouvernemental jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1999, cette matière est à présent en partie une compétence communautaire, bien qu'elle présente encore des spécificités notables par rapport aux autres matières du premier pilier²⁶. La Communauté ne détient pas pour autant une compétence exclusive dans ce domaine. Ses initiatives doivent être justifiées au regard du principe de subsidiarité. Mais précisément, certaines de ces initiatives peuvent se fonder sur le constat qu'à défaut d'une certaine harmonisation entre les États membres, des écarts entre les protections qu'ils offrent peuvent conduire à des distorsions, de manière telle que les choix de chaque État produisent nécessairement des répercussions à l'égard de tous les autres États qui partagent avec lui un même espace. Ainsi, l'élaboration de normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres est justifiée comme suit dans l'Exposé des motifs que la Commission joint à la Proposition de directive du Conseil qu'elle a présentée dans ce domaine:

"Ces normes minimales communes contribueront à limiter les mouvements secondaires de demandeurs d'asile *qui résultent des disparités de procédure entre les États membres*. De cette façon, les demandeurs d'asile choisiront leur pays de destination pour des raisons qui tiendront moins aux règles et aux pratiques procédurales que cela n'a été le cas jusqu'à présent. L'absence persistante de normes sur la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié aurait un effet contraire sur l'efficacité des autres instruments prévus en matière d'asile. En revanche, dès lors que des normes minimales auront été établies, la mise en oeuvre, entre autres, d'un système

²⁴ Document de consultation de la DG Justice et affaires intérieures, "Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales", para. 1.

²⁵ Concl. préc. C.J.C.E., 30 mars 1993, *C. Konstantinidis*, C-168/91, *Rec.*, p. I-1191, point 46 des conclusions.

²⁶ Voy. le titre IV de la troisième partie du traité CE : "Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes".

efficace pour la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile sera pleinement justifiée²⁷.

Pour le même motif – celui de l'interdépendance des Etats dans le mise en oeuvre des droits fondamentaux, dès lors que ces Etats partagent un même espace au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée –, une réflexion sur les objectifs qui doivent être poursuivis à l'échelle de l'Union peut appeler une observation mutuelle des pratiques suivies par les Etats dans le domaine, lui aussi partagé entre l'Union et ses Etats membres, de l'immigration²⁸.

Ces exemples illustrent le double lien que peut présenter la protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne avec l'espace de liberté, de sécurité et de justice dont celle-ci a l'ambition. D'un côté, ces droits fondamentaux peuvent contribuer, par eux-mêmes, à l'émergence de cet espace : c'est le cas non seulement des libertés dites fondamentales de circulation, mais également des droits fondamentaux dont l'harmonisation à l'échelle de l'ensemble de l'Union encourage la mobilité, c'est-à-dire l'exercice effectif des libertés de circulation formellement reconnues dans le Traité de Rome. D'un autre côté, les droits fondamentaux peuvent apparaître comme des obstacles à la mobilité au sein de l'espace unique, tant qu'ils sont confiés à la protection des Etats membres et que ceux-ci peuvent dès lors vouloir tirer argument de la nécessité de les sauvegarder pour restreindre l'étendue de la libre circulation : en pareil cas, l'harmonisation de ces droits au plan de l'Union européenne se justifie alors par la nécessité de surmonter cet obstacle que la mise en oeuvre décentralisée des droits fondamentaux peut représenter pour l'émergence d'un espace véritablement unique. C'est ainsi que le législateur communautaire peut présenter comme contribuant à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services l'adoption d'instruments dont la contribution véritable a été, plutôt, à la protection de la vie privée vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel ou à la protection des droits des travailleurs.

1.2. Les droits fondamentaux comme instrument de préservation de la primauté du droit européen

Mais c'est en général à un autre développement du droit européen que l'on songe, lorsque l'on évoque les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Cette dynamique – la deuxième dans cette présentation, parce qu'elle arrive, du point de vue chronologique, à la suite de la précédente – a consisté dans le souci de la Cour de justice des Communautés européennes de répondre à la menace que faisait peser sur l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit national des Etats membres, l'attitude de certaines juridictions constitutionnelles mettant en doute l'exigence de cette primauté lorsqu'elle risque de conduire à un affaiblissement des droits fondamentaux reconnus dans des constitutions étatiques²⁹. Dès 1969, la Cour de justice de Communautés européennes a jugé devoir faire figurer les droits fondamentaux de la personne parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect, en vertu de l'article 164 du traité CEE (devenu l'article 220 CE). Elle a identifié ces droits au départ des traditions constitutionnelles communes des Etats membres ainsi que des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres avaient adhéré ou à l'élaboration desquels ils avaient coopéré, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950,

²⁷ Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (COM(2000) 578 final, *J.O.C.E.* n° C 62 du 27 février 2001, p. 231) (nous plaçons l'accent).

²⁸ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM(2001) 287 final, 18 juillet 2001.

²⁹ Sur les origines de cette jurisprudence, voy. en doctrine not. P. Pescatore, "Les droits de l'homme et l'intégration européenne", *C.D.E.*, 1968, p. 629; P. Pescatore, "Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities", *A.J.I.L.*, 1970, p. 343; P. Pescatore, "International Law and Community Law – A Comparative Analysis", *C.M.L. Rev.*, 1970, p. 167; G. Cohen-Jonathan, "La Cour de justice des Communautés européennes et les droits de l'homme", *R.M.C.*, 1978, p. 74; Cl.-D. Ehlermann, "Primauté du droit communautaire mise en cause par la Cour constitutionnelle fédérale allemande", *R.M.C.*, 1975, p. 10; J. Darras et O. Pirotte, "La Cour constitutionnelle fédérale allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire?", *R.T.D.E.*, 1976, p. 415; G. Bebr, "A Critical Review of Recent Case Law of National Courts", *C.M.L. Rev.*, 1974, p. 408.

se voyant reconnaître dans ce cadre, depuis 1989, une “signification particulière”³⁰. Cette jurisprudence, qui dès 1977 reçoit l’approbation des institutions politiques des Communautés européennes³¹, s’impose dès le départ aux institutions des Communautés européennes dans l’exercice de leurs compétences. Plus tard, elle s’étend aux Etats membres lorsqu’ils prennent des mesures qui s’inscrivent dans le domaine d’application du droit communautaire³², c’est-à-dire lorsqu’ils appliquent un règlement, transposent une directive, ou exécutent une décision ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes³³, ou bien lorsqu’ils font emploi d’une exception à une liberté que reconnaît le droit communautaire, dans les limites de ce que celui-ci admet³⁴. Progressivement, selon une évolution parfois peu perceptible tant elle a paru aller de soi, les droits fondamentaux inclus parmi les principes généraux du droit communautaire n’ont plus seulement rempli la fonction de *limiter* la marge d’appréciation de l’Etat lorsqu’il prend des mesures qui s’inscrivent dans le domaine d’application du droit communautaire, c’est-à-dire de restreindre la liberté de l’Etat : ces droits fondamentaux ont également permis d’*étendre* la marge d’appréciation de l’Etat membre, dès lors qu’ils ont pu être invoqués avec succès par l’Etat membre qui a pris prétexte de son souci de les réaliser afin de justifier qu’il apporte certaines restrictions aux libertés que garantit le droit communautaire – notamment la liberté de circulation des marchandises ou la libre prestation des services – qui, à défaut, n’auraient pu être considérées comme conformes au droit communautaire³⁵.

³⁰ C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859 (point 13); C.J.C.E., 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tilleorassi (ERT)*, 260/89, *Rec.*, p. 2925 (point 41).

³¹ Déclaration commune de l’Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977, *J.O.C.E.* n° C 103/1, du 27.4.1977.

³² Sur la question délicate de ce qui constitue précisément ce “domaine d’application”, voy. not. J. Weiler, “The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action”, in: *Du droit international au droit de l’intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 821; J. Temple Lang, “The Sphere in Which Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles”, *L.I.E.I.*, 1991/2, p. 23; J. Weiler, “Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights”, in N. Neuwahl et A. Rosas, *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Kluwer, The Hague-Boston-London, 1995, p. 56. Voy. surtout K. Lenaerts, “Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l’Union européenne”, *Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 423.

³³ C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf*, 5/88, *Rec.*, p. 2609 (point 19); C.J.C.E., 3 décembre 1992, *O. Borelli SpA*, C-97/91, *Rec.*, p. 6313 (points 14 et 15).

