

*E.U. NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS  
(CFR-CDF)  
RÉSEAU U.E. D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX*

**RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS  
L'UNION EUROPEENNE EN 2003**

Janvier 2004

Référence : CFR-CDF.rapUE.2003



Le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Le Réseau présente des rapports sur la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Le contenu de l'avis n'engage en aucune manière la Commission européenne. La Commission n'assume aucune responsabilité quant aux informations que contient le présent document.



*E.U. NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS  
(CFR-CDF)  
RÉSEAU U.E. D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX*

**RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS  
L'UNION EUROPEENNE EN 2003\***

Janvier 2004

Référence : CFR-CDF.rapUE.2003.fr

THIS REPORT IS ALSO AVAILABLE IN ENGLISH



Le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Le Réseau présente des rapports sur la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Le contenu de l'avis n'engage en aucune manière la Commission européenne. La Commission n'assume aucune responsabilité quant aux informations que contient le présent document.

---

\* Présenté au Réseau par le Professeur Olivier De Schutter, Professeur à l'Université catholique de Louvain et coordinateur du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux. L'auteur du rapport remercie H. Labayle, membre du Réseau d'experts pour les informations qu'il a transmises sur les questions relatives à l'asile.



**Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux** a été mis sur pied par la Commission européenne (DG Justice et affaires intérieures), à la demande du Parlement européen. Depuis 2002, il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Chaque Etat membre fait l'objet d'un rapport établi par un expert sous sa propre responsabilité, selon un canevas commun qui facilite la comparaison des données recueillies sur les différents Etats membres. Les activités des institutions de l'Union européenne font l'objet d'un rapport distinct, établi par le coordinateur. Sur la base de l'ensemble de ces (26) rapports, les membres du Réseau identifient les principales conclusions et recommandations qui se dégagent de l'année écoulée. Ces conclusions et recommandation sont réunies dans un Rapport de synthèse, qui est remis aux institutions européennes. Le contenu du rapport n'engage en aucune manière l'institution qui en est le commanditaire.

Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux se compose de Elvira Baltutyte (Lituanie), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Rép. slovaque), Achilleas Demetriades (Chypre), Olivier De Schutter (Belgique), Maja Eriksson (Suède), Teresa Freixes (Espagne), Gabor Halmai (Hongrie), Wolfgang Heyde (Allemagne), Morten Kjaerum (Danemark), Henri Labayle (France), M. Rick Lawson (Pays-Bas), Lauri Malksoo (Estonie), Arne Mavcic (Slovénie), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (Royaume-Uni), Bruno Nascimbene (Italie), Manfred Nowak (Autriche), Marek Antoni Nowicki (Pologne), Donncha O'Connell (Irlande), Ian Refalo (Malte), Martin Scheinin (suppléant Tuomas Ojanen) (Finlande), Linos Alexandre Sicilianos (Grèce), Dean Spielmann (Luxembourg), Pavel Sturma (Rép. tchèque), Ineta Ziemele (Lettonie). Le Réseau est coordonné par O. De Schutter, assisté par V. Verbruggen.

Les documents du Réseau peuvent être consultés via :

[http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm)

**The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights** has been set up by the European Commission (DG Justice and Home Affairs), upon request of the European Parliament. Since 2002, it monitors the situation of fundamental rights in the Member States and in the Union, on the basis of the Charter of Fundamental Rights. A Report is prepared on each Member State, by a Member of the Network, under his/her own responsibility. The activities of the institutions of the European Union are evaluated in a separated report, prepared for the Network by the coordinator. On the basis of these (26) Reports, the members of the Network prepare a Synthesis Report, which identifies the main areas of concern and makes certain recommendations. The conclusions and recommendations are submitted to the institutions of the Union. The content of the Report is not binding on the institutions.

The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights is composed of Elvira Baltutyte (Lithuania), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Slovak Republic), Achilleas Demetriades (Cyprus), Olivier De Schutter (Belgium), Maja Eriksson (Sweden), Teresa Freixes (Spain), Gabor Halmai (Hungary), Wolfgang Heyde (Germany), Morten Kjaerum (Denmark), Henri Labayle (France), M. Rick Lawson (the Netherlands), Lauri Malksoo (Estonia), Arne Mavcic (Slovenia), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (United Kingdom), Bruno Nascimbene (Italy), Manfred Nowak (Austria), Marek Antoni Nowicki (Poland), Donncha O'Connell (Ireland), Ian Refalo (Malta), Martin Scheinin (substitute Tuomas Ojanen) (Finland), Linos Alexandre Sicilianos (Greece), Dean Spielmann (Luxemburg), Pavel Sturma (Czech Republic), Ineta Ziemele (Latvia). The Network is coordinated by O. De Schutter, with the assistance of V. Verbruggen.

The documents of the Network may be consulted on :

[http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm)



## TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	9
I. Un mécanisme indépendant d'évaluation du respect des droits fondamentaux au sein de l'Union.....	10
I.1. La contribution du Réseau à l'identification des situations où se fait jour un risque clair de violation grave des droits fondamentaux.....	10
I.2. La contribution du Réseau à l'apprentissage mutuel par la comparaison entre les Etats membres.....	12
I.3. La contribution du Réseau à la prévention des violations des droits de l'homme par la formulation d'avis indépendants.....	14
I.4. L'institutionnalisation d'une surveillance du respect des droits de l'homme : l'Agence indépendante sur les droits de l'homme.....	15
I.5. Les leçons de l'élargissement : de la confiance mutuelle à la surveillance mutuelle.....	16
II. Directions futures de la politique des droits fondamentaux de l'Union.....	17
II.1. Mieux ancrer l'action de l'Union dans le cadre du droit international des droits de l'homme.....	17
II.2. Contribuer au respect par les Etats membres de leurs engagements internationaux dans le domaine des droits de l'homme.....	20
II.3. Prévenir le risque de violation des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit européen.....	29
III. Conclusion.....	34
CHAPITRE I : DIGNITÉ.....	35
Article 1. Dignité humaine.....	35
Article 2. Droit à la vie.....	35
Le contrôle intégré des frontières extérieures de l'Union.....	35
La prévention de la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes et la protection des victimes et des groupes à risque.....	38
Article 3. Droit à l'intégrité de la personne.....	39
La lutte contre le trafic d'organes et de tissus d'origine humaine.....	39
Le financement communautaire de cellules-souches d'embryons humains.....	40
Article 4. Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.....	40
Article 5. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé.....	40
La lutte contre la traite des êtres humains.....	40
CHAPITRE II : LIBERTÉS.....	42
Article 6. Droit à la liberté et à la sûreté.....	42
Détection des demandeurs d'asile.....	42
Détection en vue de la remise d'une personne aux autorités d'un autre Etat membre.....	43
Article 7. Droit à la vie privée et familiale.....	49
La protection des étrangers vis-à-vis de l'éloignement.....	49
Le droit au regroupement familial en vue de rejoindre des ressortissants d'Etats tiers.....	51
Le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.....	54
Article 8. Protection des données à caractère personnel.....	55
La communication des données PNR relatives aux passagers par les compagnies aériennes opérant des vols transatlantiques au Bureau américain des Douanes et de la protection des frontières.....	56
La transmission par les transporteurs, aux autorités de l'Etat de destination, de données relatives aux passagers.....	59
L'inclusion d'éléments d'identification biométriques dans les documents de voyage et les permis de séjour des ressortissants de pays tiers.....	60
L'évaluation de la directive 95/46/CE.....	62
La protection des données dans la cadre de la coopération policière.....	64
Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille.....	65

Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religion .....	66
Article 11. Liberté d'expression et d'information .....	66
<i>Le pluralisme des médias</i> .....	68
Article 12. Liberté de réunion et d'association .....	72
Article 13. Liberté des arts et des sciences .....	72
Article 14. Droit à l'éducation .....	75
Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler .....	75
<i>Droit d'accès à l'emploi sans discrimination des ressortissants des Etats membres</i> .....	75
<i>Statut des ressortissants de pays tiers</i> .....	76
Article 16. Liberté d'entreprendre .....	77
Article 17. Droit de propriété .....	77
Article 18. Droit d'asile .....	78
<i>Des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres</i> .....	78
<i>La détermination du statut de réfugié ou de la personne ayant droit à une protection subsidiaire</i> .....	79
<i>La définition des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié</i> .....	80
<i>Le traitement des demandes d'asile à l'extérieur des frontières de l'Union</i> .....	80
Article 19. Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition .....	82
<i>L'effet obligatoire des mesures provisoires prises par la Cour européenne des droits de l'homme</i> .....	82
<i>La politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier</i> .....	82
CHAPITRE III : ÉGALITÉ .....	93
Article 20. Égalité en droit .....	93
Article 21. Non-discrimination .....	93
<i>Les directives fondées sur l'article 13 CE</i> .....	93
<i>La promotion de la diversité dans l'entreprise et le traitement des données sensibles</i> .....	95
<i>L'interdiction de la discrimination sur la base de l'appartenance à une minorité nationale</i> .....	98
<i>La discrimination fondée sur l'âge dans l'assurance en responsabilité civile automobile</i> .....	103
<i>Non-discrimination fondée sur la nationalité entre ressortissants d'Etats membres, dans le domaine d'application de traités</i> .....	104
Article 22. Diversité culturelle et religieuse .....	105
Article 23. Égalité entre hommes et femmes .....	105
<i>Extension de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans les biens et services</i> .....	105
<i>Développements de la jurisprudence communautaire</i> .....	107
Article 24. Droits de l'enfant .....	109
Article 25. Droit des personnes âgées .....	109
Article 26. Intégration des personnes handicapées .....	109
CHAPITRE IV : SOLIDARITÉ .....	115
Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise .....	115
Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives .....	115
Article 29. Droit d'accès aux services de placement .....	115
Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié .....	115
<i>Maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises</i> .....	115
<i>Protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur</i> .....	117
<i>Licenciements collectifs</i> .....	118
Article 31. Conditions de travail justes et équitables .....	118
Article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail .....	120
Article 33. Vie familiale et vie professionnelle .....	120
Article 34. Sécurité sociale et aide sociale .....	120
<i>Coordination des régimes de sécurité sociale en faveur des ressortissants de pays tiers</i> .....	120
<i>Réforme de la législation relative à la sécurité sociale</i> .....	120
Article 35. Protection de la santé .....	120
<i>Le « principe » de la protection de la santé</i> .....	120
<i>Protection de la santé et libertés fondamentales du Traité CE</i> .....	122

Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général.....	123
Article 37. Protection de l'environnement .....	126
<i>Criminaliser les atteintes graves à l'environnement.....</i>	<i>128</i>
<i>Garantir le droit d'accès du public à l'information en matière d'environnement.....</i>	<i>129</i>
<i>Garantir la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement.....</i>	<i>130</i>
<i>La convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.....</i>	<i>131</i>
Article 38. Protection des consommateurs.....	131
CHAPITRE V : CITOYENNETE.....	132
Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen.....	132
Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales .....	134
Article 41. Droit à une bonne administration .....	134
Article 42. Droit d'accès aux documents .....	135
Article 43. Médiateur .....	138
Article 44. Droit de pétition .....	140
Article 45. Liberté de circulation et de séjour .....	140
<i>Citoyens de l'Union européenne .....</i>	<i>140</i>
<i>La notion de « membre de la famille ».....</i>	<i>141</i>
<i>Extension territoriale .....</i>	<i>147</i>
<i>Ressortissants de pays tiers.....</i>	<i>148</i>
<i>Cercle des bénéficiaires du statut de résident de longue durée. ....</i>	<i>148</i>
<i>Protection renforcée contre l'expulsion au bénéfice des résidents de longue durée. ....</i>	<i>148</i>
Article 46. Protection diplomatique et consulaire .....	149
CHAPITRE VI : JUSTICE.....	149
Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial .....	149
<i>Le droit à un recours effectif dans le système des voies de recours organisé par le Traité CE</i>	<i>149</i>
<i>Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement dans le cadre de la Communauté... </i>	<i>152</i>
<i>Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement au niveau des Etats membres.....</i>	<i>155</i>
<i>L'amélioration de l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières.....</i>	<i>156</i>
Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense .....	157
<i>Le rôle de l'Avocat général au sein de la Cour de justice des Communautés européennes .....</i>	<i>157</i>
<i>Les garanties procédurales dues aux suspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales au sein de l'Union .....</i>	<i>159</i>
Article 49. Principe de légalité et de proportionnalité des peines .....	165
Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois .....	166



## INTRODUCTION

Le programme de travail 2003-2004 du Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a prévu que la présentation d'un rapport de synthèse, qui sera présenté à la Commission européenne en mars 2004, sera précédée de l'élaboration d'une série de 25 rapports portant sur chacun des Etats membres de l'Union ainsi que d'un rapport portant sur les activités des institutions de l'Union. C'est dans ce cadre que s'inscrit le présent rapport. Celui-ci prend pour référence la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il examine, à la lumière des différentes dispositions de la Charte, les initiatives qu'ont prises les institutions de l'Union européenne ou les Etats membres agissant en commun dans le cadre de l'Union, au cours de la période sous examen (décembre 2002 à décembre 2003).

Trois thèmes dominent le présent rapport : celui de l'ancrage de la Charte des droits fondamentaux dans le droit international des droits de l'homme; celui de la nécessité d'intégrer la préoccupation pour les droits fondamentaux dès le début du parcours législatif européen, selon une démarche qui doit se faire davantage préventive; enfin, celui d'inclure la préoccupation pour les droits fondamentaux dans la surveillance de l'application par les Etats membres du droit européen. L'Introduction vise en premier lieu à annoncer ces thèmes transversaux. Mais l'Introduction vise également à situer le travail du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux dans son contexte : celui de la politique de l'Union européenne dans le domaine des droits fondamentaux.

La première partie de l'Introduction décrit le travail actuel du Réseau et propose des pistes de réflexion pour son travail futur. Afin de clarifier le rôle que peut jouer un mécanisme indépendant d'évaluation du respect des droits de l'homme au sein de l'Union, l'Introduction revient d'abord sur la communication que la Commission a présentée 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 »<sup>1</sup> (I.1.). La mission que cette communication définit pour le Réseau se différencie des autres fonctions qu'il assume : encourager, par la comparaison des expériences, l'apprentissage mutuel entre Etats membres dans le domaine des droits fondamentaux (I.2.); et conseiller les institutions de l'Union sur les projets pouvant avoir une incidence sur le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (I.3.). Ces différentes missions sont appelées, à terme, à être exercées en lien étroit avec une Agence indépendante des droits de l'homme, dont le Réseau d'Experts indépendants pourrait constituer un outil privilégié, en particulier pour l'identification des questions dont la comparaison des situations nationales mettrait à jour la pertinence et pour la fourniture d'avis juridiques spécialisés (I.4.). L'élargissement donne à l'institutionnalisation d'un mécanisme d'évaluation, au regard des droits fondamentaux des politiques de l'Union et de ses Etats membres, un caractère d'urgence qu'il faut encore souligner (I.5.).

La seconde partie de l'Introduction identifie les directions que pourrait prendre à l'avenir une politique des droits fondamentaux pour l'Union européenne. Dans l'exercice de ses missions, le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux veille particulièrement à ce que le lien ne soit pas rompu entre le droit international et européen des droits de l'homme et le droit de l'Union. Ce souci guide sa lecture de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Mais c'est également ce qui conduit l'Introduction à ce rapport à rappeler l'importance d'une réflexion sur les rapports qu'entretient l'Union/la Communauté aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme (II.1.). C'est aussi ce qui conduit l'Introduction à examiner comment l'Union ou la Communauté pourraient contribuer plus efficacement, par l'exercice des compétences qui leur sont attribuées, au respect par les Etats membres des obligations que leur impose le droit international des droits de l'homme (II.2.). Poser la question en ces termes, c'est concevoir les droits fondamentaux que les institutions de l'Union doivent *respecter* comme, aussi, pouvant leur imposer certaines obligations d'*agir*, bien que toujours dans le strict respect du principe des compétences d'attribution et, pour ce qui concerne les compétences partagées avec les Etats membres, des principes de

---

<sup>1</sup> COM (2003) 606 final, du 15.10.2003.

subsidiarité et de proportionnalité. Ce que met au jour le rapport, c'est en effet que les risques d'atteintes aux droits fondamentaux qui résultent des activités de l'Union se situent non pas dans ce que les institutions de l'Union ont *fait*, mais plutôt dans ce qu'elles ont *omis de faire*, notamment là où elles auraient pu mieux clarifier les obligations qui s'imposent aux Etats membres, en vertu des droits fondamentaux, dans la mise en œuvre du droit européen. La question de savoir quelles obligations positives s'imposent aux institutions de l'Union en vertu de la Charte des droits fondamentaux fait l'objet de la dernière section de l'Introduction (II.3.).

Le principal enseignement qui se dégage est donc celui-ci. L'article 7 UE, bien qu'il puisse assumer à présent une fonction préventive, ne saurait constituer l'instrument exclusif, ni même le principal instrument, d'une politique de l'Union dans le domaine des droits fondamentaux. Une telle politique doit se fonder d'abord sur l'idée que, *là où elles agissent et dans la mesure où elles agissent, les institutions de l'Union assument une obligation de contribuer au respect des droits fondamentaux en prévenant le risque de violations*. Le rapport s'efforce de montrer ce qui aurait pu être fait – ce qui aurait dû être fait, parfois – pour que, par une meilleure prise en compte des droits fondamentaux dès l'amont du processus législatif européen, cette fonction de prévention des violations soit correctement remplie.

## **I. UN MÉCANISME INDÉPENDANT D'ÉVALUATION DU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX AU SEIN DE L'UNION**

### *I.1. La contribution du Réseau à l'identification des situations où se fait jour un risque clair de violation grave des droits fondamentaux*

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice le 1<sup>er</sup> février 2003<sup>2</sup>, l'article 7 TUE donne la possibilité au Conseil de constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un Etat membre des valeurs communes sur lesquelles est fondée l'Union – démocratie, respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et Etat de droit<sup>3</sup> –, valeurs dont le respect constitue une condition d'appartenance à l'Union<sup>4</sup>. Ce mécanisme préventif, prévu à l'article 7 § 1<sup>er</sup> TUE, est venu s'ajouter à la possibilité de sanctions adoptées à l'égard de l'Etat qui, selon le constat du Conseil, se rend coupable d'une violation grave et persistante de ces valeurs communes<sup>5</sup>.

La communication que la Commission a présentée 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 »<sup>6</sup>, identifie les deux missions que peut remplir, dans le contexte propre de l'article 7 TUE, le Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux. Premièrement, le Réseau peut contribuer à « 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 » : c'est sa fonction de vigilance. Deuxièmement, il peut « contribuer, par ses analyses, à la recherche de solutions visant à remédier aux anomalies vérifiées ou à éviter les violations potentielles » : c'est sa fonction de recommandation. Cette définition des missions que le Réseau peut remplir dans le cadre de l'article 7 TUE appelle trois observations.

1° L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union limite l'invocabilité de celle-ci aux seules situations où sont en cause les activités de l'Union ou celles des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Mais cette disposition ne doit pas être considérée comme faisant obstacle à une surveillance du respect des droits fondamentaux par les Etats membres quel que soit le domaine dans lequel ils agissent, même sans lien de rattachement avec le droit de

<sup>2</sup> J.O.C.E., n° C 180, du 10.3.2001.

<sup>3</sup> Article 6 § 1<sup>er</sup> TUE.

<sup>4</sup> Article 49 TUE.

<sup>5</sup> Article 7 §§ 2 à 4 TUE et, pour la mise en œuvre de ces sanctions dans le cadre du Traité instituant la Communauté européenne, article 309 CE.

<sup>6</sup> COM (2003) 606 final, du 15.10.2003.

l'Union<sup>7</sup>. Ainsi que le note encore la communication de la Commission, pour justifier le recours à l'article 7 TUE, il n'est pas nécessaire que le « risque clair de violation grave » ou la « violation grave et persistante » se situe dans le domaine d'application du droit de l'Union. En raison de la nature spécifique des violations des droits fondamentaux ou des autres principes énoncés à l'article 6 § 1<sup>er</sup> TUE que l'inscription de l'article 7 TUE vise à prévenir ou sanctionner, il faut d'ailleurs considérer que, lorsqu'un Etat membre de l'Union commet une violation des droits fondamentaux énoncés dans la Charte alors qu'il agit dans le domaine d'application du droit communautaire, le recours aux mécanismes habituels d'infraction au droit communautaire est préférable : il appartient alors à la Commission européenne, conformément au rôle que lui attribue l'article 211 CE, de demander à l'Etat membre de lui faire part de ses observations, et le cas échéant, après avoir émis un avis motivé, d'agir en constatation de manquement ainsi que l'article 226 CE le prévoit. Bien sûr, autant que possible, il faudra préférer rechercher la coopération entre les Etats membres et la Commission afin de prévenir le risque que subsistent des infractions au droit communautaire<sup>8</sup>. Cela est vrai y compris lorsque ces infractions ont leur source dans la violation des droits fondamentaux. Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux estime cependant qu'il lui revient, le cas échéant, d'alerter la Commission sur les situations où un dialogue entre la Commission et l'Etat membre concerné pourrait s'indiquer. Il pourra également recommander à la Commission de présenter des communications interprétatives, lorsque les Etats membres risquent de commettre des atteintes aux droits fondamentaux dans la mise en œuvre des instruments de droit dérivé communautaire, en raison de certaines imprécisions de ces instruments ou des exceptions qu'ils ménagent au bénéfice des Etats membres.

2° Les « valeurs communes » que formule l'article 6 § 1<sup>er</sup> TUE sont définies en termes plus larges que ne le suggérerait la liste des dispositions de la Charte des droits fondamentaux. Par exemple, le risque avéré d'atteintes aux droits des minorités nationales, dès lors que ces atteintes présentent un certain degré de gravité, peut justifier l'exercice du mécanisme préventif prévu à l'article 7 § 1<sup>er</sup> TUE, en dépit de ce que les droits des minorités ne figurent pas, comme tels, inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>9</sup>. Cela découle du fait que les deux instruments pertinents du Conseil de l'Europe en ce domaine – la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe, du 1<sup>er</sup> février 1995, et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992 – sont des instruments auxquels les Etats membres ont adhéré ou à l'élaboration desquels ils ont coopéré, d'une part, et de la protection des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, d'autre part<sup>10</sup>.

3° La possibilité donnée au Conseil, en vertu de l'article 7 § 1<sup>er</sup> TUE, d'adresser des recommandations appropriées à un Etat membre au sein duquel il a constaté qu'il existe un risque clair de violation grave des principes énoncés à l'article 6 § 1<sup>er</sup> TUE, n'est pas limitée par l'étendue des compétences attribuées à l'Union / la Communauté européenne. Ainsi, bien que le Traité CE exclue expressément que la Communauté puisse intervenir – même uniquement afin de compléter

<sup>7</sup> Voy. Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, p. 17.

<sup>8</sup> Communication de la Commission sur l'amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire, COM(2002)725 final du 20.12.2002, point 2.1.

<sup>9</sup> Cependant, l'article 21 de la Charte interdit toute discrimination fondée notamment sur l'appartenance à une minorité nationale : le commentaire qui est consacré à cette disposition dans ce rapport identifie les conséquences qui en résultent pour l'Union européenne. Par ailleurs, l'article 22 de la Charte prévoit que l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ; le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, remis à la présidence du Conseil européen le 18 juillet 2003 par le président de la Convention européenne, énonce parmi les objectifs de l'Union que celle-ci « respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen » (article 3 § 3, alinéa 4). Cette conception des exigences du respect de la diversité demeurent en-deça de ce qu'exigeraient, particulièrement, la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe, du 1<sup>er</sup> février 1995 (S.T.E. n° 157), et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992 (S.T.E. n° 148).

<sup>10</sup> La Communication précitée du 15 octobre 2003 retient d'ailleurs que, parmi les critères qui permettent de déterminer la « gravité » d'une violation, « l'analyse pourrait être influencée par le fait que ces couches de population sont vulnérables, telles que les minorités nationales, ethniques ou religieuses (...) » (p. 8).

l'action des Etats membres – en ce qui concerne le droit de grève<sup>11</sup>, il ne saurait être exclu que le Conseil adresse des recommandations à l'Etat membre qui, par exemple, adopte une législation fortement restrictive de l'exercice du droit de grève, ou bien demeure sans réaction face à la multiplication de situations où les employeurs sollicitent avec succès auprès du juge des ordonnances tendant à faire cesser la grève, au nom de la liberté professionnelle ou de la protection du droit de propriété. Ces deux situations créent un risque clair de violation de l'article 28 de la Charte et de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui, si la violation peut être considérée comme grave, justifie le recours à l'article 7 § 1<sup>er</sup> TUE. De même, le Conseil peut sur la base de cet article faire des recommandations à certains Etats membres dont l'état des établissements pénitentiaires se situe clairement en-dessous des standards du Conseil de l'Europe, notamment tels qu'ils sont établis par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, sans que puissent faire obstacle à l'adoption de telles recommandations les doutes qui subsistent à propos de la compétence de l'Union européenne à prendre des mesures visant à garantir aux personnes privées de leur liberté – soit en attente de jugement, soit à la suite d'une condamnation pénale – qu'elles bénéficieront de conditions de détention définies à un niveau minimal dans l'ensemble des Etats membres de l'Union.

Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux pourra dès lors, au terme de son analyse de la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres, exprimer sa préoccupation face à des situations qui créent un risque clair de violations graves des droits fondamentaux au sens de l'article 7 § 1<sup>er</sup> TUE, y compris là où ces situations ne constituent pas, à proprement parler, une violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, même si le risque devait se réaliser. Afin d'évaluer la réalité du risque d'une violation, le Réseau devra accorder une importance particulière à la circonstance qu'un Etat membre de l'Union a fait l'objet, de manière répétée, d'observations ou de condamnations de la part d'instances internationales de contrôle de ses obligations dans le domaine du droit international des droits de l'homme, et s'est pourtant abstenu d'y donner suite. Lorsqu'une telle situation se présente, le risque d'une violation est clairement établi : si l'Etat concerné n'a pris aucune mesure pour se conformer à l'évaluation d'un organe international de contrôle qui, par exemple, lui recommandait l'adoption d'une réglementation déterminée ou la modification d'une réglementation en vigueur, la violation dont le constat est à la base d'une telle évaluation risque de se répéter.

### *1.2. La contribution du Réseau à l'apprentissage mutuel par la comparaison entre les Etats membres*

Si la fonction de recommandation du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux peut s'exercer dans le cadre de la lecture de l'article 7 § 1<sup>er</sup> TUE qu'a proposée la Commission européenne, elle ne s'y limite cependant pas. La Communication de la Commission souligne qu'en l'absence même d'un risque clair de violation grave, les recommandations du Réseau peuvent remplir

une fonction préventive essentielle dans la mesure où [elles peuvent] 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.

Cette fonction est bien distincte de celle de l'identification des situations pouvant appeler un recours à l'article 7 TUE, à titre préventif ou, en présence d'une violation grave et persistante des droits fondamentaux par un Etat membre, pouvant déboucher sur la suspension de certains droits découlant pour l'Etat membre concerné du TUE ou du Traité CE. Cette fonction se rapproche plutôt de celle que définit, pour le Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement

<sup>11</sup> Article 137 § 5 CE, tel que modifié par l'article 2 § 9 du traité de Nice.

des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>12</sup>, l'article 30 § 2 de cette directive, selon lequel « Si le groupe constate que des divergences, susceptibles de porter atteinte à l'équivalence de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté, s'établissent entre les législations et pratiques des États membres, il en informe la Commission ».

Il est clair que l'instauration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, offrant aux citoyens un niveau élevé de protection, comme celle d'un marché unique où la concurrence est libre et non faussée, peuvent être encouragées par la définition des droits fondamentaux, à un niveau comparable dans l'ensemble des États membres. Cela ne saurait cependant signifier que, chaque fois que des écarts significatifs sont constatés entre les États, cela appelle une initiative de l'Union européenne. D'une part, l'Union ne peut exercer que les compétences qui lui sont attribuées par les États membres, et tout excès de compétence pourra être sanctionné par la Cour de justice des Communautés européennes. D'autre part, en matière de droits fondamentaux, l'équivalence d'un niveau de protection est compatible avec une diversité de pratiques ou d'approches : qu'il faille garantir partout un niveau de protection équivalent, ne signifie pas que les solutions à des problèmes donnés doivent être uniformes. Lorsque des différences notables sont constatées entre les États membres, il faut donc examiner si ces différences correspondent à des traditions nationales distinctes, qui peuvent répondre chaque fois à des circonstances spécifiques, ou bien si ces différences traduisent véritablement un écart entre des niveaux de protection des droits fondamentaux, pouvant mettre en danger l'unité de l'espace que partagent les États membres de l'Union – et, si tel est le cas, si l'Union dispose des compétences requises pour y remédier. En principe, une initiative de la part des institutions de l'Union ne s'indique que lorsque deux conditions sont réalisées : les écarts de protection entre les États membres mettent en danger l'unité de l'espace que les États membres ont en commun, soit que ces écarts risquent de mettre en danger la confiance mutuelle des États dans leurs appareils policier et judiciaire, soit qu'ils risquent de rompre l'unité du marché intérieur ; et l'Union / la Communauté disposent d'une compétence qui leur permet de rencontrer ce risque.

La comparaison des situations nationales à laquelle procède le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux, sur une base au moins annuelle portant sur l'ensemble des garanties de la Charte des droits fondamentaux, n'a pas pour unique objectif de déboucher sur l'identification des initiatives que, dans les limites qui ont été rappelées, l'Union pourrait prendre afin de préserver l'unité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et le marché intérieur. Cette comparaison remplit également une autre fonction, là où l'Union ne s'est pas vu attribuer les compétences requises pour réagir à l'émergence de divergences significatives entre les États membres dans le domaine des droits fondamentaux et où la comparaison ne fait pas apparaître un risque clair de violation grave des droits fondamentaux pouvant justifier l'utilisation de l'article 7 § 1<sup>er</sup> TUE. La comparaison peut être source d'apprentissage collectif, par le partage d'expériences qu'elle rend possible et systématise.

Cette dernière fonction ne pourrait cependant être pleinement assumée que si les États membres sont plus étroitement associés à l'exercice d'évaluation mutuelle en matière de droits fondamentaux. Dans sa Communication du 15 octobre 2003, la Commission propose à cet égard – afin de favoriser une meilleure implication des États membres – d'organiser des rencontres régulières, en vue de l'échange d'informations et du partage d'expériences, avec les instances nationales compétentes dans le domaine des droits de l'homme, autour des informations recueillies par le réseau. Dans son *Rapport portant sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses États membres en 2002*, le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux avait déjà souligné l'intérêt que présenterait cette initiative.

---

<sup>12</sup> JO n° L 281 du 23.11.1995 p. 31. Le Groupe de travail « Article 29 » assume également cette fonction à l'égard de la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) (JO n° L 201 du 31.7.2002, p. 37), conformément à l'article 15 § 3 de cette directive.

L'instauration d'un tel dialogue, à l'initiative de la Commission, entre le Réseau et les Etats membres, devrait aller de pair avec l'organisation de consultations plus systématiques entre le Réseau et les organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme représentatives au plan de l'Union européenne<sup>13</sup>. Elle pourrait également s'accompagner de l'organisation par chaque Expert indépendant, au sein de l'Etat membre qu'il est appelé à couvrir, de consultations aussi bien avec les autorités qu'avec les acteurs de la société civile. En particulier, chaque Expert pourrait à l'avenir être appelé à assurer l'organisation d'une audition annuelle destinée à identifier les questions relatives à la protection des droits fondamentaux au plan national qui présentent une importance d'intérêt européen. Cette spécificité doit être soulignée tout particulièrement<sup>14</sup>. Les questions relatives aux droits fondamentaux qui, bien que se situant au plan national (c'est-à-dire concernant la situation des droits fondamentaux au sein d'un Etat membre), présentent une importance d'intérêt européen, appartiennent à quatre catégories : 1° violations des droits fondamentaux qui, se situant dans le domaine d'application du droit de l'Union, constituent des violations du droit de l'Union lui-même (par exemple, ces violations ont pour cadre l'application d'un règlement ou la transposition d'une directive ou d'une décision-cadre) ; 2° situations qui révèlent un risque clair de violation grave des droits de l'homme et des libertés fondamentales, voire une violation grave et persistante, pouvant justifier le recours à l'article 7 TUE ; 3° situations qui aboutissent à créer des écarts entre les Etats membres de l'Union, au détriment de la confiance mutuelle qu'ils s'accordent dans l'espace de liberté, de sécurité ou de justice ou de l'unité du marché intérieur ; 4° initiatives prises au plan national qui peuvent être identifiées comme de bonnes pratiques dont la diffusion vers d'autres Etats membres de l'Union pourrait être encouragée. Ces forums annuels pourraient être structurés autour de ces catégories, bien que, sur le plan quantitatif, l'on doit s'attendre à ce que les deux dernières catégories apparaissent de loin les plus fournies.

### *1.3. La contribution du Réseau à la prévention des violations des droits de l'homme par la formulation d'avis indépendants*

Les deux fonctions précitées du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux s'exercent par la préparation de rapports annuels portant sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et chacun de ses Etats membres. Parallèlement à ces rapports, le Réseau est régulièrement consulté par la Commission européenne sur des questions relatives à la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Il rend à ce titre des avis. Ces avis sont formulés en toute indépendance. Ils n'engagent ni la Commission, ni le Parlement européen. Ils se fondent généralement sur une comparaison aussi complète que possible des situations qui existent au sein de chaque Etat membre sur une question donnée, et veillent, de manière systématique, à tenir compte des exigences de l'ensemble du droit international et européen des droits de l'homme, et non uniquement des droits fondamentaux ayant déjà reçu une consécration explicite au sein du droit de l'Union européenne. Les Experts indépendants du Réseau estiment en effet que les droits figurant dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés conformément aux droits correspondants des instruments du droit international et européen. Ils ont aussi estimé, conformément à l'article 53 de la Charte, que celle-ci ne saurait – là où elle offrirait une protection moindre ou plus vague – justifier qu'il soit porté atteinte notamment aux droits fondamentaux figurant dans les instruments auxquels sont parties tous les Etats membres.

Par la formulation de ces avis, le Réseau peut contribuer à une meilleure prise en compte des droits fondamentaux dès le stade de la proposition législative. Cette fonction doit être développée à l'avenir. Elle est essentielle si, ainsi qu'il est préconisé dans ce rapport, l'on estime que le législateur européen devrait à l'avenir mieux circonscrire la marge d'appréciation des Etats membres dans la

<sup>13</sup> Le Réseau a organisé une audition d'un certain nombre d'organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme, le 16 octobre 2003, dans les locaux du Parlement européen.

<sup>14</sup> Si une telle suggestion devait être retenue, il faudra cependant veiller à définir précisément la spécificité de ces auditions en la définissant par rapport à la nature des compétences de l'Union européenne. Un tel dispositif n'a lieu d'être mis sur pied que s'il présente un véritable valeur ajoutée. L'expérience des « tables rondes organisées » dans les Etats membres par l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes constitue un point de comparaison utile : ces tables rondes ont finalement été jugées décevantes une fois leurs résultats mis en rapport avec l'investissement qu'elles exigeaient.

mise en œuvre des instruments qu'il adopte, là où cette mise en œuvre pourrait déboucher sur une violation des droits fondamentaux par les Etats. La dernière section de cette Introduction est consacrée à décrire la fonction préventive que pourrait remplir à cet égard, une identification plus claire des obligations que le respect dû aux droits fondamentaux impose aux Etats membres, lorsque ceux-ci agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union. Ceci serait d'ailleurs dans l'intérêt non seulement d'une meilleure protection des droits fondamentaux dans l'Union, mais également dans celui de la sécurité juridique, y compris celle des Etats membres (voy. ci-dessous, II.3.).

#### *1.4. L'institutionnalisation d'une surveillance du respect des droits de l'homme : l'Agence indépendante sur les droits de l'homme*

A moyen terme, une Agence indépendante compétente en matière de droits fondamentaux sera sans doute appelée à fournir au Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux l'appui dont il a besoin compte tenu de l'extension progressive de ses missions et de la nécessité, dès lors, de le doter de moyens supplémentaires, en particulier pour ce qui concerne la collecte de données relatives aux pratiques des autorités nationales et à l'emploi d'indicateurs afin de mesurer l'évolution des pratiques et de les comparer entre elles. Les conclusions adoptées au terme du Conseil européen tenu à Bruxelles les 12-13 décembre 2003 appellent à la création d'une telle Agence, qui devrait être issu d'une extension des compétences l'Observatoire créé à Vienne en vertu du règlement (CE) n° 1035/97 portant création d'un observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes<sup>15</sup>. Cette orientation peut à première vue étonner. Prenant appui sur les résultats d'une évaluation externe faite sur les activités de l'Observatoire entre sa création en 1998 et fin 2001<sup>16</sup>, la Commission avait en effet estimé, dans une communication du 5 août 2003, que « que l'Observatoire devait continuer à se concentrer sur le racisme et que toute ouverture à d'autres domaines serait malvenue dans les limites des ressources susceptibles d'être mises à la disposition de l'Observatoire et qu'elle affaiblirait l'accent mis sur le racisme »<sup>17</sup>. Il est clair que la spécialisation des activités de l'Observatoire, qui démontre l'importance que les institutions de l'Union attachent à la nécessité de lutter contre les phénomènes racistes et xénophobes, ainsi que la définition de sa mission principale, qui consiste dans la collecte et le traitement d'informations plutôt que dans la préparation d'avis juridiques<sup>18</sup>, distinguent *a priori* nettement les activités de l'Observatoire d'une Agence indépendante pour les droits de l'homme.

Pour la nouvelle Agence, le défi sera de bâtir sur l'expérience de l'Observatoire de Vienne – notamment en matière de collecte et d'analyse de données, ce qui passe par la définition d'indicateurs fiables et comparables entre tous les Etats membres de l'Union –, tout en organisant ses rapports avec le Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux, dont les missions pourraient être resserrées sur la fourniture d'une expertise juridique dans l'ensemble des domaines couverts par la Charte. Cela supposerait la pérennisation d'un Réseau d'experts indépendants couvrant l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, et disposant en son sein des compétences requises pour suivre l'évolution au sein des Etats de l'ensemble des droits et principes figurant dans la Charte des droits fondamentaux, conformément en particulier à ce que requiert la communication du 15 octobre 2003. La perspective de la création d'une telle Agence appelle également une réflexion nouvelle sur les fonctions du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux. Ainsi il faudra envisager la possibilité pour le Réseau d'Experts indépendants d'émettre de sa propre

---

<sup>15</sup> Règlement (CE) n° 1035/97 du 2 juin 1997 portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, JO L 151 du 10.6.97, p. 1.

<sup>16</sup> [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/origin/eumc\\_eval2002\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/origin/eumc_eval2002_fr.pdf)

<sup>17</sup> Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des Régions sur les activités de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes accompagné de propositions de refonte du règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil, COM(2003) 483 final, du 5.8.2003.

<sup>18</sup> Aux termes de l'article 2 § 1<sup>er</sup> de son règlement institutif, l'Observatoire de Vienne doit « fournir à la Communauté et à ses États membres (...) des informations objectives, fiables et comparables au niveau européen sur les phénomènes du racisme, de la xénophobie et de l'antisémitisme, afin de les aider lorsque, dans les domaines de leurs compétences respectives, ils prennent ou définissent des actions ».

initiative des avis sur toute question relative à la protection des droits fondamentaux que susciterait une initiative des institutions de l'Union, dans l'intervalle qui sépare la présentation de deux rapports périodiques. Il faudra également envisager si, lorsqu'un avis est demandé au Réseau, il ne serait pas souhaitable et conforme à la logique de la mission dont le Réseau est chargé, que la Commission informe le Réseau des suites qu'elle a données à ses avis et recommandations et rédige à cet effet un rapport qui pourrait être transmis également au Parlement européen et au Conseil<sup>19</sup>. En outre, les rapports du Réseau d'Experts indépendants et de l'Agence des droits de l'homme de l'Union européenne avec le Médiateur européen ainsi qu'avec la Commission européenne devraient être organisés de manière telle que les plaintes adressées à ces institutions puissent constituer pour l'Agence ainsi que pour le Réseau une source d'information privilégiée. Enfin, l'Agence devrait être amenée à établir, de manière structurelle, des liens avec les instances compétences du Conseil de l'Europe dans les différents domaines que couvre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>20</sup>.

### *1.5. Les leçons de l'élargissement : de la confiance mutuelle à la surveillance mutuelle*

L'intégration d'une dimension préventive dans la politique des droits fondamentaux de l'Union européenne s'impose d'autant plus dans la perspective de l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux Etats membres. Les nouveaux Etats membres sont tous parties aux principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Il ont fait l'objet d'un suivi régulier de la part de la Commission aussi bien que par le Conseil de l'Union européenne, à travers le Groupe "Evaluation collective" (Coleval) chargé d'établir des rapports d'évaluation pour le Comité des représentants permanents. Ce suivi a porté aussi bien sur le respect des critères "politiques" définis au conseil européen de Copenhague en juin 1993, que sur leur capacité à intégrer l'acquis de l'Union en matière de justice et affaires intérieures. Pourtant malgré la qualité des précautions qui ont été prises, l'élargissement accroît la diversité des traditions et des appareils judiciaires et administratifs. Potentiellement, les écarts entre les Etats peuvent croître. Ils peuvent faire peser une menace sur l'uniformité d'application du droit de l'Union européenne.

Deux réactions ont fait suite à ce constat. Premièrement, on a vu se multiplier les mécanismes d'évaluation des performances des Etats dans la mise en œuvre des instruments adoptés dans le cadre du domaine de la justice et des affaires intérieures<sup>21</sup>. Le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit d'ailleurs de systématiser un tel mécanisme, sous l'article III-161 de la Constitution :

...le Conseil des ministres, sur proposition de la Commission, peut adopter des règlements ou décisions européens établissant des modalités par lesquelles les Etats membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des Etats membres, des politiques de l'Union visées au présent chapitre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen, ainsi que les parlements nationaux des Etats membres, sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation.

<sup>19</sup> Comp. l'article 30, §§ 3 et 5, de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, 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.

<sup>20</sup> L'expérience de l'Observatoire de Vienne peut constituer une référence utile à cet égard : au sein du conseil d'administration siège une personnalité désignée par le Conseil de l'Europe.

<sup>21</sup> Voy. par exemple l'action commune du 5 décembre 1997 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée, JO L 344 du 15.12.1997, p. 7 ; l'action commune du 29 juin 1998 instituant un mécanisme d'évaluation collective de l'adoption, de l'application et de la mise en œuvre effective par les pays candidats de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, JO L 191 du 7.7.1998, p. 8 ; la décision du Comité exécutif Schengen du 16 septembre 1998 concernant la création d'une Commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, JO L 239 du 22.9.2000 ; la décision-cadre du 28 novembre 2002 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre le terrorisme, JO L 349 du 24.12.2002, p. 1.

Deuxièmement, le traité d'adhésion des nouveaux Etats membres à l'Union, signé à Athènes le 16 avril 2003, contient une clause de sauvegarde en matière de justice et affaires intérieures (article 39). Cette clause prévoit la possibilité pour la Commission – jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2007 – de prendre “des mesures appropriées”, en particulier de décider la suspension temporaire de certaines dispositions ou décisions prises en matière de reconnaissance mutuelle en matière pénale (titre VI UE) ou en matière civile (titre IV de la troisième partie du traité CE), “si de graves manquements ou un risque imminent de graves manquements sont constatés dans un nouvel Etat membre en ce qui concerne la transposition, l'état d'avancement de la mise en œuvre ou l'application des décisions-cadres ou de tout autre engagement, instrument de coopération et décision” dans ces domaines. La Commission agit d'initiative ou à la demande motivée d'un Etat membre. Elle agit après avoir consulté les Etats membres. Ces mesures de sauvegarde ne sont maintenues que tant que dure le manquement en cause, mais si celui-ci perdure, elles peuvent être appliquées au-delà du 1<sup>er</sup> mai 2007. Elles sont cependant adaptées par la Commission en consultation avec les Etats membres “en fonction de la mesure dans laquelle le nouvel Etat membre corrige les manquements constatés”.

Ces divers mécanismes d'évaluation et de sauvegarde, tantôt applicables uniquement à l'égard des nouveaux Etats membres, tantôt suscités par la perspective de l'élargissement mais par laquelle les Etats s'imposent une contrainte collective, peuvent contribuer également à garantir le respect des droits fondamentaux. Tel n'est pas, sans doute, leur objet premier. Mais tel peut être, à l'avenir, leur terrain privilégié. L'élargissement aura fait prendre conscience aux Etats membres de l'Union que la confiance réciproque sur laquelle repose l'espace de liberté, de sécurité, et de justice, ne saurait être accordée une fois pour toutes, pas plus qu'elle ne saurait se décréter. Elle doit être accompagnée de mécanismes de surveillance mutuelle, à défaut desquels la confiance risque de progressivement s'éroder.

## **II. DIRECTIONS FUTURES DE LA POLITIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION**

### *II.1. Mieux ancrer l'action de l'Union dans le cadre du droit international des droits de l'homme*

Le présent rapport examine l'activité des institutions de l'Union en 2003 au regard de la Charte des droits fondamentaux. L'organisation d'un mécanisme de surveillance interne de l'activité des institutions au regard des droits fondamentaux, doublé d'un mécanisme préventif lorsque le Réseau UE d'Experts indépendants est appelé à rendre des avis sur des initiatives des institutions, est d'autant plus indispensable que ni la Communauté, ni l'Union ne sont soumis à un contrôle externe de leurs activités, au regard des exigences du droit international des droits de l'homme. Bien que la Communauté européenne et l'Union doivent être considérées comme ayant la personnalité juridique internationale<sup>22</sup>, aucune réflexion d'ensemble ne s'est encore fait jour au sein des institutions de l'Union en ce qui concerne soit l'adhésion aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres de l'Union ont adhéré, soit même la prise en compte du droit international des droits de l'homme dans les activités de l'Union européenne.

Ainsi qu'il le notait dans son premier rapport, portant sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002, le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière

---

<sup>22</sup> Le Traité de Rome reconnaît à la Communauté européenne la personnalité juridique internationale : article 281 CE (ex-article 210 du traité CE). Pour ce qui concerne l'Union, cette personnalité découle de la compétence qui lui est reconnue depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam le 1<sup>er</sup> mai 1999, à l'article 24 TUE, de conclure des accords internationaux avec des Etats ou des organisations internationales. Un tel accord engage l'Union en tant que telle, et non uniquement ses Etats membres agissant à travers l'Union : l'Etat qui s'abstient au sein du Conseil lorsque celui-ci conclut un accord international peut faire une déclaration formelle pouvant le dispenser d'appliquer la décision, « mais il accepte que la décision *engage l'Union* » (article 23 § 1, al. 2, TUE). L'existence d'une compétence à conclure des accords internationaux suffit à créer la personnalité juridique internationale, sans qu'il faille pour que celle-ci existe une attribution formelle de la personnalité, par exemple dans l'acte constitutif de l'organisation internationale : C.I.J., *avis relatif à la réparation des dommages subis au service des Nations Unies* du 11 avril 1949, *Rec.*, 1949, p. 174.

de droits fondamentaux conçoit comme figurant parmi ses missions d'encourager cette prise en compte. A terme cependant, le processus de constitutionnalisation du droit de l'Union appelle une réflexion renouvelée sur le rapport de celle-ci au droit international des droits de l'homme. Certes, les compétences externes de l'Union demeureront régies, comme les compétences internes, par le principe d'attribution. Mais la compétence de l'Union de conclure des accords internationaux, comme celle de la Communauté européenne, "résulte non seulement d'une attribution explicite par le traité (...) mais peut découler également d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions [de l'Union]"<sup>23</sup>. L'existence d'une compétence externe implicite de la Communauté européenne, aujourd'hui, est admise soit lorsqu'elle correspond à des compétences internes de la Communauté (première hypothèse), soit lorsque la conclusion par la Communauté d'un accord international est nécessaire dans le fonctionnement du marché, à la réalisation d'un objet de la Communauté fixé par le traité (deuxième hypothèse). La première hypothèse répond à l'idée que l'on "ne saurait (...), dans la mise en œuvre des dispositions du traité, séparer le régime des mesures internes à la Communauté de celui des relations extérieures"<sup>24</sup>. Dès lors, "chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard"<sup>25</sup>. Il en va ainsi soit lorsque la compétence interne "a déjà été utilisée en vue d'adopter des mesures s'inscrivant dans la réalisation des politiques communes", soit, même en l'absence d'adoption de telles mesures internes avant la conclusion de l'accord international par la Communauté, lorsque « la participation de la Communauté à l'accord international (...) est nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté »<sup>26</sup>. La seconde hypothèse prend appui sur l'utilisation de l'article 308 CE (ex-article 235 du traité CE), relatif aux pouvoirs implicites de la Communauté, qui prévoit que le Conseil unanime peut prendre les dispositions requises "si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le [traité CE] ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet"<sup>27</sup>.

Le projet de Constitution pour l'Europe confirme cette lecture à son article III-225, § 1 :

L'Union peut conclure des accords avec un ou plusieurs Etats tiers ou organisations internationales lorsque la Constitution le prévoit ou *lorsque la conclusion d'un accord est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs fixés par la Constitution*, est prévue dans un acte juridique obligatoire de l'Union ou affecte un acte interne de l'Union.

En l'absence d'une compétence générale de la Communauté ou de l'Union dans le domaine des droits fondamentaux<sup>28</sup>, les limites imposées à l'exercice par celles-ci de leur compétence internationale constituent un obstacle sérieux à leur adhésion à des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, sauf là où une clause explicite vient leur attribuer une compétence à cet effet<sup>29</sup>. Mais même dans la définition actuelle des compétences externes de l'Union / de la Communauté, l'adhésion à plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme

<sup>23</sup> C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil* ("A.E.T.R."), 22/70, *Rec.*, p. 265, point 16.

<sup>24</sup> C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil* ("A.E.T.R."), 22/70, *Rec.*, p. 265, point 19.

<sup>25</sup> C.J.C.E., 26 avril 1977, *Avis 1/76*, *Rec.*, p. 741, point 3.

<sup>26</sup> C.J.C.E., 26 avril 1977, *Avis 1/76*, *Rec.*, p. 741, point 4.

<sup>27</sup> Sur l'utilisation de cette disposition dans ce contexte, voy. C.J.C.E., 24 mars 1995, *Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national*, *Avis 2/92*, *Rec.*, p. I-521.

<sup>28</sup> C.J.C.E., 26 mars 1996, *Adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Avis 2/94*, *Rec.*, p. I-1759, point 20.

<sup>29</sup> Comp. l'article 7 § 2 du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux termes duquel « L'Union s'emploie à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Une telle adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution ».

est envisageable, du point de vue du droit de l'Union européenne<sup>30</sup> : de même que l'acquis de la Communauté européenne en matière de protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel a été jugé suffisant pour permettre l'adhésion de la Communauté à la convention conclue sur cette question au sein du Conseil de l'Europe<sup>31</sup>, de même l'acquis du droit communautaire en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes et en matière de non-discrimination sur la base de la race ou de l'origine ethnique paraissent de nature à permettre l'identification d'une compétence à adhérer aux conventions des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>32</sup> ainsi que sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>33</sup>. La Communication de la Commission au Conseil et au Parlement du 24 janvier 2003, « Vers un instrument juridiquement contraignant des Nations unies destiné à promouvoir et protéger les droits et la dignité des personnes handicapées »<sup>34</sup>, qui préconise une participation active de la Communauté aux efforts entrepris au niveau international en vue de développer des mécanismes efficaces de lutte contre la discrimination à l'encontre des personnes handicapées, va dans le sens de cette évolution, qu'il faut approuver et encore approfondir. L'on ne saurait d'ailleurs exclure non plus que, dans les domaines que couvrent la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 (S.T.E., n° 163) ou la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, l'exercice par l'Union / la Communauté de ses compétences – qu'elle partage avec les Etats membres – puisse conduire à lui reconnaître la compétence d'adhérer à ces instruments.

Il est permis d'autre part de s'interroger sur l'adéquation de la jurisprudence classique de la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'étendue des compétences externes de la Communauté européenne, lorsqu'il est débattu de la compétence d'adhérer à un instrument de protection des droits de l'homme. Par la conclusion de traités relatifs aux droits de l'homme, les Parties s'engagent à respecter certains standards minima au bénéfice des personnes qui relèvent de leur compétence, c'est-à-dire en premier lieu à ne pas prendre des mesures qui portent atteinte à ces standards. Tant que l'engagement demeure purement négatif (ou d'abstention), il est sans importance que la Partie qui s'engage ait ou non la compétence de prendre des mesures qui mettent en œuvre ledit standard. C'est uniquement dans la mesure où l'engagement comprend celui d'adopter certaines mesures – traduisant des obligations positives (ou d'action) – que la question des compétences peut jouer un rôle. Mais l'adhésion de l'Union à des instruments internationaux de protection des droits de l'homme ne doit pas nécessairement avoir un impact sur l'étendue de ses compétences, au contraire, pareille adhésion doit en principe être considérée comme neutre du point de vue de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres<sup>35</sup>. Le cas échéant, une clause spécifique pourrait

---

<sup>30</sup> L'adhésion de la Communauté / de l'Union à des accords internationaux suppose naturellement aussi que les autres parties à ces accords y consentent. La Communauté / l'Union n'ayant pas la qualité d'Etat, cela pourra requérir l'adoption de protocoles d'amendement, lorsque l'accord en cause ne prévoit que l'adhésion d'Etats. Cette procédure particulièrement lourde pourra dans certains cas être contournée par une procédure de « notification négative » (« opting out »), selon laquelle un protocole d'amendement prévoyant l'adhésion de l'Union pourra entrer en vigueur à l'expiration d'une période déterminée à compter de la date de l'ouverture à l'acceptation, sauf si une des Parties contractantes a notifié avant l'expiration de ce délai son objection.

<sup>31</sup> Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du 28 janvier 1981 (S.T.E., n°108). Les Amendements à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel permettant l'adhésion des Communautés européennes ont été adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de sa 675<sup>ème</sup> réunion, le 15 juin 1999. L'ensemble des Etats parties doivent notifier leur acceptation desdits amendements pour que ceux-ci puissent entrer en vigueur. Seulement après leur entrée en vigueur, les Communautés européennes pourront adhérer à la Convention.

<sup>32</sup> Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, cette convention est en vigueur à l'égard de l'ensemble des Etats membres.

<sup>33</sup> Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, cette convention est en vigueur à l'égard de l'ensemble des Etats membres.

<sup>34</sup> COM(2003)16 final.

<sup>35</sup> L'article 28 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) le 16 décembre 1966, dit que « Les dispositions du présent Pacte s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des Etats fédératifs ». Cette disposition ne saurait avoir pour effet d'investir les entités fédérées de compétences qui lui sont refusées en vertu du droit constitutionnel interne de chaque Etat.

rappeler cette neutralité<sup>36</sup> ; mais celle-ci découle du principe même des compétences d'attribution, selon lequel l'Union ne pourrait exercer des compétences qui ne lui ont pas été confiées par les Etats membres, fut-ce afin de mieux se conformer à des obligations qu'elle aurait contractées dans l'ordre juridique international.

Si l'adhésion aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme précités ne peut être envisagée qu'à moyen terme, pour des raisons idéologiques plutôt qu'en raison d'obstacles juridiques, du moins faut-il, dès à présent, réfléchir les moyens d'une meilleure articulation entre les droits fondamentaux reconnus au sein de l'Union et le droit international des droits de l'homme. Le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux est favorable à une indexation systématique des dispositions de la Charte des droits fondamentaux sur le droit international. Dans la mesure où les droits de la Charte correspondent à des droits figurant dans le droit international des droits de l'homme et, particulièrement, dans des traités relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres sont parties, il va interpréter les droits de la Charte de manière à ce que leur sens et leur portée soient les mêmes que ceux que leur confèrent ces traités.

Cependant, d'autres mécanismes peuvent être envisagés, qui assurent l'articulation de l'Union européenne au droit international des droits de l'homme. Par exemple, dans les domaines qui relèvent de compétences partagées entre l'Union et les Etats membres, l'Union pourrait envisager de contribuer à l'élaboration des rapports que les Etats doivent remettre périodiquement aux organes de contrôle créés par les six traités de base des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme. La préparation d'un rapport portant spécifiquement sur la contribution du droit de l'Union européenne à la mise en œuvre des dispositions figurant dans ces traités présenterait plusieurs avantages. Présentée sous la forme d'une annexe aux rapports de chacun des vingt-cinq Etats membres de l'Union, une telle contribution rendrait visible, aux yeux de la communauté des Etats, le rôle de l'Union européenne dans la protection des droits fondamentaux au sein de ses Etats membres. Elle faciliterait considérablement la tâche des administrations nationales chargées de l'élaboration de ces rapports périodiques. Dès lors que le document de base serait amené à être régulièrement remis à jour, il encouragerait l'Union européenne à prendre conscience de l'impact sur la jouissance des droits fondamentaux de son action et à établir un diagnostic, ce qui peut amener une réorientation des politiques européennes. Enfin, la contribution de l'Union aux rapports étatiques remis dans le cadre des obligations conventionnelles des Etats membres permettrait à l'Union européenne de mieux tenir compte dans la formulation des lois européennes de la nature et de l'étendue des obligations internationales imposées aux Etats dans le domaine des droits de l'homme, ce qui est de nature à prévenir le risque que les Etats aient à faire face à des obligations internationales contradictoires.

## *II.2. Contribuer au respect par les Etats membres de leurs engagements internationaux dans le domaine des droits de l'homme*

Une attention plus grande portée aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme obligatoires à l'égard des Etats membres serait de nature à inciter l'Union, dans les limites des compétences qui lui sont attribuées, à exercer ces compétences de manière à permettre aux Etats membres de mieux se conformer aux obligations que ces instruments leur imposent. Dès lors qu'elle doit respecter les droits fondamentaux inscrits dans la Charte, l'Union s'abstiendra, de manière générale, d'entraver la possibilité pour les Etats de respecter ces obligations ; en vertu de l'article 307 CE, ceci constitue même une obligation juridique pour les institutions de l'Union agissant dans le cadre du Traité CE, au moins tant que l'incompatibilité subsiste entre les engagements internationaux de l'Etat membre qu'il a contractés avant son entrée dans l'Union et les obligations imposées par celle-ci. Mais, outre que cette dernière obligation n'est pas inconditionnelle – ainsi que l'avait noté le rapport du Réseau d'Experts indépendants sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union

<sup>36</sup> Pareille clause pourrait avoir une rédaction similaire à l'article 7 § 2, deuxième phrase, du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, disant que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme « ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution » ; elle pourrait également s'inspirer de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux.

européenne et ses Etats membres en 2002<sup>37</sup>–, il pourrait être indiqué de la redéfinir comme une obligation *positive* dans le chef de l'Union : celle de prendre les mesures qui sont de nature à faciliter le respect par les Etats membres de leurs obligations internationales dans le domaine des droits de l'homme, là où l'Union peut, par l'exercice de ses compétences attribuées, y apporter sa contribution.

Il ne s'agit pas ici d'affirmer que l'Union aurait, dans l'ordre juridique international, une telle obligation<sup>38</sup> ; il est même douteux que pareille obligation lui soit imposée par la Charte des droits fondamentaux, bien que celle-ci puisse en principe constituer la source d'obligations positives<sup>39</sup>. Il s'agit plutôt ici d'indiquer une piste par laquelle, d'une part, le risque de tension entre l'appartenance d'un Etat à l'Union et sa capacité à respecter pleinement ses engagements internationaux dans le domaine des droits de l'homme pourrait être atténué ; et par laquelle, d'autre part, l'Union pourrait contribuer au meilleur respect du droit international des droits de l'homme par une meilleure prise en compte de celui-ci dans l'exercice de ses compétences. Par leur appartenance à l'Union, les Etats membres partagent entre eux un même espace au sein duquel la libre circulation des personnes est garantie, la mobilité des facteurs de production assurée, et au sein duquel se nouent des coopérations dans le domaine judiciaire civil et pénal et dans le domaine policier. L'interdépendance qui en résulte entre les Etats affecte la manière dont ils peuvent se conformer à leurs engagements internationaux dans le domaine des droits de l'homme. Lorsque l'Union dispose pour cela des compétences requises, elle devrait exercer ces compétences de manière à éviter que cette interdépendance fasse obstacle à la possibilité pour les Etats de progresser dans la réalisation des droits de l'homme reconnus dans le droit international. Trois exemples peuvent en être donnés. Ces exemples sont puisés dans l'actualité de l'année écoulée.

#### *Favoriser la lutte contre la haine et la violence raciale et xénophobe*

Le premier exemple est celui du débat sur l'adoption d'un instrument pénal de l'Union tendant à rapprocher les législations étatiques visant à lutter contre le racisme et la xénophobie. L'article 29 du traité sur l'Union européenne prévoit, en tant que moyen d'atteindre l'objectif de l'Union consistant à offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, l'élaboration d'une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale et la prévention du racisme et de la xénophobie. Cet objectif doit être atteint grâce au rapprochement, en tant que de besoin, des règles de droit pénal des États membres, conformément à l'article 31, point e), du TUE. Cette disposition prévoit que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables notamment dans le domaine de la criminalité organisée. Au niveau de l'Union, le 15 juillet 1996, le Conseil a adopté, sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne une action commune concernant l'action contre le racisme et la xénophobie<sup>40</sup>. Cette initiative était justifiée par le constat que les différences existant entre certaines législations pénales en ce qui concerne les sanctions à l'égard de certains types de comportement raciste et xénophobe peuvent constituer des obstacles à la coopération judiciaire internationale, de manière telle que les auteurs de ces délits risquent de se déplacer d'un Etat membre à l'autre pour éluder des poursuites pénales ou l'exécution de peines et ainsi continuer à exercer impunément leurs activités. L'action commune du 15 juillet 1996 invitait dès lors les Etats à "assurer une coopération judiciaire effective en matière d'infractions fondées sur les comportements suivants et, si nécessaire

<sup>37</sup> Voy. *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, p. 22.

<sup>38</sup> Comp. C.J.C.E., 14 octobre 1980, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, 812/79, *Rec.*, p. 2787 (point 9) ; ou C.J.C.E., 18 octobre 1982, *Dorca Marina*, aff. jtes 50 à 58/82, *Rec.*, p. 3949 (point 6 et 7).

<sup>39</sup> La Charte des droits fondamentaux impose aux institutions, organes et agences de l'Union de *promouvoir* l'application de la Charte, dans les limites des compétences que les Traités leur attribuent (article 51 § 1<sup>er</sup> de la Charte). Cela signifie que la Charte peut constituer pour les institutions de l'Union, comme pour les Etats membres lorsqu'ils agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union, la source d'obligations positives : ils peuvent être tenus d'*agir* afin de réaliser les droits et les principes énoncés par la Charte, lorsque, à défaut d'une initiative de leur part, ces droits se trouveraient menacés, ou ces principes mis en cause.

<sup>40</sup> JO L 185 du 24.7.1996, p. 5.

aux fins de cette coopération, soit à faire en sorte que ces comportements soient passibles de sanctions pénales soit, à défaut et en attendant l'adoption des dispositions nécessaires, à déroger au principe de la double incrimination” pour un certain nombre de comportements énumérés par l'action commune, tels que l'incitation à la haine ou à la discrimination raciale, nationale ou religieuse, l'apologie publique de crimes contre l'humanité ou de violations des droits de l'homme, ou “la participation aux activités de groupes, organisations ou associations, si lesdites activités impliquent la discrimination, la violence ou la haine raciale, ethnique ou religieuse”. Le point B du titre Ier de l'action commune prévoit qu'en cas d'enquêtes ou de poursuites pour les infractions énumérées, les Etats membres prennent les mesures appropriées afin de faciliter la coopération judiciaire, notamment par la saisie et la confiscation de supports contenant des manifestations racistes ou xénophobes, destinés à être publiquement diffusés, par la reconnaissance que les comportements visés ne devraient pas être considérés comme des infractions politiques justifiant le refus d'accorder une demande d'entraide judiciaire, par la communication d'informations à un autre État membre afin de lui permettre d'entamer, conformément à sa législation, des poursuites ou des confiscations dans les cas où il apparaît que des écrits, images ou autres supports contenant des manifestations racistes ou xénophobes sont stockés dans un État membre aux fins de leur distribution ou diffusion dans un autre, et par l'établissement dans les États membres de points de contact chargés de recueillir et d'échanger toute information qui pourrait être utile aux enquêtes et poursuites concernant des infractions visées. Le point C du titre Ier de l'action commune précise que celle-ci n'affecte en aucune manière une obligation quelconque susceptible d'incomber aux États membres en vertu notamment de la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965.

Le 28 novembre 2001, faisant suite à une résolution du Parlement européen adoptée le 21 septembre 2000<sup>41</sup>, la Commission a adopté une proposition de décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie, fondée sur les articles 29, 31 et 34 du TUE<sup>42</sup>. La proposition tendait à rapprocher les dispositions législatives et réglementaires des États membres concernant les infractions racistes et xénophobes par la définition d'un niveau minimal commun aux Etats membres, d'une part, afin que le racisme et la xénophobie soient passibles, dans tous les États membres, de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, pouvant donner lieu à remise de la personne<sup>43</sup>, d'autre part, afin d'améliorer et encourager la coopération judiciaire en supprimant les disparités qui pourraient y faire obstacle. L'Exposé des motifs de la proposition fait référence explicitement à la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, et particulièrement à l'article 4 point (a) de cette Convention, qui stipule que les États parties s'engagent “à déclarer punissable par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou origine ethnique, de même que de toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement”, ainsi qu'au point (b) de cette disposition, selon lequel les États parties s'engagent “à déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités”<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> JO C 146 du 17.5.2001, p. 110.

<sup>42</sup> COM(2001) 664 final.

<sup>43</sup> Parmi les infractions pouvant donner lieu à une remise sur la base d'un mandat d'arrêt européen, si elles sont punies dans l'Etat membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans telles qu'elles sont définies par l'Etat membre d'émission, figurent le racisme et la xénophobie : voy. l'article 2 § 2 de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JO n° L 190 du 18.7.2002, p. 1. L'entrée en vigueur du mandat d'arrêt européen compense partiellement l'échec à aboutir à un accord sur la décision-cadre proposée par la Commission.

<sup>44</sup> La Commission note à cet égard que “La Convention a été ratifiée par tous les États membres de l'UE. Certains États membres ont émis des réserves sur l'article 4, concernant la conciliation des obligations imposées par cet article avec le droit à la liberté d'expression et d'association”.

Or, au début de l'année 2003, le Conseil n'est pas parvenu à se mettre d'accord sur le texte d'une décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie. Parmi les obstacles rencontrés, outre une réserve de la Commission face à l'utilisation de l'article 34 § 2, b), TUE, pour rapprocher les législations nationales relatives à l'incrimination de l'incitation publique à la discrimination – initiative qui, selon la Commission, exigerait plutôt le choix de l'article 13 CE comme base juridique –, figurait en particulier la difficulté d'imposer à certains Etats membres, dont la loi ou les pratiques nationales offrent une garantie plus importante de la liberté d'expression, d'incriminer certains comportements pouvant relever, selon eux, de l'exercice de celle-ci<sup>45</sup>. On peut regretter qu'aucun accord n'ait pu se dégager sur cette question. Mais il est aussi important de tirer les enseignements de cet échec.

En présence d'une diversité des conceptions quant aux rapports entre l'étendue de la liberté d'expression et la nécessité de lutter contre l'incitation à la haine et à la violence raciste et xénophobe, l'action en commun est difficile ou rendue impossible. Le résultat de fait, compte tenu des facilités que peuvent offrir aux personnes qui se rendent coupables de ces délits les divergences entre les différentes législations des Etats membres, est que les Etats membres sont empêchés d'assumer pleinement leurs obligations internationales. L'article 4 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a déjà été mentionné. L'article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prescrit que "tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi"<sup>46</sup>. Dans un arrêt où elle a affirmé que les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme peuvent être tenus à une obligation positive d'intervenir à l'égard des partis politiques menaçant, s'ils prennent le pouvoir à la faveur d'élections à venir, de remettre en cause les droits et libertés de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que ces Etats pouvaient être tenus de prendre des mesures tendant à assurer la protection des individus sous leur juridiction de comportements hostiles : "Un Etat contractant à la Convention, en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l'obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie"<sup>47</sup>.

La difficulté de concilier la nécessité de prendre des mesures tendant à lutter contre l'incitation à la haine ou à la violence raciale et xénophobe avec les exigences des libertés d'expression et d'association ne saurait, certes, être sous-estimée. Mais l'identification de ces dernières exigences ne devrait pas dépendre de l'appréciation qu'en fait chaque Etat membre sur une base individuelle. Au plan international comme au plan européen, nous disposons de références communes, sur lesquelles il aurait été possible de prendre mieux appui, et qui auraient pu constituer un véritable levier en vue de l'identification d'un accord. En d'autres termes, une référence commune aux exigences du droit international des droits de l'homme, qui a pris position sur l'équilibre adéquat entre les valeurs en conflit – en considérant que la liberté d'expression ne saurait étendre sa protection au discours d'incitation à la haine ou à la violence raciale et xénophobe –, aurait pu contribuer à dénouer la discussion entre les Etats membres, pourvu qu'au départ le droit international des droits de l'homme ait été accepté comme référence commune.

---

<sup>45</sup> Ainsi, la proposition de décision-cadre soumise au Conseil de l'Union européenne des 27 et 28 février 2003 (DROIPEN 14) comportait un article 7, "Règles constitutionnelles et principes fondamentaux", ainsi rédigé : "La présente décision-cadre n'a pas pour effet d'obliger les États membres à prendre des mesures contraires à leurs règles constitutionnelles et aux principes fondamentaux relatifs à (...) la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias ou à des règles régissant les droits et responsabilités de la presse ou d'autres médias, ainsi que les garanties de procédure y afférentes, lorsque ces règles portent sur la détermination ou la limitation de la responsabilité".

<sup>46</sup> Dans son Observation générale n°11, adoptée à sa dix-neuvième session (1983), le Comité des droits de l'homme a rappelé que "ces interdictions sont tout à fait compatibles avec le droit à la liberté d'expression prévu à l'article 19, dont l'exercice entraîne des responsabilités et des devoirs spéciaux".

<sup>47</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, § 103.

*Contribuer à la lutte contre l'impunité pour les crimes de droit international*

Un second exemple est celui d'une éventuelle initiative de l'Union européenne en vue de contribuer à la lutte contre l'impunité pour les crimes de droit international – génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre. Les institutions de l'Union ont déjà manifesté leur souci de combattre l'impunité pour les auteurs de ces crimes, et elle a exprimé son soutien à l'institution de la Cour pénale internationale<sup>48</sup>.

Lorsqu'il a adopté sa Décision du 13 juin 2002 portant création d'un réseau européen de points de contact en ce qui concerne les personnes responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre (2002/494/JAI)<sup>49</sup>, le Conseil de l'Union européenne a pris appui sur le fait que tous les Etats membres de l'Union avaient alors déjà signé ou ratifié le statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, lequel affirme que la Cour pénale internationale doit être complémentaire des juridictions pénales nationales, pour en déduire que, dès lors que les Etats membres « sont confrontés à des personnes qui ont été impliquées dans ce type de crimes et qui cherchent refuge à l'intérieur des frontières de l'Union européenne », « l'efficacité des enquêtes et des poursuites concernant ces crimes au niveau national dépend dans une large mesure d'une coopération étroite entre les différentes autorités concernées par la lutte contre ceux-ci ». Il a dès lors décidé qu'afin d'améliorer cette coopération, chaque Etat membre devait désigner « un point de contact pour échanger des informations sur les enquêtes concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, tels que ceux qui sont définis aux articles 6, 7 et 8 du statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998 », afin de faciliter l'échange d'informations et la coopération entre les autorités nationales compétentes aux fins d'enquête et de poursuite de ces crimes. Plus récemment, la Décision 2003/335/JAI du Conseil du 8 mai 2003 concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre<sup>50</sup> a voulu renforcer la coopération entre les autorités nationales de manière à « améliorer le plus possible l'aptitude des services répressifs des différents Etats membres à coopérer de manière efficace en ce qui concerne les enquêtes et les poursuites dirigées contre les personnes qui ont commis des génocides, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre ». A cette fin, elle prévoit que les Etats membres prennent les mesures nécessaires « afin que les services répressifs soient informés lorsque sont constatés des éléments qui permettent d'établir la présomption qu'un demandeur d'un permis de séjour a commis des [génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre], qui peuvent déclencher l'ouverture d'une procédure pénale dans un Etat membre ou devant des juridictions pénales internationales ». Un échange d'informations, y compris par l'organisation de réunions périodiques, est prévu.

Il serait conforme à l'intention que manifestent déjà ces instruments que le droit de l'Union européenne contribue, de manière plus complète encore, à la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux qui cherchent refuge sur le territoire des Etats membres. Le Statut de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, rappelle « qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ». La Position commune 2003/444/PESC du Conseil du 16 juin 2003 concernant la Cour pénale internationale se fonde notamment sur le considérant que « Les crimes graves qui relèvent de la compétence de la Cour préoccupent tous les Etats membres, qui sont déterminés à coopérer pour prévenir ces crimes et mettre un terme à l'impunité de leurs auteurs ». L'adoption d'une décision-cadre prévoyant que les Etats membres reconnaissent à leurs juridictions la compétence de poursuivre et de condamner les

<sup>48</sup> Voy. notamment la Position commune 2001/443/PESC du Conseil du 11 juin 2001 concernant la Cour pénale internationale (JO n° L 155 du 12.6.2001, p. 19), amendée par la Position commune du Conseil du 20 juin 2002 modifiant la position commune 2001/443/PESC concernant la Cour pénale internationale (JO n° L 164 du 22.6.2002, p. 1), et à laquelle s'est à présent substituée la Position commune 2003/444/PESC du Conseil du 16 juin 2003 concernant la Cour pénale internationale (JO n° L 150 du 18.6.2003, p. 67) ; ainsi que la réponse donnée par M. Vitorino au nom de la Commission, le 3 septembre 2002 à la question écrite E-2063/02 de Pere Esteve à la Commission, sur l'harmonisation de la compétence sur le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (JO n° C 161 E, 10.7.2003, p. 12).

<sup>49</sup> JO n° L 167 du 26.6.2002, p. 1. La Décision a pour base juridique l'article 30 et l'article 34 § 2, c), TUE.

<sup>50</sup> JO n° L 118 du 14.5.2003, p. 12.

personnes jugées responsables de crimes internationaux qui sont trouvées sur leur territoire, sans autre condition de rattachement déduite, par exemple, de la nationalité ou de la résidence des victimes ou du lieu où le crime reproché a été commis, irait dans ce sens<sup>51</sup>. La possibilité même pour les Etats de l'Union de se doter d'une législation extra-territoriale visant à permettre la répression des crimes de droit international ne peut être sérieusement contestée<sup>52</sup>. Dans une recommandation adoptée le 23 juin 2003 à propos des violations graves des droits de l'homme commises dans des zones où la Convention européenne des droits de l'homme ne peut pas être appliquée, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a rappelé que, s'il incombe en premier lieu aux Etats sur le territoire desquels les violations se sont produites d'engager les poursuites nécessaires et d'intenter un procès à leurs auteurs présumés, lorsque ces Etats ne s'acquittent pas de cette obligation de poursuivre, « les Etats tiers ont la responsabilité de le faire. Pour pouvoir s'acquitter de ces responsabilités, ils devraient avoir la possibilité d'exercer une compétence universelle pour tous les crimes internationaux, y compris les crimes terroristes »; en conséquence l'Assemblée « recommande (...) aux Etats membres [du Conseil de l'Europe] de se doter d'une loi sur la compétence universelle, leur permettant de poursuivre les auteurs de crimes internationaux »<sup>53</sup>. La modification apportée en juillet 2002 au statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda confirme encore le point de vue selon les Etats peuvent, au moins pour certaines catégories de crimes, se doter d'une compétence universelle<sup>54</sup>. Une obligation de rendre possible l'exercice de poursuites contre les auteurs présumés de crimes internationaux trouvés sur le territoire de l'Etat est par ailleurs affirmée par plusieurs instruments du droit international humanitaire ou visant à la protection des droits de l'homme.