³⁴ C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.*, p. 1219 (point 32). Pour une position plus hésitante adoptée quelques mois plus tard, voy. C.J.C.E., 7 juillet 1976, *L. Watson et A. Belmann*, 118/75, *Rec.*, p. 1185 (point 23) (alors que l’Avocat général A. Trabucchi lui suggérait de répondre par la négative – mais de répondre -, la Cour de justice des C.E. estime ne pas devoir prendre position sur la question de savoir si l’obligation imposée aux résidents de l’Etat membre d’accueil de communiquer aux autorités publiques l’identité des étrangers qu’ils hébergent constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée ou familiale, que garantit l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme: selon la Cour, “de telles dispositions, qui relèvent pour l’essentiel de l’ordre interne de l’Etat, ne sauraient être appréhendées sous l’angle du droit communautaire que dans la mesure où elles apporteraient indirectement une restriction à la libre circulation des personnes”; la Cour ayant plus haut dans l’arrêt constaté que les dispositions en cause n’étaient pas contraires aux règles du traité relatives à la liberté de circulation des personnes, elle en déduit ne pas devoir exercer un contrôle du respect des droits fondamentaux invoqués; c’est pratiquement priver la garantie des droits fondamentaux de tout effet utile). Voy. également C.J.C.E., 19 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tilleorassi AE*, C-260/89, *Rec.*, p. I-2925 (points 43 et 45).

³⁵ Voy. C.J.C.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, 352/85, *Rec.*, p. 2085; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission des C.E. c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069; C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, C-23/93, *Rec.*, p. I-4795. Ces décisions ont en commun d’admettre que la réglementation néerlandaise relative aux médias, si elle impose certaines restrictions à la libre prestation des services dans le but d’assurer une représentation équilibrée des différentes composantes de la société néerlandaise, peut être justifiée en tant qu’elle traduit une raison impérieuse d’intérêt général: la Cour constate en effet que le maintien du pluralisme est lié à la liberté d’expression, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l’ordre juridique communautaire. Plus récemment, voy. C.J.C.E., 26 juin 1997, *Vereinigde Familypress Zeitungsverlags- und vertiebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689 (point 18) (“...le maintien du pluralisme de la presse est susceptible de constituer une exigence impérieuse justifiant une restriction à la libre circulation des marchandises. En effet, ce pluralisme contribue à la sauvegarde de la liberté d’expression, telle qu’elle est protégée par l’article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, laquelle liberté figure parmi les droits fondamentaux garantis par l’ordre juridique communautaire”). L’article 11 § 2 de la Charte des droits fondamentaux précise à présent que “La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés”, et les explications que le Présidium a jointes à sa présentation de la Charte font référence à l’arrêt précité du 25 juillet 1991, rendu dans l’affaire *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*. Ainsi, ce qui relevait auparavant du choix de l’Etat d’approfondir la signification de la liberté d’expression en organisant le pluralisme au sein des médias, devient une obligation considérée comme inhérente à la liberté d’expression elle-même.

I.3. Les droits fondamentaux comme éléments constitutifs d'une citoyenneté de l'Union

Une troisième dynamique fut, lors de l'adoption en 1992 du traité de Maastricht sur l'Union européenne, la création de la notion de citoyenneté de l'Union européenne. La deuxième partie du traité CE est consacrée à cette notion (articles 8 à 8 E du traité CE (devenus articles 17 à 22 CE)). Est citoyen de l'Union le ressortissant de tout Etat membre. La notion de citoyenneté de l'Union européenne ne remplace pas celle de nationalité, mais vient y surajouter, au bénéfice des ressortissants des Etats membres, un certain nombre de droits, créant pour leurs titulaires un sentiment d'appartenance commune : en vertu du traité CE, le citoyen de l'Union européenne se voit reconnaître le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, et celui de voter et d'être élu aux élections municipales de l'Etat membre où il réside ainsi qu'aux élections au Parlement européen dans cet Etat membre qu'il en possède ou non la nationalité ; il se voit reconnaître le droit de bénéficier de la protection diplomatique ou consulaire de la part des autorités de tout Etat membre autre que le sien, s'il se trouve sur le territoire d'un pays tiers où l'Etat dont il est le ressortissant ne dispose pas d'une représentation; il peut adresser une pétition au Parlement européen, s'adresser au médiateur de l'Union, s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues du traité.

II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union

L'enceinte chargée de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avait reçu du Conseil européen de Cologne de juin 1999 le mandat de rendre visible l'acquis de l'Union en matière de droits fondamentaux – c'est-à-dire de codifier l'existant³⁶ –. Il n'y a pas lieu dès lors de s'étonner que les rédacteurs de la Charte aient préservé l'hétérogénéité des statuts des droits fondamentaux reconnus au sein du droit de l'Union, qui constitue le résultat de ces différentes fonctions qu'à des moments successifs, la reconnaissance de tels droits a voulu remplir. Certains des droits de la Charte ne figurent dans le droit de l'Union qu'en tant que principes généraux du droit, invocables donc uniquement dans le champ d'application du droit de l'Union, et non pas de manière *indépendante*, mais seulement *en combinaison avec* une norme de droit primaire (constitutionnel) ou dérivé (législatif) qui fait figurer telle situation comme relevant, *ratione materiae*, du droit européen. C'est le cas notamment du droit à la dignité humaine (article 1^{er} de la Charte), du droit à la vie (article 2), du droit à l'intégrité de la personne (article 3), de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 4), de l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 5), du droit à la liberté et à la sûreté (article 6), du respect de la vie privée et familiale (article 7), du droit de se marier et du droit de fonder une famille (article 9), de la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 10), de la liberté d'expression et d'information (article 11), de la liberté de réunion et d'association (article 12), de la liberté des arts et des sciences (article 13), du droit à l'éducation (article 14), de la liberté professionnelle (article 15 § 1^{er}), de la liberté d'entreprise (article 16), du droit de propriété (article 17), de la protection des droits de l'enfant (article 24) ou de l'ensemble des droits figurant dans le chapitre VI de la Charte ("Justice"), tels que le droit au juge (article 47), le droit à la présomption d'innocence et les droits de la défense (article 48), ou le respect du principe *non bis in idem* (article 50). D'autres droits de la Charte au contraire sont fondés sur le traité de l'Union européenne ou, plus souvent, sur le traité de Rome instituant la Communauté européenne. Il en va ainsi de la liberté du citoyen de l'Union de rechercher un emploi dans un autre Etat membre (article 15 § 2), de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins (article 23), de l'accès aux services d'intérêt économique général (article 36), ou du droit d'accès aux documents (article 42). L'ensemble des droits du chapitre V de la Charte ("Citoyenneté") se rangent dans cette catégorie. Finalement, certains droits, en particulier des droits figurant dans le chapitre IV de la Charte ("Solidarité"), correspondent à des garanties qui ne sont reconnues que dans le droit dérivé de l'Union, spécialement des directives adoptées en matière sociale : il en va ainsi de certains aspects du droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise

³⁶ Selon la décision du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, devait être élaborée une charte des droits dont "la Cour de justice européenne a confirmé et défini dans sa jurisprudence" que leur respect s'imposait à l'Union, ceci afin "d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union".

(article 27), de la protection du travailleur en cas de licenciement (article 30), ou de la conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale (article 33).

C'est à la lumière de ce constat qu'il s'indique d'examiner les conséquences qui peuvent résulter de l'ancrage constitutionnel de la Charte des droits fondamentaux de l'Union³⁷. La proposition d'insérer la Charte dans la Constitution a été acquise au sein du Groupe de travail II de la Convention, qu'a présidé le Commissaire A. Vitorino, à l'unanimité des membres de ce groupe³⁸. Acquis moins de deux ans après qu'au sommet de Nice, les chefs d'Etat et de gouvernement aient opté pour une proclamation de la Charte sous la forme d'une déclaration politique solennelle commune du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil³⁹, un tel consensus peut *a priori* étonner. A y regarder de plus près cependant, une telle évolution est naturelle, compte tenu de la nature explicitement constitutionnelle de la mission confiée à la Convention sur l'avenir de l'Europe. La réticence de certains Etats membres à opérer immédiatement l'intégration de la Charte dans les traités lors de la négociation qui allait déboucher sur le traité de Nice⁴⁰, même sur le mode d'un simple renvoi à celle-ci par une référence figurant à l'article 6 § 2 du traité sur l'Union européenne ainsi que cela avait été proposé par le Parlement européen⁴¹, s'expliquait principalement, plutôt que par une méfiance vis-à-vis des droits qui y figurent, par la crainte de ces Etats que l'adoption d'un "Bill of Rights" contraignant soit perçue comme une première étape vers l'élaboration d'une Constitution pour l'Union européenne⁴². Ce tabou ayant été levé, il n'y avait plus d'obstacle à ce que l'on tire les conséquences de la *nature effective* de la Charte, qui rassemble des droits fondamentaux à valeur constitutionnelle, sur le plan du *statut* de cet instrument. D'ailleurs, l'on sait bien que, conformément à la prédiction de la Commission européenne dans sa communication du 11 octobre 2000 sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴³, la Charte a fonctionné, de fait, comme si elle constituait pour les institutions de l'Union un catalogue de droits juridiquement obligatoire. Depuis mars 2001, toute proposition d'acte législatif ou réglementaire émanant de la Commission fait l'objet d'un contrôle préalable de compatibilité avec la Charte : depuis cette date, les propositions de directives ou de règlements présentant un lien spécifique avec les droits fondamentaux contiennent un considérant supplémentaire précisant que l'acte respecte les droits et les principes contenus dans la Charte⁴⁴. En vertu de l'article 58 de son règlement, le Parlement européen vérifie la compatibilité avec la Charte des propositions législatives qui lui sont soumises pour examen. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a fait référence à la Charte à plusieurs reprises, y compris pour proposer de réviser l'interprétation traditionnellement admise du droit des traités⁴⁵; au sein de la Cour de justice

³⁷ Pour une première réflexion, voy. O. De Schutter, *Ancrer les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, rapport établi à la demande de la DG Justice et affaires intérieures de la Commission européenne dans la perspective de la Convention sur l'avenir de l'Europe, mars 2002, 160 pp. Disponible sur www.cpr.ucl.ac.be/cridho/

³⁸ Voy. le Rapport final du Groupe de travail II, WG II 16, CONV 354/02, 22 octobre 2002.