*L'obligation de compétence universelle en droit international*

S'agissant des *crimes de guerre commis lors d'un conflit armé international*, l'article commun (respectivement 49 (I), 50 (II), 129 (III) et 146 (IV)) aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, dont l'application a été étendue par l'article 85 § 1 du Premier Protocole additionnel de 1977 aux infractions que celui-ci énonce, stipule que :

“Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre l'une ou l'autre de ces infractions, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes”.

<sup>51</sup> Il est permis de renvoyer à l'étude commune de Redress et de la Fédération internationale des Ligues des droits de l'Homme, « Legal Remedies for Victims of International Crimes. Fostering an EU Approach to Extraterritorial Jurisdiction », préparée avec le soutien du programme Grotius II de la Commission européenne et de Community Fund.

<sup>52</sup> Dans une opinion séparée commune à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 14 février 2002 dans l'Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal déduisent des Conventions de Genève du 12 août 1949 et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (voy. ci-dessous), que “universal criminal jurisdiction for certain international crimes is clearly not regarded as unlawful. The duty to prosecute under those treaties which contain the *aut dedere aut prosequi* provisions opens the door to a jurisdiction based on the heinous nature of the crime rather than on links of territoriality or nationality (whether as perpetrator or victim)” (ici para. 49). La doctrine du droit international va dans ce sens : *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Principe 1, §§ 1-2 (2001) ; ainsi que les *Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale*, adoptés par le Groupe de Bruxelles pour la justice internationale en mars 2002 (le Principe 13 stipule que tout Etat peut, en droit international, « poursuivre et juger l'auteur présumé d'une infraction, quels que soient le lieu de l'infraction, la nationalité ou la résidence de son auteur présumé ou de la victime », cette compétence pouvant s'exercer « aussi bien dans le cas où l'auteur présumé est présent sur le territoire de l'Etat du for que s'il en est absent. » ; tandis que le Principe 14 § 1<sup>er</sup> dispose que « Le droit international oblige tout Etat à exercer la compétence universelle à l'égard de l'auteur présumé d'un crime grave dès lors que cet auteur est présent sur le territoire de cet Etat »).

<sup>53</sup> Ass. parl. du Conseil de l'Europe, Recommandation 1606 (2003), « Zones où la Convention européenne des Droits de l'Homme ne peut pas être appliquée ».

<sup>54</sup> Le nouvel article 11bis du Statut du TPIR évoque expressément la notion de compétence universelle en prévoyant le renvoi de certaines affaires dont le Tribunal est saisi aux juridictions internes. Voy. <http://www.ictj.org/FRENCH/index.htm>

S'agissant de la *torture*, l'article 5 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984, stipule que tout Etat partie "prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions [définies à l'article 4 de la convention] a) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit Etat ou à bord d'aéronef ou de navires immatriculés dans cet Etat; b) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat; c) quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié" (§ 1). Le § 2 ajoute<sup>55</sup> :

"Tout Etat partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au paragraphe 1<sup>er</sup> du présent article".

En ce qui concerne les *crimes de génocide* et les *crimes contre l'humanité*, le droit international n'impose aucune obligation aux Etats d'établir leur compétence de poursuites à l'égard des individus soupçonnés de les avoir commis, dès lors que ceux-ci se trouvent sur leur territoire. L'article VI de la Convention du 9 décembre 1948 relative à la prévention et la répression du crime de génocide impose une obligation de poursuite uniquement à l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ; les autres Etats quant à eux ne peuvent refuser d'extrader l'auteur de crimes de génocide sous prétexte que ceux-ci constitueraient des infractions politiques (article VII), ce qui assure la répression universelle<sup>56</sup> du crime de génocide à travers la collaboration de tous les Etats avec l'Etat *loci delicti*, afin de permettre à celui-ci d'exercer les poursuites. En ce qui concerne le *crime contre l'humanité*, aucune disposition du droit conventionnel international n'oblige un Etat à exercer sa compétence pénale à l'égard de la personne accusée de crime contre l'humanité qui se trouve sur son territoire, bien qu'en ce qui concerne le cas particulier où le crime contre l'humanité est commis par des tortures il résulte de l'article 5 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture, précitée, que l'Etat qui n'extrade pas la personne accusée de torture vers un Etat compétent à la poursuivre et qui requiert l'extradition, a l'obligation de la poursuivre. Il convient cependant d'ajouter qu'une doctrine importante considère que le crime contre l'humanité constitue un crime de droit international qui, en tant qu'il porte atteinte aux normes impératives du droit international (*jus cogens*), impose une obligation aux Etats de contribuer à leur répression, ce qui exclut que les Etats permettent aux individus soupçonnés d'avoir commis de tels crimes de bénéficier de l'impunité sur leur territoire (voy. Bassiouni, "Crimes against Humanity : The need for a specialized Convention", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, pp. 480-481 ; K.C. Randall, « Universal Jurisdiction Under International Law », 66 *Texas L. Rev.* 785, 829-830 (1988)). Une telle obligation de se doter d'une compétence universelle afin d'éviter des situations d'impunité se déduit également de la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies "Principles of International Co-operation in the Detention, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes against Humanity" (G.A. Res. 3074 (XXVIII), U.N. GAOR, 28th Sess., Supp. No. 30, at 78, U.N. Doc. A/9030 (1973)).

En l'absence d'une initiative de l'Union européenne visant à rapprocher les législations pénales des Etats membres en vue de l'incrimination extra-territoriale des crimes de droit international, les auteurs présumés de ces crimes continueront de pouvoir chercher refuge sur le territoire d'un Etat dont les autorités seront sans compétence pour les poursuivre. Cette situation est particulièrement intolérable lorsque ces auteurs présumés – bien qu'ils ne puissent pas se voir reconnaître le statut de

<sup>55</sup> Voy. également l'article 7 § 1<sup>er</sup> de la Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui prévoit que la personne soupçonnée d'avoir commis des actes de de torture et trouvée sur le territoire, si elle n'est pas extradée, est présentée aux autorités de l'Etat sur le territoire duquel elle est trouvée pour l'exercice de l'action pénale.

<sup>56</sup> Les obligations de la Convention du 9 décembre 1948 s'imposent en effet *erga omnes*, également aux Etats à l'égard desquels cette convention ne serait pas en vigueur : C.I.J., arrêt du 11 juillet 1996, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, *Rec.*, 1996, pp. 615-616, para. 31.

réfugié<sup>57</sup> – ne peuvent être ni extradés, à défaut d'une demande en ce sens émanant d'une autorité étrangère, ni renvoyés vers leur Etat d'origine, en raison d'un risque réel et sérieux de mauvais traitements dans cet Etat<sup>58</sup>. L'adoption de la Décision précitée du 13 juin 2002 portant création d'un réseau européen de points de contact en ce qui concerne les personnes responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre montre que la notion de « criminalité organisée », pouvant justifier l'adoption de mesures instaurant entre les Etats membres des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables (article 31, e), TUE), est étendue aux crimes de droit international<sup>59</sup>.

### *Imposer respect des droits de l'homme aux entreprises*

Le 13 août 2003, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies a adopté à l'unanimité des experts indépendants les « Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme »<sup>60</sup>. Ce développement offre un troisième exemple du rôle que peut jouer l'Union européenne dans la mise en œuvre du droit international des droits de l'homme, là également en ajoutant une réelle valeur ajoutée à l'action des Etats membres. L'adoption de ces Normes présente un important pas en avant par rapport aux tentatives qui, depuis l'adoption de la Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale au sein de l'Organisation internationale du travail (1977) et celle des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (1976, révisées en 2000), ont essentiellement cherché à combattre les comportements des firmes multinationales qui aboutissent à des violations des droits de l'homme par le recours à des instruments non juridiquement obligatoires, misant sur la bonne volonté de l'entreprise à s'y conformer. Le Global Compact proposé au monde de l'entreprise par le secrétaire général des Nations Unies M. Annan en 1999, et le concept de responsabilité sociale d'entreprise<sup>61</sup>, reposent sur la même idée. Les Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme visent au contraire à rappeler les obligations qui, en vertu du droit international des droits de l'homme, s'imposent directement aux acteurs non-étatiques, y compris les entreprises. Elles sont adoptées sur la base du postulat selon lequel « les sociétés transnationales et autres entreprises, leurs cadres et les personnes travaillant pour elles sont aussi tenus de respecter les principes et normes faisant l'objet d'une reconnaissance générale énoncés dans de nombreuses conventions des Nations Unies et autres instruments internationaux » (Préambule, quatrième considérant). L'adoption des Normes ne va pas de pair avec celle d'un mécanisme spécifique de contrôle – bien qu'elles suggèrent que l'on pourrait se servir de plusieurs mécanismes existants pour surveiller le respect des obligations qu'elles énoncent. Cependant, les Normes prévoient que les entreprises transnationales adoptent, diffusent et appliquent des règles internes de fonctionnement qui lui sont conformes, qu'elles présentent des rapports réguliers sur les mesures prises en vue de s'y conformer, et qu'elles intègrent ces normes « à [leurs] contrats ou autres accords et négociations avec des partenaires, sous-traitants, fournisseurs, concessionnaires ou distributeurs ou toute autre personne physique ou morale qui conclut quelque accord que ce soit avec la société ou l'entreprise afin de garantir l'application et le respect des normes » (Principe 15).

La formulation à l'échelle universelle des Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme codifie des obligations qui s'imposent déjà à ces

<sup>57</sup> Article 1<sup>er</sup>, § 2, F de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié.

<sup>58</sup> Ce point a été mis en avant par la représentante d'Amnesty International, lors de l'audition organisée par le Réseau d'Experts indépendants de l'Union européenne le 16 octobre 2003 dans les locaux du Parlement européen.

<sup>59</sup> Dans le Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, il est prévu que le Conseil des ministres peut à l'unanimité identifier les domaines « de criminalité particulièrement grave et qui revêtent une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes », afin de rendre possible l'adoption d'une loi-cadre européenne établissant des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales relatifs à ces domaines et des sanctions (article III-172).

<sup>60</sup> E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003) et, pour le commentaire (26 août 2003), (2003) E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003). Le texte est soumis pour approbation à la prochaine session de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies (mars-avril 2004).

<sup>61</sup> Voy. la Communication de la Commission sur la responsabilité sociale de l'entreprise, COM(2002) 347 du 2.7.2002.

entreprises en vertu du droit international. Cette clarification des obligations préexistantes pourrait servir de source d'inspiration à des initiatives de l'Union européenne<sup>62</sup>. Compte tenu de l'existence de fortes disparités entre les législations actuellement en vigueur dans les Etats membres en ce qui concerne la responsabilité des entreprises au regard des droits de l'homme, aussi bien en ce qui concerne les activités conduites sur le territoire des Etats membres qu'en ce qui concerne les activités conduites dans des Etats tiers, directement ou par la création de filiales ayant une personnalité juridique distincte, et du risque de distorsion de concurrence au sein du marché commun que pareille disparité entraîne, l'article 96 CE constitue la base juridique adéquate à l'adoption d'une directive transposant ces Normes à l'égard des entreprises domiciliées dans un Etat membre de l'Union. Alternativement, il ne faut pas exclure que les articles 31, e), et 34 TUE puissent constituer une base juridique permettant l'adoption d'une décision-cadre prévoyant que les Etats membres érigent en infractions les atteintes graves aux droits de l'homme commises par les entreprises ayant leur siège social, leur principal établissement, ou le centre de leurs activités dans un Etat membre de l'Union européenne, quel que soit le lieu où ces atteintes sont commises<sup>63</sup>, et sans préjudice de la possibilité d'engager la responsabilité civile ou pénale des personnes physiques qui sont directement responsables des violations<sup>64</sup>. La Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal<sup>65</sup> peut constituer un modèle utile, non seulement par l'interprétation étendue que cette décision-cadre fait de l'article 31, e) TUE, mais également par la combinaison de la responsabilité des personnes physiques et celle des personnes morales que fait cette décision-cadre, et par la compétence étendue à l'égard des infractions graves à l'environnement qu'elle invite les Etats membres à reconnaître à leurs autorités, de manière à éviter que des personnes physiques ou morales n'échappent aux poursuites en raison du simple fait que l'infraction n'a pas été commise sur leur territoire. En outre, cet instrument fait référence à la convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, adoptée le 4 novembre 1998 dans le cadre du Conseil de l'Europe : l'Union européenne traduit là sa volonté de contribuer à la mise en œuvre du droit international de l'environnement. L'adoption, au cours de la période sous examen dans le présent rapport, de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé<sup>66</sup>, fournit une autre comparaison pertinente, puisque cet instrument a été adopté sur la base de articles 29 et 31, e), UE, et encourage les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence lorsque l'auteur de l'infraction est un de leurs ressortissants, ou lorsque l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale qui a son siège sur le territoire national (article 7 § 1<sup>er</sup>, b) et c)). Dans sa Résolution du 6 février 2003 concernant la responsabilité sociale des entreprises<sup>67</sup>, le Conseil encourage « la convergence et la transparence des pratiques et des instruments en matière de RSE, qui devraient, entre autres, s'inspirer des normes communes minimales que constituent les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) et les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales ». Mais, tout en rappelant le caractère volontaire de la RSE, la Résolution dit également que « dans le cadre de la RSE, les entreprises vont au-delà des prescriptions légales, lesquelles devraient continuer d'être appliquées correctement ». L'adoption des Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme signifie que le temps est peut-être venu d'agir sur cette question.

<sup>62</sup> Le Parlement européen souhaite recevoir des propositions en ce sens : Résolution sur des normes communautaires applicables aux entreprises européennes opérant dans les pays en développement : vers un code de conduite (A4-0508/98) (rapp. R. Howitt), 15 janvier 1999, JO n° C 104 du 14.4.1999, p. 180, spéc. point 11.

<sup>63</sup> L'on n'ignore pas que la Commission européenne a pu contester l'interprétation large de l'article 31 TUE, qui s'opère parfois au détriment des compétences reconnues à la Communauté européenne dans le cadre du Traité CE. Voy. par exemple la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, présentée par la Commission conformément à l'article 250 § 2 CE, COM(2002)544 final, JO n° C 020 E , 28.1.2003, p. 284, ici point 3.4.

<sup>64</sup> Voy. l'article I, 5, de la Recomm. R(88)18 du 20 octobre 1988 adressée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres, concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités.

<sup>65</sup> JO n° L 029 du 5.2.2003, p. 55 – commentée dans le présent rapport sous l'article 37 de la Charte.

<sup>66</sup> JO L 192 du 31.07.2003, p. 54.

<sup>67</sup> 2003/C 39/02, JO C 39, 19.2.2003, p. 3.

Ces exemples pourraient être multipliés. Ils sont destinés à illustrer l'avantage qu'il y aurait à ce que la politique de l'Union européenne dans le domaine des droits fondamentaux – c'est-à-dire l'exercice par l'Union des compétences que les Etats membres lui ont attribuées, dans les limites de celles-ci et, pour ce qui concerne les compétences non exclusives, dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, afin de promouvoir les droits fondamentaux – soit mieux indexée sur les développements du droit international des droits de l'homme, même là où les destinataires de celui-ci sont d'abord les Etats membres. Il faut quitter cette conception où les obligations internationales des Etats membres dans le domaine des droits de l'homme constituent simplement une limite dont l'Union doit tenir compte, lorsqu'elle agit, afin de ne pas multiplier les situations de conflit. Au contraire, lorsque ces obligations internationales se développent, les institutions de l'Union doivent se demander quelles initiatives elles pourraient prendre, afin d'en favoriser la mise en œuvre par les Etats membres, là où l'Union dispose des compétences requises et où cela peut contribuer une véritable valeur ajoutée au respect des droits de l'homme dans l'Union. L'enjeu de l'émergence d'une véritable politique des droits de l'homme au sein de l'Union se situe dans ce changement de perspective. Les droits de l'homme doivent être *respectés*, c'est l'évidence : la Charte des droits fondamentaux ne constitue qu'une confirmation de cette obligation. Mais les droits de l'homme doivent aussi être *promus*, tant que les institutions de l'Union demeurent, en assurant leur garantie, dans les limites des compétences qui leur ont été attribuées<sup>68</sup>.

### *II.3. Prévenir le risque de violation des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit européen*

La notion d'obligation positive, qu'on a utilisée ici pour traduire une préoccupation quant à la prise en compte du droit international des droits de l'homme les activités des institutions de l'Union, figure en réalité au centre de ce rapport. Celui-ci examine les activités des institutions au regard des obligations que formule la Charte des droits fondamentaux, en prenant l'année 2003 comme période de référence. Or le constat sur lequel le rapport débouche est que, à quelques exceptions près, les violations de la Charte ne résident pas *directement* dans l'activité de l'Union européenne – notamment en ce que le droit dérivé de l'Union imposerait aux Etats membres de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux –. Ces violations se situent plutôt dans la marge d'appréciation que laissent subsister, au bénéfice des Etats membres, les instruments de droit dérivé. La Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 sur le droit au regroupement familial, par exemple, n'offre pas de garantie que les Etats membres qui en assureront la transposition ne vont pas opérer de discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle ou de discrimination indirecte à l'égard des femmes, et n'exclut pas des situations où, tout en respectant la directive, les Etats porteraient atteinte au droit au respect de la vie familiale. La Directive 2003/110/CE du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne n'est pas suffisamment explicite quant à l'obligation pour l'Etat de transit de refuser d'accorder son assistance à l'éloignement par voie aérienne d'un ressortissant de pays tiers si l'éloignement lui fait courir un risque sérieux de mauvais traitements dans l'Etat de renvoi. La Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail prévoit un grand nombre d'exceptions au bénéfice des Etats, que ceux-ci pourraient être tentés d'utiliser sans tenir compte des obligations qu'imposent les §§ 1 et 3 de l'article 2 de la Charte sociale européenne. Ces préoccupations, et d'autres préoccupations de même nature, sont détaillées dans le présent rapport. Ce qu'elles ont en commun, c'est de situer le risque de violations dans la manière dont les Etats membres vont mettre en œuvre le droit communautaire ou le droit de l'Union

<sup>68</sup> Même si l'on devait considérer que les droits de l'homme ne constituent pas comme tels un « objet » de l'Union ou de la Communauté, malgré l'ambiguïté qu'avait pu laisser subsister sur cette question l'Avis 2/94 rendu le 28 mars 1996 par la Cour de justice des Communautés européennes sur l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*Rec.*, p. I-1759, point 32, et ce qu'en dit le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, précité, p. 15) – ambiguïté que paraît avoir levée la Convention sur l'avenir de l'Europe, dont le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Union ne fait pas figurer la protection des droits fondamentaux parmi les objectifs de l'Union (article 3) –, cela ne signifie pas pour autant que le souci d'assurer une meilleure protection des droits fondamentaux au sein de l'Union ne puisse constituer un souci légitime, pour autant que les conditions d'exercice d'une compétence de la Communauté ou de l'Union se trouvent réunies.

européenne : elles situent donc le risque, plutôt que dans ce que prescrit le droit européen, dans les situations où il est demeuré silencieux. Quelle appréciation porter sur cette situation ? Quels remèdes envisager ?

L'obstacle que constituerait, pour l'imposition d'obligations positives aux institutions de l'Union européenne, les limites tenant au caractère attribué des compétences qui leur sont reconnues par les Etats membres, peut être aisément écarté. La Communauté/l'Union n'a une obligation "positive" d'agir pour se conformer à la Charte que dans la mesure où des compétences l'autorisant à agir figurent dans les traités constitutifs<sup>69</sup>. Une fois que la Communauté/l'Union est intervenue dans un domaine déterminé, c'est que la question de la compétence a reçu une réponse affirmative. Ce qui importe à ce moment, c'est qu'en exerçant les compétences qui lui sont attribuées, la Communauté/l'Union respecte intégralement la Charte des droits fondamentaux. Or, il ne suffit pas à cet égard qu'il *ne soit pas porté atteinte* aux droits ou principes qui y figurent. Il faut encore que, dans le domaine sur lequel la Communauté/l'Union est intervenu, elle *ne tolère pas de telles atteintes* par les Etats membres agissant en tant qu'administration européenne décentralisée. La Cour européenne des droits de l'homme constate que peut violer la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales l'Etat dont le droit interne rend licite une telle atteinte par des entités fédérées ou des simples particuliers, puisqu'en pareil cas la violation a sa source, au moins indirecte, dans le manquement du législateur<sup>70</sup>. En tant qu'instrument de protection des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit voir les obligations qu'elle impose examinées selon les mêmes critères. En outre, la Charte devant s'interpréter en accord avec les principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme, l'étendue des obligations positives qu'elle peut imposer peut être identifiée à partir de ces principes et des instruments qui les codifient<sup>71</sup>.

Il faut donc vérifier si, lorsqu'il est intervenu dans un domaine déterminé, le législateur européen a bien pris toutes les mesures raisonnables propres à éviter le risque d'une violation des droits fondamentaux dans le domaine en question. Lorsqu'elle intervient dans un domaine où elle ne dispose pas d'une compétence exclusive, la Communauté ne peut certes intervenir, conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire; et pour autant que son action n'exécède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Traité (article 5 CE). En outre, les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent non seulement le contenu, mais également la forme de l'intervention communautaire, c'est-à-dire qu'il faut préférer des directives à des règlements, et des directives-cadres à des directives détaillées<sup>72</sup>. L'interprétation de ces principes doit cependant tenir compte des obligations qu'impose la Charte des droits fondamentaux. Il serait inexact de considérer que la Communauté porte atteinte à ces principes en prévoyant, dans le droit dérivé qu'elle adopte, de meilleures garanties que les Etats membres respecteront les droits fondamentaux de la Charte en en assurant la mise en œuvre. En outre, l'obligation *générale* qui s'impose aux Etats de respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union<sup>73</sup> ne dispense pas de s'assurer,

<sup>69</sup> L'on paraphrase délibérément la présentation qui a été faite de la même question par le groupe de travail II « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH » constitué au sein de la Convention européenne. Voy. Rapport final du Groupe de travail II, WG II 16, CONV 354/02, 22 octobre 2002, p. 13, à propos des conséquences de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme : « ...l'Union n'aurait l'obligation 'positive' d'agir pour se conformer à la CEDH que dans la mesure où des compétences l'autorisant à agir ainsi figureraient dans le traité ».

<sup>70</sup> Voy. par exemple Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, Série A n° 44, § 89 ; Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n°91, § 23 ; Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, Série A n° 303-C, § 51 ; Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998.

<sup>71</sup> Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne* du 29 avril 2003 (req. n° 56673/00), §§ 51-51.

<sup>72</sup> *Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, annexé au Traité CE par le Traité d'Amsterdam, point 6.

<sup>73</sup> Ceci concerne non seulement les dispositions de la Charte des droits fondamentaux (article 51 § 1 de la Charte), mais aussi les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit de l'Union dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect sur la base de l'article 220 CE, dans les situations où les Etats mettent en

dans des situations *spécifiques*, que ces droits seront bien respectés par les Etats dans ce cadre. En effet :

- Lorsqu'un instrument législatif européen ménage une exception au bénéfice des Etats membres, cela crée l'illusion que l'usage que ceux-ci pourraient vouloir faire de cette exception, dans le respect des limites fixées, sera par définition conforme aux exigences des droits fondamentaux. Or tel n'est pas toujours le cas. Lorsqu'une telle impression risque d'être créée, il faut la dissiper.
- L'obligation générale imposée aux Etats membres de respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils agissent dans le domaine d'application du droit européen fait l'objet d'une vérification *a posteriori*, et peut donner lieu à un contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes, dans les limites des compétences de celle-ci. Mais un contrôle *a priori*, de nature *préventive*, imposant au législateur européen d'agir avec précaution et de mieux délimiter la marge d'appréciation des Etats au regard des exigences des droits fondamentaux, offre des meilleures garanties de sécurité juridique. En outre, cela peut dispenser de devoir solliciter la Cour de justice des Communautés européennes; et cela évite de devoir faire dépendre l'effectivité de la protection des droits fondamentaux de l'étendue de la compétence juridictionnelle.
- Les normes relatives aux droits fondamentaux sont formulées en termes généralement vagues et généraux. L'intervention du législateur européen fournit l'occasion de réfléchir, de manière plus spécifique et contextualisée, les exigences que ces normes impliquent. Il faut en outre tenir compte, afin d'opérer cette spécification, de l'interprétation qui a été faite des instruments de protection des droits de l'homme par des juridictions ou des comités d'experts, dont le travail est parfois sous-estimé ou insuffisamment connu en raison du caractère spécialisé de la tâche de clarification des obligations des Etats dont ils s'acquittent. Pareille spécification, par le législateur européen, des obligations qui s'imposent aux Etats membres au regard des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit européen, est de nature à écarter le risque que les autorités étatiques portent atteinte à ces droits fondamentaux, y compris lorsque ceci de la simple méconnaissance des normes qui régissent une matière donnée. Un avantage supplémentaire d'opérer cette clarification au plan de l'Union européenne est que cela limite le risque inverse, que ces autorités donnent une interprétation excessivement large des exigences des droits fondamentaux, afin – sous prétexte de respecter ces droits – d'échapper aux obligations qui leur sont imposées en vertu du droit communautaire ou de l'Union.
- Il faut enfin tenir compte de l'écart qui subsiste entre la situation où la loi européenne court le risque d'être annulée ou de voir le juge communautaire constater son invalidité sur renvoi préjudiciel, d'une part, et la situation où, sans pour autant courir ce risque, la loi européenne aurait pu assurer une meilleure protection des droits fondamentaux, en détaillant, de manière plus précise, les exigences qui s'imposent aux Etats membres qui en assurent la mise en œuvre du point de vue de ces droits. Là où le législateur européen a clairement manqué à son devoir de protection, par exemple en prévoyant une exception au bénéfice des Etats membres que ceux-ci ne pourraient utiliser qu'en risquant de porter atteinte aux droits fondamentaux<sup>74</sup>,

---

œuvre le droit européen ((C.J.C.E., 13 juillet 1989, *H. 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)) comme dans les situations où ils agissent dans le cadre d'une exception ménagée par les traités (C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.*, p. 1219 (point 32) ; C.J.C.E., 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.*, p. I-2925 (point 43)) ou par la jurisprudence communautaire (C.J.C.E., 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, *Rec.* p. I-3689, points 18 et 19 ; C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, points 71 à 78).

<sup>74</sup> Tel pourrait être le cas par exemple de l'article 14 § 2 de la directive 2003/86 du 22 septembre 2003 sur le droit au regroupement familial, qui prévoit que « Les États membres peuvent fixer, conformément à leur droit national, les conditions dans lesquelles des membres de la famille [ayant bénéficié du droit au regroupement familial] exercent une activité salariée ou indépendante. Ces conditions prévoient un délai, qui ne peut en aucun cas dépasser douze mois, au cours desquels les États membres peuvent examiner la situation sur leur marché du travail avant d'autoriser les membres de la famille à exercer une activité salariée ou indépendante. ». Il semble difficile de concevoir une utilisation de cette clause par

l'instrument qu'il a adopté pourra être attaqué par la voie d'un recours en annulation, ou bien sa validité mise en doute devant la juridiction d'un Etat membre. Il importe peu à cet égard que les Etats membres ont simplement une faculté de faire usage de cette exception, sans être obligés d'en faire usage : la loi européenne a bien, dans cette situation, rendu possible l'atteinte aux droits fondamentaux, et cela suffit à en faire constater l'invalidité.

L'on ne saurait naturellement imputer à la loi européenne toutes les atteintes aux droits fondamentaux commises par les Etats membres dans la mise en œuvre qu'ils en procurent : l'obligation positive du législateur européen doit s'entendre de manière raisonnable, et notamment, en tenant compte de ce que les instruments adoptés au plan de l'Union européenne visent des situations d'une grande diversité, ce qui les conduit nécessairement à faire emploi de notions souples et vagues. Ceci a été très clairement souligné par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Lindqvist* qu'elle a rendu le 6 novembre 2003<sup>75</sup>. Comme Mme Lindqvist, condamnée pour n'avoir pas respecté la loi suédoise relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, prétendait que la Directive 95/46/CE pourrait être illégale au regard de la liberté d'expression, dès lors qu'elle ne définit pas elle-même où situer l'équilibre entre la vie privée, d'une part, la liberté d'expression, d'autre part, la Cour répond que le législateur communautaire n'est pas toujours en mesure de régler par avance toutes les situations litigieuses qui pourraient se présenter. Elle note que les dispositions de la directive 95/46/CE « sont nécessairement relativement générales vu qu'elle doit s'appliquer à un grand nombre de situations très diverses (...) c'est donc à juste titre que cette directive comporte des règles caractérisées par une certaine souplesse et qu'elle laisse dans de nombreux cas aux États membres le soin d'arrêter les détails ou de choisir parmi des options » (point 83), pour en déduire que « [s'il] est vrai que les États membres disposent à maints égards d'une marge de manoeuvre en vue de la transposition de la directive 95/46 (...) rien ne permet de considérer que le régime que celle-ci prévoit manque de prévisibilité ou que ses dispositions sont, en tant que telles, contraires aux principes généraux du droit communautaire et, notamment, aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » (point 84).

Il est tout à fait habituel que l'obligation de protection des droits fondamentaux soit identifiée comme devant s'entendre de manière « raisonnable » : elle impose une obligation de moyens, non de résultat. Néanmoins, en obligeant le législateur européen à garantir un degré élevé de protection des droits fondamentaux dans les instruments qu'il adopte, pour écarter *autant que possible* tout risque de violation de ces droits dans la mise en œuvre qui en sera faite par les Etats, le niveau global de protection des droits de l'homme sera amélioré.

Ainsi, imposer aux institutions de l'Union une obligation de prévenir le risque d'atteintes aux droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit européen par les Etats membres, par une spécification plus grande des exigences des droits fondamentaux que ces Etats doivent respecter, présenterait plusieurs avantages. Cette obligation se traduirait, sur le plan institutionnel, de deux manières. Premièrement, elle impliquerait qu'au cours du travail législatif les institutions identifient systématiquement les risques d'atteintes aux droits fondamentaux que les Etats membres risqueraient de commettre dans la mise en œuvre de l'instrument en cours de préparation, et préviennent ce risque par l'inclusion de clauses appropriées dans les instruments qu'elles adoptent. Depuis mars 2001, la Commission accompagne systématiquement d'une référence à la Charte les instruments pouvant présenter un lien avec les droits fondamentaux. Cet engagement d'un contrôle préalable de conformité à la Charte devrait se traduire, de manière plus concrète, par l'identification des exigences des droits fondamentaux dans chaque domaine spécifique, et la reformulation de ces exigences dans l'instrument proposé à l'adoption par le législateur européen<sup>76</sup>. Des affirmations d'ordre général, par

---

les Etats membres qui ne débouche pas sur une discrimination indirecte à l'égard des femmes, en violation des principes généraux du droit communautaire et de l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>75</sup> Aff. C-101/01.

<sup>76</sup> Cela supposerait par exemple, qu'une directive relative au droit au regroupement familial réitère les normes du droit international des droits de l'homme qui s'appliquent en ce domaine, en définissant clairement les limites qui s'imposent aux Etats membres dans la transposition qu'ils en feront ; qu'une directive concernant l'assistance au transit dans le cadre de

exemple par une simple référence aux instruments internationaux applicables, ne sont guère utiles ; une prévention efficace des violations supposerait au contraire une description détaillée des exigences qui se dégagent de ces instruments, afin de limiter au maximum le risque que les Etats membres ne s'y conforment qu'à la suite de l'intervention du juge communautaire. Deuxièmement, les instruments législatifs adoptés au plan européen prévoient, de manière plus fréquente, un suivi de l'application qui en est faite, afin, le cas échéant, que puissent y être apportées les modifications dont la pratique aura pu mettre en lumière l'utilité<sup>77</sup>. La question du respect des droits fondamentaux dans l'application des instruments faisant l'objet de tels rapports doit se voir accorder la priorité. S'il apparaît que des difficultés se sont fait jour, tenant au défaut de précision de ces instruments sur les exigences des droits fondamentaux liées à leur mise en œuvre, il faudra y remédier. Le canevas de ces rapports devrait être élaboré de manière à remplir cette fonction, c'est-à-dire en y faisant figurer des éléments d'appréciation fondés sur une approche spécialisée des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs dans la perspective de l'évaluation des instruments européens par ce mécanisme que sont formulées plusieurs des recommandations du présent rapport.

Le constat que le risque de violations des droits fondamentaux dans le droit européen se situe essentiellement dans la manière dont les Etats membres vont mettre en œuvre celui-ci, emporte également une conséquence supplémentaire. Lorsqu'une telle violation est constatée dans le cadre du Traité CE, il appartient à la Commission, conformément au rôle que lui attribuent les articles 211 et 226 CE, d'examiner l'opportunité d'introduire un recours contre l'Etat membre afin de faire constater son manquement au droit communautaire. Il ne serait pas justifié de limiter aux seules hypothèses de l'article 7 UE les possibilités pour la Commission européenne de réagir à la violation par un Etat membre des droits fondamentaux qui figurent parmi les valeurs communes des Etats de l'Union. Lorsque pareille violation se situe dans le domaine d'application du droit communautaire, elle constitue d'abord une violation des obligations imposées par le droit communautaire lui-même ; elle doit être traitée comme telle, et non comme s'il s'agissait d'une situation exceptionnelle, distincte par exemple d'une hypothèse banale de mauvaise transposition d'une directive<sup>78</sup>. Lorsque la violation se situe dans la mise en œuvre d'un instrument adopté sous les titres V ou VI du Traité sur l'Union européenne, la Commission n'a pas la compétence d'introduire devant la Cour de justice des Communautés européennes un recours pour manquement d'un Etat membre à ses obligations, par exemple pour une transposition inadéquate d'une décision-cadre adoptée sur la base des articles 29 et suivants UE. L'article 35 § 7 UE prévoit que chaque Etat membre peut introduire un recours en manquement contre un autre Etat membre, lorsque le différend entre eux n'a pas pu être réglé au sein du Conseil dans les six mois suivant la saisine de celui-ci par un de ses membres. Cette alternative à

---

mesures d'éloignement par voie aérienne explicite de même, les limites à l'obligation d'assistance au transit qu'impose le respect dû aux droits fondamentaux, en rappelant les enseignements de la jurisprudence internationale et les recommandations du Comité pour la prévention de la torture ; ou qu'une directive concernant l'aménagement du temps de travail détaille les règles qui se dégagent de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, dans l'interprétation qu'il fait de la Charte sociale européenne.

<sup>77</sup> Voy. par exemple l'article 17 de la Directive 2000/43/CE du Conseil 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, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22 ; l'article 19 de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16 ; l'article 17 du Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145 du 31.5.2001, p. 43) ; l'article 34 § 2 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, JO L 190 du 18.7.2002) ; l'article 33 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, 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 (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31) ; ou encore, dans la Directive que la Commission a proposée au Conseil le 5 novembre 2003 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services (COM(2003)657 final), l'article 15.

<sup>78</sup> Dans l'arrêt *Lindqvist* précité, la Cour de justice des Communautés européennes insiste sur l'obligation qui s'impose aux autorités nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire, notamment au regard des droits fondamentaux : « il incombe aux autorités et aux juridictions des Etats membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive 95/46, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » (point 87).

une véritable procédure en manquement n'est pas satisfaisante. En l'absence de mécanismes de nature à garantir adéquatement la surveillance de la mise en œuvre, par chaque Etat, des obligations qui lui sont imposées dans le cadre des titres V et VI UE, il est d'autant plus important que les instruments adoptés sous ces titres intègrent d'emblée, c'est-à-dire dès le moment de leur formulation initiale, l'exigence de garantir un niveau élevé de protection des droits fondamentaux.

### III. CONCLUSION

L'instauration entre les Etats membres de l'Union d'un espace de liberté, de sécurité et de justice ne signifie pas que la protection des droits fondamentaux doive être assurée partout de manière identique. La diversité même est source d'apprentissage pour tous, et peut contribuer au progrès des droits. Trois réserves s'imposent pourtant. Premièrement, lorsque l'intervention de l'Union – dans les limites qu'impose le respect du principe des compétences d'attribution – est de nature à faciliter le respect par les Etats membres de leurs obligations internationales, il faut soigneusement examiner l'opportunité d'une initiative allant dans ce sens : même si elle n'est pas tenue elle-même, dans l'ordre juridique international, au respect de ces instruments internationaux – encore qu'une réflexion doive être menée sur ce thème (ci-dessus, II.1.) –, l'Union ne peut demeurer passive face à des situations où le fait pour les Etats membres de partager un même espace entrave leurs efforts consistant à mieux se conformer aux instruments de protection des droits de l'homme obligatoires à leur égard (ci-dessus, II.2.). Deuxièmement, dans les domaines où les institutions de l'Union n'ont pas agi afin de définir un niveau harmonisé ou minimum de protection des droits fondamentaux, par défaut de compétence ou par choix politique, au moins doivent-elles exercer une surveillance efficace sur le respect des droits fondamentaux par les Etats membres, lorsqu'ils agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union. L'ancrage des droits fondamentaux dans l'Union européenne suppose, au minimum, que les violations de ces droits que les autorités étatiques peuvent commettre dans la mise en œuvre du droit européen soient traitées avec le même sérieux que le sont, par exemple, les défauts de transposition de directives qui aboutissent à créer une distorsion de concurrence ou rétablissent des barrières au sein du marché intérieur. Troisièmement, dans les domaines où les institutions de l'Union interviennent, elles doivent avoir le souci de garantir un niveau élevé de protection des droits fondamentaux, plutôt que de s'en remettre à une exigence générale et vague et au contrôle, en dernière instance, que peut effectuer la Cour de justice, dans les limites de ses compétences. Il s'agit par là de prévenir le risque de violations des droits fondamentaux par une clarification plus systématique des limites que les Etats membres ne peuvent franchir lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Les avantages que présenterait une telle approche ont été décrits (ci-dessus, II.3.). Le rapport qui suit cherchera à identifier les traductions que pourrait recevoir une telle approche, dans l'analyse des activités de l'Union européenne sur l'année 2003.

## CHAPITRE I : DIGNITÉ

### **Article 1. Dignité humaine**

Pour une présentation du débat qui a entouré le financement communautaire des recherches effectuées à partir de cellules souches d'embryons humains, il est renvoyé au commentaire de l'article 13 (Liberté des arts et des sciences). Aucune autre évolution notable n'est à signaler au cours de la période sous examen.

### **Article 2. Droit à la vie**

#### *Le contrôle intégré des frontières extérieures de l'Union*

Le domaine dans lequel le droit à la vie paraît aujourd'hui le plus immédiatement menacé est celui des mesures opérationnelles prises en vue de renforcer le contrôle intégré des frontières extérieures de l'Union. Dans une communication de mai 2002, la Commission européenne avait annoncé une proposition en vue de la création d'un Corps européen de garde frontières<sup>79</sup>. A présent la Commission a proposé de bâtir sur l'expérience de l'Unité commune de praticiens des frontières extérieures en vue de créer une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, ayant en charge également la coordination et l'organisation des retours d'étrangers par les Etats membres et l'identification des bonnes pratiques dans l'acquisition de documents de voyage et l'éloignement des ressortissants d'Etats tiers des territoires des Etats membres<sup>80</sup>. Le Conseil Justice et Affaires intérieures des 27-28 novembre 2003 a accueilli avec faveur cette initiative, notant en particulier dans ses conclusions que la nouvelle Agence devrait faciliter la coopération opérationnelle entre les Etats membres et les pays tiers, dans le cadre des relations extérieures de l'Union européenne dans les domaines de la justice et des affaires intérieures<sup>81</sup> - ce qui constitue un aspect des tâches de l'Agence que le règlement proposé par la Commission ne mentionne pas<sup>82</sup>. Ce développement doit être rapproché de la préparation d'une étude de faisabilité sur le contrôle des frontières extérieures maritimes de l'Union européenne préparée par Civipol Conseil pour la Commission<sup>83</sup> ainsi que de l'adoption d'un "Programme de mesures visant à lutter contre l'immigration illégale par les frontières maritimes de l'Union européenne"<sup>84</sup>.

Le lien que présentent ces développements avec le droit à la vie est trop évident pour justifier qu'on l'explique. L'étude de faisabilité de Civipol note (p. 15):

Aux frontières maritimes de l'Espagne et de l'Italie, il y eut une centaine de décès accidentels par an pour environ 40.000 traversées en 2001 et 2002. L'effet de plus en plus dissuasif de l'amélioration des mécanismes de surveillance et de contrôle mis sur pied par les autorités espagnoles et italiennes sur le détroit de Gibraltar et le canal de Sicile conduit à un déplacement vers des passages plus dangereux, tels que le canal des îles Canaries et le Golfe de Syrte. Il en est résulté un certain nombre d'accidents sérieux pendant la première partie de 2003 et l'estimation de 400 décès par noyade ne paraît pas exagérée. Sur la frontière gréco-turque, l'absence de données ne signifie pas nécessairement qu'il n'y ait pas eu d'accidents.

---

<sup>79</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des états membres de l'Union européenne, COM(2002)233 final.

<sup>80</sup> Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, COM(2003)687 final, du 11.11.2003. La question de l'éloignement des ressortissants d'Etats tiers est abordée dans ce rapport dans l'analyse figurant sous l'article 19 de la Charte.

<sup>81</sup> 2548<sup>ème</sup> réunion du Conseil JAI, Bruxelles, 27 -28 novembre 2003 (PRES/03/334).

<sup>82</sup> Voy. aussi le Programme de mesures visant à lutter contre l'immigration clandestine par les frontières maritimes de l'Union européenne (Doc. 13791/03, FRONT 146, COMIX 631, 21.10.2003), para. 29 et para. 33.

<sup>83</sup> Doc. 11490/1/03, Rev. 1, FRONT 102, COMIX 458, 19.9.2003. L'étude a été préparée pour la Commission, qui l'a demandée à la suggestion du Conseil JAI.

<sup>84</sup> Doc. 13791/03, FRONT 146, COMIX 631, 21.10.2003.

Le Programme de mesures visant à lutter contre l'immigration illégale par les frontières maritimes de l'Union européenne envisage la possibilité d'opérer des inspections de navires en haute mer lorsqu'ils sont soupçonnés d'acheminer des migrants illégaux vers un port situé dans l'Union. Bien que la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer n'autorise en principe de telles inspections que par l'Etat du pavillon, le Programme relève que pareille inspection peut néanmoins être effectuée par un autre Etat selon la Convention, a) lorsque le navire n'a pas de nationalité ou lorsque sa nationalité est douteuse (article 110) ou b) lorsque l'Etat du pavillon a consenti à une telle inspection, par écrit ou verbalement, auquel cas les deux Etats pourraient également, selon le Programme de mesures, déterminer de commun accord quelles actions doivent être prises à l'égard des immigrants illégaux trouvés à bord (para. 18). D'ailleurs, aussi bien la possibilité de telles interceptions en haute mer que la coopération avec des Etats tiers sont essentiels au Programme de mesures proposées, dès lors que parmi ces mesures figurent les contrôles "avant frontières" ("pre-border checks") et le traitement commun d'immigrants illégaux interceptés en mer (para. 26). Le Programme de mesures propose, entre autres, de fournir à des Etats tiers un appui technique et organisationnel afin de renforcer la surveillance des côtes dont partent les migrants illégaux; il envisage des patrouilles maritimes communes conduites par les navires d'Etats membres et de pays tiers concernés par les flux d'immigration illégale; il évoque la diversion de navires interceptés vers des ports sûrs; il prévoit de traiter les immigrés trouvés à bord des navires arraisonnés et de poursuivre en justice les trafiquants identifiés lors de telles opérations.

Il serait prématuré d'étudier en détail ces différentes propositions. Cependant, il importe de rappeler les exigences qu'impose à cet égard aux Etats membres la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les difficultés de concilier la protection des frontières maritimes contre l'immigration illégale avec la Convention paraissent parfois avoir été sous-estimées dans la formulation de ces propositions. Naturellement, l'Etat peut choisir d'admettre ou non sur son territoire des personnes qui n'ont pas sa nationalité. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, lorsqu'ils refusent l'accès à leur territoire, les Etats parties à la Convention ne portent pas atteinte par là au droit de toute personne de "quitter n'importe quel pays, y compris le sien", que garantit l'article 2 du Protocole n°4 additionnel à la Convention<sup>85</sup>. Cependant, toute mesure qu'adoptent les Etats dans l'exercice de leur droit souverain de refuser l'accès à leur territoire doit être conforme à leurs obligations internationales, en particulier aux obligations liées au respect des droits de l'homme. Il est clair que les Etats doivent protéger le droit à la vie des personnes qui se trouvent sous leur juridiction, et ceci s'étend à la situation d'un navire intercepté en haute mer : en opérant une telle interception, les Etats doivent déployer toutes les mesures raisonnablement propres à éviter, notamment, les noyades<sup>86</sup>. De plus, même lorsqu'ils agissent en-dehors du territoire national, les agents de l'Etat peuvent engager la responsabilité internationale de l'Etat dont ils sont les organes<sup>87</sup>: tel est le cas, en particulier, lorsqu'ils exercent un contrôle effectif sur une personne, agissant comme s'ils disposaient de pouvoirs liés à la souveraineté territoriale<sup>88</sup>. Il est donc évident que, même là où elles agissent de manière "préventive", en interceptant un navire en haute mer par exemple afin de le ramener sous escorte à son port d'origine dès lors qu'il apparaît qu'il transporte

<sup>85</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Xhavara et autres c. Albanie et Italie*, req. n° 39473/98 (déc. d'irrecevabilité du 11 janvier 2001).

<sup>86</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Xhavara et autres c. Albanie et Italie*, cité ci-dessus. Cette affaire concernait les décès d'un certain nombre d'Albanais qui tentaient de pénétrer en Italie à bord d'un navire, qui fut intercepté et coulé au large des côtes italiennes.

<sup>87</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Halima Musa Issa et autres c. Turquie*, req. n° 31821/96 (déc. de recevabilité du 30 mai 2000) (armée turque intervenant à l'égard de bergers kurdes dans le Nord de l'Irak).

<sup>88</sup> Voy. Cour eur. D.H. (1<sup>ère</sup> section), arrêt *Ocalan c. Turquie* (req. n° 46221/99) du 12 mars 2003, § 93, à propos de l'arrestation par les autorités turques du requérant, alors qu'il se trouvait encore en territoire kenyan : « Le requérant, dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, s'est effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevait donc de la « juridiction » de cet Etat aux fins de l'article 1 de la Convention, même si, en l'occurrence, la Turquie a exercé son autorité en dehors de son territoire. La Cour estime que les circonstances de la présente affaire se distinguent de celles de l'affaire *Bankovic et autres* [bombardement de la radio-télévision serbe à Belgrade par les forces de l'OTAN : la Cour européenne de droits de l'homme avait refusé de considérer que les requérants, qui se plaignaient notamment d'une atteinte au droit à la vie, se trouvaient sous la « juridiction » des Etats membres de la coalition, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention], notamment en ce que le requérant a été physiquement contraint à revenir en Turquie par des fonctionnaires turcs et a été soumis à leur autorité et à leur contrôle dès son arrestation et son retour en Turquie ». Cette affaire a fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre de la Cour.

des candidats à l'immigration, les autorités étatiques sont tenues au respect des mêmes obligations que celles qui leur sont imposées lorsque des non-nationaux arrivent à une frontière nationale. Tous leurs droits de l'homme doivent être respectés. Et ils doivent avoir la possibilité, le cas échéant, de demander à pouvoir bénéficier de l'asile. Le 31 octobre 2003, la Commission des migrations, des réfugiés et de la population a adopté à l'unanimité un projet de recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Accès à l'assistance et à la protection pour les demandeurs d'asile dans les ports maritimes et les zones côtières en Europe »<sup>89</sup>. Il est utile de reprendre l'ensemble de la partie opératoire du projet de résolution, bien que dans le contexte de cette discussion, le para. j) soit le plus pertinent. Il est proposé à l'Assemblée parlementaire d'inviter le Comité des Ministres à recommander aux Etats membres de l'organisation de :

*a.* faire en sorte que les personnes qui souhaitent demander l'asile dans les ports maritimes et les zones côtières aient librement accès à la procédure d'asile grâce à des services d'interprétation dans leur langue ou, si ce n'est pas possible, dans une langue qu'ils comprennent, et à une consultation juridique libre et indépendante;

*b.* veiller à ce que toute personne arrivant dans un port maritime ou une zone côtière puisse expliquer en détail les raisons de son acte dans un entretien particulier avec les autorités pertinentes;

*c.* mettre en place un système d'accès permanent à des conseils juridiques indépendants et professionnels en matière d'asile et de migration dans les ports maritimes et les zones côtières, et à s'assurer de leur qualité.

*d.* assumer la pleine responsabilité du contrôle de l'immigration dans les ports maritimes notamment en investissant dans des méthodes de prévention et de détection et, le cas échéant, en renforçant les effectifs de la police et des autorités d'immigration, en travaillant en partenariat avec les acteurs privés participant aux activités portuaires;

*e.* améliorer la coopération internationale entre la police, les autorités judiciaires et les autorités d'immigration grâce à l'échange de renseignements et d'informations en vue de démanteler les réseaux de passeurs agissant aux niveaux européen et international;

*f.* introduire une législation pénale harmonisée afin de sanctionner le passage clandestin des migrants et le trafic des êtres humains;

*g.* veiller à ce que les personnes vulnérables, telles que les mineurs non accompagnés/enfants séparés, les personnes âgées, les malades et les femmes enceintes qui arrivent dans un port maritime ou une zone côtière, même si elles ne demandent pas l'asile, bénéficient d'une assistance et d'un hébergement appropriés en attendant leur refoulement ou l'octroi d'un statut juridique; en outre, les mineurs non accompagnés/enfants séparés devraient bénéficier d'une tutelle légale effective, dès que leur présence vient à la connaissance des autorités d'un Etat membre;

*h.* établir des structures d'accueil permanentes et appropriées dans les zones côtières et près des ports pour accueillir les nouveaux arrivants, qu'ils demandent l'asile ou non;

*i.* accepter de se charger d'instruire les demandes d'asile des passagers clandestins, lorsque le navire a prévu sa première escale dans un port se trouvant sur leur territoire national;

---

<sup>89</sup> Doc. Doc. 10011, 5 décembre 2003 (rapp. M. Franco Danieli). Le projet de recommandation est soumis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en janvier 2004. Le présent rapport est clôturé avant que l'Assemblée parlementaire ait été saisie du projet. [NOTE. Après la clôture du présent rapport, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation proposée sans modification].

j. effectuer, dans le cadre de leurs responsabilités en matière de contrôle de l'immigration, des opérations de patrouille en mer de manière à se conformer pleinement à la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés et à la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 en évitant que des personnes ne soient renvoyées dans des pays où elles risqueraient d'être persécutées ou de subir des violations de droits de l'homme.

Le rapport sur lequel prend appui le projet de recommandation rappelle que « le but des opérations de patrouille ne doit pas être de dérouter le navire des eaux territoriales avant d'avoir procédé à un contrôle pour déterminer la nationalité et l'identité des passagers ainsi que les raisons pour lesquelles ils tentent d'entrer dans un Etat membre du Conseil de l'Europe (...) le fait de s'abstenir de le faire serait une mise en œuvre de mauvaise foi des obligations découlant pour les Etats membres de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés: une fois entré dans les eaux territoriales d'un Etat, le navire est considéré comme étant dans le pays en question. En conséquence, *dérouter le navire hors des eaux territoriales signifierait refuser de recevoir de potentielles demandes de protection de la part de ceux qui se trouvent à bord et par conséquent renvoyer de potentiels réfugiés* » (§ 22). Il estime également que « l'interception d'un navire transportant de potentiels migrants irréguliers pour l'empêcher d'entrer dans les eaux territoriales pourrait aller à l'encontre des obligations internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe, lorsque, ce faisant, ils exposent les passagers au risque d'être renvoyés dans un pays où ils pourraient subir des persécutions sous l'angle de la Convention de 1951 sur les réfugiés ou des violations de droits de l'homme sous l'angle de la Convention européenne des Droits de l'homme. En outre, il faudrait éviter en toutes circonstances que le navire ne soit laissé 'en orbite', parce qu'aucun Etat n'accepte de le laisser entrer dans ses eaux territoriales et de procéder par la suite à l'examen des demandes d'immigration, notamment des demandes potentielles d'asile. Une telle situation constitue un manquement aux principes fondamentaux d'humanité et de dignité de l'être humain » (§ 23). Le rapport attire dès lors l'attention sur le fait qu'un projet tel que Ulysse [patrouilles navales conjointes en Méditerranée par l'Espagne, la France, l'Italie, le Portugal et le Royaume-Uni visant à intercepter des navires transportant des migrants irréguliers], et d'autres initiatives futures de patrouilles communes « doivent être suivies de près pour éviter qu'elles ne soient conçues comme un véritable barrage à l'entrée de tous ceux qui tentent de pénétrer clandestinement dans un pays par la mer, y compris les demandeurs potentiels d'asile » (§ 26).

*La prévention de la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes et la protection des victimes et des groupes à risque*

Le bilan qui a été tiré de la première phase du programme Daphné (2000-2003), achevée le 31 décembre 2003, a permis de mettre en lumière la valeur ajoutée que représente l'initiative communautaire dans le soutien, la coordination et l'échange d'expériences visant à prévenir la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes et la protection des victimes et des groupes à risque. Cette appréciation est partagée par le Parlement européen, qui a demandé une augmentation du budget alloué à ce programme pour sa seconde phase<sup>90</sup> – prévue pour cinq années à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2004 (2004-2008) –.

Les objectifs du programme demeurent inchangés, bien que ses outils soient quelque peu modifiés dans la proposition de décision que la Commission a soumise<sup>91</sup> : en particulier, des projets d'envergure plus importante pourront être retenus en vue de bénéficier d'un soutien communautaire, et le programme proposé développe également – à travers la notion d'actions complémentaires telles

<sup>90</sup> Résolution du 4 septembre 2002 (2001/2265(INI)).

<sup>91</sup> Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant une seconde phase du programme d'action communautaire (2004-2008) visant à prévenir la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes et à protéger les victimes et les groupes à risque (programme Daphné II), COM(2003)54 final du 4.2.2003 ; puis, après réception de l'avis du Parlement européen formulé dans une résolution du 3 septembre 2003, Proposition modifiée de décision du Parlement européen et du Conseil établissant la seconde phase d'un programme d'action communautaire (2004-2008) visant à prévenir la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes et à protéger les victimes et les groupes à risque (programme Daphné II), COM(2003)616 final.

que des études, séminaires, développement d'indicateurs, ou réunions d'experts (article 2 § 2, b), de la proposition modifiée de décision) – la dimension de partage et de diffusion des connaissances que comprend le programme, en vue d'un apprentissage mutuel sur les bonnes pratiques à suivre en matière de prévention de la violence. L'article 2 § 1<sup>er</sup> de la décision proposée par la Commission fournit sans doute la définition la plus précise des objectifs du programme et, par conséquent, des actions qu'il est destiné à soutenir : Daphne II « vise à prévenir et à combattre toutes les formes de violence survenant dans la vie publique ou la vie privée dirigées contre les enfants, les adolescents et les femmes, par la mise en oeuvre de mesures préventives et par l'apport d'une aide aux victimes de manière, notamment, à éviter de nouvelles expositions à la violence. Il vise également à aider et à encourager les organisations non gouvernementales (ONG) et les autres organisations actives dans ce domaine ».

Le 1<sup>er</sup> décembre 2003, le Conseil Emploi, politique sociale, santé et consommateurs a adopté le programme Daphné II (2004-2008)<sup>92</sup>, et a approuvé une proposition de budget de 50 millions d'euros pour les cinq années du programme.

### **Article 3. Droit à l'intégrité de la personne**

#### *La lutte contre le trafic d'organes et de tissus d'origine humaine*

L'article 3 § 3 de la Charte, prévoit une interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tel, une source de profit. Cette disposition reproduit fidèlement le texte de l'article 21 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), conclue en 1997 dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>93</sup>. Le 24 janvier 2002, un Protocole additionnel à cette Convention, relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, a été ouvert à la signature des Etats parties. Les articles 21 et 22 de ce Protocole additionnel détaillent l'interdiction figurant à l'article 21 de la Convention-mère.

C'est dans ce contexte que se situe l'initiative de la République hellénique concernant l'adoption d'une décision-cadre relative à la prévention du trafic d'organes et de tissus d'origine humaine et à la lutte contre ce phénomène<sup>94</sup>. L'initiative prend pour base juridique les articles 29 et 31, e), UE, ce qui se justifie à la fois par l'inclusion, au sein du concept de « traite d'êtres humains », du trafic d'organes et de tissus humains<sup>95</sup>, et par le constat figurant dans le Préambule que le trafic en question « est le champ d'action de groupes criminels organisés qui, souvent, ont recours à des pratiques inadmissibles telles que l'exploitation de personnes vulnérables et l'usage de la violence et de menaces » (2<sup>ième</sup> considérant), ce qui permet de l'aborder comme une forme de criminalité organisée et de prendre appui sur l'article 31, e), UE. Comme dans plusieurs autres instruments adoptés dans le cadre du titre VI du Traité sur l'Union européenne et tendant à instaurer des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables, les Etats membres doivent prévoir une responsabilité pénale des personnes morales pour le compte desquelles les infractions que définit la décision-cadre proposée ont été commises, et ils étendent leur compétence aux situations où l'infraction a été commise par leurs nationaux ou par des personnes morales établies sur leur territoire.

Bien qu'il n'y ait pas lieu de mettre en doute l'utilité d'une initiative dans ce domaine, qui fournit une illustration supplémentaire de la contribution que peut apporter l'Union européenne, par le développement de son droit pénal, à la protection des droits fondamentaux, il est permis de mettre en

<sup>92</sup> 2549<sup>e</sup> session du Conseil - Emploi, politique sociale, santé et consommateurs - Bruxelles, les 1er et 2 décembre 2003.

<sup>93</sup> La Convention a été ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe et, moyennant une invitation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (article 34), à celle des Etats non membres, le 4 avril 1997.

<sup>94</sup> JO C 100 du 26.4.2003, p. 27.

<sup>95</sup> Ainsi que le fait le protocole additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

lumière le paradoxe selon lequel, pour justifier une intervention de l'Union au titre de la lutte contre la criminalité organisée, des sanctions définies à un niveau minimum particulièrement élevé sont prévues<sup>96</sup>. Le risque d'une augmentation des peines sévères dès lors qu'un rapprochement des législations pénales des Etats membres de l'Union apparaît souhaitable compte tenu de la dimension transfrontière de l'infraction montre la nécessité d'une approche souple des compétences définies aux articles 29 et 31 UE, dans laquelle la pratique s'inscrit d'ailleurs déjà en partie<sup>97</sup>.

#### *Le financement communautaire de cellules-souches d'embryons humains*

Le débat concernant le financement, par le 6<sup>ième</sup> programme-cadre de recherche et développement de la Communauté européenne, de certaines recherches sur des cellules-souches d'embryons humains, est abordé sous l'article 13 de la Charte.

#### **Article 4. Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants**

La question du rôle de l'Union européenne dans l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est abordée à plusieurs endroits de ce rapport, dans des paragraphes consacrés à des initiatives que l'Union a prises au cours de la période sous examen, mais qui concernent principalement d'autres dispositions de la Charte des droits fondamentaux : les questions que soulèvera l'entrée en vigueur du mandat d'arrêt européen, en particulier lorsque la personne remise à l'Etat d'émission risque d'être placée dans cet Etat dans des conditions s'apparentant à des conditions non conformes à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, est abordée sous l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux ; les questions relatives à l'invocation de cette clause dans le cadre des procédures d'éloignement d'étrangers sont abordées sous l'article 19 de la Charte ; les garanties procédurales de nature à limiter le risque de mauvais traitements infligés, spécialement au cours de la garde à vue, aux personnes accusées ou mises en cause dans le cadre de procédures pénales, sont examinées sous l'article 48 de la Charte.

#### **Article 5. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé**

##### *La lutte contre la traite des êtres humains*

La principale initiative récente dans le domaine de la lutte contre la traite des êtres humains est la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains<sup>98</sup>, qui prévoit que, pour le 1<sup>er</sup> août 2004, les Etats membres doivent rendre punissables certains actes relevant de la traite des êtres humains<sup>99</sup>. Cette décision-cadre, avec les difficultés d'interprétation que pourrait susciter l'usage des notions d'« abus » ou de « vulnérabilité » pour qualifier l'infraction, a déjà été commentée dans le précédent rapport du Réseau<sup>100</sup>. Pour la période sous examen, l'on relève néanmoins que la Commission a décidé la création d'un groupe consultatif

<sup>96</sup> Ainsi, le Préambule note : « Il y a lieu de prévoir, contre les auteurs de ces infractions, des sanctions suffisamment sévères pour faire entrer le trafic d'organes et de tissus d'origine humaine dans le champ d'application des instruments déjà adoptés pour lutter contre la criminalité organisée » (11<sup>ième</sup> considérant).

<sup>97</sup> Il est d'ailleurs remarquable que l'article III-172 du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe fournit, à côté d'une liste des domaines de criminalité pouvant faire l'objet de la coopération judiciaire pénale, un critère fonctionnel, introduisant davantage de flexibilité dans l'identification des compétences de l'Union : il est question des « domaines de criminalité particulièrement grave et qui revêtent une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes ».

<sup>98</sup> JO L 20 du 1.8.2002, p. 1.

<sup>99</sup> Cette décision-cadre prend appui sur une définition classique de la traite des êtres humains, et n'inclut pas dès lors le trafic d'organes et de tissus d'origine humaine. Il est renvoyé sur ce point au commentaire figurant sous l'article 3 de la Charte.

<sup>100</sup> *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, pp. 63-65.

dénommé "Groupe d'experts sur la traite des êtres humains"<sup>101</sup>, composé de vingt personnalités ayant une compétence particulière dans ce domaine, présentées par les gouvernements des Etats membres de l'Union européenne (y compris les Etats alors candidats à l'adhésion) ainsi que par des organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales exerçant des activités dans le domaine de la prévention de la traite des êtres humains. Ce Groupe a pour mandat d'émettre des avis ou d'adresser des rapports à la Commission à la demande de celle-ci ou de sa propre initiative, en tenant compte des recommandations figurant dans la déclaration de Bruxelles adoptée suite à la "Conférence européenne sur la prévention et la lutte contre le trafic des êtres humains - Un défi mondial pour le XXI<sup>e</sup> siècle", des 18 au 20 septembre 2002. Une des recommandations de la Conférence était notamment la création d'un tel groupe d'experts. La première tâche du groupe d'experts sera de présenter, sur la base de ces recommandations, un rapport visant à aider la Commission à lancer de nouvelles propositions concrètes à l'échelon européen.

Par ailleurs, une Résolution du Conseil du 20 octobre 2003 relative à des initiatives destinées à lutter contre la traite des êtres humains et en particulier des femmes<sup>102</sup>, qui cite à cet égard l'article 5 § 3 de la Charte des droits fondamentaux selon lequel « La traite des êtres humains est interdite », encourage les Etats membres à ratifier le Protocole de Palerme de 2002 additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Elle recommande également l'utilisation des fonds structurels communautaires – Fonds social européen et Fonds européen de développement régional – afin d'assurer le financement de mesures apportant une aide aux victimes ainsi que des mesures préventives et de mesures facilitant l'intégration sociale et économique des victimes de la traite des êtres humains. Selon la Résolution, les Etats membres doivent « aider et protéger les victimes, conformément au droit national, afin de leur permettre de rentrer en toute sécurité dans leur pays d'origine ou de bénéficier d'une protection adéquate dans leur pays d'accueil, dans le cadre des mesures soutenues par le biais des fonds structurels et des programmes communautaires ».

Il est naturellement essentiel, pour faciliter la lutte contre la traite des êtres humains, que les victimes puissent faciliter, par leur témoignage, des poursuites pénales à l'encontre des auteurs, et qu'elles n'hésitent pas à dénoncer ces auteurs par crainte d'un éloignement immédiat vers leur pays d'origine. Le 25 novembre 2003, le Conseil Justice et affaires intérieures est parvenu à un accord<sup>103</sup> sur une directive prévoyant la délivrance d'un titre de séjour aux ressortissants de pays tiers victimes de la traite des êtres humains qui coopèrent avec les autorités compétentes<sup>104</sup>. La directive prévoit l'octroi d'un titre de séjour d'une durée de 6 mois renouvelable, sous réserve de leur coopération, aux personnes ayant fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et aux victimes de la traite des êtres humains. L'octroi du titre de séjour permettra aux victimes de séjourner légalement sur le territoire de l'Etat membre concerné pendant la durée de la procédure applicable. Les victimes doivent également recevoir une aide appropriée de la part des autorités.

Ce développement s'inscrit dans un acquis de la Communauté qui sera également enrichi par la conclusion et la ratification des instruments internationaux adoptés dans le domaine de la criminalité organisée. La Convention contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 novembre 2000, est entrée en vigueur le 29 septembre 2003. Elle a été signée le 12 décembre 2000 à Palerme par la Communauté européenne, qui avait activement pris part aux négociations ayant conduit à son adoption. La Convention est accompagnée de trois protocoles. Deux de ces protocoles additionnels – le protocole contre le trafic illicite de migrants par

<sup>101</sup> Décision 2003/209/CE de la Commission du 25 mars 2003 portant création d'un groupe consultatif dénommé "Groupe d'experts sur la traite des êtres humains", JO L 79 du 26.3.2003, p. 25.

<sup>102</sup> JO C 260 du 29.10.2003, p. 4.

<sup>103</sup> L'adoption formelle de la directive interviendra après reconsultation du Parlement européen et suppose en outre que les deux réserves parlementaires encore en suspens soient au préalable levées.

<sup>104</sup> Pour la proposition initiale de la Commission, voy. Proposition de directive du Conseil relative au titre de séjour de courte durée délivré aux victimes de l'aide à l'immigration clandestine ou de la traite des êtres humains qui coopèrent avec les autorités compétentes, COM(2002)71 final, JO C 126 E du 28.5.2002, p. 393.

terre, air et mer et le protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants – ont été signés par la Communauté le même jour que la Convention<sup>105</sup>. Ces instruments imposent aux Etats ou organisations régionales parties d'adopter des mesures d'ordre législatif, correspondant à certains standards minimaux, destinés à garantir que ces formes de criminalité transnationale – y compris leur financement par le blanchiment d'argent, et la corruption – seront effectivement combattus. La Commission a proposé la ratification de la Convention contre la criminalité organisée transnationale ainsi que des protocoles contre la traite des personnes et contre le trafic de migrants<sup>106</sup>. Le Protocole contre le trafic illicite des migrants par terre, air et mer concerne principalement le traitement humain des migrants et le respect de leurs droits ; il invite les Etats à punir le trafic illicite de personnes (soit la production, la possession ou l'acquisition des documents de voyage falsifiés ou le vol de documents de voyages ou d'identité) en érigeant comme circonstances aggravantes la mise en danger de la vie et de la sécurité des migrants et les traitements inhumains et dégradants qui leur seraient infligés. Le migrant abusé n'est pas punissable par l'Etat de destination. Celui-ci, doit en outre recueillir des garanties de relogement convenable dans le pays d'origine en cas de rapatriement (forcé). Il faut enfin souligner que le protocole contre le trafic illicite de migrants comprend une clause de sauvegarde disant que ses dispositions sont sans préjudice des obligations des Etats en droit international, y compris la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le protocole de New York de 1967 concernant le statut des réfugiés et l'interdiction du refoulement. Ainsi qu'il est stipulé dans l'Exposé des motifs de la proposition de la Commission de ratifier le protocole contre le trafic des migrants, bien que la Communauté ne soit pas partie à la Convention de Genève, elle est liée par son contenu, en particulier à travers l'article 63 para. 1<sup>er</sup> CE.

## **CHAPITRE II : LIBERTÉS**

### **Article 6. Droit à la liberté et à la sûreté**

#### *Détention des demandeurs d'asile*

Le 16 avril 2003, le Comité des ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe a adopté une Recommandation sur les mesures de détention des demandeurs d'asile<sup>107</sup>. La recommandation porte sur la détention des demandeurs d'asile à leur arrivée sur le territoire, justifiée dans le système de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme par le souci d'empêcher une personne d'y pénétrer irrégulièrement (article 5 § 1<sup>er</sup>, f)). Prenant appui sur plusieurs textes internationaux<sup>108</sup> et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>109</sup>, la Recommandation souligne que

<sup>105</sup> La Communauté a signé le troisième protocole additionnel, contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions (protocole contre les armes à feu), le 16 janvier 2002. Ce troisième protocole n'avait pu être adopté que le 31 mai 2001.

<sup>106</sup> Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, du protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée ; Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, du protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, COM(2003)512 final, du 22.8.2003.

<sup>107</sup> Recommandation Rec (2003)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile, (adoptée par le Comité des Ministres le 16 avril 2003, lors de la 837e réunion des Délégués des Ministres)

<sup>108</sup> L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue la principale garantie. Il faut également tenir compte de l'article 31 de la Convention de Genève, déjà cité, ainsi que de la Conclusion n° 44 (XXXVII) du Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés relative à la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile, de la Résolution sur la détention des demandeurs d'asile de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, de l'Ensemble de principes des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, de la Délibération n° 5 du groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, et des Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté

<sup>109</sup> Cour eur. DH, arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, §§ 43 et ss.

que l'objectif de la détention n'est pas de sanctionner les demandeurs d'asile. Il découle d'ailleurs de l'article 31 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés que, d'une part, le demandeur d'asile ne saurait être considéré comme ayant commis une infraction pénale du fait de son entrée irrégulière sur le territoire, et que, d'autre part, une restriction à la liberté de mouvement du demandeur d'asile ne saurait être admise que pour autant qu'elle est nécessaire. Selon la Recommandation Rec(2003)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, les mesures de détention concernant les demandeurs d'asile ne peuvent être utilisées que pour l'une ou l'autre des raisons suivantes: lorsque leur identité, y compris leur nationalité, demande, en cas de doute, à être vérifiée, notamment quand l'intéressé a détruit son titre de voyage ou ses papiers d'identité, ou a utilisé de faux papiers pour tromper les autorités du pays d'accueil; lorsque les éléments sur lesquels se fonde la demande d'asile et qui, en l'absence de détention, ne pouvaient pas être fournis, demandent à être établis; lorsqu'une décision doit être prise en ce qui concerne leur droit d'entrée dans le territoire de l'Etat concerné; ou lorsque la protection de la sécurité nationale et l'ordre public l'exigent.

L'article 7 de la Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres<sup>110</sup> prévoit que « Lorsque cela s'avère nécessaire, les États membres peuvent obliger un demandeur à demeurer dans un lieu déterminé conformément à leur droit national, par exemple pour des raisons juridiques ou d'ordre public. » (§ 3) En outre, les demandeurs d'asile peuvent être tenus de résider en un lieu déterminé, soit « pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre public ou (...) aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande » (§ 2), soit « pour bénéficier des conditions matérielles d'accueil » (§ 4). La détention n'est donc pas justifiée par le seul motif qu'une personne a demandé l'asile. L'inscription explicite de ce principe dans une clause générale serait souhaitable. La formulation plus précise, dans un instrument fondé sur l'article 63, premier alinéa, point 1 b), CE, des conditions que doivent remplir les centres de rétention des demandeurs d'asile – notamment en ce qui concerne la situation des plus vulnérables – serait en outre spécialement bienvenue. Outre la Recommandation Rec(2003)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les mesures de détention des demandeurs d'asile, il faudra – au moment de définir ces conditions – accorder une attention particulière aux recommandations qu'a faites sur cette question le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT)<sup>111</sup>. Le texte de la proposition actuelle de directive sur les procédures d'asile demeure en-deça de ce qui serait requis du point de vue de l'étendue des garanties à accorder, de manière uniforme, aux demandeurs d'asile qui se présentent aux Etats membres de l'Union européenne<sup>112</sup>.

#### *Détention en vue de la remise d'une personne aux autorités d'un autre Etat membre*

L'article 5 § 1<sup>er</sup>, f), de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît que peut constituer un motif admissible de détention l'arrestation qui a lieu dans le cadre d'une procédure d'extradition. Cette disposition justifie la privation de liberté d'une personne par les autorités d'un Etat membre exécutant un mandat d'arrêt émis par un autre Etat membre, conformément à ce que prévoit la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres<sup>113</sup>. Les Etats membres doivent mettre en œuvre cette décision-cadre pour le 31 décembre 2003 (article 34 § 1) ; le mécanisme sera en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2004 (article 32)<sup>114</sup>. L'Observation thématique n°1 présentée par le Réseau UE d'Experts indépendants en

<sup>110</sup> JO n° L 31 du 6.2.2003, p. 18.

<sup>111</sup> Ces recommandations sont résumées dans le 7<sup>ème</sup> rapport général du CPT (CPT/Inf (97) 10). Ces recommandations mettent en particulier l'accent sur la nécessité que le demandeur d'asile puisse correspondre avec l'extérieur, ait un accès à un avocat avec lequel il doit pouvoir s'entretenir confidentiellement, à un interprète, et à un médecin. L'information donnée au demandeur d'asile doit être complète quant à ses droits, y compris les droits liés au dépôt d'une demande d'asile.

<sup>112</sup> Proposition d'article 17 : " 1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile; 2. Lorsqu'un demandeur d'asile est placé en rétention, les États membres veillent à prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide".

<sup>113</sup> 2002/584/JAI, JO L 190 du 18.7.2002.

<sup>114</sup> L'Autriche pourra cependant maintenir l'exigence de double incrimination jusqu'au 31 décembre 2008 au plus tard (article 33 § 1). En outre, les Etats membres ont pris des retards importants dans l'adoption des mesures de transposition requises.

matière de droits fondamentaux contenait déjà des observations sur le mandat d'arrêt européen<sup>115</sup>. En outre, conformément à l'article 34 § 4 de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen, le Conseil a procédé en 2003 à une analyse approfondie des questions suscitées par la transposition de la décision-cadre et les questions pratiques liées à son application. Le présent rapport se bornera donc ici à mettre en avant les questions relatives à la compatibilité avec les exigences de la Charte des droits fondamentaux que suscite le mécanisme du mandat d'arrêt européen. Ces observations sont faites en vue de servir à l'évaluation de la mise en vigueur du nouveau mécanisme, évaluation qui aura lieu avant la fin 2004<sup>116</sup>. Du point de vue spécifique des droits fondamentaux, cette évaluation devrait porter sur les questions suivantes:

- Ainsi qu'il a déjà été indiqué, l'arrestation par les autorités de l'Etat membre d'exécution d'une personne contre laquelle un mandat d'arrêt européen a été délivré doit se conformer à toutes les exigences de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>117</sup>. En particulier, la personne arrêtée doit être informée aussitôt que possible et dans une langue qu'elle comprend des raisons de son arrestation : il faudra à cet égard tenir compte, dans l'interprétation de l'article 11 de la décision-cadre (droits de la personne recherchée), des exigences de l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les informations figurant sur le formulaire transmis à l'Etat d'exécution doivent être suffisamment complètes, aussi bien en ce qui concerne la description des circonstances dans lesquelles la ou les infractions reprochées ont été commises et quant au degré de participation de la personne concernée, que quant à la qualification légale de l'infraction. La personne arrêtée en exécution d'un mandat d'arrêt européen doit en outre pouvoir obtenir qu'il soit statué à bref délai par un tribunal sur la légalité de sa détention : à cette fin, l'article 14 de la décision-cadre doit être interprété conformément à l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>118</sup>. Si elle introduit un recours contre la décision de la priver de sa liberté, elle ne peut être remise aux autorités de l'Etat d'émission avant que la juridiction compétente ait pu statuer, à défaut de quoi le recours ne présenterait pas l'effectivité requise<sup>119</sup>. Il faut souligner à cet égard que, si la procédure de remise est appelée à se substituer à la procédure classique d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, ceci n'affecte pas les obligations des Etats membres au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que le confirme l'article 1 § 3 de la décision-cadre du 13 juin 2002. Il est important d'éviter que le souci de respecter les délais fixés par l'article 17 de la décision-cadre pour l'exécution du mandat d'arrêt européen conduise les autorités de l'Etat membre d'exécution à limiter les garanties que l'individu doit se voir accorder conformément à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, et que le droit interne de l'Etat d'exécution respecte en principe à l'heure actuelle dans le cadre classique de l'extradition. Il convient à cet égard de souligner que les délais fixés par l'article 17 de la décision-cadre ne sont pas impératifs<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> Voy. les pp. 17-19.