³⁹ *J.O.C.E.* n° C 364 du 19.12.2000, p. 1.

⁴⁰ *J.O.C.E.* n° C 180, du 10.3.2001, p. 1.

⁴¹ Sur ce refus, voy. la Note de la Présidence au Conclave ministériel de la CIG concernant l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans l'article 6 TUE (CONFER 4804/00, Bruxelles, 16 novembre 2000).

⁴² K. Lenaerts et E. De Smijter, "A 'Bill of Rights' for the European Union", *C.M.L.Rev.*, vol. 38, 2001, p. 273, ici pp. 298-299. Sur le lien entre l'adoption d'une Charte des droits fondamentaux et la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne, voy. not. K. Lenaerts et M. Desomer, "Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union : values, objectives and means", *E.L.Rev.*, August 2002, p. 377; L. S. Rossi, "'Constitutionnalisation' de l'Union européenne et des droits fondamentaux", *R.T.D.E.*, 2002, n°1, p. 27. Pour une critique de ce lien, voy. H. Dumont et S. Van Drooghenbroeck, "La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne", in J.-Y. Carlier et O. De Schutter, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 61.

⁴³ COM(2000) 644 final. La Communication estimait notamment que "la Charte déploiera ses effets, y compris sur le plan juridique, (...) quelle que soit la nature qui lui sera attribuée (...). [Le] Conseil et la Commission, appelés à la proclamer solennellement, pourront difficilement ignorer dans le futur, lorsqu'ils agiront comme législateur, un texte préparé à la demande du Conseil européen par toutes les sources de légitimité nationales et européennes réunies au sein de la même enceinte" (point 10).

⁴⁴ Décision de la Commission, "Application de la Charte", SEC(2001) 380/3, 13 mars 2001.

⁴⁵ T.P.I., 30 mai 2002, *Jégo-Quéré*, T-177/01,

elle-même, plusieurs Avocats généraux se sont référés à la Charte dans leurs conclusions⁴⁶, et l'on peut apercevoir jusque dans les arrêts de la Cour l'influence qu'y exerce la Charte, bien que cette influence demeure encore non explicite⁴⁷. Les références à la Charte se sont multipliées dans les pétitions adressées au Parlement européen comme dans les plaintes adressées au Médiateur : l'évocation de la Charte comme si elle était juridiquement obligatoire n'a pas attendu sa consécration juridique comme obligatoire⁴⁸.

Si l'on excepte des réfections purement formelles du texte – visant, notamment, à tenir compte de la substitution d'une personne juridique unique, l'Union, aux trois Communautés, et à la nécessité dès lors de faire disparaître la référence au "droit communautaire" –, l'intégration de la Charte dans le projet de Constitution pour l'Europe a préservé l'intégrité de ses clauses substantielles (chapitres I à VI). Par contre, le chapitre VII contenant les "Dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte" a subi plusieurs modifications. Il est utile ici de commenter brièvement ces modifications.

Une première modification a consisté à ajouter deux précautions, à l'article 51 de la Charte (Champ d'application), visant à rassurer ceux qui avaient exprimé la crainte que l'intégration de la Charte au sein de la Constitution n'aboutisse à étendre le domaine d'application du droit de l'Union ou à étendre les compétences de l'Union, sous prétexte qu'il lui faudrait intervenir afin de réaliser les valeurs de la Charte. La deuxième phrase de l'article 51 § 1^{er} est ainsi complétée : "[Les institutions, organes et agences de l'Union et les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union] respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives *et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution*". L'article 51 § 2 précise : "La présente Charte *n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union*, ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution"⁴⁹. Que ces précautions valent-elles ? Il est permis de mettre en lumière les ambiguïtés qui subsistent, aussi bien en ce qui concerne l'identification exacte de ce qui doit constituer le "champ d'application du droit de l'Union" au sens de l'article 51 § 2 de la Charte qu'en ce qui concerne l'affirmation d'une neutralité de l'intégration de la Charte sur la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres.

II.1. Le "champ d'application" du droit de l'Union

Il n'est nulle part contesté que les droits fondamentaux inscrits dans la Charte ne trouvent à s'appliquer que dans le domaine d'application du droit de l'Union : en effet, ainsi que l'énonce

⁴⁶ Pour une étude systématique à jour au 15 novembre 2002, voy. L. Burgorgue-Larsen, "La 'force de l'évocation' ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 77.

⁴⁷ On peut lire en ce sens, en particulier, l'arrêt rendu par la Cour le 9 octobre 2001 dans l'affaire *Royaume des Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, C-377/98. Au point 70 de l'arrêt, la Cour note qu'il lui appartient, "dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne". Or, ainsi que le note L. Burgorgue-Larsen, non seulement cette référence à la dignité humaine constitue une innovation dans la jurisprudence de la Cour – qui cependant avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette question, sans avoir paru vouloir la saisir (C.J.C.E., 14 novembre 1985, *Neumann, Rec.*, p. 3363) –, mais en outre le droit est identifié directement au sein des "principes généraux du droit communautaire" dont la Cour assure le respect, sans qu'un détour soit jugé nécessaire par la Convention européenne des droits de l'homme ou, ce qui aurait été plus plausible, par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Il faut sans doute y voir la trace d'une politique jurisprudentielle tendant à identifier parmi les principes généraux du droit communautaire les garanties inscrites au sein de la Charte des droits fondamentaux, ce qui permet de reconnaître à celle-ci une valeur juridiquement obligatoire tout en ne se substituant pas formellement au constituant. Cette interprétation est encore renforcée par un arrêt antérieur qui, à propos du droit à une bonne administration (article 41 de la Charte), adopte une attitude semblable : C.J.C.E., 27 novembre 2001, *Z c. Parlement européen*, C-270/99 P.

⁴⁸ Le rapport sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son statut futur (2002/2139(INI)), préparé au sein de la commission des affaires institutionnelles du Parlement européen (rapp. A. Duff) (doc. final A5-0332/2002, 8 octobre 2002), constitue un excellent résumé de ces arguments.

⁴⁹ Les passages italiqués sont les modifications sur lesquelles l'on voudrait mettre l'accent. D'autres modifications ont été apportées aux dispositions citées, mais qui ne retiennent pas l'attention ici.

l'article 51 § 1^{er} de la Charte, les dispositions de celles-ci "s'adressent aux institutions, organes et agences de l'Union (...), ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union" ; elles ne sont pas invocables dans des situations qui ne sont en aucune manière régies par le droit de l'Union. Mais le principe ainsi réaffirmé ne préjuge pas de la délimitation exacte de ce qui constitue le "domaine d'application" du droit de l'Union. Une première extension de la notion serait réalisée si le juge communautaire devait considérer que l'énumération des droits, notamment sociaux, figurant dans la Charte, sert à définir les garanties qui doivent être reconnues, sans discrimination liée à la nationalité, à toute personne s'étant placée sous le champ d'application du droit communautaire par l'exercice qu'elle a fait de sa liberté de circulation⁵⁰. Il s'agirait ici d'une simple application de la jurisprudence *Martinez Sala* du 12 mai 1998⁵¹. Dans cette affaire, l'intéressée était une ressortissante espagnole, qui avait résidé en Allemagne depuis 1968 pratiquement de façon ininterrompue, et y avait occupé, jusqu'en 1989, divers emplois. Depuis 1984, Mme Martinez Sala n'avait plus reçu de titres de séjour de la part des autorités allemandes, mais uniquement des attestations faisant état de sa demande de prolongation de son titre de séjour. Lorsqu'à la naissance de son deuxième enfant, en 1993, elle demanda le bénéfice de l'allocation d'éducation que prévoit la loi allemande, cette demande fut refusée par les autorités du Land du Bavière, aux motifs que la demanderesse ne possédait ni la nationalité allemande, ni un permis de séjour sur le territoire allemand : elle n'était à l'abri d'une mesure d'expulsion qu'en vertu de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale du 11 décembre 1953. En réponse aux questions préjudicielles que lui adressa le juge allemand, la Cour de justice des Communautés européennes n'eut aucune difficulté à constater que la prestation revendiquée pouvait être considérée comme "prestation familiale", au sens de l'article 4, § 1er, h) du règlement n° 1408/71⁵², ou comme "avantage social" au sens de l'article 7, § 2, du règlement n° 1612/68⁵³ (pt 28). Il n'était par contre pas établi que l'intéressée soit bien un "travailleur", au sens de l'un de ces instruments. La Cour jugea cependant que la condition mise par la loi allemande au bénéfice de l'allocation d'éducation créait une inégalité de traitement, laquelle, "*dans le domaine d'application du traité et à défaut de justification (...), constitue une discrimination interdite par l'article 6 du traité CE (devenu article 12 CE)*" (pt 55 – notre accent). A l'argument du gouvernement allemand que la demanderesse au principal ne figurerait pas *ratione personae* dans le domaine d'application du traité, la Cour répond :

"En tant que ressortissante d'un Etat membre résident légalement sur le territoire d'un autre Etat membre, la requérante au principal relève du domaine d'application *ratione personae* des dispositions du traité consacrées à la citoyenneté européenne" (pt 61).