<sup>116</sup> L'article 34 § 3 de la décision-cadre prévoit que la Commission soumet un rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la décision-cadre, au plus tard au 31 décembre 2004.

<sup>117</sup> En revanche, les règles du procès équitable stipulées à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas considérées comme applicables à la décision d'extradition, à laquelle la procédure de remise doit être assimilée pour ce qui concerne l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy. par ex. Cour eur. D.H. (4<sup>ième</sup> section), déc. *Peñafiel Salgado c. Espagne* du 16 avril 2002, req. n° 65964/01.

<sup>118</sup> Sur les garanties procédurales devant entourer, dans le contexte d'une extradition, le recours d'*habeas corpus* prévu à l'article 5 § 4 de la Convention, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, § 51.

<sup>119</sup> Voy. Cour eur. D.H. (3<sup>ième</sup> section), arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, req. n° 51564/99, §§ 44-45.

<sup>120</sup> Bien que l'article 15 § 2 de la décision-cadre évoque « la nécessité de respecter les délais fixés à l'article 17 », cette dernière disposition formule, quant aux délais d'exécution, un souhait, plutôt qu'une obligation juridique : le terme utilisé aux articles 17 §§ 2 et 3 est « devrait » (« should ») et non « devra » (« shall »). Il appartient par ailleurs aux autorités de l'Etat membre d'émission de fournir à l'autorité judiciaire d'exécution, à sa demande, toutes les informations requises permettant à celle-ci de décider si elle peut ou non exécuter le mandat d'arrêt européen. Le retard des autorités de l'Etat membre d'émission peut justifier un dépassement des délais fixés par l'article 17 de la décision-cadre, sans que cela puisse être reproché aux autorités de l'Etat membre d'exécution (voy. l'article 15 § 2).

• Le respect de la règle *ne bis in idem* se traduit dans la décision-cadre du 13 juin 2002 par l'inscription d'un motif obligatoire de non-exécution du mandat d'arrêt européen<sup>121</sup>, ainsi par la faculté pour l'Etat membre d'exécution ne refuser d'exécuter la mandat d'arrêt européen «lorsque les autorités judiciaires de l'Etat membre d'exécution ont décidé, soit de ne pas engager des poursuites pour l'infraction faisant l'objet du mandat d'arrêt européen, soit d'y mettre fin, ou lorsque la personne recherchée a fait l'objet dans un Etat membre d'une décision définitive pour les mêmes faits qui fait obstacle à l'exercice ultérieur de poursuites » (article 4, 3)), ou bien « s'il résulte des informations à la disposition de l'autorité judiciaire d'exécution que la personne recherchée a été définitivement jugée pour les mêmes faits par un pays tiers, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois du pays de condamnation » (article 4, 4)). Conformément à l'arrêt *Gözütok et Brügger* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 11 février 2003<sup>122</sup>, la transaction conclue entre les autorités de poursuite d'un Etat membre et l'accusé, qui a pour effet d'éteindre l'action publique, doit cependant être considérée comme justifiant que soit reconnu à l'accusé le bénéfice de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux. Il en résulte que, dans l'hypothèse visée à l'article 4, 3), de la décision-cadre, le refus d'exécution du mandat d'arrêt européen doit être considéré comme obligatoire, et non simplement facultatif. De plus, il se déduit de l'article 20 § 2 du Statut de la Cour pénale internationale signé le 17 juillet 1998 que ne pourrait être exécuté le mandat d'arrêt européen émis à l'encontre d'une personne déjà condamnée ou acquittée par la Cour pénale internationale des faits pour lesquels le mandat est émis. L'article 9 § 1<sup>er</sup> du Statut du Tribunal international pour le Rwanda, annexé à la Résolution 955(1994) adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 8 novembre 1994, ainsi que l'article 10 § 1<sup>er</sup> du Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, annexé à la Résolution 827(1993) adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 25 mai 1993, doivent conduire à la même solution, pour ce qui concerne les personnes condamnées ou acquittées par ces juridictions internationales. La décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen n'a pas voulu exiger des Etats membres de l'Union européenne qu'ils dérogent aux obligations qui leur sont imposées, respectivement, en leur qualité d'Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale<sup>123</sup> ou d'Etat membres de l'Organisation des Nations Unies, et à ce titre tenus par le chapitre V de la Charte des Nations Unies.

• La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats prévoit que, si les délais fixés à l'article 23 pour la remise de la personne ne sont pas respectés, la personne concernée, si elle a été arrêtée, doit nécessairement être libérée (article 23 § 5). Compte tenu en outre des délais prévus par l'article 17 de la décision-cadre pour la décision sur l'exécution du mandat émis par un autre Etat membre, ceci est conforme au prescrit de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 5 § 3 de celle-ci ne prévoit une exigence de durée raisonnable de la détention que dans l'hypothèse de la détention préventive d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction<sup>124</sup>. Il faut néanmoins considérer que, la détention en vertu de l'article 5 § 1<sup>er</sup> f) s'analysant en une restriction apportée au droit fondamental à la liberté de l'individu, elle demeure d'interprétation stricte : dès lors, lorsque la détention est fondée sur l'objectif d'assurer la

<sup>121</sup> L'article 3, 2), de la décision-cadre prévoit que l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'exécution refuse l'exécution du mandat d'arrêt européen « s'il résulte des informations à la disposition de l'autorité judiciaire d'exécution que la personne recherchée a fait l'objet d'un jugement définitif pour les mêmes faits par un Etat membre, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'Etat membre de condamnation ».

<sup>122</sup> C.J.C.E., 11 février 2003, *Gözütok et Brügger*, aff. jtes C-197/01 et C-385/01, non encore publié.

<sup>123</sup> Voy. d'ailleurs, dans l'hypothèse spécifique d'un concours de demandes concernant une même personne, l'article 16 § 4 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen.

<sup>124</sup> L'article 5 § 3 de la Convention ne renvoie qu'à l'hypothèse de détention visée à l'article 5 § 1<sup>er</sup>, c) : voy. Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 39, § 71. Pour une confirmation récente de l'attitude de la Cour : arrêt *Raf c. Espagne* du 17 juin 2003, req. n° 53652/00, §§ 62-66.

remise d'une personne envers un mandat d'arrêt européen a été émis, "la détention d'une personne qu'on se propose [de remettre] ne peut se justifier sous l'angle de l'article 5 § 1 que *pour autant qu'elle est liée à la procédure* [de remise]"<sup>125</sup>; et si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de la fin – la remise de la personne en exécution du mandat d'arrêt européen – qui la justifie. Dans des situations exceptionnelles, notamment à défaut pour les autorités de l'Etat d'émission de fournir les informations demandées de manière diligente, des délais plus ou moins longs s'écouleront entre l'arrestation de la personne et la décision d'exécution du mandat d'arrêt européen, qui précède la remise. En pareil cas, un contrôle doit s'exercer sur la nécessité de la détention ainsi que sur sa durée: si l'on s'en tient à une lecture rigoureuse de l'article 5 § 1<sup>er</sup> de la Convention, la détention ne sera plus considérée comme justifiée soit s'il y avait moyen de prévenir le risque de fuite par des moyens moins restrictifs de la liberté individuelle, soit si, à défaut qu'il y ait des chances réelles de remettre la personne concernée dans des délais raisonnables, elle ne correspond plus à l'objet de l'article 5 § 1er f) et ne peut donc plus se justifier au regard de cette disposition, soit encore si elle apparaît excessivement longue par rapport à ce qui paraît raisonnablement justifié par les démarches requises en vue de la remise.

- Il se déduit de l'article 1 § 3 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen que la remise d'une personne ne pourra avoir lieu lorsque celle-ci court un risque sérieux et avéré d'être soumise à une peine ou des traitements inhumains ou dégradants dans l'Etat d'émission<sup>126</sup>. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait pas encore eu l'occasion d'en déduire cette conséquence spécifique, cette interdiction doit signifier que la remise d'une personne aux autorités d'un Etat membre soumettant les détenus à des conditions de détention qui se situent en-deça des standards de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, est également interdite. Compte tenu des constats de violation de l'article 3 de la Convention qui portent sur les conditions de détention dans les Etats membres de l'Union européenne<sup>127</sup> et des appréciations parfois sévères portées par le Comité européen pour la prévention de la torture sur la situation des établissements pénitentiaires de ces Etats, une telle situation ne saurait être considérée comme purement hypothétique. En même temps, tous les Etats participant au mandat d'arrêt européen étant parties à la Convention européenne des droits de l'homme, la personne qui a été remise pourra toujours faire appel en dernière instance à la Cour européenne des droits de l'homme si elle devait être détenue dans des conditions contraires aux exigences de l'article 3 de la Convention<sup>128</sup>. Afin de clarifier les obligations des Etats membres à cet égard, il est recommandé d'étudier l'opportunité de **faire figurer, à l'article 5 de la décision-cadre, une condition supplémentaire parmi les conditions auxquelles le droit de l'Etat membre d'exécution pourra<sup>129</sup> subordonner la remise d'une personne**. Cette modification viserait notamment à rencontrer la situation où, en présence d'un constat de la Cour européenne des

<sup>125</sup> Voy., *mutatis mutandis*, Commiss. eur. D.H., req. n°6871/75, *Caprino c. Royaume-Uni*, déc. du 3 mars 1978, *Ann. Conv.*, 21, p. 285, ici pp. 295-296 (également D..R., 12, p. 14).

<sup>126</sup> Voy. également le Préambule, considérants 12 et 13. Cette interdiction se déduit de toute manière de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, et de l'article 19 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, où le terme d' « extradition » doit s'interpréter au sens de « remise » dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme du mandat d'arrêt européen.

<sup>127</sup> Voy. par exemple, au cours de la période sous examen, Cour eur. D.H. (1<sup>ère</sup> section), arrêts *Van der Ven c. Pays-Bas* et *Lorsé c. Pays-Bas* du 4 février 2003 (détention dans des unités de haute sécurité).

<sup>128</sup> La Cour a reconnu que la possibilité de faire appel à une juridiction internationale constitue un facteur pertinent dans l'appréciation de l'étendue de l'obligation de l'Etat de ne pas éloigner une personne vers un Etat où elle risque des mauvais traitements : voy. par ex. Cour eur. D.H. (4<sup>ème</sup> section), déc. *Peñafiel Salgado c. Espagne* du 16 avril 2002, req. n° 65964/01.

<sup>129</sup> En réalité, il ne s'agit pas d'une simple faculté pour l'Etat d'exécution, comme les autres conditions énoncées à cette disposition ; il s'agit d'une obligation. L'insertion d'un paragraphe supplémentaire à l'article 5 de la décision-cadre serait donc à recommander, prévoyant que « L'exécution du mandat d'arrêt européen par l'autorité judiciaire d'exécution sera subordonnée à la condition que la personne remise ne sera pas détenue dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'autorité judiciaire d'exécution pourra refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen s'il n'est pas satisfait à cette condition ».

droits de l'homme ou du Comité européen pour la prévention de la torture<sup>130</sup> selon lequel l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas respecté compte tenu des conditions générales qui règnent dans un établissement pénitentiaire, l'Etat d'émission n'a apporté aucune amélioration à la situation.

La surveillance du respect par les Etats membres des interdictions qu'impose l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les conditions de détention des personnes arrêtées en raison des soupçons qui pèsent sur elles ou à la suite d'une condamnation pénale constituerait alors une condition *sine qua non* de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale. **Une initiative de l'Union européenne en faveur de l'affirmation de normes minimales dans l'ensemble des Etats membres serait dès lors justifiée au regard du principe de subsidiarité.** L'article 31, a), UE prévoit que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise notamment à faciliter la coopération entre les ministères et les autorités judiciaires ou équivalentes compétents des Etats membres pour ce qui est de la procédure et de l'exécution des décisions. L'article 31, c), UE prévoit également qu'elle peut viser à assurer à cette fin "la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres". Ainsi que l'illustre dans un domaine proche le Livre vert sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne<sup>131</sup>, l'Union peut agir afin de préciser, à l'intention des Etats membres, les exigences qui découlent de l'article 3 de la Convention. Une première étape pourrait consister à fixer les garanties d'ordre procédural qui limitent le risque de mauvais traitements au sein des établissements pénitentiaires. Compte tenu du travail important d'identification des normes applicables à la matière qu'a effectué le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), il est utile de s'en remettre sur ce point aux principes qu'il a dégagés progressivement<sup>132</sup> :

53. Le personnel pénitentiaire sera contraint, à l'occasion, d'avoir recours à la force pour contrôler des prisonniers violents et, exceptionnellement, peut même avoir besoin de faire usage d'instruments de contention physique. Ces situations sont clairement à haut risque pour ce qui est de possibles mauvais traitements de détenus et exigent des garanties spécifiques. **Un prisonnier à l'encontre duquel il a été fait usage de la force devrait avoir le droit d'être examiné immédiatement par un médecin, et si nécessaire, recevoir un traitement.** Cet examen devrait être mené hors de l'écoute et de préférence hors la vue du personnel non médical et les résultats de l'examen (y compris toutes déclarations pertinentes du prisonnier et les conclusions du médecin) devraient être expressément consignés et tenus à la disposition du prisonnier. Dans les rares cas où il est nécessaire de faire usage d'instruments de contention physique, le prisonnier qui y est soumis devrait être placé sous surveillance constante et appropriée. En outre, les instruments de contention devraient être ôtés le plus tôt possible. Ils ne devraient jamais être utilisés, ou leur utilisation prolongée, à titre de sanction. Enfin, un **registre** devrait être tenu où serait consigné chaque cas dans lequel la force a été utilisée à l'encontre de prisonniers.

54. Des **procédures de plainte et d'inspection** efficaces sont des garanties fondamentales contre les mauvais traitements dans les prisons. Les prisonniers devraient disposer de voies de recours tant dans le système pénitentiaire qu'en dehors de celui-ci ainsi que bénéficier de la possibilité d'un accès confidentiel à une autorité appropriée. Le CPT attache une importance particulière à ce que des visites régulières de tous les établissements pénitentiaires soient

<sup>130</sup> La Cour européenne des droits de l'homme tend à constater une violation de l'article 3 de la Convention là où les autorités n'ont pas appliqué les recommandations urgentes faites par le CPT dans le cadre des visites périodiques dont celui-ci est chargé par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, du 26 novembre 1987 (S.T.E., n°126). Voy. Cour eur. D.H., arrêt *A.B. c. Pays-Bas* du 29 janvier 2002, req. n° 37328/97.

<sup>131</sup> Cette contribution importante au débat sur la valeur ajoutée de l'Union européenne à la garantie des droits fondamentaux est commentée ci-après, sous l'article 48 de la Charte.

<sup>132</sup> Extrait du 2e rapport général [CPT/Inf (92) 3], para. 53 et suivants. Ces extraits ont été repris également dans le recueil : *Les normes du CPT. Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, CPT/Inf/E (2003) 1. Les passages en gras sont soulignés par nous.

effectuées par un organe indépendant (par exemple, une commission de visiteurs ou un juge chargé de l'inspection) habilité à recevoir les plaintes des prisonniers (et, si nécessaire, à prendre les mesures qui s'imposent) et à procéder à la visite des lieux. De tels organes peuvent, entre autres, jouer un rôle important pour apaiser les différends entre la direction pénitentiaire et un prisonnier donné ou les prisonniers en général.

55. Il est aussi de l'intérêt tant des prisonniers que du personnel pénitentiaire que des **procédures disciplinaires claires** soient à la fois formellement établies et mises en oeuvre dans la pratique. Toute zone d'ombre dans ce domaine comporte le risque de voir se développer des systèmes non officiels (et non contrôlés). Les procédures disciplinaires devraient assurer au prisonnier le **droit d'être entendu** au sujet des infractions qu'il est censé avoir commises et de **faire appel** auprès d'une autorité supérieure de toute sanction imposée. En parallèle à la procédure disciplinaire formelle, il existe souvent d'autres procédures aux termes desquelles un prisonnier peut être séparé de manière non volontaire des autres prisonniers pour des raisons liées à la discipline et/ou à la sécurité (par exemple dans l'intérêt du "bon ordre" au sein de l'établissement). La mise en oeuvre de telles procédures devrait également être assortie de garanties efficaces. Le prisonnier devrait être informé des raisons de la mesure prise à son encontre [étant entendu que les motifs invoqués pourraient ne pas comporter des informations qu'il serait inopportun pour des impératifs de sécurité de communiquer à l'intéressé], avoir la possibilité d'exprimer ses vues sur la question et être en mesure de contester la mesure devant une autorité appropriée.

56. Le CPT accorde une importance particulière aux prisonniers détenus - pour quelque cause que ce soit (raisons disciplinaires, "dangerosité" ou comportement "perturbateur", dans l'intérêt d'une enquête criminelle, à leur propre demande) - dans des conditions s'apparentant à une **mise à l'isolement**.

Le principe de proportionnalité demande à ce qu'un équilibre soit trouvé entre les exigences de la cause et la mise en oeuvre du régime d'isolement, qui est une mesure pouvant avoir des conséquences très néfastes pour la personne concernée. La mise à l'isolement peut, dans certaines circonstances, constituer un traitement inhumain et dégradant. En tous cas, toutes les formes de mise à l'isolement devraient être de la durée la plus brève possible.

Lorsqu'un tel régime est imposé ou mis en oeuvre sur demande, une garantie essentielle réside dans le fait qu'à chaque fois que le prisonnier concerné, ou un fonctionnaire pénitentiaire pour le compte du prisonnier, sollicite un médecin, celui-ci soit appelé sans délai afin d'examiner le prisonnier. Les conclusions de l'examen médical, comportant une appréciation de l'état physique et mental du prisonnier ainsi que, si nécessaire, les conséquences prévisibles d'un maintien à l'isolement, devraient figurer dans un rapport écrit, à transmettre aux autorités compétentes.

57. Le **transfert de prisonniers** considérés comme des éléments perturbateurs est une autre pratique intéressant le CPT. Certains prisonniers sont très difficilement contrôlables et leur transfert vers un autre établissement peut parfois s'avérer nécessaire. Toutefois, le transfert continu d'un prisonnier d'un établissement vers un autre peut avoir des conséquences très néfastes sur son bien-être psychique et physique. De plus, ce prisonnier aura des difficultés pour maintenir des contacts appropriés avec sa famille et son avocat. L'effet de transferts successifs sur un prisonnier pourrait, dans certaines circonstances, constituer un traitement inhumain et dégradant.

Une **intervention de l'Union européenne, fondée sur l'article 31, a) et c), UE, visant à clarifier ces normes** – qui s'imposent en tout état de cause déjà aux Etats membres, qui sont tous parties à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants – permettrait une utilisation plus objective de la clause de sauvegarde figurant à l'article 1 § 3 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt et aux procédures de remise entre Etats membres ou, le cas échéant, si l'article 5 de la décision-cadre est révisé afin de permettre à l'Etat d'exécution de refuser la remise d'une personne qui court le risque d'être détenue dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention, de préciser les conditions d'utilisation d'une telle clause.

- L'article 13 § 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 prévoit que, si la personne peut consentir à sa remise, chaque État membre « adopte les mesures nécessaires pour que [ce] consentement [soit recueilli] dans des conditions faisant apparaître que la personne [l']a exprimé volontairement et en étant pleinement consciente des conséquences qui en résultent. À cette fin, la personne recherchée a le droit de se faire assister d'un conseil ». Il serait utile de **comparer les mesures prises par les Etats membres afin de garantir la validité d'un tel consentement, et de dégager ainsi des bonnes pratiques susceptibles d'être diffusées**. Là où est en jeu la liberté de l'individu, la renonciation doit être appréciée de manière particulièrement rigoureuse<sup>133</sup>.

## Article 7. Droit à la vie privée et familiale

### *La protection des étrangers vis-à-vis de l'éloignement*

Depuis 1991, la Cour européenne des droits de l'homme garantit les étrangers contre l'adoption à leur égard d'une mesure d'éloignement susceptible de porter atteinte à leur vie familiale ou, depuis 1996, à leur vie privée. Cette jurisprudence a été encore consolidée au cours de la période sous examen. Dans l'affaire *Benhebbba*<sup>134</sup>, la Cour est confrontée à l'expulsion et à l'interdiction du territoire français d'un immigré de la seconde génération, délinquant pénal. Elle y fait application des critères dégagés dans sa jurisprudence *Boultif*<sup>135</sup>, et confirme que ces critères doivent constituer la grille de lecture des autorités étatiques qui s'appêtent à prendre une mesure d'éloignement à l'égard d'un étranger. La Cour estime qu'il existe désormais des « principes directeurs devant guider son appréciation en cas de mesure d'éloignement prise par un Etat contractant à l'égard d'un étranger arrivé adulte sur son territoire ». Doivent être pris en compte<sup>136</sup> : la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé ; la période qui s'est écoulée entre la perpétration de l'infraction et la mesure litigieuse, ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période ; la nationalité des diverses personnes concernées ; la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple ; le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale ; la naissance d'enfants et, le cas échéant, leur âge ; la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse (arrêt, § 32). Elle ajoute que « les mêmes critères doivent être utilisées pour les immigrés de la seconde génération ou des étrangers arrivés dans leur prime jeunesse, lorsque ceux-ci ont fondé une famille dans leur pays d'accueil. Si tel n'est pas le cas, la Cour n'aura égard qu'aux trois premiers d'entre eux. S'ajoutent toutefois à ces différents critères, les liens particuliers que ces immigrés ont tissés avec leur pays d'accueil où ils ont passé l'essentiel de leur existence ». Sur ces bases, elle admet la licéité de la mesure nationale d'éloignement, provoquant l'opinion concordante du juge français qui exprime à cette occasion sa « ferme opposition » au système de la « double peine » frappant les immigrés de la seconde génération condamnés pour des infractions pénales<sup>137</sup>. Prenant appui sur le même raisonnement, la Cour parvient à la solution inverse dans l'affaire *Mokrani*<sup>138</sup>, en raison cette fois-ci de « l'intensité des liens personnels » de l'intéressé avec la France et des conséquences que son

<sup>133</sup> Voy. Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, Série A n°12, § 65 (où était en jeu non le consentement à être remis ou extradé, mais la renonciation au droit à la liberté en tant que tel).

<sup>134</sup> Cour eur. DH (3<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Benhebbba c. France* du 19 juin 2003, req. n° 53441/99.

<sup>135</sup> Cour eur. DH, arrêt *Boultif c. Suisse* du 11 juillet 2002, req. n° 54273/00.

<sup>136</sup> Voy. également sur les limites à l'éloignement d'étrangers ayant noué des liens familiaux ou autres sur le territoire de l'Etat d'accueil, la Recommandation Rec(2000) 15 adoptée le 13 septembre 2000 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, portant sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée. Cette Recommandation est commentée dans le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, pp. 85-86. La Commission des Communautés européennes a à juste titre pris appui sur cette recommandation dans sa Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (COM(2001)127 final - CNS 2001/0074, JO C 240 E du 28.8.2001, p. 79) (§§ 2. et 3.).

<sup>137</sup> Pour une approche de droit comparé dans l'Union européenne, voy. : La double peine, Documents de travail du sénat, Série de législation comparée, février 2003, LC 117.

<sup>138</sup> Cour eur. DH, arrêt *Mokrani c. France* du 24 juin 2003, req. n°52206/99.

éloignement aurait sur sa vie de couple. Par contre, elle conclut à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans les affaires *Ylmaz*<sup>139</sup> et *Yakupovic*<sup>140</sup>. Dans l'affaire *Ylmaz*, la Cour juge qu'est disproportionnée, compte tenu des circonstances de l'espèce, l'interdiction illimitée du territoire ; dans *Yakupovic*, la jeunesse du requérant l'amène à un jugement identique.

La proposition initiale de directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres<sup>141</sup> prévoyait dans son article 26 § 2 que « l'État membre d'accueil ne peut pas prendre une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique à l'encontre du citoyen de l'Union ou du membre de sa famille, *quelle que soit sa nationalité*, qui a acquis un droit de séjour permanent sur son territoire ou du membre de la famille qui est mineur ». Cette disposition prétendait donc introduire une protection absolue contre l'expulsion pour les citoyens de l'Union ou les membres de la famille, qui ont acquis un droit de séjour permanent et pour les membres de la famille qui sont des mineurs. Le justificatif de la Commission prend appui sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « dans le cas des mineurs, cette protection est dictée par des considérations évidentes... En ce qui concerne les personnes qui ont acquis un droit de séjour permanent, on suppose que ces personnes ont développé avec l'État membre d'accueil des liens d'intégration très étroits, qui rendent une mesure d'éloignement injustifiable. Une mesure d'expulsion entraîne des conséquences très graves pour la personne qui en fait l'objet, qui voit se déchirer tous les liens affectifs ou familiaux qu'elle avait développés dans l'État membre d'accueil »<sup>142</sup>.

Cette interprétation n'a cependant pas prévalu. L'accord politique qui s'est dégagé en Conseil le 23 septembre 2003 ne protégerait en définitive que les citoyens de l'Union de l'expulsion pour des "raisons impérieuses de sécurité publique selon le droit national". Bien que cette issue ne soit pas formellement incompatible avec les standards du Conseil de l'Europe<sup>143</sup>, elle n'est pas de nature à contribuer à la sécurité juridique des États comme des étrangers concernés par des mesures d'éloignement, puisque lorsque sont éloignés pour des motifs d'ordre public des étrangers immigrés de longue durée ou mineurs, un examen attentif s'imposera des conséquences que la mise à exécution de la mesure peut avoir sur la vie privée et/ou familiale de qui en fait l'objet. D'autre part, la différence de traitement entre les ressortissants d'États membres et les ressortissants d'États tiers pourrait être considérée comme discriminatoire, au regard d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui envisage avec une méfiance accrue toute différence de traitement qui prend appui exclusivement sur le critère formel de la nationalité<sup>144</sup>.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'interdiction de l'éloignement d'étrangers lorsque celui-ci constituerait une ingérence disproportionnée dans la vie privée et/ou familiale a également orienté la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt concernant le conjoint marocain d'un ressortissant britannique expulsé du Royaume-Uni et désireux d'y revenir après un détour par un autre État membre, afin de bénéficier de la jurisprudence *Singh*<sup>145</sup>. La Cour rappelle en effet à cette occasion que « lorsque le mariage est authentique et que, au moment du retour du citoyen de l'Union dans l'État membre dont il a la nationalité, son conjoint, ressortissant d'un pays tiers, avec lequel il vivait dans l'État membre qu'il quitte, ne séjourne pas légalement sur le territoire d'un État membre, il convient néanmoins de tenir compte du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits

<sup>139</sup> Cour eur. DH, arrêt *Ylmaz c. Allemagne* du 17 juillet 2003, req. n°52853/99.

<sup>140</sup> Cour eur. DH, arrêt *Jakupovic C. Autriche* du 6 février 2003, req. n°36757/97.

<sup>141</sup> COM (2001) 357 du 23 mai 2001.

<sup>142</sup> Id., p. 23.

<sup>143</sup> Voy. not. le principe 4, d), de la Recommandation Rec(2000)15 sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée, précitée.

<sup>144</sup> Cour eur. DH (2<sup>ème</sup> section), arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, req. n°40892/98, § 46 (« seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »).

<sup>145</sup> Voy. C.J.C.E., 7 juillet 1992, *Singh*, C-370/90, Rec. p. I-4265 (admission au Royaume-Uni d'une personne qui souhaite y entrer en tant que conjoint d'un ressortissant du Royaume-Uni revenant ou souhaitant revenir au Royaume-Uni après avoir exercé des droits qu'il tire du droit communautaire en tant que travailleur dans un autre État membre).

de l'homme et des libertés fondamentales [...]. Même si la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit comme tel aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un pays déterminé, exclure une personne d'un pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit du respect de la vie familiale tel que protégé par l'article 8, paragraphe 1, de cette convention [...] »<sup>146</sup>.

Le droit au respect de la vie familiale a également conduit la Cour de justice des Communautés européennes à affirmer le droit de demeurer des membres de la famille d'un travailleur décédé. La Cour a rappelé que « l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres et le droit de séjour des membres de leur famille a été reconnue par le législateur communautaire (voir en ce sens, notamment, arrêt du 11 juillet 2002, Carpenter, C-60/00, Rec. p. I-6279, point 38)... » et qu'en outre « il y a lieu de constater qu'il est dans l'intérêt du travailleur et de sa famille que, en cas de mort prématurée de ce travailleur, les membres de celle-ci soient, en principe, en droit de demeurer sur le territoire de l'État membre d'accueil »<sup>147</sup>.

### *Le droit au regroupement familial en vue de rejoindre des ressortissants d'Etats tiers*

La directive relative au regroupement familial, négociée depuis 1999<sup>148</sup>, a été adoptée en Conseil le 22 septembre 2003<sup>149</sup>. La directive a pour objet de fixer les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des États membres (article 1<sup>er</sup>). La directive garantit en principe un droit au regroupement familial au bénéfice des membres de la famille "nucléaire": le conjoint du regroupant, les enfants mineurs du regroupant ou de son conjoint, selon l'âge de la majorité dans l'Etat d'accueil et sauf s'ils sont déjà mariés. Les Etats membres ne sont pas tenus de reconnaître aux partenaires non mariés un droit au regroupement familial, même si l'union est reconnue sous la forme d'un partenariat enregistré, et même lorsque le droit au regroupement familial s'étend selon la loi nationale de l'Etat d'accueil aux couples de facto en cohabitation durable lorsqu'il s'agit de nationaux ou, par extension, de citoyens de l'Union. Il faut néanmoins souligner que les Etats membres sont tenus au respect des droits fondamentaux dans la transposition de la directive. **Un Etat qui choisirait de reconnaître un droit au regroupement familial au bénéfice des ressortissants d'Etats tiers vivant en cohabitation durable avec le regroupant, mais en excluant de cet avantage les couples de personnes de même sexe, se rendrait coupable d'une discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle, contraire à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux**<sup>150</sup>.

Il est permis d'estimer que le principal reproche qui peut être fait à la directive est de ne pas opérer de distinction suffisamment nette entre la situation où le regroupant – la personne qui cherche à se faire rejoindre sur le territoire d'un Etat membre par des membres de sa famille, ou que ceux-ci cherchent à rejoindre – demeure sur le territoire de l'Etat d'accueil sans possibilité pour la vie familiale de se poursuivre ailleurs, et la situation où, au contraire, cette vie familiale pourrait se poursuivre ailleurs : dans la première situation, le regroupement familial est un droit de l'homme, déduit du droit au respect de la vie familiale que garantit l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; dans la seconde situation, il constitue une faveur de l'Etat, qui n'est pas tenu en principe de l'accorder, même si, en l'accordant, il contribue à l'épanouissement de la vie familiale<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, C 109/01, points 58 et 59.

<sup>147</sup> C.J.C.E., 9 janvier 2003, *N. Givane*, C-257/00, points 47-48.

<sup>148</sup> Pour la proposition initiale de la Commission, voy. COM(1999) 638 final du 1.12.1999, présentée le 11.1.2000, JO n° C 116 E du 26.4.2000, p. 66. Pour la proposition modifiée, COM(2000) 624 final du 10.10.2000, JO n° C 62 E du 27.2.2001, p. 99. Une deuxième version modifiée a été présentée le 30.4.2002 (COM(2002)225 final, JO n° C 203 E du 27.8.2002, p. 136. .

<sup>149</sup> Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 sur le droit au regroupement familial, JO n° L 251 du 3.10.2003, p. 12.

<sup>150</sup> Voy., *mutatis mutandis*, l'Avis n° 1-2003 du 10 avril 2003 rendu par le Réseau UE d'Experts Indépendants en matière de droits fondamentaux, en réponse à une demande de la Commission européenne.

<sup>151</sup> Cette distinction est cependant obscurcie lorsque le regroupant a noué des attaches telles dans l'Etat d'accueil qu'il ne pourrait quitter cet Etat où il réside sans qu'il en résulte un bouleversement important de sa vie privée et familiale : même si la vie familiale pourrait en théorie se poursuivre ailleurs, le coût en serait tel que, dans ce cas, le regroupement familial doit être considéré comme un droit de l'homme. Voy. par exemple Cour eur. DH, arrêt *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001,

Mais la directive dans son ensemble – surtout si l'on considère les exceptions qu'elle permet aux Etats d'utiliser – approche le droit au regroupement familial qu'elle veut harmoniser comme s'il s'agissait toujours d'un simple faveur, ce qui ne constitue pas une approche entièrement justifiée. Par exemple, l'article 8 al. 2 de la directive prévoit la possibilité pour un Etat membre dont la législation existant à la date d'adoption de la directive tient compte de sa capacité d'accueil, d'introduire une période d'attente de trois ans au maximum entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille. Un tel délai est clairement disproportionné là où, en l'absence d'une possibilité pour la vie familiale de se poursuivre ailleurs, l'absence de regroupement familial constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale que garantit l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce dernier exemple concerne une *faculté* des Etats membres de retarder l'octroi du droit au regroupement familial sans que ceci constitue une *obligation*. Du point de vue juridique, la question qui se pose est de savoir si la directive 2003/86/CE peut se voir reprocher une violation des droits fondamentaux reconnus au sein de l'ordre juridique communautaire, notamment tels qu'ils sont regroupés dans la Charte des droits fondamentaux, pour n'avoir pas imposé aux Etats membres le respect d'obligations plus étendues en matière de droit au regroupement familial. Selon ce rapporteur, telle est la question de principe que la Cour de justice des Communautés européennes pourrait être amenée à aborder dans le cadre de l'examen du recours en annulation de la directive qu'a introduit le Parlement européen, conformément à la compétence que lui reconnaît à cet égard l'article 230 CE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice. En effet, la directive sur le droit au regroupement familial « ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les États membres d'adopter ou de maintenir des conditions plus favorables » (article 3 § 5). Dès lors, les dispositions de la directive qui sont les plus contestables au regard des exigences des droits fondamentaux pourraient en principe ne pas aboutir à une violation de ces droits si, dans la transposition que les Etats membres assurent de la directive, ils respectent effectivement ces droits fondamentaux. La directive n'oblige donc pas les Etats à violer des droits fondamentaux qu'ils se seraient engagés à respecter dans l'ordre juridique international ou qui seraient obligations dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Ainsi par exemple :

- L'article 14 § 2 de la directive 2003/86 prévoit que « Les États membres peuvent fixer, conformément à leur droit national, les conditions dans lesquelles des membres de la famille [ayant bénéficié du droit au regroupement familial] exercent une activité salariée ou indépendante. Ces conditions prévoient un délai, qui ne peut en aucun cas dépasser douze mois, au cours desquels les États membres peuvent examiner la situation sur leur marché du travail avant d'autoriser les membres de la famille à exercer une activité salariée ou indépendante. ». Si des statistiques pouvaient être produites illustrant que, dans une large majorité de cas, les membres de la famille concernés par cette clause sont des femmes – des épouses rejoignant leur mari –, l'article 14 § 2 apparaîtrait comme créant une discrimination indirecte à l'égard des femmes, en violation des principes généraux du droit communautaire et de l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux. Encore une telle violation aurait-elle sa source dans le choix d'un Etat d'appliquer cette clause de sauvegarde ; elle ne serait pas commandée par la directive 2003/86/CE elle-même.

- La Commission ayant jugé « opportun de laisser aux Etats membres une certaine marge de manœuvre pour examiner si l'enfant remplit des conditions d'intégration au-delà d'un certain âge, à condition que leur législation prévoyait déjà un tel examen à la date de l'adoption de la directive et que celle-ci se fasse au cas par cas »<sup>152</sup>, l'article 4 § 1<sup>er</sup> de la directive 2003/86/CE prévoit que « lorsqu'un enfant a plus de 12 ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'Etat membre peut, avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente

---

req. n° 31465/96 (commenté dans le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, p. 88).

<sup>152</sup> Exposé des motifs de la seconde proposition modifiée de Directive (COM(2002)225 final).

directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation existante à la date de la mise en oeuvre de la présente directive »

Là où la vie familiale ne peut se poursuivre ailleurs, le refus de regroupement familial constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale que reconnaît l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une telle ingérence ne paraît pas pouvoir être justifiée par l'un des motifs admissibles de restriction qu'énumère l'article 8 § 2 de la Convention. En outre, il peut être paradoxal de vérifier cette « intégration » alors que, par définition, l'enfant mineur qui sollicite le droit au regroupement familial, s'il souhaite être « intégré », n'a pas eu l'occasion de développer des liens avec l'Etat d'accueil, et que ses liens avec sa famille eux-même peuvent avoir été fragilisés par la séparation. Cette disposition est donc particulièrement problématique au regard des exigences des droits fondamentaux. Ici encore, cependant, la difficulté a sa source non dans ce que la Directive impose comme obligation aux Etats, mais dans la marge d'appréciation qu'elle leur laisse.

- La directive 2003/86/CE prévoit en vue de combattre le phénomène des mariages forcés, que les Etats membres sont autorisés à fixer un âge minimum au conjoint qui souhaite rejoindre son époux/épouse, cette limite ne pouvant cependant être supérieure à 21 ans (article 4 § 5). Cette restriction au droit au regroupement familial paraît pouvoir être justifiée par des motifs légitimes d'ordre public, et par le souci de protection des droits d'autrui<sup>153</sup>. La directive prévoit également que les Etats peuvent refuser le droit au regroupement familial ou refuser de renouveler le titre de séjour du conjoint s'il apparaît que le mariage est simulé, aux fins exclusives de bénéficier du regroupement familial (article 16, §§ 2 et 4)<sup>154</sup>. Il faudra être particulièrement attentif à ce que les enquêtes visant à identifier la fraude à la loi ne donnent pas lieu à des intrusions disproportionnées dans le droit au respect de la vie privée et familiale des personnes qui en font l'objet<sup>155</sup>. Ici également, c'est dans la mise en oeuvre de la directive que le risque de violations des droits fondamentaux par les Etats membres se fait jour.

- La directive 2003/86/CE prévoit que les Etats membres peuvent refuser le renouvellement du titre de séjour du conjoint ou des autres membres de la famille admis au titre du regroupement familial lorsqu'il est constaté que la vie maritale ou familiale a cessé (article 16 § 1<sup>er</sup>, b)), ce qui sera le cas par exemple si le regroupant a entamé une cohabitation durable avec une autre personne (article 16 § 1<sup>er</sup>, c)). Cette disposition place le conjoint (ou la personne avec qui le regroupant vit sous forme d'une cohabitation durable *de facto* que l'Etat membre a considéré comme ouvrant un droit au regroupement familial) – statistiquement, il s'agit le plus souvent de la femme – dans une situation particulièrement vulnérable, puisqu'il se trouve à la merci de la cessation de la vie du couple, dont le maintien conditionne la continuation de son séjour. La directive aurait dû prévoir que le droit au regroupement familial ne s'éteint pas lorsque la rupture est imputable à la faute unilatérale du regroupant. Les Etats membres, qui prétendent prendre appui sur cette exception, doivent éviter d'en faire une interprétation qui consacre une manière de droit de répudiation.

Ainsi, les dispositions les plus problématiques de la directive 2003/86/CE ont en commun de prévoir certaines exceptions au bénéfice des Etats membres, qui demeurent libres ou non d'en faire usage. Cela appelle deux considérations :

<sup>153</sup> Sur le phénomène des mariages forcés, voy. le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, pp. 107-108.

<sup>154</sup> Dans un autre contexte, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé dans l'arrêt *Akrich*, déjà évoqué, que « il y aurait abus si les facilités créées par le droit communautaire en faveur des travailleurs migrants et de leur conjoint étaient invoquées dans le cadre de mariages de complaisance conclus afin de contourner les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants de pays tiers » (C.J.C.E., 23 septembre 2003, *Hacene Akrich*, C-109/01, point 57).

<sup>155</sup> En particulier, les restrictions imposées par Résolution du Conseil du 4 décembre 1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance (JO n° C 382 du 16.12.1997 p. 1), doivent être scrupuleusement respectées.

• **Il faudra être particulièrement attentif à l'adoption de mesures de transposition qui, faisant usage de ces exceptions, risqueraient de commettre des violations des droits fondamentaux reconnus dans l'Union européenne.** Le fait que la directive prévoit ces exceptions n'implique pas qu'elles soient admissibles au regard des exigences des droits fondamentaux. Dans l'exercice de sa mission de contrôle de l'application du droit communautaire, la Commission pourrait considérer que des transpositions portant atteinte aux droits fondamentaux constituent des infractions graves au droit communautaire, au même titre que d'autres infractions mettant en cause les fondements de la communauté de droit identifiées dans sa Communication du 11 décembre 2002 sur l'amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire<sup>156</sup>.

• La question de savoir si la directive 2003/86/CE elle-même aboutit à une violation des droits fondamentaux, dès lors qu'elle contient des exceptions qui paraissent ne pas faire obstacle à ce que les Etats membres se rendent coupables de telles violations, dépend de la nature des obligations positives que l'on pourrait vouloir déduire soit des droits fondamentaux reconnus parmi les principes généraux de droit communautaire, soit de la Charte des droits fondamentaux<sup>157</sup>. Là où il peut être reproché à un instrument de droit communautaire dérivé non seulement de n'avoir pas pris toutes les précautions qui auraient pu l'être afin d'éviter que les Etats membres se rendent coupables de violations des droits fondamentaux dans la mise en œuvre qu'ils en procurent, l'existence d'une telle obligation positive ne sera pas toujours admise. En revanche, là où l'instrument en question présente comme acceptables certaines mesures étatiques, en prévoyant explicitement les exceptions qui les rendent possibles, il sera plus aisé de constater qu'il n'assure pas la protection contre le risque d'atteintes aux droits fondamentaux qu'on aurait pu raisonnablement attendre de lui.

*Le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*

La proposition de directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres a suscité en partie des débats de même nature, s'agissant de la notion de « famille » de nature à justifier la reconnaissance du droit au regroupement familial. Le Conseil a choisi d'inclure le partenaire auquel le citoyen de l'Union est lié par un partenariat enregistré ou par une relation durable, dûment attestée, uniquement « si la législation de l'État membre d'accueil reconnaît la situation des couples non mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation ». Dans l'état actuel du droit communautaire, il se déduit déjà de l'article 7 du règlement n°1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968<sup>158</sup>, lu à la lumière de la jurisprudence *Reed*<sup>159</sup>, qu'un Etat membre qui admet que le partenariat ou une autre forme de cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe ouvre le droit à un regroupement familial au bénéfice de ses propres ressortissants dont le partenaire ou le cohabitant de même sexe a une nationalité étrangère, doit étendre cet avantage à tout citoyen de l'Union européenne qui entretient une relation durable avec une personne de même sexe.

Dans sa forme actuelle, la proposition de directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ne suit donc pas la suggestion qui a été faite par le Parlement européen que la directive fasse référence au conjoint, « quel que soit son sexe, conformément à la législation nationale d'application en la matière ». Dans son Avis n° 1-2003 qu'il a rendu le 10 avril 2003, le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a exprimé des doutes quant à la justification qui a été donnée d'un tel refus, au départ de l'arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union*

<sup>156</sup> COM(2002) 725 final du 11.12.2002.

<sup>157</sup> Voy. l'Introduction au présent rapport, section II.3. : Prévenir le risque de violation des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit européen.

<sup>158</sup> JO n° L 57.

<sup>159</sup> C.J.C.E., 17 avril 1986, *Ann Florence Reed*, 59/85, *Rec.*, p. 1283.

*européenne* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 31 mai 2001<sup>160</sup>. Il est renvoyé pour un exposé de cet avis au commentaire figurant ci-après sous l'article 45 de la Charte.

### **Article 8. Protection des données à caractère personnel**

Les enjeux qui recouvrent la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne sont en constante évolution. Deux facteurs d'accélération l'expliquent : le progrès rapide des technologies, d'une part ; d'autre part, l'adoption d'un ensemble de mesures, au niveau des Etats membres comme au niveau de l'Union, qui visent à renforcer la sécurité face au risque d'attentat terroriste, la recherche actuelle de sécurité rendant possible des initiatives qui, dans un contexte différent, auraient sans doute suscité davantage d'objections, et une délibération plus approfondie<sup>161</sup>. L'établissement de "profils" à partir de données à caractère personnel puisées à différentes sources (dans différentes banques de données croisées entre elles), avec le risque de discrimination que cela peut entraîner (par exemple dans l'accès au crédit bancaire ou aux assurances, à un logement offert en location, à des habilitations de sécurité, ou à certaines catégories d'emploi), se généralise. La proactivité se répand au sein des autorités chargées du maintien de l'ordre : elle consiste dans la collecte et le stockage d'informations à caractère personnel afin d'anticiper le risque de réalisation d'une infraction, par l'identification d'individus jugés susceptibles de la commettre avant même un début de réalisation. C'est ce contexte qu'il convient de garder à l'esprit au moment d'examiner les menaces qui, au cours de la période sous examen, sont venues peser sur la protection de l'individu vis-à-vis des traitements de ses données à caractère personnel.

Dans l'Union européenne, cette protection est assurée par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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<sup>162</sup>, prolongée, pour ce qui relève de la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, par la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, dite "vie privée et communications électroniques"<sup>163</sup>, et dont le Règlement (CE) n°45/2001 du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données<sup>164</sup> a opéré l'extension de la protection à ces institutions et organes. Tel est le cadre général dans lequel s'inscrivent plusieurs questions relatives à la protection des données qui se sont posées au cours de la période sous examen.

<sup>160</sup> C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.*, p. I-4319.

<sup>161</sup> Un rapport important a été remis sur cette question à la Commission des libertés et droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) du Parlement européen: "Security and Privacy for the Citizen in the Post-September 11 Digital Age : A Prospective Overview", Institute for Prospective Technological Studies – Joint Research Centre, European Commission, ref. Report EUR 20823 EN, July 2003.

<sup>162</sup> JO L 281 du 23.11.1995, p. 31. Dans un arrêt important rendu au cours de la période sous examen, la Cour de justice des Communautés européennes a donné une interprétation large des garanties que prévoit la directive 95/46/CE, en faisant allusion à: voy. C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, non encore publié. La Cour constate que constitue un « traitement », au sens large de cette notion que la Directive 95/46/CE retient, le fait de créer à son domicile et avec son ordinateur personnel, des pages Internet à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens, par exemple leur numéro de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps. Elle constate également que, compte tenu de son objet, qui est la protection d'un droit fondamental au respect de la vie privée, la directive doit être interprétée en ce sens que constitue le traitement d'une donnée « relative à la santé » le fait de mentionner sur une page internet qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel (points 49 à 51).

<sup>163</sup> Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO L 201 du 31.7.2002, p. 37. Cette directive se substitue à la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997, JO L 24 du 30.1.1998, p. 1. La transposition de la directive 2002/58/CE aurait dû être achevée pour le 31 octobre 2003. La Commission a indiqué que des procédures en constatation de manquement pourraient être introduites contre pas moins de neuf Etats membres, en raison de l'absence de transposition dans les délais requis.

<sup>164</sup> JO L 8 du 12.1.2001, p. 1.

*La communication des données PNR relatives aux passagers par les compagnies aériennes opérant des vols transatlantiques au Bureau américain des Douanes et de la protection des frontières*

Dans son Observation thématique n°1 consacrée à l'équilibre liberté/sécurité dans les réponses de l'Union européenne et de ses Etats membres à la menace terroriste, le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux avait fait état des préoccupations suscitées par la déclaration commune faite le 18 février 2003, par la Commission européenne et les autorités compétentes des Etats-Unis, selon laquelle elles viseraient à identifier une solution permettant la transmission des données personnelles relatives aux passagers par les compagnies aériennes opérant des vols transatlantiques, selon le système APIS (Advance Passenger Information System)<sup>165</sup>. L'Avis n°6/2002 du Groupe de travail "Article 29" sur la protection des données avait conclu, le 24 octobre 2002, que, "bien qu'inauguré dans le contexte d'atrocités terroristes, le système APIS conduirait à une divulgation disproportionnée et systématique d'informations par des compagnies aériennes qui sont tenues au respect de la directive 95/46/CE"<sup>166</sup>. La déclaration commune de février 2003 était faite alors que les autorités des Etats-Unis avaient annoncé leur intention, à partir du 5 mars 2003, d'exiger de la part des compagnies aériennes opérant des vols vers les Etats-Unis la transmission de données à caractère personnel concernant les passagers – en dépit des réserves que peut susciter pareille transmission de données au regard de la directive 95/46/CE et du règlement n°2299/89 du 24 juillet 1989<sup>167</sup>. La situation créée par les instruments adoptés par les Etats-Unis à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001 (Aviation and Transport Security Act 2001; Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act 2002) a placé les compagnies aériennes concernées dans une situation particulièrement incertaine, puisque, si elles acceptaient de donner accès aux informations contenues dans les systèmes de réservation (Passenger Names Records – PNR), elles s'exposaient au reproche de ne pas respecter les obligations qui leur sont imposées en vertu des instruments précités ; or si elles refusaient cet accès, elles risquaient l'imposition de pénalités financières par les autorités américaines, voire l'interdiction d'atterrissage sur le territoire des Etats-Unis. Les Etats-Unis ont refusé de postposer l'imposition des exigences liées à l'accès au PNR, en dépit de l'insécurité juridique qui en est résulté pour les opérateurs concernés.

La directive 95/46/CE interdit le transfert de données à caractère personnel depuis un Etat membre de l'Union européenne vers un pays tiers, sauf si le pays tiers en question "assure un niveau de protection adéquat" (article 25 § 1). Lorsque tel n'est pas le cas, la Commission peut engager des négociations en vue de rendre possible le transfert de données moyennant l'obtention de certaines garanties (article 25 § 5). Au terme de ces négociations, la Commission "peut constater (...) qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat (...) en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, souscrits notamment à l'issue des négociations visées [à l'article 25 § 5] en vue de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes"<sup>168</sup>. La Communication du 16 décembre 2003 « Transfert des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR) : Une démarche globale de l'Union européenne »<sup>169</sup> annonce que la Commission prendra une décision sous l'article 25 § 6 de la Directive 95/46/CE, sur la base des résultats de la négociation avec le Bureau américain des douanes et de la protection des frontières (CBP)<sup>170</sup>. La communication énumère les engagements obtenus de la part des autorités des Etats-Unis

<sup>165</sup> Observation thématique n°1 : l'équilibre liberté/sécurité dans les réponses de l'Union européenne et de ses Etats membres à la menace terroriste, précitée, pp. 22-24.

<sup>166</sup> Avis n° 6/2002 sur la transmission du manifeste d'informations passagers et d'autres données depuis la compagnie aérienne jusqu'aux Etats-Unis, 24 octobre 2002, 11647/02/EN.

<sup>167</sup> Règlement (CEE) n° 2299/89 du Conseil, du 24 juillet 1989, instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation, JO n° L 220 du 29.7.1989, p. 1, amendé en dernier lieu par le règlement du Conseil n° 323/1999 du 8 février 1999, JO n° L 40 du 13.2.1999, p. 1. L'article 6, d), du Règlement n° 2299/89 prévoit que "les informations personnelles concernant un consommateur et émanant d'un agent de voyage ne sont mises à la disposition des parties étrangères à la transaction qu'avec le consentement du consommateur

<sup>168</sup> Sur l'interprétation des dispositions de la directive relatives à la transmission de données vers des pays tiers, voy. le Document de travail du Groupe de Travail « Article 29 » sur *Les transferts de données personnelles vers des pays tiers : Application des articles 25 et 26 de la directive relative à la protection des données*, du 24 juillet 1998 (WP 12).

<sup>169</sup> COM(2003)826 final, 16.12.2003.

<sup>170</sup> Cette décision devrait intervenir, semble-t-il, en mars 2004 au plus tôt.

dans le cadre de ces négociations : au lieu d'avoir accès à l'ensemble des données PNR, les Etats-Unis ne recevront que des données limitées (les parties se sont accordées sur une liste de 34 éléments, sans obligation de solliciter de l'information de la part du passager des informations manquantes lorsque certains éléments sont laissés en blanc) concernant les vols vers, en provenance de, ou traversant les Etats-Unis ; les données sensibles, y compris les données susceptibles de révéler l'origine raciale ou ethnique telles que les préférences alimentaires, seront filtrées et effacées ; les données recueillies serviront exclusivement à la prévention du terrorisme ou aux crimes de dimension internationale qui y sont liés, à l'exclusion des crimes « intérieur » ; les données seront conservées pour trois années et demie au maximum, ce qui correspond à la durée de l'accord entre les Etats-Unis et la Communauté européenne ; le Chief Privacy Officer au ministère de la sécurité intérieure (Department of Homeland Security (DHS)) a accepté de "recevoir et traiter en urgence les démarches des autorités chargées de la protection des données dans l'UE pour le compte des citoyens qui considèrent que le ministère de la sécurité intérieure n'a pas statué de manière satisfaisante sur leurs plaintes"; un examen annuel conjoint (par une délégation de l'UE conduite par la Commission européenne et par le Bureau américain des douanes et de la protection des frontières) examinera l'application par les Etats-Unis de leurs engagements ; enfin, la Commission a obtenu que le système CAPPS II (Computer Assisted Passenger Pre-Screening System : système informatisé de contrôle avancé des passagers) ne sera pas couvert par l'accord : des négociations sur cette question pourraient uniquement être entamées une fois que les préoccupations exprimées par le Congrès des Etats-Unis à propos de CAPPS II auront été rencontrées.

La Commission a également préparé un document décrivant l'information que les agences de voyage et les compagnies aériennes doivent fournir aux passagers prenant un vol vers les Etats-Unis, concernant le traitement de leurs données à caractère personnel. Il convient de souligner que cette information ne peut être interprétée comme visant à obtenir le "consentement" de l'individu concerné, ce qui permettrait de justifier une dérogation au principe selon lequel des données à caractère personnel ne doivent pas faire l'objet d'un transfert vers un pays où aucune protection adéquate n'existe (article 26 § 1<sup>er</sup>, a) de la directive 95/46/CE). Dans son avis n° 6/2002 du 24 octobre 2002, précité, le Groupe de travail Article 29 a souligné à juste titre que, dans des circonstances telles que celles-ci, le "consentement" du passager (dont le choix ne saurait être considéré comme "libre" au sens de l'article 2, h), de la directive) ne saurait justifier la transmission des données PNR. Une telle information donnée au passager à destination des Etats-Unis doit plutôt être considérée comme créant une condition minimale pour que le passager puisse effectivement exercer les droits que lui reconnaît l'accord entre les Etats-Unis et la Communauté européenne.

La clarification annoncée des obligations des compagnies aériennes et de la licéité du transfert de données figurant dans le Passenger Name Record est naturellement bienvenue, d'autant plus que les Etats membres ont adopté des approches parfois divergentes concernant l'interprétation des exigences formulées au chapitre IV de la directive, relatif au transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers, ce qui induit le risque de distorsions de concurrence entre compagnies selon le pays au départ duquel elles opèrent des vols vers les Etats-Unis. Deux arguments peuvent être avancés en faveur de la solution vers laquelle la Commission européenne propose de s'orienter. La notion de "protection adéquate", qui figure à l'article 25 § 1<sup>er</sup> de la Directive 95/46/CE, n'est pas synonyme de "protection équivalente" : pourvu que les objectifs de la législation communautaire relative à la protection des données soient atteints, il importe peu que les moyens utilisés dans l'Etat vers lequel des données à caractère personnel sont transférées diffèrent de ceux auxquels recourt pour l'Union européenne la Directive 95/46/CE. En outre, l'article 13 de la directive prévoit la possibilité de limitations apportées aux principes relatifs à la qualité des données, à l'information de la personne concernée, au droit d'accès et de rectification, ainsi qu'à la publicité des traitements, lorsqu'une telle restriction constitue une mesure nécessaire notamment à "la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales" (article 13 § 1, d)). L'appréciation du caractère adéquat du niveau de protection offert dans l'Etat tiers vers lequel des données à caractère personnel sont transférées depuis l'Union européenne doit tenir compte également de cette possibilité de restrictions à certaines garanties de la directive.

Après qu'il sera en vigueur, l'accord avec les autorités américaines dont les engagements pourront justifier l'adoption par la Commission d'une décision prise en vertu de l'article 25 § 6 de la directive 95/46/CE devrait contenir un ensemble de garanties à propos de la nature et de la quantité des données qui peuvent leur être transmises, ainsi que de l'utilisation qui pourra en être faite aux Etats-Unis<sup>171</sup>. Cependant, d'une part, dans l'état *actuel* du droit communautaire, la transmission de données relatives aux passages par des compagnies aériennes soumises au respect de la directive 95/46/CE et des lois nationales de l'Etat membre où le traitement de ces données est effectué demeure en violation de la directive. Même l'adoption d'une décision de la Commission sur base de l'article 25 § 6 de la directive 95/46/CE ne suffirait pas, en soi, à remédier à cette illégalité, puisque, dès lors que cette décision est fondée sur l'engagement international des Etats-Unis, la licéité de la transmission de données relatives aux passagers est subordonnée à l'entrée en vigueur de cet accord<sup>172</sup>. D'autre part, il est douteux que même l'entrée en vigueur de cet accord suffise à lever toute difficulté. Les dispositions de l'accord envisagé ne prévoient pas de garanties suffisantes à l'égard des risques d'abus dans la transmission de ces données à d'autres autorités ou agences aux Etats-Unis<sup>173</sup>, et les autorités de protection des données des Etats membres de l'Union ne sont pas en mesure de contrôler de telles transmissions. Les données ne seront pas conservées plus longtemps qu'il n'est nécessaire par le Bureau américain des Douanes et de la protection des frontières (United States Customs and Border Protection Bureau) ou l'Administration américaine pour le Sécurité des Transports (United States Transport Security Administration) à laquelle ces données pourraient être transmises, et les engagements (Undertakings) des autorités américaines du 22 mai 2003<sup>174</sup> prévoient la destruction des données après une certaine période. En revanche, les compétences du Chief Privacy Officer du Department on Homeland Security, en particulier, ne paraissent pas à l'heure actuelle clairement définies dans leur étendue. Surtout, l'accord envisagé avec les Etats-Unis crée un risque manifeste de discriminations sur la base des "profils terroristes" qui pourraient être définis à partir des données, même non sensibles au sens de l'article 8 de la directive 95/46/CE, qui sont transmises aux autorités américaines<sup>175</sup>. Ceci mérite d'autant plus de retenir l'attention que la discussion entre la Commission européenne et les autorités américaines constitue un laboratoire en vue d'un accord plus vaste, que la Communication de la Commission du 16 décembre 2003 propose de conclure au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale<sup>176</sup>. Les conditions d'une généralisation de la transmission de données relatives aux passagers de vols aériens, avec le risque de discriminations que cela entraînera pour certaines catégories, paraissent donc réunies.

Il est donc indispensable que puisse être organisée une évaluation régulière de la mise en œuvre de l'accord qui sera conclu avec la partie américaine, et de prévoir une clause de sauvegarde si des abus sont constatés. Cette évaluation régulière devrait comprendre un mécanisme d'audits indépendants, de nature à garantir la transparence quant à l'utilisation faite des données transmises par les

<sup>171</sup> Ces garanties répondent en partie aux difficultés identifiées par le Parlement européen dans sa résolution du 8 octobre 2003, Transmission of personal data by airlines in case of transatlantic flights (P5\_TA-PROV(2003)0429).

<sup>172</sup> Voy. Communication de la Commission du 16 décembre 2003, précitée, note 5.

<sup>173</sup> L'Annexe à la déclaration commune du 18 février 2003 énumère les engagements des autorités américaines dans le traitement des données PNR. Elle prévoit qu'en principe, « no other foreign, federal, state or local agency has access to PNR through Customs databases ». Cependant, il est précisé que « other law enforcement entities may specifically request PNR information from Customs and Customs, in its discretion, may provide such information for national security or in furtherance of other legitimate law enforcement purposes ». Les autorités auxquelles les Douanes US ont transmis de telles informations ne peuvent les transmettre à des tiers (« Third Agency Rule ») : « for purposes of regulating the dissemination of PNR data which may be shared with other law enforcement entities, Customs is considered the "owner" of the data and such entities are obligated by the terms of disclosure to obtain Customs express authorization for any further dissemination ».

<sup>174</sup> Undertakings of the United States Bureau of Customs and Border Protection and the United States Transportation Security Administration of 22 May 2003, disponible sur :

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp78-pnrf-annex\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp78-pnrf-annex_en.pdf)

<sup>175</sup> L'Annexe à la déclaration commune du 18 février 2003 dit à cet égard que « PNR data is used by Customs strictly for enforcement purposes, including use in threat analysis to identify and interdict potential terrorists and other threats to national and public security, and to focus Customs resources on high risk concerns, thereby facilitating and safeguarding bona fide traveller » (note accent). Ceci illustre clairement le risque de discriminations liées à la définition de profils de terroristes « potentiels ».

<sup>176</sup> Voy. le point 3.5. de la communication du 16 décembre 2003, précitée.

compagnies aériennes au Bureau américain des Douanes et de la Protection des Frontières : le Groupe de Travail "Article 29" estime notamment que les rapports publics issus de ces audits devraient mentionner "la quantité et le volume des demandes de communication des données PNR effectuées par les autres organismes publics américains ainsi que la quantité, le volume et les raisons justificatives des demandes de transferts ayant obtenu l'autorisation des destinataires originaux des données"<sup>177</sup>. Au terme de sa durée de vie, l'accord devra faire l'objet d'une évaluation globale, qui devra notamment tenir compte de l'évolution de la situation internationale, et de la permanence du risque d'attentat terroriste qui a justifié, initialement, l'introduction des exigences des autorités américaines<sup>178</sup>.

*La transmission par les transporteurs, aux autorités de l'Etat de destination, de données relatives aux passagers*

Une question de principe que pose la négociation de l'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis s'agissant de la transmission des données du PNR est de savoir s'il est admissible que des informations collectées en vue de l'achat de la réservation d'un vol puissent être utilisées à d'autres fins<sup>179</sup>. La proposition d'une directive instaurant une obligation pour les transporteurs aériens de transmettre aux autorités compétentes de l'Etat de destination certaines données, à des fins de contrôle de l'immigration mais également à des fins de prévention de certaines infractions pénales, suscite la même interrogation<sup>180</sup>.

Cette proposition a pour base juridique les articles 62, 2), a), et 63 § 3, b), CE, qui donnent compétence au Conseil de fixer les normes et modalités auxquelles les Etats membres doivent se conformer pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures, ainsi que de prendre des mesures relatives à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier. Elle prévoit d'améliorer le contrôle aux frontières et la lutte contre l'immigration illégale par la transmission à l'avance de données relatives aux passagers par les transporteurs aux autorités nationales compétentes, sous la menace, en cas de non-respect de ces obligations par les transporteurs, de sanctions pénales dissuasives, effectives et proportionnées, et dont la directive fixerait les seuils minima : bien que la version initiale de la proposition de directive n'ait visé que les transporteurs aériens, la dernière version élargit sa formulation à tous les transporteurs<sup>181</sup>. Une disposition de la proposition (article 3 § 1<sup>er</sup>, b), de la version du 12 novembre 2003) prévoit également que les transporteurs avertissent les autorités nationales compétentes, dans un délai de quarante-huit heures, lorsqu'il apparaît que le ressortissant d'un Etat tiers n'a pas utilisé son billet de retour vers son pays d'origine ou n'a pas poursuivi son voyage à destination d'un pays tiers<sup>182</sup>. L'article 6 de la Directive proposée est relatif à la protection des données à caractère personnel. Il prévoit que les données traitées par les transporteurs et transmises aux autorités compétentes (autorités chargées du contrôle des frontières extérieures ou chargées de la lutte contre l'immigration illégale, lorsque ces données concernent l'interruption du voyage du ressortissant d'Etat tiers ou la non-utilisation de son billet de retour), uniquement aux fins d'exercer le contrôle aux frontières. Elles devront être détruites une fois la personne concernée aura pénétré sur le territoire ; le transporteur en assurera la destruction 24 heures après l'arrivée. Un droit d'information, d'accès et de rectification des données est reconnu à la

<sup>177</sup> Avis n°4/2003 du Groupe de travail « Article 29 » sur le Niveau de protection assuré aux Etats-Unis pour la transmission des données passagers, adopté le 13 juin 2003 (WP 78), point 10.

<sup>178</sup> En ce sens, voy. l'Avis n°4/2003 du Groupe de travail « Article 29 » sur le Niveau de protection assuré aux Etats-Unis pour la transmission des données passagers, précité, point 3.

<sup>179</sup> Comp. l'article 6, § 1<sup>er</sup>, b), de la directive 95/46/CE, prévoyant que les données à caractère personnel doivent être « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ». L'article 13 de la directive, ainsi qu'il a déjà été rappelé, prévoit néanmoins la possibilité d'apporter des restrictions à ce droit pour un des motifs qu'il énumère.

<sup>180</sup> Voy. pour le dernier état des discussions, Conseil de l'Union européenne, Initiative of the Kingdom of Spain with a view to adopting a Council Directive on the obligation of carriers to communicate passenger data, 14652/03, FRONT 155, COMIX 678, 12 novembre 2003.

<sup>181</sup> Bien que le Préambule fasse encore référence exclusivement aux transporteurs aériens, ce qui est sans doute une erreur de plume.

<sup>182</sup> Cette clause n'emporte cependant pas l'adhésion de plusieurs Etats membres, ni celle de la Commission.

personne dont les données ont fait l'objet de ce traitement, conformément à la directive 95/46/CE (article 6 § 5 de la proposition).

*L'inclusion d'éléments d'identification biométriques dans les documents de voyage et les permis de séjour des ressortissants de pays tiers*

La nécessité d'améliorer la sécurité des documents, qui fut présentée comme particulièrement urgente au lendemain des attentats terroristes du 11 septembre 2001, avait déjà conduit en 2002 à la modification du règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa<sup>183</sup> ainsi qu'à l'adoption du Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers<sup>184</sup>. Agissant à la demande des Etats membres, exprimée d'abord lors du Conseil informel des Ministres responsables de la Justice et des Affaires intérieures réunis à Veria les 28-29 mars 2003, puis réitérée au Conseil européen de Salonique des 19-20 juin 2003, la Commission a présenté une Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa<sup>185</sup>. La proposition consiste, dans une première étape, à inclure des éléments d'identification biométriques (empreintes digitales et photographie numérique en vue de rendre possible la reconnaissance faciale) dans les documents de voyage des ressortissants d'Etats tiers<sup>186</sup>. Ceci doit se faire de manière harmonisée à travers l'ensemble des Etats membres de l'espace Schengen, de manière à assurer l'interopérabilité – que les éléments biométriques encodés dans un Etat A puissent servir à l'identification par un opérateur dans un Etat B, au moyen de son propre équipement. Les articles 62 § 2, b), iii) CE (prévoyant l'établissement d'un modèle type de visa) et l'article 63 § 3, a) EC (prévoyant l'établissement de normes communes concernant les titres de séjour de longue durée) constituent les bases juridiques requises. Dans un second stade, les documents des citoyens de l'Union seront également concernés par l'introduction d'éléments biométriques. Ceci facilitera la compatibilité avec la législation des Etats-Unis, qui devrait à partir du 26 octobre 2004 exiger la présence de ces éléments biométriques sur les documents de voyage des ressortissants d'Etats dispensés de visa.

Cette sécurisation supplémentaire des documents de voyage des ressortissants d'Etats tiers doit être liée également à l'établissement du système d'information sur les visas (VIS). Le VIS devrait faciliter la mise en œuvre pratique du Règlement dit « Dublin II », limitant le risque d'« asylum-shopping » par les demandeurs d'asile arrivant à un Etat membre de l'espace Schengen, ainsi que la mise en œuvre d'une politique de retour et la lutte contre l'immigration illégale et le trafic d'êtres humains. Le VIS devrait comprendre un système central d'information sur les visas (C-VIS) et un système national d'information sur les visas (N-VIS) dans chaque Etat membre. Pour l'essentiel, l'introduction de la photographie numérique sur le visa uniforme devrait rendre possible (pourvu naturellement que l'image soit de qualité requise et que les lieux de franchissement des frontières soient équipés du point de vue technologique) de relier l'image non seulement au titulaire du visa (par le recours au système de reconnaissance faciale) mais aussi aux données recueillies dans le VIS.

Naturellement, les exigences de la directive 95/46/CE doivent être prises en compte dans la mise en œuvre de la proposition. Afin d'assurer cette prise en compte, la proposition soumise par la Commission contient une modification de l'article 4 § 2 du règlement n° 1683/95, selon lequel

<sup>183</sup> Règlement (CE) n° 334/2002 du Conseil du 18 février 2002 modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa, JO L 53, 23.2.2002, p. 7.

<sup>184</sup> JO L 157, 15.6.2002, p. 1.

<sup>185</sup> COM(2003)558 final.

<sup>186</sup> L'impact potentiellement discriminatoire de la proposition ne saurait malheureusement être sous-estimée, compte tenu de l'identité des pays dont les ressortissants doivent être munis d'un visa afin de pénétrer dans l'espace Schengen, qu'énumère l'Annexe I du Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81 du 21.3.2001, p. 1. Ce point a notamment été mis en avant par l'organisation non gouvernementale Statewatch lors de l'audition organisée par le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux, le 16 octobre 2003. Voy. aussi le document soumis par l'organisation non gouvernementale Statewatch au Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux, disponible sur le site web de cette organisation.

Le modèle type de visa ne contient aucune information lisible à la machine, sauf dans les cas prévus par le présent règlement ou par son annexe ou si ces données figurent sur le document de voyage correspondant.

Par ailleurs, il est proposé d'insérer un nouvel article 4bis dans ledit règlement. Afin d'assurer la conformité à l'article 17 de la directive 95/46/CE (sécurité des traitements), cette nouvelle disposition prévoit que

Le modèle type de visa contient une image de face, qui constitue un élément d'identification biométrique interopérable, ainsi que deux images d'empreintes digitales du titulaire. Les images d'empreintes digitales sont prises doigts posés.

Les données biométriques sont conservées sur un support de stockage très sécurisé et doté d'une capacité suffisante.

Bien qu'elles soient utiles, ces dispositions ne recouvrent qu'une partie des exigences de la directive 95/46/CE. Quatre aspects de cette directive, telle qu'appliquée à l'utilisation d'éléments biométriques, peuvent être mis en avant sur la base du document de travail préparé sur cette question par le Groupe de travail « Protection des données » institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE<sup>187</sup>. Premièrement, un élément biométrique est à la fois universel (il s'agit d'un élément qui peut être identifié dans chaque individu), unique (la caractéristique est propre à chaque individu), et permanent (cette caractéristique ne se modifie pas avec le temps). La permanence de la caractéristique en cause constitue à la fois un avantage (en termes de fiabilité) et un facteur de risque (le risque de mauvaise utilisation des données après leur placement dans une banque de données est élevé).

Deuxièmement, afin d'apprécier la proportionnalité du traitement d'éléments biométriques, il est essentiel d'identifier avec précision l'objectif qu'un tel traitement poursuit. Le Préambule du Règlement proposé par la Commission indique que l'introduction d'éléments biométriques dans le format uniforme de visas permet d'établir « un lien plus fiable entre le modèle type de visa et son titulaire, ce qui contribue sensiblement à la protection du modèle type de visa contre une utilisation frauduleuse » (considérant 2). L'établissement d'un Système d'information de visas communs (Visa Information System (VIS)) n'est pas mentionné à cet endroit. Cependant, une distinction importante s'impose entre l'usage d'éléments biométriques à des fins d'*authentification* (le porteur du document est-il bien la même personne que celle à qui le document a été délivré ?) et leur usage à des fins d'*identification* (la personne est-elle déjà reprise dans un système enregistrant les données biométriques concernant un large ensemble de personnes ?). Ainsi que le note le Groupe de travail « Protection des données », « In principle, it is not necessary for the purposes of authentication/verification to store the reference data in a database; it is sufficient to store the personal data in a decentralised way. Conversely, identification can only be achieved by storing the reference data in a centralised database, because the system, in order to ascertain the identity of the data subject, must compare his/her [data, transformed into templates or images at the phase of enrolment] with the [similar data] of all persons whose data are already centrally stored ». Dès lors, si le règlement tend non seulement à offrir une garantie contre l'usage frauduleux du visa d'entrée (authentification), mais également à accompagner le Règlement « Dublin II » et réduire le risque que plusieurs demandes d'asile soient introduites par la même personne ou alimenter le VIS, ceci devrait faire l'objet d'une mention explicite.

Troisièmement, il est important que l'individu reçoive une information complète concernant la prise de données biométriques et leur enregistrement, conformément aux articles 10 et 11 de la directive. Quatrièmement, le Groupe de travail « Protection des données » insiste sur le fait que les systèmes

---

<sup>187</sup> Voy. le document de travail sur les éléments biométriques préparé par le Groupe de travail « Protection des données » institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE (WP 80, 12168/02). Il faut noter que le Groupe de travail doit encore formellement prendre position sur la proposition de la Commission ; le document de travail 80 du 1<sup>er</sup> août 2003 est formulé en termes généraux, et concerne l'utilisation d'éléments biométriques dans différents contextes.

biométriques ne sont pas toujours exempts d'erreurs. En réalité, l'exigence même de proportionnalité (article 6 § 1<sup>er</sup>, c), de la directive 95/46/CE) implique que ne doivent faire l'objet d'un traitement que les seules données qui sont strictement liées à l'objectif légitime poursuivi, et dans la mesure où le traitement de ces données est nécessaire à la réalisation de cet objectif : une conformité stricte aux exigences de la proportionnalité (impliquant, par exemple, que seules deux empreintes digitales seront enregistrées, plutôt que dix), ne fait qu'accroître le risque d'erreurs. Mais l'illusion de la certitude scientifique que crée l'usage d'éléments biométriques entraîne que la personne concernée éprouvera souvent de grandes difficultés à apporter la preuve contraire, ou bien que ceci lui sera tout simplement impossible : le Groupe de travail "Protection des données" note, par exemple, que la personne que le système d'identification définit comme ne pouvant pas emprunter un avion ou comme ne pouvant pénétrer sur le territoire, sera particulièrement démunie face à la preuve "indiscutable" qui lui est présentée. Le Groupe de travail "Protection des données" réaffirme dans ce contexte la pertinence de l'article 15 de la directive 95/46/CE, selon lequel les décisions affectant l'individu ne peuvent être prises qu'après la confirmation d'un processus automatisé.