L'arrêt *Martinez Sala* ne va pas jusqu'à affirmer que les citoyens de l'Union européenne tirent de l'article 18 CE (ex article 8 A du traité CE) un droit de séjour dans les différents Etats membres. Par contre, il déduit de l'article 17, § 2, CE (ex article 8, § 2, du traité CE), selon lequel "Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité", que le citoyen de l'Union européenne qui réside légalement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil "peut se prévaloir de l'article 6 du traité CE (devenu article 12 CE) dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire (...)" (pt 63). On voit les conséquences qu'est susceptible de produire cette jurisprudence pour la définition du domaine d'application dans lequel peuvent être invoqués les droits énumérés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union

⁵⁰ La possibilité d'une telle évolution est examinée en détail par P. Eeckhout, "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", *C.M.L.Rev.*, vol. 39, 2002, p. 945. Elle avait été explorée également, avant la clôture des travaux de la Convention sur l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux, dans O. De Schutter, "La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire", *R.U.D.H.*, 2000, vol. 12, N°1-2, p. 33. Les paragraphes qui suivent sont adaptés de ce dernier texte.

⁵¹ C.J.C.E., 12 mai 1998, *M. Martinez Sala*, C-85/96, *Rec.*, p. I-2691.

⁵² Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, version modifiée et mise à jour par le règlement (CEE) n° 2001/83 du Conseil, du 2 juin 1983 (*J.O.C.E.* n°L 230, p. 6), tel que modifié par le règlement (CEE) n°3427/89 du Conseil, du 30 octobre 1989 (*J.O.C.E.*, n°L 331, p. 1) (version consolidée: *J.O.C.E.*, n°L 28, 1997, p. 1).

⁵³ Règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (*J.O.C.E.*, n°L 257, 19 octobre 1968).

européenne. Lorsqu'il subit une discrimination dans le bénéfice d'un droit figurant dans la Charte, le citoyen de l'Union européenne qui réside dans un autre Etat membre à quelque titre que ce soit, ou même qui n'y effectue qu'un court séjour⁵⁴, figure dans le domaine d'application *ratione materiae* et *ratione personae* du traité CE : l'article 12 CE (ex article 6 du traité CE) le protège par conséquent contre une telle forme de discrimination. Cette garantie de non-discrimination est reconnue au citoyen de l'Union que la mesure étatique en cause, envisagée d'après son seul contenu, s'inscrive ou non dans le domaine d'application du droit communautaire : c'est son application au citoyen de l'Union qui, *ratione personae*, fait relever la mesure du droit communautaire, le rattachement au domaine d'application *ratione materiae* ayant lieu quant à lui dès lors que la mesure concerne la reconnaissance d'une des garanties que la Charte reconnaît.

L'extension du "domaine d'application du droit communautaire" au départ de la jurisprudence *Martinez Sala* suppose néanmoins toujours que la loi nationale de l'Etat membre fournisse le point de référence : pourvu qu'il en étende le bénéfice à tout citoyen de l'Union et, au-delà, à toute personne résidant légalement sur son territoire indépendamment de sa nationalité, l'Etat reconnaît aux droits sociaux le niveau de protection qu'il souhaite. Au contraire, une seconde extension de la notion de "domaine d'application du droit communautaire" résulterait dans la définition d'un seuil minimum de droits uniformément garantis dans l'ensemble de l'Union européenne, les Etats demeurant libres de prévoir des protections allant au-delà de ce plancher. Cette extension serait à l'aboutissement d'une tendance, actuellement à l'oeuvre dans le droit communautaire, qui conçoit un certain seuil de droits sociaux comme une condition de l'effectivité de la libre circulation des personnes.

Certains auteurs aperçoivent pareille tendance dans l'arrêt *Bosman* du 15 décembre 1995⁵⁵. En effet, cet arrêt peut être interprété comme reposant sur le constat que même les entraves non discriminatoires à la liberté de circulation des personnes peuvent constituer une violation de la liberté fondamentale de circulation des travailleurs inscrite à l'article 39 (ex article 48) du traité de Rome, dès lors que les obstacles qu'avait rencontrés J.-M. Bosman qui souhaitait changer d'employeur, non seulement n'étaient pas discriminatoires directement à raison de la nationalité, mais en outre ne pouvaient même pas être considérés comme suspects de constituer une discrimination indirecte à raison de la nationalité, par le recours qu'ils feraient à des critères camouflés de nationalité tels que le lieu d'obtention d'un diplôme ou les années de résidence dans un Etat membre⁵⁶. Ne pourrait-on considérer que le non-respect des droits et principes sociaux par les Etats membres peut constituer une entrave à l'exercice de la liberté de circulation, au même titre qu'a pu constituer une telle entrave, dans l'affaire *Bosman*, le coût exigé pour le transfert de l'intéressé? Celui qui exerce sa liberté de circulation ne devrait-il pas, afin que cette liberté soit effective, avoir la certitude de bénéficier, où qu'il se rende dans l'Union européenne, d'un socle commun de droits fondamentaux, notamment de droits fondamentaux sociaux⁵⁷? Le "domaine d'application" de la Charte des droits fondamentaux ne

⁵⁴ Dans ses conclusions conformes précédant l'arrêt *Martinez Sala*, l'avocat général La Pergola proposait d'examiner la situation de Mme Martinez Sala à la lumière de celle de W. Cowan, touriste anglais auquel les autorités françaises avaient refusé, de façon discriminatoire à défaut pour lui de disposer d'une carte de résident sur le territoire national, le bénéfice d'une indemnisation pour l'agression dont il avait été victime (C.J.C.E., 2 février 1989, *Cowan*, 186/87, *Rec.*, p. 195).

⁵⁵ C.J.C.E., 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. J.-M. Bosman*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921.

⁵⁶ Les entraves condamnées dans l'affaire *Bosman* étaient, a-t-on écrit, "indistinctement applicables parfaites": "Elles sont parfaites en ce que, comme le coût du transfert, elles s'appliquent non seulement sans distinction de nationalité, de résidence ou de lieu d'exercice des activités, dans le pays d'origine ou de réception (...), mais aussi qu'il s'agisse d'une activité 'interne', limitée à un espace national, ou 'externe', transfrontière sur deux ou plusieurs espaces nationaux. (...) Certes, le droit communautaire n'aura vocation à s'appliquer que s'il y a circulation et, partant, situation transfrontière à l'exclusion des situations purement internes, mais l'entrave est indistinctement applicable en ce qu'elle s'appliquerait qu'il y ait ou non circulation au-delà des frontières" (J.-Y. Carlier, "Proportionnalité et citoyenneté dans la libre circulation des personnes", in: J.-Y. Carlier et M. Verwilghen (éd.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*. Actes du colloque de Bruxelles des 17-19 décembre 1998, Commission européenne, DG Emploi et Affaires sociales, 2000, p. 45, ici p. 50)

⁵⁷ Comp. avec les conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs préc. C.J.C.E., 30 mars 1993, *Ch. Konstantinidis*, C-168/91, *Rec.*, p. I-1191, pt 49 des concl.: selon l'avocat général, le ressortissant communautaire exerçant une liberté fondamentale de circulation reconnue dans le traité "n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'Etat d'accueil; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en

pourrait-il dès lors être défini en fonction de l'usage que fait le citoyen de l'Union – et, progressivement, le ressortissant d'Etat tiers qui réside légalement sur le territoire d'un Etat membre⁵⁸ – de la liberté de circulation et de séjour qui lui est reconnue ?

Une telle extension du champ d'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne excéderait manifestement les intentions de ses rédacteurs. Elle ne paraît cependant pas devoir être exclue *a priori*. L'effectuer, ce serait en somme tirer les conséquences du lien entre la garantie des droits sociaux fondamentaux et l'effectivité de la libre circulation des personnes. Un tel lien apparaît ailleurs dans le droit communautaire. En prévoyant l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité dans les conditions d'emploi et de travail, dans l'octroi d'avantages sociaux et fiscaux, en ce qui concerne l'accès aux écoles professionnelles et de recyclage, ou encore en matière de logement, le règlement n° 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté reconnaît que la garantie des droits sociaux peut contribuer à rendre effective l'exercice par les travailleurs de la liberté de circulation que le traité leur reconnaît.⁵⁹ Au moment de définir le champ d'application de l'article 7, § 2, du Règlement n° 1612/68, relatif à la non-discrimination en matière d'"avantages sociaux", la Cour de justice des C.E. recourt d'ailleurs à une formule significative, puisque - on l'a rappelé - elle reconnaît comme constituant de tels avantages "tous ceux qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres apparaît dès lors comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté" (notre accent).⁶⁰ Et l'on connaît en outre, en raison de son caractère spectaculaire, la jurisprudence de la Cour de justice des C.E. qui - au nom de cette définition large de ce qui constitue un "avantage social" - fait figurer dans cette notion des avantages tels que l'allocation aux handicapés⁶¹, le prêt à la naissance⁶², l'octroi d'un minimum de moyens d'existence⁶³ ou les prestations en faveur des familles nombreuses.⁶⁴ On peut difficilement concevoir affirmation plus nette du lien entre garantie des droits sociaux fondamentaux et effectivité de la libre circulation des personnes: c'est en misant justement sur le lien ainsi affirmé, qu'il est permis de réfléchir une extension du champ d'invocabilité des droits sociaux inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au-delà des termes restrictifs dans lesquels ce champ est délimité par la Charte elle-même.

II.2. La question des compétences

De même l'on ne peut que rejoindre G. de Burca où elle note que – en dépit des précautions qui ont été prises dans la réécriture de l'article 51 § 2 de la Charte par les conventionnels – il est d'une certaine manière inévitable que la Charte influence la nature et l'interprétation des tâches et des pouvoirs de l'Union, "although in subtler ways than the bald notion of 'establishing new power' suggests"⁶⁵. Dans le domaine des compétences partagées entre l'Union et les Etats membres, dit l'article 11 § 2 du projet de Constitution pour l'Europe, "l'Union et les Etats membres ont le pouvoir de légiférer et d'adopter des actes juridiquement obligatoires (...). Les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer". Or ce domaine est vaste.

particulier celles inscrites dans la convention européenne des droits de l'homme. (...) Il a le droit d'affirmer 'civis europeus sum' et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux".

⁵⁸ Voy. l'article 45 § 2 de la Charte.

⁵⁹ Voy. l'article 39 (ex article 48) du traité CE et les articles 7, 9 et 12 du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.*, n°L 257, 19 octobre 1968. Sur la notion d'"avantage social" dans cette dernière réglementation, voy. not. J.Ph. Lhernould, "Les avantages sociaux en droit communautaire", *Dr. soc.*, 1997, p. 388.

⁶⁰ C.J.C.E., 31 mai 1979, *Ministère public c. G. Even et ONPTS*, 207/78, *Rec.*, p. 2019, pt 22.

⁶¹ C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Inzirillo*, 63/76, *Rec.*, p. 2057; C.J.C.E., 27 mai 1993, *Schmid*, C-310/91, *Rec.*, p. I-3011.

⁶² C.J.C.E., 14 janvier 1982, *Reina*, 65/81, *Rec.*, p. 33.

⁶³ C.J.C.E., 27 mars 1985 (deux arrêts), *Hoeckx et Scrivner*, 249/83 et 122/84, *Rec.*, p. 973 et p. 1027; C.J.C.E., 3 juin 1986, *Kempf*, 139/85, *Rec.*, p. 1741; C.J.C.E., 10 novembre 1992, *Commission des C.E. c. Etat belge*, C-326/90, *Rec.*, p. I-5517.

⁶⁴ C.J.C.E., 29 octobre 1998, *Commission des C.E. c. Rép. hellénique*, C-186/96, *Rec.*, p. I-6601.

⁶⁵ G. de Burca, "Fundamental Rights and Citizenship", in B. de Witte (éd.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law, Florence, 2003, p. 11, ici p. 21.

Figurent parmi les compétences partagées ainsi définies toutes les compétences de l'Union qui ne relèvent ni de ses compétences exclusives, ni des domaines où l'Union ne peut mener que des actions d'appui, de coordination ou de complément. Les compétences partagées s'appliquent ainsi, notamment⁶⁶, au marché intérieur, à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à la politique sociale pour les aspects définis dans la troisième partie de la Constitution proposée. Plus particulièrement, afin de réaliser les valeurs inscrites dans la Charte, l'Union dispose d'une gamme de possibilités, que l'insertion constitutionnelle de la Charte l'encouragera naturellement à utiliser⁶⁷. Ainsi :

- L'article III-7 du projet de Constitution pour l'Europe prévoit qu'une loi ou une loi-cadre européenne peut régler l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité dans le domaine d'application de la Constitution⁶⁸. Cela autorise une mise en œuvre par le législateur de l'Union de l'article 21 § 2 de la Charte.
- Le projet de Constitution prévoit que la loi ou la loi-cadre européenne peut faciliter l'exercice du droit de libre circulation et de libre séjour pour tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union⁶⁹, c'est-à-dire de mettre en œuvre l'article 45 § 1^{er} de la Charte. Le législateur de l'Union peut également établir les modalités d'exercice du droit pour tout citoyen de l'Union de vote et d'éligibilité aux élections municipales et aux élections au Parlement européen dans l'Etat membre où il réside sans être ressortissant de cet Etat⁷⁰. Les articles 39 § 1 et 40 peuvent ainsi être réalisés par une loi ou une loi-cadre européenne. Une loi européenne peut aussi intervenir afin de faciliter la protection diplomatique et consulaire dont doit bénéficier tout citoyen de l'Union dans les pays tiers où l'Etat membre dont il est le ressortissant n'est pas représenté⁷¹. L'article 46 de la Charte peut par conséquent faire l'objet de mesures de mise en œuvre.
- L'article III-8 § 1 du projet de Constitution pour l'Europe prévoit la possibilité pour le Conseil des Ministres d'adopter une loi ou une loi-cadre européenne afin d'établir "les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle". Cette disposition correspond à l'actuel article 13 CE (ex-article 6A du traité CE). Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} mai 1999, cet article a déjà été utilisé pour l'adoption de deux directives relatives à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement⁷². Cette clause permettra à l'avenir l'adoption de mesures facilitant la mise en œuvre par l'Union, dans le respect du principe de subsidiarité, de l'article 21 § 1 de la Charte (Non-discrimination).
- Le chapitre Ier du Titre III de la troisième partie du projet de Constitution pour l'Europe, relative aux politiques et au fonctionnement de l'Union, concerne le marché intérieur. La Charte reconnaît en tant que droit fondamental le droit de tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union "de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout Etat membre" (article 15 § 2). Le législateur de l'Union peut intervenir afin de faciliter l'exercice de ces droits.

⁶⁶ L'article 13 § 2 de la Constitution proposée énumère les principaux domaines relevant des compétences partagées entre l'Union et les Etats membres, ce qui constitue un choix peu heureux du point de vue légistique, cette catégorie étant résiduaire.

⁶⁷ Cette influence de l'adoption de la Charte sur l'exercice par les institutions de l'Union de leurs compétences attribuées s'est manifestée déjà lors du sommet de Nice, avec l'adoption de l'Agenda social européen, *J.O.C.E.* n° C 157 du 30.5.2001, p. 4.

⁶⁸ Voy. l'article 4 de la première partie.

⁶⁹ Article III-9 § 1^{er}.

⁷⁰ Article III-10.

⁷¹ Article III-11.

⁷² Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.* n° L 180 du 19.7.2000, p. 22 ; et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.* n° L 303 du 2.12.2000, p. 16. Pour une étude de ces instruments, voy. O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles-Wien-Oxford, P.I.E. Peter Lang, 2001.

• Le projet de Constitution pour l'Europe prévoit qu'une loi-cadre européenne peut établir des prescriptions minimales applicables progressivement afin de promouvoir l'emploi, d'améliorer les conditions de vie et de travail, de permettre leur égalisation dans le progrès, d'offrir une protection sociale adéquate, de favoriser le dialogue social, de développer les ressources humaines de manière à atteindre un niveau d'emploi élevé et durable et de lutter contre les exclusions⁷³. A cette fin, le Conseil des Ministres adopte à l'unanimité des lois-cadre relatives à la sécurité sociale et la protection des travailleurs, la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, ainsi que les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union⁷⁴. Il adopte à la majorité qualifiée des lois-cadre relatives à l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, aux conditions de travail, à l'information et la consultation des travailleurs, à l'intégration des personnes exclues du marché du travail – la formation professionnelle demeurant de la compétence des Etats membres⁷⁵ –, ou à l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail⁷⁶. Ainsi, le législateur de l'Union dispose-t-il des compétences requises pour réaliser l'égalité entre hommes et femmes dans le travail (article 23 de la Charte), pour favoriser l'intégration professionnelle des personnes handicapées (article 26), pour garantir l'information et la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise (article 27), pour assurer le droit de négociation collective (article 28)⁷⁷, pour assurer la protection du travailleur en cas de licenciement injustifié (article 30), pour garantir des conditions de travail justes et équitables (article 31), pour garantir la protection des jeunes au travail (article 32), pour faciliter la conciliation de la vie familiale et professionnelle (article 33), pour assurer la protection sociale des travailleurs y compris par la sécurité sociale (article 34).