### *L'évaluation de la directive 95/46/CE*

Au cours de la période sous examen, la Cour de justice a rendu un arrêt important dans lequel elle confirme que les dispositions de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, 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<sup>188</sup>, d'une part, doivent être interprétées à la lumière de la protection de la vie privée qu'offre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – disposition dont la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'elle s'étendait à la protection vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel, que ces données soient relatives à la "vie privée" ou non<sup>189</sup> –, d'autre part, peuvent être invoquées directement par le particulier afin d'écarter l'application des règles de droit interne contraires à ces dispositions, pour autant que celles-ci apparaissent à la fois inconditionnelles et suffisamment précises. Elle s'est prononcée en ce sens dans une affaire où se posait la question de savoir si la transmission au public, par le *Rechnungshof* (Cour des comptes) autrichien, de données relatives aux rémunérations versées par divers organismes publics soumis à son contrôle à des employés lorsque ces rémunérations dépassent un certain montant, ainsi que du nom des bénéficiaires, respectait bien l'exigence de proportionnalité inscrite à l'article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 6 § 1<sup>er</sup>, c), de la directive 95/46/CE (selon lequel les données doivent être "adéquates, pertinentes et non excessives" au regard des finalités), et à son article 7, c) et e) (qui font figurer parmi les principes de légitimation des données la nécessité pour le responsable du traitement de respecter une obligation légale à laquelle il est soumis ainsi que la nécessité de "l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées")<sup>190</sup>.

Ce développement est naturellement bienvenu, puisqu'il est de nature à compenser partiellement le caractère incomplet ou peu satisfaisant de la transposition de la directive 95/46/CE a pu faire l'objet dans certains Etats membres. Pourtant il ne saurait conduire à passer sous silence les difficultés que soulève, sur d'autres points, la mise en œuvre de la directive. Dans le rapport d'évaluation présenté en mai 2003 conformément à l'article 33 de la directive 95/46/CE<sup>191</sup>, la Commission a identifié trois difficultés, reliées entre elles, qui peuvent expliquer dans certains cas, Etats ou secteurs d'activités, un niveau de conformité relativement faible avec les exigences de la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, selon les principes de cette directive et les mesures nationales qui en assurent la transposition. La Commission note, d'abord, "un manque de

<sup>188</sup> JO n° L 281 du 23.11.1995, p. 31.

<sup>189</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, *Rec.* 2000-V, § 43.

<sup>190</sup> C.J.C.E. (Cour plénière), 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01.

<sup>191</sup> COM(2003) 265 final, 15.5.2003. L'article 33 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 prévoit que, au plus tard pour le 24 octobre 2001, soit trois années après l'expiration de la date limite fixée pour la transposition par les Etats membres de la directive, la Commission fait rapport au Parlement européen et au Conseil sur son application, en faisant, le cas échéant, des propositions de modification. Ce rapport a finalement été publié par la Commission en mai 2003.

ressources affectées à la mise en oeuvre et des autorités nationales en charge d'un très grand nombre de tâches parmi lesquelles les mesures de mise en application bénéficient d'une priorité relativement basse » ; elle constate aussi « un respect très inégal par les responsables du traitement, à l'évidence réticents à modifier leurs pratiques actuelles pour respecter des règles qui peuvent paraître complexes et contraignantes, alors que les risques d'être pris paraissent relativement faibles » ; enfin, elle identifie « un niveau apparemment faible de connaissance de leurs droits par les personnes concernées ».

Naturellement, ces trois phénomènes se renforcent mutuellement. Considérés ensemble, ils invitent à se demander si le consentement de la personne concernée, lorsqu'il constitue la seule base de légitimation du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, ne doit pas être considéré avec davantage de méfiance. Le recours au consentement afin de légitimer le traitement de données est problématique dans le cadre de la relation l'emploi, en raison du déséquilibre entre les parties : une initiative communautaire en ce domaine devrait en tenir compte. Mais les risques ne sont guère moins importants dans les rapports des consommateurs aux entreprises, où le recours au consentement est fréquent, et pourtant affecté d'une même fragilité<sup>192</sup>.

Ces constats amènent aussi à rappeler que le traité CE (article 10 CE) impose aux Etats membres une obligation de coopération loyale dans la mise en œuvre du droit communautaire, ce qui doit nécessairement inclure, par exemple, une obligation d'assurer un financement suffisant aux autorités indépendantes de contrôle créées conformément à l'article 28 de la directive 95/46/CE et requises par l'article 8 § 3 de la Charte des droits fondamentaux. Mettre des moyens suffisants à disposition de ces autorités, en budget de fonctionnement et en personnel, est indispensable non seulement à l'exercice en pleine indépendance des missions qui sont confiées à ces autorités de contrôle, mais également à la possibilité même pour ces autorités d'exercer ces missions de manière efficace, en particulier en usant des pouvoirs d'investigation (pouvant comprendre des inspections *in situ* conduites à l'improviste) et d'agir en justice qui leur sont reconnus. Les moyens mis à la disposition de ces autorités indépendantes de contrôle doivent non seulement leur être garantis et maintenus à leur niveau existant. Ils doivent être accrus, en proportion de l'extension de leurs missions de contrôle, extension elle-même liée au développement des technologies de traitement des données à caractère personnel, par exemple le recours à des éléments d'identification biométriques dans les documents de voyage<sup>193</sup>.

Les technologies d'information et de communication auxquels il est fait appel, de manière croissante, dans la société de l'information, peuvent produire trois types d'impact sur la vie privée : elles peuvent se situer en-deça des seuils minima de protection prévus par la législation communautaire applicable ou par les mesures nationales de transposition; elles peuvent respecter ces normes, sans plus; elles peuvent enfin avoir été conçues de manière à minimiser l'impact sur la vie privée et de manière à faciliter l'exercice des droits de la personne concernée (droits d'information, d'accès et de rectification, d'opposition, et de recours) (technologies de protection de la vie privée (Privacy Enhancing Technologies – PET)). Il serait utile d'examiner si une étude d'impact sur la vie privée ne pourrait être conduite, systématiquement, en tant que partie de leur processus d'adoption, lorsque des mesures d'harmonisation sont envisagées dans le domaine des technologies de l'information (Privacy Impact Assessments (PIAs)).

---

<sup>192</sup> Il a été suggéré que nous pourrions devoir inventer des mécanismes qui « protègent les individus de leur tendance à sacrifier leur vie privée par pure convenance » : voy. le rapport “Security and Privacy for the Citizen in the Post-September 11 Digital Age : A Prospective Overview”, p. 107.

<sup>193</sup> Voy. Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa, COM(2003)558 final.

*La protection des données dans la cadre de la coopération policière*

Le projet de résolution du Conseil sur la sécurité lors des réunions du Conseil européen et autres événements comparables<sup>194</sup> fournit une illustration frappante des liens entre le développement d'une approche proactive de la sécurité et les dangers qu'une telle approche fait courir à la protection de la vie privée, et plus particulièrement à la protection des données à caractère personnel. Alors qu'entre les Etats membres de l'espace Schengen les frontières intérieures peuvent être franchies librement, l'article 2 § 2 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990, prévoit que "lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent, une Partie contractante peut (...) décider que, durant une période limitée, des contrôles frontaliers nationaux adaptés à la situation seront effectués aux frontières intérieures"

Sauf lorsqu'une action immédiate est exigée, la décision de rétablir le contrôle aux frontières intérieures n'est prise qu'après consultation des autres Parties contractantes. Le Projet de Résolution précité prétend faciliter aux Etats concernés l'exercice de cette possibilité, en encourageant une meilleure coopération entre les autorités nationales compétentes. En effet, selon le Préambule du projet de Résolution, « l'application de l'article 2 § 2 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen peut occasionner, à certains points de passage frontaliers du pays accueillant l'événement considéré, des difficultés dues à l'arrivée massive de personnes en transit qu'il est nécessaire de soumettre à des contrôles, ce qui porte atteinte à la libre circulation des citoyens sur le territoire européen et risque de troubler l'ordre public ». L'application efficace, avec le moins de conséquences négatives possibles, de l'article 2 § 2 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, serait donc facilitée par « la disponibilité de données et de signalements concernant l'identité d'individus qui, venant d'un Etat étranger, risquent de perturber le déroulement des réunions du Conseil européen et d'autres événements internationaux ayant un impact comparable », pareille identification permettant d'effectuer « des contrôles ciblés afin de les repérer, facilitant ainsi la libre circulation des personnes ». Le dispositif de la résolution prévoit que

Afin qu'il devienne plus facile pour l'Etat accueillant l'événement de soumettre à des contrôles ciblés et approfondis les personnes qui transitent par son territoire, les Etats membres fournissent à cet Etat toutes les informations pouvant servir à identifier des individus connus pour avoir déjà provoqué des troubles dans des circonstances analogues.

et que ces informations peuvent comprendre

pour autant que la législation nationale l'autorise, les noms des personnes condamnées pour des infractions liées à des troubles de l'ordre public lors de manifestations passées.

Le projet de résolution dit que l'échange de données à caractère personnel qu'elle encourage devra être conforme à la législation nationale et au droit international en vigueur, et particulièrement à la Convention n°108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Cependant elle prévoit que

Les informations personnelles devront être utilisées et stockées uniquement jusqu'à la fin de l'événement pour lequel elles ont été transmises, et aux seules fins prévues par la présente résolution, sauf si des accords en matière ont été conclu avec le pays qui les a fournies.

L'information pouvant être échangée entre les responsables nationaux de l'application des lois dès lors peut comprendre des informations relatives aux condamnations pénales qu'a subies un individu, mais elle n'est pas limitée à cette information sensible. L'échange peut porter également sur l'identité d'individus "connus pour avoir déjà provoqué des troubles dans des circonstances analogues"<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> Note de la présidence italienne du Conseil du Groupe de travail sur la coopération policière, Draft Council Resolution on security at European Council meetings and other comparable events, doc. 10965/03, ENFOPOL 63, COMIX 417, 30.6.2003.

<sup>195</sup> Le projet de résolution renvoie au Manuel, à l'usage des autorités et services de police, sur la sécurité lors d'événements internationaux comme les réunions du Conseil européen (doc. 12637/3/02, ENFOPOL 123, 12.11.2002). Faisant référence à

Ceci peut aboutir à entraver sérieusement la liberté de circulation de protestataires, souhaitant faire entendre leur voix lors des événements – les sommets internationaux – où ils ont les plus grandes chances d’être entendus. Pareille restriction à la liberté de circulation fragilise ou empêche l’exercice de la liberté de réunion pacifique et de manifestation, qui constitue une forme de liberté d’expression. Et l’échange de données à caractère personnel, dans les circonstances envisagées par le projet de résolution, paraît incompatible avec l’exigence que toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée devrait être encadrée par des normes d’une qualité suffisante.

Cette dernière proposition met en lumière l’utilité que présenterait une initiative en vue de l’adoption d’un instrument visant à renforcer la protection de l’individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel qui s’opèrent dans le cadre des activités relevant du titre VI du Traité sur l’Union européenne, qui sont exclues du champ d’application de la directive 95/46/CE (voy. l’article 3 § 2). Au cours de l’année 2004, il faudra être particulièrement attentif aux garanties qui vont entourer la protection des données dans le cadre de la mise en place du Système d’information Schengen de la seconde génération (SIS II). Le document de travail que la Commission a remis en février 2003<sup>196</sup> en application de l’article 6 du Règlement n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001<sup>197</sup> est peu explicite sur cette dimension de la mise sur pied de SIS II, devenu urgent compte tenu du rythme auquel l’élargissement de l’Union à dix nouveaux Etats membres a pu se faire. Le rôle spécifique du Réseau UE d’Experts indépendants en matière de droits fondamentaux consistera ici à évaluer si toutes les recommandations faites par les autorités de protection des données – que la Commission s’est engagée à consulter<sup>198</sup> ont effectivement été intégrées dans la version définitive du système.

### **Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille**

La principale question relative à cette disposition qui s’est posée au cours de la période sous examen concerne la notion de « membres de la famille » que retient la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, que la Commission a présentée en avril 2003 en ne retenant qu’une partie des amendements proposés par le Parlement européen. Cet instrument est examiné sous l’article 45 de la Charte. La discussion porte, notamment, sur la reconnaissance par les autres Etats membres du mariage entre personnes de même sexe que prévoient les droits belge et néerlandais.

---

l’article 2 § 2 de la Convention d’application de l’Accord de Schengen, le Manuel indique que “Les Etats membres devraient recourir aux mesures législatives disponibles et appropriées pour empêcher les individus ou les groupes considérés comme une menace pour le maintien de l’ordre public de se rendre sur le lieu où se déroule l’événement”. Le Manuel comprend une annexe A, “Analyse des risques afférents aux manifestants potentiels et autres groupes”, énumérant les informations que le point de contact national permanent de chaque Etat devrait transmettre à l’Etat membre organisant l’événement, ainsi qu’aux autres pays concernés, tels que le pays de transit ou le pays voisin. Cette “analyse des risques” doit cibler le “groupe connu susceptible de manifester ou de perturber l’événement d’une autre manière”. L’annexe A prévoit que l’information doit porter, par exemple, sur le nom du groupe, ses “signes distinctifs (tenue, logos, drapeaux, slogans et autres signes extérieurs)”, les modes de manifestation du groupe, son organisation et fonctionnement internes, les moyens de communication auxquels il recourt, les liens avec d’autres groupes, les membres du groupe déjà impliqués dans des incidents antérieurement, le type de ces incidents et s’ils ont donné lieu à des condamnations, le comportement des membres du groupe (consommation d’alcool ou de stupéfiants, port de masques, réaction-type à certains événements,...) les “autres informations pertinentes”. Le point de contact national permanent doit indiquer ses sources d’information et en analyser l’exactitude et la fiabilité. Cependant, cette énumération des données à fournir indique les risques de discrimination et de dissuader l’exercice des libertés démocratiques que pareil échange de données peut entraîner. Il serait clairement inacceptable que l’exercice de la liberté d’expression ou de réunion pacifique puisse entraîner l’interdiction de circuler vers d’autres Etats de la zone Schengen où se tiennent des sommets européens.

<sup>196</sup> SEC(2003) 206, 18.2.2003.

<sup>197</sup> JO L 328 du 13.12.2001.

<sup>198</sup> Voy. le point 3.5. du document de travail SEC(2003)206.

### Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religion

Pour ce qui concerne la protection qu'offre la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>199</sup>, aux personnes exprimant leur appartenance à une religion déterminée, il est renvoyé au commentaire de l'article 21 de la Charte. L'évaluation des activités de l'Union européenne au cours de la période sous examen n'appelle pas d'autres commentaires au regard de l'article 10 de la Charte.

### Article 11. Liberté d'expression et d'information

Dans un arrêt du 12 juin 2003, la Cour de justice des Communautés européennes a été amenée à se prononcer sur la manière de concilier l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont notamment consacrés dans la Convention européenne des droits de l'homme, avec les libertés dites "fondamentales" de circulation que reconnaît le Traité de Rome<sup>200</sup>. Une société internationale de transports alléguait devant une juridiction autrichienne l'incompatibilité, avec les dispositions du Traité CE relatives à la libre circulation des marchandises, de l'autorisation donnée par les autorités autrichiennes à une association de défense de l'environnement d'organiser un rassemblement sur l'autoroute du Brenner, ce qui a eu pour effet de bloquer complètement la circulation sur celle-ci pendant près de 30 heures. En réponse aux questions d'interprétation du droit communautaire soulevées dans ce contexte, la Cour de justice rappelle que "l'article 30 du traité [devenu article 28 CE] ne prohibe pas les seules mesures d'origine étatique qui, en elles-mêmes, créent des restrictions au commerce entre les États membres, mais peut également trouver à s'appliquer lorsqu'un État membre s'est abstenu de prendre les mesures requises pour faire face à des entraves à la libre circulation des marchandises dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique" (point 57)<sup>201</sup>. L'abstention des autorités autrichiennes d'interdire le rassemblement en cause constitue donc une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, en principe incompatible avec les articles 28 et 29 CE, à moins que le comportement des autorités puisse être objectivement justifié. Or, constatant que « les autorités nationales se sont fondées sur la nécessité de respecter des droits fondamentaux garantis tant par la CEDH que par la Constitution de l'État membre concerné pour permettre qu'une limitation soit apportée à l'une des libertés fondamentales consacrées par le traité » (point 76), la Cour en déduit que l'affaire qui lui est présentée « soulève ainsi la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité et, plus particulièrement, la question de la portée respective des libertés d'expression et de réunion, garanties par les articles 10 et 11 de la CEDH, et de la libre circulation des marchandises, lorsque les premières sont invoquées en tant que justification d'une restriction à la seconde » (point 77). Quant à la façon d'opérer cette conciliation, la Cour estime que, dès lors que ni la libre circulation des marchandises ni les libertés d'expression ou de réunion ne constituent des libertés absolues, « il convient de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts » (point 81). La Cour ajoute : « À cet égard, les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation. Il y a néanmoins lieu de vérifier si les restrictions apportées aux échanges intracommunautaires sont proportionnées au regard du but légitime poursuivi, à savoir en l'espèce la protection des droits fondamentaux » (point 82).

<sup>199</sup> JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

<sup>200</sup> C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, non encore publié.

<sup>201</sup> En ce sens, voy. déjà C.J.C.E., 9 décembre 1997, *Commission/France*, C-265/95, *Rec.* p. I-6959, points 29 et 30. La Cour de justice prend soin, cependant, de relever les différences entre les deux situations : dans l'affaire *Commission c. France*, en particulier, les manifestants avaient pour objectif non pas de manifester publiquement leur opinion sur une question d'intérêt général ; leur but était d'entraver les échanges de marchandises, et plus particulièrement, d'empêcher la circulation de produits déterminés en provenance d'États membres autres que la France. Comp. cependant les conclusions de M. l'Avocat général F.G. Jacobs du 11 juillet 2002 préc. l'arrêt *Schmidberger*, point 54 ; voy. aussi, cependant, le point 79.

Il se déduit de l'arrêt qu'un Etat membre peut justifier les restrictions qu'il apporte aux libertés fondamentales du traité CE par son souci de respecter les droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union européenne, tels notamment qu'il sont énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>202</sup>. A propos de l'entrave à la libre circulation des marchandises, cette solution est d'ailleurs confirmée par le Règlement du Conseil du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres<sup>203</sup>. Ce règlement concerne en effet les entraves à la libre circulation des marchandises imputables à un État membre du fait de son action ou de son inaction, dès lors qu'elles sont susceptibles de constituer une violation des articles 28 et suivants CE, en raison de ce qu'elles provoquent une perturbation grave de la libre circulation des marchandises en empêchant, retardant ou détournant, physiquement ou autrement, l'importation ou le transit de marchandises dans un État membre ou l'exportation de celles-ci à partir de cet État membre ; causent des dommages sérieux aux particuliers lésés; et nécessitent une action immédiate afin d'éviter toute continuation, extension ou aggravation de la perturbation ou des dommages en question. Conformément à l'arrêt *Commission c. France* du 9 décembre 1997, le Règlement définit le terme «inaction» comme couvrant le fait, pour les autorités compétentes d'un État membre, face à une entrave résultant d'actions menées par des personnes privées, de ne pas prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnées qui sont en leur pouvoir en vue de supprimer l'entrave et d'assurer la libre circulation des marchandises sur le territoire de cet État membre. Ce règlement précise qu'il «ne peut être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève» (article 2). C'est ce que vient confirmer à présent la jurisprudence *Schmidberger*.

L'examen de proportionnalité des restrictions apportées aux libertés fondamentales de circulation du traité, lorsque ces restrictions sont justifiées par le souci de protection des droits fondamentaux, ne doit pas prendre la forme d'un examen strict de nécessité : bien que telle restriction puisse ne pas être "nécessaire" à la protection d'un droit fondamental reconnu, au sens où ce droit ne serait pas violé même si la mesure devait n'être pas adoptée, elle peut néanmoins être justifiée par le souci que peut avoir un Etat de réaliser un droit fondamental au-delà de ce qu'exige strictement son respect. Ainsi dans plusieurs affaires où les Pays-Bas et l'Autriche ont prétendu justifier certaines restrictions à la libre prestation des services ou à la libre circulation des marchandises au nom de la nécessité du pluralisme, cette justification a pu être admise bien que la liberté d'expression n'exige pas, dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'organisation d'un tel pluralisme<sup>204</sup>. L'on doit approuver cette attitude de la part de la Cour de justice. Les droits fondamentaux ne sont pas seulement à "respecter". Ils possèdent un contenu dynamique, qui est progressivement élucidé par les mesures qui en assurent la mise en œuvre. Il est important que, dans la mise en œuvre qu'ils en font, les Etats ne soient pas trop étroitement liés par le respect dû aux libertés économiques du traité, pourvu que les mesures adoptées ne soient pas discriminatoires et soient raisonnablement liées à la nécessité de développer les droits fondamentaux reconnus. Le contrôle de nécessité devrait d'ailleurs être d'autant moins strict lorsqu'est en cause une abstention des autorités nationales, face à l'exercice que des particuliers font de leurs libertés fondamentales.

Il faut également ne pas limiter les droits fondamentaux susceptibles de justifier certaines restrictions aux libertés fondamentales de circulation aux seuls droits figurant dans la Charte des droits

<sup>202</sup> Tout en rappelant que l'on ne pouvait exclure une situation où, sous prétexte de respecter les droits fondamentaux reconnus dans son ordre juridique interne, un Etat membre poursuivrait des objectifs non légitimes au regard du droit communautaire – pratiquant une forme de protectionnisme déguisé sous l'apparence de protéger les droits fondamentaux (point 97 et 98) –, l'Avocat général F.G. Jacobs estimait, dans ses conclusions précédant l'arrêt, que « lorsqu'un État membre cherche à protéger des droits fondamentaux reconnus en droit communautaire, il poursuit nécessairement un objectif légitime. Le droit communautaire ne peut pas interdire aux États membres de chercher à atteindre des objectifs que la Communauté elle-même est tenue de poursuivre » (point 102).

<sup>203</sup> JO L 337, p. 8.

<sup>204</sup> Voy. C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, 353/89, *Rec.*, p. 4089 (point 30) ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. c. Commissariaat voor de Media*, 288/89, *Rec.* p. 4007 (point 23) ; C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, 148/91, *Rec.*, p. 513 (points 9 et 10) ; C.J.C.E., 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689 (point 24).

fondamentaux de l'Union européenne. La Charte ne vise pas à interrompre le développement des droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit de l'Union dont la Cour assure le respect<sup>205</sup>. Lorsque la Convention européenne a proposé un Traité établissant une Constitution pour l'Europe, ses auteurs ont choisi, à juste titre, d'identifier parmi les droits fondamentaux, à côté des droits énoncés dans la Charte, les droits fondamentaux qui font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux<sup>206</sup>.

### *Le pluralisme des médias*

Aux termes de l'article 11 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : "La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés". Cette disposition se présente comme une conséquence de la liberté d'expression que garantit l'article 11 § 1<sup>er</sup> de la Charte. Bien que la Convention européenne des droits de l'homme n'ait pas consacré un « droit à un pluralisme dans les médias » ou à une information pluraliste, plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont admis que le souci de préserver le pluralisme dans les médias peut justifier que l'Etat impose certaines restrictions à la liberté d'expression que garantit l'article 10 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>207</sup>. Dans l'arrêt *Demuth c. Suisse* du 5 novembre 2002 par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme évoque "le besoin légitime de qualité et d'équilibre des programmes en général" qui peut contre-balancer la liberté d'expression; et elle évalue la licéité du refus opposé à une demande de concession en vue de diffuser une chaîne thématique consacrée aux questions de l'automobile en tenant compte du fait "que les médias audiovisuels connaissent souvent une diffusion très large (...). Compte tenu de leur fort impact sur le public, les autorités nationales peuvent viser à prévenir une offre unilatérale de programmes de télévision commerciaux" (§ 43).

La Cour de justice des Communautés européennes s'est prononcée dans le même sens. Dans deux arrêts du 25 juillet 1991, concernant l'exigence, imposée par la *Mediawet* néerlandaise, d'une représentation équilibrée des différentes composantes sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques de la société néerlandaise au sein des médias, la Cour de justice a admis la compatibilité avec le droit communautaire de l'entrave apportée par cette législation à la libre prestation des services audio-visuels, en considérant que le maintien du pluralisme que tendait à garantir la politique en cause « est lié à 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, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire »<sup>208</sup>. Elle a raisonné de la même manière, dans le cadre de la libre circulation de marchandises. S'agissant en l'espèce de la diffusion en Autriche de périodiques publiés par des éditeurs allemands mais qui, en raison des jeux-concours dotés de prix que ces périodiques contenaient, constituaient une menace pour la diversité de la presse autrichienne, la Cour a estimé que le souci de maintien du pluralisme dans les médias peut constituer une exigence impérative d'intérêt général pouvant justifier l'entrave à la libre circulation des marchandises, pourvu que l'entrave demeure proportionnée à l'objectif poursuivi et, notamment, ne constitue pas une restriction disproportionnée à la liberté d'expression des diffuseurs allemands<sup>209</sup>.

La jurisprudence citée admet que l'Etat a la liberté de prendre des mesures afin de préserver le maintien d'un certain pluralisme d'opinion, soit interne (par la représentation de différentes opinions au sein d'un même media), soit externe (par la préservation d'une diversité de médias). La légitimité de cet objectif a été admise en raison de ce que le souci du pluralisme est considéré comme lié à la

<sup>205</sup> Voy. l'article 53 de la Charte (niveau de protection).

<sup>206</sup> Voy. l'article 7, §§ 1 et 3 du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

<sup>207</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Informationsverein Lentia et al. c. Autriche* du 24 novembre 1993, § 38; arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, § 73.

<sup>208</sup> C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, 353/89, *Rec.*, p. 4089 (pt. 30); C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. c. Commissariaat voor de Media*, 288/89, *Rec.*, p. 4007 (pt. 23); également C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, 148/91, *Rec.*, p. 513 (pts. 9 et 10).

<sup>209</sup> C.J.C.E., 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689 (points 18 et 24).

liberté d'expression. Il est vrai que ni la Cour européenne des droits de l'homme, ni la Cour de justice des Communautés européennes n'ont jusqu'à présent imposé à l'Etat une obligation en la matière, celle de prendre des mesures positives tendant à organiser un pluralisme dans les médias suffisant pour que le droit du public à une information suffisamment diversifiée et pluraliste soit respecté. Mais, sur un plan général, le respect de la liberté d'expression peut en principe exiger de la part de l'Etat l'adoption de mesures positives : "l'exercice réel et efficace de la liberté d'expression ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux"<sup>210</sup>. De manière plus précise, dans l'affaire *De Geillustreerde Pers c. Pays-Bas*, la Commission européenne des droits de l'homme avait fait allusion à pareille obligation de l'Etat de lutter contre les concentrations excessives dans les médias<sup>211</sup>. Et, tandis que l'article 10 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme permet à un Etat partie à cet instrument d'instaurer un système de licences pour la radio et la télévision, ce pouvoir ne saurait être exercé que dans le respect des exigences du pluralisme qui caractérise une société démocratique<sup>212</sup>.

Le pluralisme des médias peut donc être considéré comme un aspect de la liberté d'expression (voy. en ce sens la Recomm. (99) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ainsi que, plus récemment, la Recommandation 1506(2001) "Freedom of expression and information in the media in Europe" adoptée le 4 avril 2001 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : "A pluralist and independent media system is also essential for democratic development and a fair electoral process. It is thus essential to eliminate oligopolism in the media, and to ensure that the media are not used to gain political power, especially in countries where a mixed public-private system would enable political movements, supported by the private sector, to control all information after elections, especially through radio and television" (para. 12)).

A plusieurs reprises, le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été invité à se pencher sur le compatibilité, avec les exigences de la Charte des droits fondamentaux, de la situation créée en Italie par la concentration des médias dans le secteur de la télévision, par le cumul d'un contrôle exercé sur la chaîne de télévision publique (RAI) par le chef du parti de la majorité parlementaire – le conseil de direction de la RAI est désigné par le Parlement – et par le risque d'un conflit d'intérêts entre le rôle de M. Berlusconi comme président du conseil et du rôle qu'il exerce, à titre d'entrepreneur privé, dans le secteur des médias à la tête du groupe Mediaset. Le 28 janvier 2003, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation 1589 (2003) "Liberté d'expression dans les médias en Europe" dans laquelle elle note : "In Italy, the potential conflict of interest between the holding of political office by Mr Berlusconi and his private economic and media interests is a threat to media pluralism unless clear safeguards are in place, and sets a poor example for young democracies" (para. 12).

Le présent Rapport ne porte pas sur la situation des droits fondamentaux en Italie, mais uniquement sur les activités de l'Union européenne examinées à la lumière de la Charte des droits fondamentaux. Il limitera donc ses observations à cette dernière question<sup>213</sup>. Dans l'hypothèse où il s'avèrerait que la situation créée en Italie n'est pas compatible avec le pluralisme des médias que les institutions de l'Union et les Etats membres agissant dans le domaine d'application du droit de l'Union doivent « respecter » (article 11 § 2 de la Charte), les institutions de l'Union ont-elles les moyens d'agir ? Et, si une réponse affirmative est donnée à cette première question, peut-on en déduire qu'une obligation leur est imposée à cet égard ?

<sup>210</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Ozgur Gundem c. Turquie* du 16 mars 2000, § 43.

<sup>211</sup> Rapport du 6 juillet 1976 (établi conformément à l'anc. article 31 de la Convention européenne des droits de l'homme), DR 8, p. 5.

<sup>212</sup> Voy. par ex., Req. n° 10764/84, DR 49, p. 131.

<sup>213</sup> Le lecteur est invité à consulter le rapport établi à l'intention du Réseau par le Membre compétent pour l'Italie du Réseau UE d'Experts indépendants (réf. CFR-CDF.rapItalie2003.doc), ainsi que le Rapport de synthèse du Réseau contenant les conclusions et recommandations de celui-ci (réf. CFR-CDF.ConclusionsENG2003.doc ou CFR-CDF.ConclusionsFR2003.doc).

Il faut d'abord constater que la responsabilité de garantir le pluralisme dans les médias repose, à l'heure actuelle, sur les Etats membres. Le législateur communautaire est intervenu dans cette matière par l'adoption de la Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle<sup>214</sup>, modifiée ensuite par la Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997<sup>215</sup>. Cette directive repose notamment sur le considérant qu' "il est essentiel que les États membres veillent à ce que soient évités des actes préjudiciables à la libre circulation et au commerce des émissions télévisées ou susceptibles de favoriser la formation de positions dominantes qui imposeraient des limites au pluralisme et à la liberté de l'information télévisée ainsi que de l'information dans son ensemble". Le corps de la directive ne contient cependant pas de disposition visant précisément à imposer des Etats membres, destinataires de la directive, qu'ils prennent certaines mesures propres à garantir la préservation du pluralisme dans le domaine de la radiodiffusion télévisuelle – alors que la directive contient, par exemple, des dispositions détaillées sur la protection des mineurs (article 22) ou sur le régime du droit de réponse (article 33).

Tel que modifié par la Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997, l'article 3 § 1<sup>er</sup> de la Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle prévoit que « Les États membres ont la faculté, en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence, de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines couverts par la présente directive ». Le Préambule de la Directive 97/36/CE précise à cet égard que les États membres pourraient exercer cette faculté en vue notamment d'adopter « des règles répondant à la nécessité de préserver le pluralisme dans l'industrie de l'information et les médias et d'assurer la protection de la concurrence en vue d'éviter les abus de position dominante et/ou l'établissement ou le renforcement de positions dominantes par le biais de concentrations, ententes, acquisitions ou initiatives similaires; que ces règles doivent être compatibles avec le droit communautaire » (44<sup>ième</sup> considérant).

Il appartient le cas échéant au législateur communautaire d'intervenir, par une modification de la Directive 89/552/CEE, afin d'obliger les Etats membres à prévoir un cadre plus contraignant visant à préserver le pluralisme dans les médias. L'article 26 de la directive met sur pied un système d'évaluation périodique de l'application de la directive, par l'établissement de rapports par la Commission. Il appartient à la Commission, dans le cadre notamment de l'établissement du prochain rapport, de décider si elle souhaite proposer une telle révision. L'article 11 § 2 de la Charte des droits fondamentaux ne fait pas obstacle à ce qu'elle propose une telle révision. Certes, l'article 11 § 2 de la Charte ne saurait transférer de nouvelles compétences à l'Union, ni l'investir de nouvelles tâches (article 51 § 1<sup>er</sup> de la Charte), mais il saurait empêcher les institutions de l'Union d'utiliser les compétences qui leur sont attribuées afin de contribuer, dans les limites de ces compétences, à la préservation du pluralisme.

Tant qu'une telle révision n'aura pas eu lieu, la responsabilité de garantir le pluralisme des médias se situe au niveau des Etats membres. Il faut examiner si l'on ne peut pas déduire, de l'article 11 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, une *obligation* dans le chef des Etats membres, dans la réglementation qu'ils opèrent du secteur audiovisuel sur leur territoire, de prendre des dispositions qui constituent des garanties suffisantes du pluralisme, c'est-à-dire d'exercer en ce sens la *faculté* qui leur est reconnue à l'article 3 § 1<sup>er</sup> de la Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989. Dans la mesure où ils transposent les directives 89/552/CEE et 97/36/CE, les Etats membres doivent respecter les dispositions de la Charte, ainsi que les principes généraux du droit de l'Union dont la Cour assure le respect. Si l'on considère que des obligations positives peuvent être imposées aux

<sup>214</sup> JO L 298 du 17.10.1989, p. 23.

<sup>215</sup> Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 202 du 30.7.1997, p. 60.

Etats membres au titre du respect dû aux droits fondamentaux reconnus dans le droit de l'Union européenne, une réponse affirmative pourrait s'imposer. « La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés » (article 11 § 2 de la Charte) non seulement par les institutions de l'Union, mais encore par les Etats membres qui mettent en œuvre le droit de l'Union, notamment dans les mesures étatiques de transposition des directives communautaires. Ils auraient ainsi une obligation de garantir le pluralisme, et d'exercer en ce sens la marge d'appréciation que leur accorde la directive 89/552/CEE. Il appartiendrait alors à la Commission ainsi qu'aux autres Etats membres, conformément aux articles 226 et 227 CE, de veiller au respect de cette obligation par l'introduction auprès de la Cour de justice d'un recours en constatation de manquement.

Un même raisonnement peut être tenu dans le domaine des concentrations. Le Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises<sup>216</sup>, prévoit à l'article 21 § 3 une exception au principe de la compétence exclusive de la Commission européenne pour arrêter les décisions relatives à la compatibilité avec les règles du marché commun des opérations de concentration de dimension communautaire. Cette disposition énonce que "les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire"; et elle prévoit que sont en tout cas considérées comme intérêts légitimes "la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles".

Les Etats membres peuvent donc interdire, notamment au nom du pluralisme des médias, une opération de concentration entre entreprises, même si celle-ci a été autorisée au préalable par la Commission. Dans l'usage que les Etats membres font de cette possibilité que ménage l'article 21 § 3 du règlement sur les concentrations, les Etats sont tenus au respect des droits fondamentaux qui font partie des principes généraux du droit de l'Union ou qui, aujourd'hui, sont repris dans la Charte des droits fondamentaux<sup>217</sup>. On peut dès lors se demander si, dès lors que parmi ces droits fondamentaux figure la liberté des médias et le respect de leur pluralisme, les Etats membres pourraient être tenus de contrôler, du point de vue de cette exigence de pluralisme, les concentrations. Au regard de l'interdiction faite aux Etats membres de violer les droits fondamentaux lorsqu'ils agissent dans le domaine d'application du droit communautaire – ou bien, ainsi que l'énonce la Charte, lorsqu'ils la mettent en œuvre -, une abstention d'agir (d'interdire telle concentration dans les domaines de l'information ou des médias, bien qu'elle ait été autorisée par la Commission européenne) serait assimilable à l'action (d'imposer à une concentration certaines conditions supplémentaires, dans le respect du droit communautaire). L'obligation de "respecter" le pluralisme des médias exige des autorités qu'elles prennent des mesures positives propres à garantir celui-ci, sans pouvoir se borner à une attitude purement passive.

Centrée sur la question de la concentration économique, cette dernière possibilité ne répond cependant pas à la difficulté propre que susciterait le conflit d'intérêts qui se fait jour lorsqu'une personnalité occupe simultanément des positions qui sont incompatibles entre elles parce qu'elles font obstacle à ce qu'il les exerce en parfaite objectivité.

En conclusion,

- les institutions de l'Union, et notamment la Commission, disposent de la compétence requise pour édicter, si elles l'estiment souhaitable et opportun, des règles à destination des Etats membres visant à préserver le pluralisme dans les médias; la révision de la directive 89/552/CEE constitue à cet effet la voie la plus aisée ;
- les Etats membres sont tenus au respect du pluralisme des médias lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, conformément à l'article 11 § 2 de la Charte ; il doit être tenu

<sup>216</sup> JO L 257 du 21.09.1990, p. 13 (version rectifiée)

<sup>217</sup> C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.*, p. 1219 (point 32); C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, 353/89, *Rec.*, p. 1089 (point 30); C.J.C.E., 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.*, p. I-2925 (point 43).

compte de cette obligation au moment d'évaluer la compatibilité, avec les exigences du droit communautaire, des mesures étatiques de transposition de la directive 89/552/CEE, ainsi que de la politique que les Etats membres adoptent à l'égard des concentrations d'entreprises dans le domaine des médias, y compris lorsque celles-ci ont été autorisées par la Commission.

### **Article 12. Liberté de réunion et d'association**

Les développements significatifs de la période sous examen sont abordés sous l'article 11 de la Charte (Liberté d'expression et d'information), en ce qui concerne l'équilibre à trouver entre le droit de manifester et la libre circulation des marchandises, et l'article 8 de la Charte (Protection des données à caractère personnel), en ce qui concerne les menaces portant sur le droit au respect de la vie privée des membres de groupes que l'on soupçonne de vouloir porter atteinte à l'ordre public à l'occasion des sommets internationaux.