En complément de ces attributions de compétences explicites, le projet de Constitution pour l'Europe, dont les auteurs ont eu à juste titre le souci de maintenir une certaine flexibilité dans la répartition des compétences, prévoit – à l'instar de l'actuel article 308 CE (ex-article 235 du traité CE) – que le Conseil des Ministres unanime peut, avec l'approbation du Parlement européen, et sous réserve de la procédure de contrôle du respect du principe de subsidiarité à laquelle les parlements nationaux, spécialement avertis, sont associés, prendre les dispositions appropriées “si une action de l'Union paraît nécessaire dans le cadre des politiques définies à la Partie III [de la Constitution] pour atteindre un des objectifs fixés” par celle-ci⁷⁸. Certes, l'usage de cette clause de flexibilité est limité par l'article 17 § 3 du projet de Constitution, qui prévoit que “Les dispositions adoptées sur la base du présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres dans les cas où la Constitution exclut une telle harmonisation”. Mais par ailleurs, le champ d'utilisation potentiel de cette clause de flexibilité est nettement étendu : conformément à l'extension des compétences de l'Union elle-même, ce n'est plus exclusivement “dans le fonctionnement du marché commun” que telle action doit apparaître nécessaire à la réalisation d'un des objets de la Communauté/l'Union pour justifier l'exercice de pouvoirs implicites, mais “dans le

⁷³ Articles III-103 et III-104 § 2, b). Curieusement, bien que l'article III-103 – reprenant la formule qui figure aujourd'hui à l'article 136 CE (ex-article 117 du traité CE) – dise que l'Union et les Etats membres poursuivent ces objectifs “conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989”, il n'est pas fait référence aux droits sociaux fondamentaux inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne figurant dans la deuxième partie du projet de Constitution. Il peut s'agir d'un oubli; ou bien il a été jugé inopportun de faire référence à la Charte des droits fondamentaux, dont l'ensemble des dispositions ne présente pas la même pertinence dans le domaine de la politique sociale.

⁷⁴ Article III-104 § 1, points c), d), f) et g), et § 3.

⁷⁵ Article III-183.

⁷⁶ Article III-104 § 1, points a), b), e), h) et i).

⁷⁷ L'article 28 de la Charte garantit le droit de négociation collective, mais également d'actions collectives, c'est-à-dire le droit des travailleurs et des employeurs “de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève”. Mais selon l'article III-104 § 6 du projet de Constitution pour l'Europe, l'adoption de mesures d'harmonisation est exclue pour ce qui concerne le droit de grève et le droit de lock-out : cette exclusion ne fait que reprendre l'actuel article 137 § 6 CE.

⁷⁸ Article 17, situé dans la première partie du projet de Constitution pour l'Europe.

cadre des politiques définies à la Partie III” de la Constitution pour atteindre l’un des objectifs fixés par celle-ci. Parmi ces objectifs figurent la lutte contre l’exclusion sociale et les discriminations, la promotion de la justice et de la cohésion sociales, l’égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits des enfants⁷⁹. Sans doute, la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux, comme telle, ne figure pas parmi les objectifs fixés à l’Union par le projet de Constitution – contrairement à des propositions qui avaient été faites à cet égard⁸⁰ et bien que la Cour de justice des Communautés européennes elle-même, dans son avis du 28 mars 1996 sur l’adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l’homme, n’ait pas paru exclure que les droits fondamentaux puissent constituer un “objet” de la Communauté de nature à justifier pour sa réalisation le recours à l’article 308 CE⁸¹. Mais l’article 3 du projet de Constitution pour l’Europe n’en contient pas moins une liste relativement large d’objectifs pouvant être combinés à l’emploi de la clause de flexibilité, surtout si l’on considère, par exemple, que la réalisation d’un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures (article 3 § 2) ne se ramène précisément pas à cette dimension purement négative, mais suppose certaines mesures d’accompagnement positives offrant la garantie d’un niveau satisfaisant de protection des droits fondamentaux dans l’ensemble de l’Union.

Enfin, l’on ne doit pas sous-estimer le potentiel que représente l’article III-64 du projet de Constitution du point de vue des possibilités qu’a l’Union, dans les limites de ses compétences attribuées, de mettre en œuvre la Charte des droits fondamentaux. Cette disposition, qui correspond à l’actuel article 95 CE, prévoit qu’une loi-cadre européenne peut établir “les mesures pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l’établissement ou le fonctionnement du marché intérieur”. Bien que l’existence d’un lien direct avec les exigences liées à l’établissement du marché intérieur soit requise et qu’ainsi, des limites strictes sont imposées à l’utilisation de cette disposition⁸², là où des différences trop importantes se font jour d’Etat membre à Etat membre dans des domaines tels que, par exemple, la protection de la santé ou la vie privée, le législateur de l’Union pourra intervenir afin de rétablir les conditions d’une libre circulation des marchandises et des services, ainsi que d’une concurrence non faussée.

L’ensemble de ces possibilités doit être réfléchi à la lumière de l’affirmation qui figure dans le rapport Duff du Parlement européen, exposant les motifs pour lesquels la Charte doit faire l’objet d’une intégration dans le droit primaire. Le Parlement note que, certes, “la Charte n’attribue pas de compétences à l’Union ; au contraire, elle a pour effet de limiter l’exercice du pouvoir des institutions européennes en raison de l’obligation qui leur est faite de la respecter”. Mais il ajoute que “dans le cadre de leurs compétences, les institutions ont également pour devoir de promouvoir le respect de ses dispositions”⁸³. La Charte ne dit d’ailleurs pas autre chose, lorsqu’elle indique que les destinataires de ses dispositions – soit les institutions de l’Union et les Etats membres lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union – “respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l’application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l’Union telles qu’elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution” (article II-51 § 1).

II.3. La distinction entre les “droits” et les “principes”

⁷⁹ Article 3 § 3, al. 2.

⁸⁰ Sur ce point, O. De Schutter, *Ancre les droits fondamentaux dans l’Union européenne*, op. cit., pp. 59-60 et Recommandation n°7 jointe au rapport ; J.H.H. Weiler, “A Constitution for Europe : Some Hard Choices”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, 2002, p. 563.

⁸¹ C.J.C.E., 28 mars 1996, Avis 2/94, Adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l’homme, *Rec.*, p. I-1759, point 32.

⁸² Voy. C.J.C.E., 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, C-376/98, *Rec.*, p. I-8419 (interdiction de la publicité pour les produits du tabac); C.J.C.E., 10 décembre 2002, *The Queen and Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd. and Imperial Tobacco Ltd.*, C-491/01.

⁸³ Rapport sur l’impact de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et son statut futur (précité), para. M de l’Exposé des motifs.

Bien que le Groupe de travail II de la Convention sur l'avenir de l'Europe ait affirmé son souci de préserver la Charte dans son intégrité⁸⁴, l'article 52 de la Charte, qui figure dans le titre de la Charte contenant les dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte, a été complété par trois paragraphes supplémentaires. Le Groupe de travail explique que des adjonctions constituent de simples "adaptations rédactionnelles techniques", qui "ne reflètent pas des changements substantiels". Il justifie notamment comme n'apportant aucune modification véritable par rapport à l'intention originelle des auteurs de la Charte l'adjonction du paragraphe suivant à l'article 52 de la Charte, qui reprend la distinction entre "droits" et "principes" au sein de la Charte :

Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en oeuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions et organes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes.

La distinction entre "droits" et "principes" a joué un rôle important au cours de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, puisqu'elle a constitué l'argument principal, au cours des débats de mai à juillet 2000, en faveur de l'inscription au sein de la Charte d'un ensemble de droits sociaux dont certains membres de la Convention chargée de l'élaboration de la Charte avaient contesté la justiciabilité⁸⁵. Dans une première "Contribution sur les droits sociaux" du 2 mai 2000⁸⁶, M. G. Braibant, Représentant à la Convention du Gouvernement français, avait demandé l'inscription dans la Charte du droit à l'information des travailleurs, notamment en cas de licenciement collectif, du droit de négociation collective, du droit à un congé hebdomadaire et à des congés payés, du droit de grève, du droit au logement, des droits liés à la protection de l'environnement et à la protection des consommateurs, ainsi que du droit d'accès aux services d'intérêt économique général⁸⁷, en prenant appui notamment sur une décision du Conseil constitutionnel français du 19 janvier 1995, qui – sur base du respect dû à la dignité humaine – avait reconnu comme constituant "un objectif de nature constitutionnelle" "la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent", considérant qu'il "incombe tant au législateur qu'au gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en oeuvre de cet objectif". Le 19 mai, une seconde contribution de M. G. Braibant venait affirmer le caractère de "droits fondamentaux" des droits économiques et sociaux, "même si la mise en oeuvre concrète de certains d'entre eux nécessite souvent l'intervention d'un texte intermédiaire" : bien qu'il puisse réclamer des mesures de mise en oeuvre qui viennent en concrétiser la signification, un droit tel que le droit au logement ou le droit à l'environnement "peut être opposé à une action qui irait directement à son encontre"; il "peut être utilisé par le juge lorsqu'il doit combiner plusieurs droits fondamentaux entre eux"; enfin, "lorsque des mesures concrètes de mise en oeuvre ont été prises, le droit peut être opposé à des actes qui viendraient remettre en cause dans leur principe même ces mesures"⁸⁸. La signification des "principes" provient ainsi tantôt d'une sorte de théologie négative – bien qu'en l'absence de mesures de mise en oeuvre l'on ne puisse en connaître la signification complète, il n'en est pas moins possible de reconnaître certains cas de violation manifeste de ces droits –, tantôt d'une exigence de "standstill" ou de non-rétrogression – lorsque le droit a été mis en oeuvre, toute mesure venant à rebours de cette réalisation doit être considérée avec suspicion –. Par la suite, cette idée d'une "justiciabilité normative" des droits sociaux, qui constituent à la fois davantage que des objectifs politiques et moins que des droits pleinement justiciables permettant d'exiger de la part du législateur l'adoption de certaines mesures, a figuré au centre du texte conjoint de M. Braibant et de M. Meyer, député au

⁸⁴ Voy. le rapport final du Groupe de travail II, précité, p. 4 : "La Charte tout entière – y compris l'énoncé des droits et des principes, son préambule et, élément capital, ses 'dispositions générales' – doit être respectée par la Convention actuelle, qui ne doit pas rouvrir le débat à ce sujet".

⁸⁵ Pour le point de vue du représentant du gouvernement du Royaume-Uni à la Convention pour l'élaboration de la Charte, voy. T. Goldsmith, "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", (2001) 38 *Common Market L. Rev.* 1201.

⁸⁶ CHARTE 4280/00, CONTRIB. 153, 2 mai 2000.

⁸⁷ Appelés dans ce document "services économiques d'intérêt général".

⁸⁸ CHARTE 4322/00, CONTRIB. 188, 19 mai 2000.

Parlement allemand, présenté en juillet 2000. Et elle se laisse apercevoir également derrière l'avis rendu par la Comité économique et social le 20 septembre 2000⁸⁹, disant que

l'affirmation de droits sociaux fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne préjuge pas de l'identité de l'auteur de l'acte – institution de l'Union européenne ou autorité étatique – contre lequel le bénéficiaire du droit peut être revendiqué, ou envers qui le respect de ce principe peut être réclamé. Conformément au mandat de Cologne, l'inscription de droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne revient nullement à investir la Communauté ou l'Union européenne de compétence que celles-ci ne détiendraient pas déjà. Elle signifie uniquement que les actes des institutions de l'Union ou les actes étatiques adoptés dans le domaine d'application du droit communautaire doivent : - respecter les droits sociaux que la Charte affirme ; - ne pas constituer des mesures aboutissant à diminuer le degré de réalisation déjà atteint des principes ; - et respecter l'exigence de non-discrimination, notamment dans la mise en oeuvre des droits sociaux⁹⁰.

Dans la première des deux contributions précitées, M. Braibant voulait achever de rassurer les membres de la Convention opposés à l'insertion de droits sociaux dans la Charte en notant que “une clause horizontale spécifique pourrait permettre de tenir compte de leur nature particulière en renvoyant au législateur le soin de les mettre en oeuvre”. C'est une telle explicitation du statut particulier des “principes” qui a paru devoir accompagner l'insertion de la Charte dans le projet de Constitution. Mais le texte de l'article II-52 § 5 du projet reste, on le voit, parfaitement conforme au compromis qui avait permis de clore les travaux portant sur l'élaboration de la Charte au cours de l'été 2000⁹¹.

Quelles conséquences peuvent découler de l'adjonction de l'article 52 § 5 dans la Charte des droits fondamentaux, et donc de la visibilisation de la distinction entre “droits” et “principes”? Deux lectures peuvent être faites de cette clause. La première lecture, qui repose sur une interprétation littérale de cette disposition, limiterait l'invocabilité d'un “principe” aux situations où une mesure a été prise, au niveau de l'Union ou à celui d'un Etat membre, *afin de le mettre en oeuvre*. Selon cette interprétation, il faudrait donc attendre, pour que des “principes” tels que la protection de la santé, la protection de l'environnement ou l'intégration des personnes handicapées, puissent produire un effet utile, que le législateur ou l'exécutif prennent des mesures visant à réaliser ces principes. Cette interprétation nous laisserait démuni, non seulement face à l'hypothèse d'une passivité de l'Union ou des Etats membres, qui refuseraient de prendre de telles mesures relevant de leurs compétences, mais également face à une situation où ces principes seraient clairement violés par l'adoption de certaines mesures allant à leur rencontre. Une autre interprétation – plus généreuse mais plus fidèle, aussi, à l'intention des rédacteurs – serait de reconnaître que les principes n'ont qu'une justiciabilité limitée : ils peuvent servir de “boucliers”, pour faire obstacle à l'adoption de certains actes des institutions de l'Union ou des Etats membres qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint par des mesures de mise en oeuvre ; ils ne peuvent servir d’“épées”, c'est-à-dire être invoqués devant le juge afin de réclamer de la part du législateur ou de l'exécutif l'adoption de certaines mesures déterminées à l'effet de les concrétiser⁹². Selon cette seconde interprétation dès lors, “met en oeuvre” le principe au sens de l'article 52 § 5 de la Charte, l'acte qui constitue une violation de ce principe et qui, par conséquent, pourrait être censuré au regard des exigences de celui-ci.

⁸⁹ CES 1005/2000 – SOC/013.

⁹⁰ Point 3.1.3.

⁹¹ Contra, voy. le point de vue de G. de Burca, “Fundamental Rights and Citizenship”, in B. de Witte (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law, Florence, 2003, pp. 11-44, ici p. 24 (l'article 52 § 5 “represents an attempt to re-open the substance of the Charter as agreed by the previous Convention by consensus”).

⁹² Cette interprétation rejoint les explications révisées du Présidium (voy. la note du Présidium à la Convention, “Mise à jour des explications relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux”, CONV 828/03, 9 juillet 2003, p. 51): les principes “ne donnent (...) pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des Etats membres”.

Cette seconde interprétation non seulement serait conforme à l'intention qui a animé les rédacteurs de la Charte, mais en outre elle ne paraît pas contredite par les références à la jurisprudence communautaire que les explications du Présidium retiennent à l'appui des "adaptations rédactionnelles" apportées à l'article 52. En particulier, ces explications mentionnent l'arrêt *Pfizer Animal Health SA* rendu le 11 septembre 2002 par le Tribunal de première instance. Dans cet arrêt, le principe de précaution – qui figure aujourd'hui mentionné à l'article 174 § 2 CE – a servi à justifier l'adoption par le Conseil d'un règlement retirant l'autorisation communautaire de quatre antibiotiques comme additifs dans l'alimentation des animaux. Le Tribunal constate que "les institutions communautaires peuvent (...) adopter une mesure fondée sur le principe de précaution" ; dès lors que, selon le Tribunal, ce principe a été correctement interprété par le Conseil, et que principe de précaution peut servir à interpréter la directive établissant le régime communautaire applicable à l'autorisation et au retrait de l'autorisation des additifs dans l'alimentation des animaux⁹³, le recours est rejeté⁹⁴. Dans cette affaire, le principe de précaution a bien servi à évaluer, dans le cadre d'un contrôle de sa légalité, un acte communautaire visant à le mettre en œuvre. Rien cependant n'exige que l'on fasse de cette utilisation du "principe de précaution" une lecture *a contrario*, excluant que ledit principe puisse servir, notamment, à censurer l'acte communautaire qui en commet une violation suffisamment manifeste.

Il s'indique donc de relativiser l'idée d'une prétendue "non-justiciabilité" des "principes", qui distinguerait ceux-ci radicalement des "droits subjectifs" que contiendrait la Charte. L'étendue de la distinction entre une pleine justiciabilité des droits fondamentaux et la justiciabilité "normative" des principes doit également être relativisée pour une autre raison, qui tient à ce que la frontière entre les droits pleinement justiciables et les droits "programmatiques" – les principes – n'est pas toujours étanche : le Groupe de travail II a estimé délibérément que la question devait demeurer ouverte, le contenu des deux catégories devant être identifié au cas par cas, par voie jurisprudentielle⁹⁵. La protection de la santé (article 35 de la Charte), la protection de l'environnement (article 37) et la protection des consommateurs (article 38) figurent incontestablement au sein de la seconde catégorie; sans doute aussi le droit d'accès aux services d'intérêt économique général (article 36). Mais on peut s'interroger, par exemple, sur le droit pour les travailleurs et les employeurs de recourir à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts (article 28) : bien que les contributions précitées de M. G. Braibant rangent le droit de grève parmi les droits programmatiques, le lien avec la liberté d'association – droit civil et politique classique⁹⁶ – est à ce point étroit que pareil classement peut être contesté. Plus généralement, tant que cette frontière demeure floue, elle peut se modifier : apparaissant d'abord comme dotés d'une formulation vague leur conférant des contours peu définis, certains droits peuvent gagner en consistance à mesure qu'ils se trouvent mis en œuvre, de manière telle que les prérogatives qui constituaient au départ des "principes" seront progressivement concrétisés en "droits", sans aucune restriction quant à leur justiciabilité.

III. Conclusion : les outils d'une politique des droits fondamentaux dans l'Union

Les considérations qui précèdent illustrent bien le caractère dynamique que revêt la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Ceux-ci ne sont pas seulement des limites imposées à l'action des institutions ou des Etats membres qui agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union, bien que tel soit le statut des principes généraux du droit de l'Union. Les droits fondamentaux remplissent aussi une fonction positive : ils peuvent orienter le développement du droit législatif, les compétences attribuées à l'Union lui permettant de prendre des initiatives qui en favorisent la réalisation (voy. ci-

⁹³ Directive 70/524/CEE du 23 novembre 1970 concernant les additifs dans l'alimentation des animaux (*J.O.C.E.* n° L 270, p. 1).

⁹⁴ T.P.I., 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'UE*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, points 114 et suivants.

⁹⁵ Selon le Working Paper 23 du 4 octobre 2002, "the proposed clause would maintain the line followed by the previous Convention to express the character of a 'right' or a 'principle' of individual Charter articles as best as possible in the wording of the respective articles and to leave it, on this basis and taking into account the valuable guidance provided by the 'Praesidium's Explanations', for future jurisprudence to rule on the exact attribution of articles of the two categories".

⁹⁶ Le droit de grève se rattache à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit la liberté d'association notamment syndicale : voy. Cour eur. D.H., arrêt *Unison c. Royaume-Uni* du 10 janvier 2002 (req. n°53574/99); et arrêt *Federation of Offshore Workers' Trade Unions c. Norvège* du 27 juin 2002 (req. n° 38190/97).

dessus, II.2.). Encore faut-il que ces initiatives prennent appui sur une information complète, objective et impartiale de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres, et puissent ainsi se présenter comme répondant à une nécessité véritable : c'est d'ailleurs ce qu'exige le respect du principe de subsidiarité lui-même. Il serait pour ce motif opportun que l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution s'accompagne de la mise sur pied d'un monitoring spécifique de la Charte, permettant d'identifier les évolutions pouvant appeler une initiative européenne, notamment lorsqu'apparaissent des écarts trop importants d'Etat membre à Etat membre en matière de droits fondamentaux, ou lorsque les initiatives prises par un Etat affectent la possibilité pour un autre Etat de promouvoir les droits fondamentaux sous sa juridiction. Trois pistes existent.

1. Une première piste serait de créer un Observatoire semblable à l'Observatoire de Vienne sur la racisme et la xénophobie, mais doté de la compétence d'assurer le suivi de l'ensemble des droits de la Charte. La Constitution est pourvue des bases juridiques requises. Le Règlement 1035/97 du Conseil du 2 juin 1997 instituant l'Observatoire de Vienne⁹⁷ a été adopté sur base de l'article 284 CE (alors article 213 CEE), prévoyant que "Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées, la Commission peut recueillir toutes informations et procéder à toutes vérifications nécessaires, dans les limites et conditions fixées par le Conseil en conformité avec les dispositions du présent traité" ; en combinaison avec la clause de flexibilité relative aux pouvoirs implicites de l'article 308 CE (alors article 235 CEE). Ces bases juridiques se retrouvent dans le projet de Constitution. Elles peuvent être utilisées pour garantir un suivi systématique de la Charte des droits fondamentaux, et orienter les institutions de l'Union dans l'exercice de leurs compétences attribuées en vue de favoriser l'émergence d'une véritable politique européenne des droits fondamentaux.

2. L'article 58 du projet de Constitution pourrait constituer un autre point de départ. Cette disposition reprend, sans modification importante⁹⁸, le contenu de l'actuel article 7 du traité sur l'Union européenne. En particulier, il confirme l'idée, qu'étaient venues traduire dans cette disposition les amendements qui y furent apportés par le Traité de Nice, que cet article peut fonctionner à titre préventif : le Conseil peut en effet constater l'existence d'un "risque clair de violation grave" par un Etat membre des valeurs sur lesquelles est fondée l'Union – parmi lesquelles figurent les droits de l'Homme⁹⁹ –, et le cas échéant adresser à cet Etat des recommandations. Or le recours à un tel constat suppose au préalable que les institutions reçoivent une information incontestable sur la situation des droits fondamentaux dans l'Etat membre en question. Dans sa communication du 15 octobre 2003¹⁰⁰, la Commission européenne estime que le Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux peut remplir cette fonction :

L'information recueillie devrait permettre de détecter des situations d'anomalies en matière de droits fondamentaux ou les situations pouvant conduire à des violations ou à des risques de violation de ces droits au sens de l'article 7 TUE.

Le réseau peut aussi contribuer, par ses analyses, à la recherche de solutions visant à remédier aux anomalies vérifiées ou à éviter des violations potentielles.

Ce suivi a aussi une fonction préventive essentielle dans la mesure où il peut alimenter la réflexion sur la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ou alerter les institutions sur des évolutions divergentes des standards de protection entre les Etats membres qui pourraient aboutir à rompre la confiance mutuelle sur laquelle se fondent les politiques de l'Union.

⁹⁷ J.O.C.E. n° L 151 du 10.6.1997, p. 1.

⁹⁸ L'on notera cependant qu'à la différence de l'actuel article 7 UE, tel qu'il fut révisé par le Traité de Nice, l'article 58 du projet de Constitution ne fait plus allusion à la possibilité pour le Conseil de "demander à des personnalités indépendantes de présenter dans un délai raisonnable un rapport sur la situation dans l'Etat membre en question".

⁹⁹ Selon la terminologie, un peu désuète, de l'article 2 du projet de Constitution. La clause correspondante dans les traités actuels est l'article 6 § 1^{er} du traité sur l'Union européenne.

¹⁰⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du traité sur l'Union européenne, Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, COM(2003) 606 final, 15 octobre 2003.

Bien que la notion de “violation grave” inscrite à l’article 7 UE paraisse devoir limiter le recours à cette clause à des situations extrêmes, dont on peut espérer qu’elles demeureront exceptionnelles, le *monitoring* mis sur pied afin de permettre à cette clause de remplir sa fonction pourrait également servir, de manière plus large, d’outil à l’élaboration d’une politique des droits fondamentaux de l’Union européenne. C’est expressément ce à quoi paraît renvoyer le dernier alinéa cité.

3. Enfin, l’originalité de l’article III-161 du projet de Constitution n’a pas échappé aux observateurs de la construction de l’espace européen de liberté, de sécurité, et de justice¹⁰¹. Cette disposition prévoit que, sans préjudice de la possibilité pour la Commission ou les Etats membres d’agir en manquement contre un Etat membre qui ne respect pas les obligations que le droit de l’Union lui impose, un mécanisme tendant à “une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les Etats membres, des politiques de l’Union” conduites dans le domaine de l’espace de liberté, de sécurité et de justice, pourra être institué par le Conseil, “en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle”¹⁰².

Là se situe, peut-être, l’avenir véritable de la Charte des droits fondamentaux. Non plus simplement un catalogue de droits entre les mains du juge lui permettant d’en sanctionner la violation *post hoc*, après que le mal soit commis : la Charte pourrait se transformer en un instrument permettant de rendre objectif, dépolitisé, la surveillance que chaque Etat membre exerce sur tous les autres, avec lesquels il partage un espace commun de liberté, de sécurité et de justice. Cet espace représente bien davantage que ce qui subsiste après que les frontières intérieures soient abolies : c’est le cadre commun dans lequel nos Etats coexistent, et s’accordent une confiance réciproque. Il faut à présent qu’à cette définition, viennent correspondre des traductions institutionnelles.

¹⁰¹ Voy. I. Jegouzo, “La création d’un mécanisme d’évaluation mutuelle de la justice, corollaire de la reconnaissance mutuelle”, in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éds.), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l’Union européenne*, coll. de l’Institut d’études européennes, Bruxelles, éd. de l’ULB, 2003, p. 147.

¹⁰² Les parlements nationaux sont associés à cette procédure d’évaluation : voy. l’article 41 § 2 du projet de Constitution.