### **Article 13. Liberté des arts et des sciences**

La Décision n° 1513/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 relative au sixième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration contribuant à la réalisation de l'espace européen de la recherche et à l'innovation (2002-2006), dit dans son Préambule que les activités de recherche menées dans le cadre du sixième programme-cadre doivent être réalisées « dans le respect des principes éthiques fondamentaux, notamment ceux qui sont énoncés à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »<sup>218</sup>. Cependant, la décision elle-même n'explique pas ce qui résulte de cette exigence<sup>219</sup>. La décision fait plutôt référence à un ensemble d'instruments assurant la régulation de la recherche scientifique, en particulier dans le domaine de la biomédecine. L'Annexe de la décision dit que « Tout au long de la mise en oeuvre du présent programme et dans les actions de recherche qui en découlent, les principes éthiques fondamentaux, y compris les exigences en matière de bien-être des animaux, doivent être respectés. Parmi ceux-ci figurent, notamment, ceux exposés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la protection de la dignité et de la vie humaines, des données personnelles et de la vie privée, ainsi que de l'environnement conformément au droit communautaire et aux conventions internationales pertinentes telles que la déclaration d'Helsinki, la convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 et le protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains, signé à Paris le 12 janvier 1998, la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, adoptée par l'Unesco, ainsi que les résolutions pertinentes de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le protocole sur la protection et le bien-être des animaux adopté à Amsterdam ainsi que la législation, les réglementations et les orientations éthiques actuellement en vigueur dans les pays où la recherche sera menée. » Ces principes sont pertinents en particulier pour la première priorité thématique du programme : sciences de la vie, génomique et biotechnologie pour la santé.

L'article 18 de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine ne prend pas position sur la question de savoir si la recherche sur embryons in vitro est ou non admissible. Il laisse ce choix aux Etats parties. La Convention dit cependant que là où la recherche d'embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon<sup>220</sup>. Elle énonce également que la constitution d'embryons aux fins de recherche est interdite. Dès lors, il

<sup>218</sup> JO L 232 du 29.8.2002, p. 1.

<sup>219</sup> L'article 3 se borne à noter : « Toutes les activités de recherche menées au titre du sixième programme-cadre doivent être réalisées dans le respect des principes éthiques fondamentaux. »

<sup>220</sup> L'article 2 de la Convention pose le principe de la primauté de l'être humain, dont les intérêts doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société et de la science.

n'est pas contraire à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine d'autoriser la recherche sur des embryons humains qui ont été originellement conçus in vitro dans un but de procréation mais pour lesquels il n'existe plus de projet parental prêt à les accueillir (embryons surnuméraires), et qui dès lors devront normalement être détruits.

Le 9 juillet 2003, la Commission proposa dès lors d'imposer des conditions strictes au financement de recherches sur les cellules souches embryonnaires humaines<sup>221</sup>. Bien entendu, la Communauté ne saurait financer des recherches qui sont contraires à la législation nationale des Etats sur le territoire desquels elles doivent se dérouler. Mais même là où ces recherches ne sont pas interdites par la loi nationale applicable, la Commission propose d'imposer des conditions strictes au financement par des fonds communautaires de recherches impliquant des cellules souches embryonnaires humaines. Les conditions fixées sont étroitement inspirées de l'avis n° 15 qu'a rendu sur cette question, le 14 novembre 2000, le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies. Elles sont résumées dans le paragraphe suivant, que la Commission propose d'insérer après le 17<sup>ème</sup> paragraphe de l'annexe I de la décision 2002/834/CE :

Pour pouvoir bénéficier d'un financement communautaire, les projets de recherche qui nécessitent le prélèvement de cellules souches sur des embryons humains doivent également respecter les conditions suivantes :

- a) avant que les activités de recherche ne débutent, les participants doivent obtenir un avis éthique d'une instance locale ou nationale dans les pays où la recherche doit être menée;
- b) les embryons humains utilisés pour le prélèvement des cellules souches doivent avoir été conçus avant le 27 juin 2002 [date de l'adoption du 6<sup>ème</sup> programme-cadre communautaire de recherche et développement] par fécondation in vitro dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, et ne plus être utilisés à cette fin [ne sont donc concernés que les embryons dites "surnuméraires", et voués à être détruits en l'absence d'un projet parental][<sup>222</sup>];
- c) le projet doit servir des objectifs de recherche particulièrement importants, notamment faire progresser la recherche fondamentale ou améliorer les connaissances médicales pour mettre au point de nouvelles méthodes diagnostiques, préventives ou thérapeutiques utilisables chez l'homme;
- d) toutes les autres méthodes alternatives (incluant l'utilisation de lignées existantes ou de lignées de cellules souches adultes) doivent avoir été examinées et démontrées être insuffisantes pour les objectifs de la recherche en question;
- e) le consentement exprès, libre et éclairé du ou des donneurs doit être obtenu par écrit conformément à la législation nationale, avant le commencement des activités de recherche;
- f) aucune compensation monétaire ou autre avantage en nature ne doit être accordé ou promis pour le don;
- g) la protection des données personnelles, y compris des données relatives au patrimoine génétique, du ou des donneurs doit être garantie;
- h) le cas échéant, les participants aux projets de recherche doivent appliquer les normes de qualité et de sécurité en ce qui concerne le don, le prélèvement et le stockage, conformément à l'état de la technique dans ces domaines, afin de garantir en particulier la traçabilité des cellules souches.

L'évaluation scientifique et l'examen éthique des propositions de projets, organisés par la Commission comprennent une vérification de ces conditions. Les conditions énoncées aux points c) et d) sont vérifiées lors de l'évaluation scientifique.

<sup>221</sup> Proposition de Décision du Conseil modifiant la décision 2002/834/CE arrétant un programme spécifique de recherche, de développement technologique et de démonstration: "Intégrer et renforcer l'espace européen de la recherche" (2002-2006), COM(2003)390 final, du 9.7.2003.

<sup>222</sup> Ainsi que l'exprime la Commission dans sa proposition modifiée de décision du Conseil (voy. ci-dessous): "Afin d'apaiser la crainte qu'un financement communautaire puisse éventuellement encourager indirectement la production d'embryons par fécondation in vitro (FIV) au-delà du nombre nécessaire et comme signal politique, la Commission propose que seuls puissent être utilisés les embryons surnuméraires conçus avant le 27 juin 2002 (date de l'adoption du 6ème Programme cadre)".

Les avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies et en particulier ceux qui se rapportent à la recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines seront pris en considération.

Les participants aux projets de recherche doivent faire tout leur possible pour mettre les lignées de cellules souches embryonnaires humaines nouvellement obtenues à la disposition de la communauté scientifique à un coût excluant tout bénéfice à des fins de recherche.

Une liste des projets de recherche impliquant l'utilisation de tous les types de cellules souches embryonnaires humaines, qui sont financés au titre du sixième programme-cadre sera publiée annuellement par la Commission.

A la lumière de l'avis exprimé par le Parlement européen le 19 novembre 2003, qui suggérait à la Commission l'adoption de 18 amendements<sup>223</sup>, la Commission modifia légèrement sa proposition initiale<sup>224</sup>. En particulier, la proposition modifiée prévoit que le donneur doit consentir conformément à la législation nationale, non plus seulement avant le début de la recherche, mais avant le prélèvement des cellules; et la Commission confirma qu'afin de contribuer à l'optimisation de l'utilisation des lignées de cellules souches embryonnaires humaines, elle soutiendrait l'initiative visant à créer un registre européen – pour la mise sur pied duquel, en réalité, un appel d'offres a déjà été lancé il y a plusieurs mois.

Il ne serait pas recommandé pour le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux de formuler ici un avis sur les questions relatives aux droits fondamentaux que soulève ce débat, qui requiert, compte tenu de sa complexité, un examen nettement plus approfondi. La proposition initiale de la Commission et sa proposition modifiée paraissent conformes aux limites qu'impose le droit international des droits de l'homme quant à la recherche médicale pratiquée sur des cellules souches d'embryons humains, ayant pour effet de détruire ceux-ci. Encore serait-il souhaitable que la Commission précise les conséquences procédurales à déduire de la notion de consentement exprès, libre et éclairé donné par écrit par les donneurs en tenant compte des implications que le Comité directeur pour la bioéthique du Conseil de l'Europe (CDBI) a déduites de l'article 5 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine. En particulier, il serait important de préciser la nature des informations qui doivent être communiquées aux donneurs (notamment informations de nature juridique, concernant les conséquences qui s'attachent au consentement, mais également informations sur les fins de la recherche pouvant être faite sur les cellules souches d'embryons surnuméraires), la manière dont ces informations doivent être communiquées (dans un langage simple et compréhensible, et de manière non directive), et le cas échéant, les délais de réflexion qui doivent s'écouler entre la fourniture des informations aux donneurs et l'expression par ceux-ci de leur consentement<sup>225</sup>.

Une question importante sur laquelle, à juste titre, le Comité directeur pour la bioéthique met l'accent<sup>226</sup>, concerne le rapport entre le débat sur les conditions de la recherche effectuée sur cellules souches d'embryons humains surnuméraires et les libertés fondamentales de circulation et de prestation des services. Dans les pays qui imposent une interdiction absolue de telles recherches, l'importation de cellules souches embryonnaires peut-elle être également interdite<sup>227</sup> ? L'accessibilité de certains matériaux produits au départ de telles recherches, conduites dans des pays où elles sont admises, doit-elle être restreinte dans les pays où elles sont interdites, ou bien faut-il imposer des restrictions à l'emploi de techniques dérivées de telles recherches ? Quelles sont les conséquences,

<sup>223</sup> Rapp. P. Liese, A5-0369/2003.

<sup>224</sup> Proposition modifiée de Décision du Conseil modifiant la décision 2002/834/CE arrêtant un programme spécifique de recherche, de développement technologique et de démonstration: "Intégrer et renforcer l'espace européen de la recherche" (2002-2006), COM(2003)749 final du 26.11.2003.

<sup>225</sup> Voy. CDBI, Rapport du groupe de travail sur la protection de l'embryon humain in vitro, CDBI-CO-GT3 (2003) 13, 19 juin 2003, spéc. III, D.

<sup>226</sup> Rapport précité, pp. 27-28.

<sup>227</sup> Voy. la Loi allemande du 28 juin 2002 : *Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz)*, commentée dans le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, pp. 42-43.

pour le choix par les laboratoires de leur Etat d'établissement, des différences d'approches entre les Etats membres ? Ces questions vont naturellement au-delà de la question des conditions qui peuvent être mises au financement communautaire des recherches sur cellules souches embryonnaires; mais elles conduisent à s'interroger sur les limites que rencontre chaque Etat, dans les choix qu'il fait, dans un contexte de libre circulation.

#### **Article 14. Droit à l'éducation**

Il est renvoyé au commentaire consacré à l'article 26 de la Charte (Intégration des personnes handicapées) pour ce qui concerne le droit à l'éducation des enfants ayant un handicap, tel qu'il est garanti par l'article 15 § 1<sup>er</sup> de la Charte sociale européenne révisée. La question de l'accès des enfants Roms à l'enseignement est abordée sous l'article 21 de la Charte (Non-discrimination).

#### **Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler**

##### *Droit d'accès à l'emploi sans discrimination des ressortissants des Etats membres*

Dans un arrêt du 6 novembre 2003<sup>228</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé son interprétation large de la notion de "travailleur" de l'article 39 CE : la relation de travail se définit par la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération, et le fait que l'activité salariée ait été de courte durée – elle avait duré deux mois et demi dans l'affaire ayant donné au renvoi préjudiciel – n'exclut pas en soi l'applicabilité de l'article 39 CE. Selon la Cour, il suffit que l'emploi ait correspondu à des activités « réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires » (point 26), pour que la qualité de travailleur puisse être reconnue. La Cour insiste pour que les autorités nationales fassent une analyse objective de ce concept, de manière telle que sont en principe sans pertinence les circonstances qui pourraient conduire à s'interroger sur les intentions subjectives ayant pu animer le « travailleur », et pouvant révéler un abus de droit dans son chef.

L'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté<sup>229</sup>, prévoit que le travailleur ressortissant d'un autre Etat membre bénéficie, dans l'Etat membre d'accueil, des avantages sociaux reconnus aux nationaux de cet Etat. Selon la jurisprudence de la Cour, l'aide à l'enseignement universitaire fait partie de ces avantages sociaux, dès lors le ressortissant d'un Etat membre autre que l'Etat d'accueil où il exerce ses activités doit lui accorder une telle aide sans discrimination par rapport aux nationaux de cet Etat, « pour autant qu'il existe un lien de continuité entre l'activité professionnelle précédemment exercée et les études poursuivies » (point 35). La Cour rappelle que « cette condition ne saurait cependant être exigée d'un travailleur migrant qui se trouve involontairement en chômage et que la situation sur le marché de l'emploi contraint à opérer une reconversion professionnelle » (point 35) ; or en l'espèce, elle constate que « la seule circonstance qu'un contrat de travail est conclu, dès l'origine, comme un contrat à durée déterminée ne saurait conduire nécessairement à la conclusion que, lorsque ledit contrat arrive à son terme, l'employé concerné se trouve automatiquement en situation de chômage volontaire » (point 42).

Il est notable que, dans l'arrêt, en réponse à l'affirmation que la demanderesse au principal aurait commis un abus de droit, la Cour note que « il convient de prendre également en considération, d'une part, le fait que la requérante au principal apparaît être entrée dans l'Etat membre d'accueil, non pas dans le seul but d'y bénéficier du système d'aide aux étudiants, mais pour y vivre avec son mari, ressortissant de cet Etat, et, d'autre part, le fait qu'elle y séjourne légalement » (point 47). Bien qu'il ne soit pas cité, la Cour paraît avoir à l'esprit l'arrêt *Martinez Sala* de 1998, dans lequel elle avait

<sup>228</sup> C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Franca Ninni-Orasche*, C-413/01, non encore publié.

<sup>229</sup> JO L 257, p. 2, modifié par le règlement (CEE) n° 2434/92 du Conseil, du 27 juillet 1992, JO L 245, p. 1.

estimé que le ressortissant d'un autre Etat membre, se situant *ratione materiae* sous le champ d'application du traité de Rome, devrait bénéficier de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité entre ressortissants d'Etats membres, y compris en ce qui concerne les avantages sociaux au sens de l'article 7 § 2 du règlement 1612/68<sup>230</sup>.

Les emplois se situant dans l'administration publique sont exceptés des emplois qui doivent être ouverts à tout citoyen de l'Union, dans l'ensemble des Etats membres (article 39 § 4 CE). Dans un arrêt du 30 septembre 2003, la Cour de justice des Communautés européennes a fait une interprétation restrictive de cette exception au principe de non-discrimination sur base de la nationalité dans l'accès à l'emploi, en considérant que doivent être ouverts aux ressortissants d'autres Etats membres les emplois qui ne conduisent que très occasionnellement son titulaire à "participer, directement ou indirectement, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques", selon la formule à laquelle recourt la jurisprudence pour qualifier cette exception<sup>231</sup>. La Cour a en effet estimé que "les emplois de capitaine et de second de la marine marchande espagnole constituent des emplois dans lesquels l'exercice de la fonction de représentation de l'Etat du pavillon est, en pratique, occasionnel"<sup>232</sup>, pour rejeter l'argument du gouvernement espagnol selon lequel de tels emplois peuvent être réservés aux Espagnols sur les bateaux battant pavillon espagnol dès lors que « la ville flottante qu'est le navire a besoin d'un représentant de la puissance publique (...) à bord en la personne d'un capitaine »<sup>233</sup>. Le point de vue de la Cour est que

le recours à la dérogation à la libre circulation des travailleurs, prévue à l'article 39, paragraphe 4, CE, ne saurait être justifié du seul fait que des prérogatives de puissance publique sont attribuées par le droit national aux titulaires des emplois en cause. Encore faut-il que ces prérogatives soient effectivement exercées de façon habituelle par lesdits titulaires et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités. En effet, (...) la portée de cette dérogation doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat membre concerné, laquelle ne saurait être mise en péril si des prérogatives de puissance publique n'étaient exercées que de façon sporadique, voire exceptionnelle, par des ressortissants d'autres Etats membres (point 44).

L'arrêt demeure fidèle à la conception fonctionnelle de la notion d'« administration publique » figurant à l'article 39 § 4 CE – l'arrêt ne se fonde pas sur le fait que les emplois en cause dépendent en fait d'un armateur privé et ne sont pas intégrés à l'appareil institutionnel de l'Etat (voy. point 43 de l'arrêt) –, mais en donnant la priorité au principe de la non-discrimination relative à la nationalité des travailleurs. Une conception plus large de l'exception de l'article 39 § 4 CE, qui date de la version originelle du Traité de Rome et donc, a plus forte raison, est antérieure à la création de la citoyenneté européenne, serait difficilement explicable dans un cadre où, par ailleurs, les citoyens de l'Union peuvent voter et être élus dans les élections municipales de l'Etat membre où ils résident, quelle que soit leur nationalité.

#### *Statut des ressortissants de pays tiers*

L'article 15 § 3 de la Charte des droits fondamentaux prévoit que « Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des Etats membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union ». A la suite de l'accord politique dégagé en Conseil le 5 juin 2003<sup>234</sup> sur la Proposition de directive du Conseil relative au

<sup>230</sup> Voy. à présent, codifiant cette solution jurisprudentielle, l'article 21 § 1<sup>er</sup> de la Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM(2003)199 final (commentée ci-après, sous l'article 45 de la Charte).

<sup>231</sup> C.J.C.E., 3 juillet 1986, *Lawrie Blum*, C-66/85, *Rec.*, p. 2121.

<sup>232</sup> C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C-405/01, non encore publié.

<sup>233</sup> Conclusions de l'Avocat général C. Stix-Hackl, du 30 juin 2003.

<sup>234</sup> L'adoption formelle du texte par le Conseil a eu lieu le 25 novembre 2003.

statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée<sup>235</sup>, les ressortissants d'Etats tiers devraient pouvoir acquérir le statut de résidents de longue durée au bout de cinq ans de résidence. Le principal acquis du texte tient dans le bénéfice de l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne : les conditions d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée, à condition que ces activités ne soient pas liées, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, ainsi que les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération; l'éducation et la formation professionnelle, y compris les allocations et bourses d'études conformément à la législation nationale; la reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres professionnels, conformément aux procédures nationales pertinentes; la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale; les avantages fiscaux; l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services à la disposition du public, ainsi que l'accès aux procédures d'attribution d'un logement.

Une large liberté d'appréciation est laissée aux Etats membres. Un État membre peut restreindre cette égalité de traitement par rapport à ses ressortissants en matière d'accès à l'emploi ou à des activités non salariées lorsque, conformément à sa législation nationale ou au droit communautaire en vigueur, ces activités sont réservées à ses ressortissants nationaux, aux citoyens de l'UE ou de l'EEE. La clause prévoyant cette exception limite fortement le droit des étrangers ordinaires, d'autant qu'il s'accroît lorsque cet étranger souhaite exercer son droit à la mobilité dans l'Union. Là, le second Etat de séjour peut examiner la situation de leur marché du travail et appliquer ses procédures nationales concernant les exigences relatives au pourvoi d'un poste ou à l'exercice de telles activités. Il peut également accorder "pour des motifs liés à la politique du marché du travail", la préférence aux citoyens de l'Union, aux ressortissants de pays tiers lorsque cela est prévu par la législation communautaire, ainsi qu'à des ressortissants de pays tiers résidant légalement et percevant des prestations de chômage dans l'État membre concerné. Enfin, il peut limiter le nombre total des personnes susceptibles de se voir accorder le droit de séjour, à condition que l'admission de ressortissants de pays tiers soit déjà soumise à de telles limitations en vertu du droit en vigueur au moment de l'adoption de la directive.

### **Article 16. Liberté d'entreprendre**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen.

### **Article 17. Droit de propriété**

Dans un arrêt du 10 juillet 2003<sup>236</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a refusé d'apercevoir, dans le fait que les autorités du Royaume-Uni avaient mis en œuvre les obligations imposées par la directive 91/97/CEE du Conseil, du 28 janvier 1991, relative aux conditions de police sanitaire régissant la mise sur le marché d'animaux et de produits d'aquaculture<sup>237</sup>, modifiée par la directive 93/54/CEE du Conseil du 24 juin 1993, établissant des mesures communautaires minimales de lutte contre certaines maladies de poissons<sup>238</sup>, en ordonnant la destruction et l'abattage de poissons infectés sans prévoir l'indemnisation des propriétaires affectés, une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété. Pour aboutir à ce résultat, la Cour insiste en particulier sur le fait que les mesures visées "ont pour effet non pas de priver les propriétaires des exploitations d'aquaculture de l'usage de ces dernières, mais de leur permettre de continuer à y exercer leur activité" (point 80) ainsi que sur le fait que l'activité d'un exploitant d'agriculture comporte nécessairement des risques commerciaux que celui-ci a assumés (point 83).

<sup>235</sup> COM(2001)127 final, JO n° C 240 E du 28.8.2001, p. 79.

<sup>236</sup> C.J.C.E., 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture Ltd.*, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, non encore publié.

<sup>237</sup> JO L 46, p. 1.

<sup>238</sup> JO L 175, p. 23.

**Article 18. Droit d'asile**

La Convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un Etat membre des Communautés européennes voulait établir la responsabilité d'un seul Etat membre pour traiter d'une demande d'asile. Cette convention a été retranscrite dans un règlement<sup>239</sup>, à la suite du transfert vers la Communauté européenne des compétences en matière d'asile et d'immigration, par le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999. L'évaluation par la Commission du mécanisme instauré par la Convention de Dublin en montre cependant les limites, et les inquiétudes quant à la charge incombant aux Etats constituant les frontières extérieures de l'Union subsistent. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a pu souligner qu'un mécanisme de détermination de l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile présentée dans l'Union européenne ne dispensait pas chaque Etat sous la juridiction duquel se trouve le demandeur d'asile de s'assurer qu'en renvoyant celui-ci vers l'Etat responsable de traiter sa demande, il ne lui fait pas courir, indirectement, le risque de mauvais traitements<sup>240</sup>. La Cour estime :

The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention. Nor can the United Kingdom rely automatically in that context on the arrangements made in the Dublin Convention concerning the attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims. Where States establish international organisations, or *mutatis mutandis* international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution (see e.g. Waite and Kennedy v. Germany judgment of 18 February 1999, *Reports* 1999, § 67). The Court notes the comments of the UNHCR that, while the Dublin Convention may pursue laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by the differing approaches adopted by Contracting States to the scope of protection offered.

*Des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres*

Le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002* a déjà commenté la Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres<sup>241</sup>. L'on sera donc ici succinct sur ce texte. La directive opère une harmonisation minimale du droit des Etats membres. L'objectif de limiter les déplacements dits « secondaires » des demandeurs d'asile grâce à un rapprochement des législations nationales, risque de ne pas être atteint, compte tenu de la grande flexibilité des obligations souscrites par les Etats membres. Le texte ne s'applique pas à la protection temporaire mais aux seuls demandeurs d'asile conventionnels ainsi qu'aux membres de leur famille, même si les Etats sont libres de l'étendre à la protection subsidiaire (article 3). Les demandeurs d'asile doivent être informés des avantages dont ils peuvent bénéficier et des obligations qui leur incombent dans un délai de 15 jours après le dépôt de leur demande et l'on doit leur garantir des

<sup>239</sup> Règlement 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO n° L50 du 25.2.2003, p. 1 et règlement 1560/2003 de la Commission portant mécanisme d'application du règlement 343/2003, JO n° L222, p. 3.

<sup>240</sup> Cour eur. D.H. (3<sup>ième</sup> section), décision *T.I. c. Royaume-Uni* (req. n° 43844/98) du 7 mars 2000 (demandeur d'asile srilankais dont la demande d'asile avait été rejetée par les autorités allemandes, avait ensuite introduit une demande d'asile au Royaume-Uni où il était arrivé clandestinement).

<sup>241</sup> JO n° L 31 du 6.2.2003, p. 18. Le Royaume-Uni a manifesté son intention de participer à cet instrument, à la différence du Danemark et de l'Irlande.

informations sur les organisations pouvant leur fournir une assistance juridique ou une aide médicale, par écrit et dans une langue que les demandeurs peuvent comprendre.

En principe, les États membres peuvent autoriser les demandeurs d'asile à circuler librement sur leur territoire ou à l'intérieur d'une zone fixée par cet État. Cependant, pour des raisons d'intérêt ou d'ordre public, les États membres peuvent décider du lieu de résidence du demandeur et peuvent même le contraindre à demeurer dans ce lieu, ou à demeurer à l'intérieur d'une zone déterminée, dans le respect néanmoins de la "sphère inaliénable de sa vie privée" (article 7 § 1<sup>er</sup>). Ils peuvent également lier l'obtention des conditions matérielles d'accueil au fait de résider dans un lieu déterminé et accorder des autorisations provisoires de quitter ce lieu (article 7, §§ 4 et 5). Toute décision relative au refus des conditions matérielles d'accueil ou liée à la limitation de la libre circulation des demandeurs d'asile pourra faire l'objet d'un recours.

Certaines garanties sont octroyées aux demandeurs, un accueil matériel leur permettant de subsister dans des conditions de vie acceptables, en nature ou sous forme d'allocations financières ou de bons. Les allocations devront être suffisantes pour assurer la subsistance des demandeurs. Les conditions d'accueil matérielles seront garanties en particulier pour les personnes ayant des besoins spécifiques (mineurs non accompagnés, femmes enceintes, personnes handicapées,...) y compris pour les demandeurs se trouvant en rétention. Il en va de même pour les dispositions visant à préserver l'unité familiale, les examens médicaux et les soins de santé, l'accès au système éducatif et l'accès à la formation professionnelle, que les demandeurs aient ou non le droit de travailler. En effet, la directive prévoit que les États membres peuvent interdire aux demandeurs d'asile l'accès au marché du travail pendant une période donnée. Cette décision pourrait être revue au terme d'un an si aucune décision n'a été prise concernant l'asile. Les États membres sont tenus de fournir un logement aux demandeurs d'asile (locaux, centres d'hébergement, hôtel, maison) afin de protéger la vie familiale et privée. En tout état de cause, la possibilité de communiquer avec les conseils juridiques, les organisations non gouvernementales, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, devra leur être garantie.

Du point de vue des exigences du droit international des droits de l'homme, c'est la situation des mineurs qui paraît la plus problématique. Plusieurs dispositions de la directive 2003/9/CE sont consacrées à la situation des mineurs, dont la situation spécifique a été prise en compte<sup>242</sup>. Mais la possibilité même de la détention de mineurs demandeurs d'asile dans des centres autres que spécialisés subsiste, ce qui, du point de vue de l'article 3 § 1<sup>er</sup> de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, demeure problématique<sup>243</sup>.

#### *La détermination du statut de réfugié ou de la personne ayant droit à une protection subsidiaire*

La proposition de directive visant à définir les conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale n'a pas encore abouti<sup>244</sup>, bien qu'un large accord politique ait été trouvé au sein du Conseil le 28 novembre 2002. Parmi les principaux obstacles figure le refus de plusieurs États membres d'aligner le statut des bénéficiaires d'une protection subsidiaire sur celui des réfugiés conventionnels. L'accès à l'emploi et à la protection sociale, ainsi que le droit au regroupement familial en sont des enjeux essentiels. Une autre difficulté concerne les clauses de cessation de la protection. Or, d'une part, concernant la cessation du statut de réfugié, ces clauses sont déterminées de façon exhaustive par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ; d'autre part, la protection accordée par un État membre au titre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est une protection absolue, interdisant tout éloignement vers les

<sup>242</sup> Voy. les articles 10 (scolarisation et éducation des mineurs), 18 (mineurs) et 19 (mineurs non accompagnés).

<sup>243</sup> Voy. le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses États membres en 2002*, pp. 75-76.

<sup>244</sup> COM(2001)510 du 12 septembre 2001.

frontières d'un pays où la personne risque une atteinte à sa vie ou des traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

*La définition des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié*

La définition des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres fait également l'objet d'une proposition de directive dite de « procédures d'asile »<sup>245</sup>. Parmi les questions que pose ce projet figure celle des pays dits « sûrs », qu'il s'agisse du pays d'origine du demandeur d'asile ou d'un pays par lequel il a transité et où il aurait pu demander asile. Dans l'attente de l'adoption de ce texte, l'Autriche a déposé une initiative en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil fixant les critères permettant de déterminer les États tiers pouvant être considérés comme sûrs pour assumer la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre par un ressortissant d'un pays tiers et établissant une liste des États tiers européens<sup>246</sup>. Le champ d'application serait certes réduit aux seuls Etats européens<sup>247</sup>, mais le règlement proposé introduirait néanmoins le principe de l'identification de « pays sûrs » dans l'ordre communautaire. Cette initiative a cependant été rejetée par le Parlement européen en séance plénière le 24 septembre 2003.

Le compromis recherché sur cette même question par la 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 laisserait à ce jour sur ce point une grande latitude d'action aux Etats membres. La liberté des Etats dans la désignation d'un pays comme « sûr » est cependant limitée par l'énumération de critères figurant dans les annexes détaillant les composantes de cette « sûreté »<sup>248</sup>. En outre, le texte comprend deux clauses qui, respectivement pour le « pays tiers sûr » (article 28 - Application du concept de pays tiers sûr) et pour le « pays d'origine sûr » (article 31 - Application du concept de pays d'origine sûr) visent à garantir que l'identification de pays considérés comme sûrs ne constituera jamais une présomption absolue à l'égard de la situation du demandeur d'asile individuel. Le Conseil justice et affaires intérieures des 2 et 3 octobre 2003 avalise le principe d'une liste de pays tiers sûrs sans être encore unanime quant à ses modalités et aux critères à retenir pour son établissement. Pour le surplus, les remarques formulées par le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux dans le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, sur le texte en préparation, restent d'actualité<sup>249</sup>.

*Le traitement des demandes d'asile à l'extérieur des frontières de l'Union*

Le 10 mars 2003, par la voix de son Premier Ministre, le Royaume-Uni a proposé d'externaliser le traitement des demandes d'asile. La proposition entendait développer une "nouvelle approche" des

<sup>245</sup> COM(2000)578 du 20.9.2000 et COM(2002)326 final du 18.6.2002.

<sup>246</sup> JO n° C17 du 24.1.2003, p. 6. Le texte a vocation à être abrogé à l'adoption de la directive.

<sup>247</sup> La liste des États tiers considérés comme sûrs en Europe comprend les douze pays candidats à l'adhésion à l'Union ainsi que la Norvège, l'Islande et la Suisse. Seule la Suisse aurait vocation à continuer à y figurer. Après la signature des traités d'adhésion le 16 avril 2003 à Athènes par les dix pays candidats à l'adhésion, le règlement dit « Dublin II » et l'acquis de Schengen s'appliqueront à ces pays. La Roumanie et la Bulgarie ne seront pas couvertes par le règlement avant que le Conseil n'adopte une décision "à une date ultérieure" (article 6 § 2). En ce qui concerne la Norvège et l'Islande, en vertu du règlement de « Dublin II » et de l'acquis de Schengen, le règlement leur sera également applicable dès que ces pays auront notifié qu'ils en acceptent le contenu et qu'ils en assureront la transposition dans leur législation nationale.

<sup>248</sup> L'Annexe I est relative à l'identification des pays tiers sûrs. Il est notamment stipulé que « Au nombre des normes à prendre en considération pour désigner un pays comme un pays tiers sûr figure aussi l'existence, dans ce pays, de voies de recours effectives, garantissant que les ressortissants étrangers ou les apatrides ne seront pas expulsés en violation de l'article 3 de la convention européenne ou de l'article 7 du pacte international et de l'article 3 de la convention contre la torture. » Il est important de souligner que, dans un tel contexte, la voie de recours « effective » doit être suspensive de la décision d'éloigner une personne du territoire national, c'est-à-dire qu'une décision d'éloignement ne pourra pas être exécutée tant qu'une autorité indépendante, en principe juridictionnelle, aura eu l'occasion de se prononcer sur l'absence de risque lié à l'éloignement.

<sup>249</sup> Voy. le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, pp. 153-155.

questions d'asile en réduisant le nombre d'arrivées de demandeurs sur le territoire de l'Union via leur maintien à l'extérieur de l'Union. Elle visait dès lors à établir "des zones de protection régionales" (*regional protection areas*)<sup>250</sup> près des pays d'origine des demandeurs d'asile et de créer des centres de transit et de traitement (*transit processing centers*) situés à proximité des frontières extérieures de l'Union<sup>251</sup>, ces deux instruments permettant ainsi d'externaliser le traitement des demandes d'asile. Ces "zones de protection" dans des Etats tiers recevraient les demandeurs d'asile qui y seraient transférés lors de leur arrivée sur le territoire d'un Etat membre. Leurs demandes seraient traitées dans de tels centres qui seraient gérés par l'Organisation internationale des migrations sous le contrôle du Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies. Les personnes à qui le statut de réfugié serait accordé seraient réinstallées dans un Etat membre, selon un système de quotas et de répartition équitable à définir. Les autres seraient renvoyés vers leur pays d'origine ou bénéficieraient d'un régime de protection temporaire jusqu'à l'amélioration de la situation dans leur pays d'origine.

Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés a réagi à cette proposition lors du Conseil informel de Veria les 28 et 29 mars 2003<sup>252</sup>. Le HCR constate le besoin de rénovation du dispositif de Genève et il appelle de ses vœux une relance des mécanismes de protection baptisée "Convention Plus"<sup>253</sup> qui aurait pour objectif de garantir un meilleur fonctionnement de la Convention de Genève et de développer des politiques modernisées malgré le détournement des procédures. Cette relance se traduirait par la conclusion d'accords spéciaux complétant la Convention de Genève. Se plaçant dans cette perspective, le HCR n'est donc pas opposé à la création de "centres fermés" permettant un traitement accéléré et des procédures simplifiées. En revanche, il considère que les centres d'accueil doivent se situer à l'intérieur de l'Union et d'autre part qu'ils doivent être réservés aux seuls migrants de type économique car venant de pays tiers sûrs.

Toute tentative de transfert des responsabilités incombant aux Etats membres et à l'Union vers des Etats tiers est contraire à leurs obligations internationales, tant du point de vue de la Convention de Genève que de celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>254</sup>. En outre, toute rénovation éventuelle de la Convention de Genève ne pourrait avoir lieu que de manière complémentaire à celle-ci et non pas en se substituant au dispositif actuel. Il est également permis de s'interroger sur les modalités du transfert envisagé par les principaux protagonistes vers de telles structures d'accueil et quant à la nature des règles qui seraient applicables à cette occasion, en particulier au regard de la détention des demandeurs et de leurs possibilités de recours. La définition et l'application de la notion de "pays tiers sûrs" qui trouverait ainsi sa consécration dans l'Union mérite également une attention particulière afin, d'une part, de garantir d'une part la "protection effective"<sup>255</sup> voulue par les droits fondamentaux et afin, d'autre part, de s'insérer au sein du dispositif législatif actuellement en cours de finalisation. En tout état de cause,

<sup>250</sup> Par exemple en Turquie, en Iran, au Maroc ou dans le nord de la Somalie.

<sup>251</sup> Par exemple en Roumanie, en Ukraine ou en Albanie.

<sup>252</sup> UNHCR, *New approaches on Asylum-Migrations issues*, Statement of High Commissioner R. Lubbers, Veria, Greece, March 2003.

<sup>253</sup> Ce dernier peut se résumer ainsi : en premier lieu, la conclusion d'accords spéciaux afin de développer des plans d'action en vue d'assurer des réponses plus efficaces et prévisibles aux afflux massifs ; le ciblage de l'aide au développement en vue d'assurer une répartition du fardeau plus équitable et de promouvoir l'autonomie des réfugiés et de ceux qui retournent, que ce soit dans les pays hôtes ou dans les communautés d'accueil en facilitant l'intégration locale ou encore dans les pays d'origine dans le contexte de la réintégration; la conclusion des engagements multilatéraux en matière de réinstallation; une meilleure définition des rôles et des responsabilités des pays d'origine, de transit et de destination en matière de mouvements secondaires ou irréguliers (arrangements multilatéraux de réadmission, renforcement des capacités, arrangements de protection extraterritoriale). En parallèle, il conviendrait de développer une coopération du HCR pour aider les États à accélérer les procédures d'asile et d'améliorer la qualité de l'examen des demandes d'asile par : l'identification de pays d'origine sûrs ou de pays tiers sûrs ; des informations sur les pays d'origine; un suivi de la jurisprudence développée dans les États membres. Voy. HCR, *Convention-Plus : Questions réponses*, 20 janvier 2003.

<sup>254</sup> Amnesty International, « Renforcement de la forteresse Europe en temps de guerre. Commentaires sur les propositions britanniques de traitement extérieur et d'accord de partage de responsabilité avec des pays tiers », 27 mars 2003; ECRE, *Statement of the European Council on Refugees and Exiles on the European Council meeting*, 21 and 22 March 2003, 17 mars 2003.

<sup>255</sup> Voir les conclusions du Séminaire d'experts réunis par le HCR, *Conclusions on the concept of "Effective Protection"* in the context of secondary movements of refugees and asylum-seekers, Lisbonne, 10 décembre 2002

la protection effective du demandeur d'asile suppose réunies des conditions minima, qu'on peut identifier comme suit : sécurité physique, garantie contre le refoulement, accès aux procédures d'asile du HCR ou aux procédures nationales avec des garanties suffisantes lorsque cela est indispensable à un accès à une protection effective ou à des solutions durables, et bien-être social et économique supposant, au moins, l'accès aux soins de santé primaires, à l'enseignement primaire et au marché du travail ou à des moyens de subsistance suffisants pour assurer un niveau de vie digne.

Le Conseil européen de Thessalonique, le 20 juin 2003<sup>256</sup>, se borne à inviter la Commission à explorer "les paramètres" d'une meilleure entrée des demandeurs sur le territoire de l'Union, à la suite d'une communication de la Commission prônant des "régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés"<sup>257</sup>.

## Article 19. Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition

### *L'effet obligatoire des mesures provisoires prises par la Cour européenne des droits de l'homme*

Une chambre constituée au sein de la première section de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt, le 6 février 2003<sup>258</sup>, dans lequel elle estime pour la première fois que l'indication de mesures provisoires faite en vertu de l'article 39 du Règlement de la Cour est obligatoire pour l'Etat auquel elle s'adresse. L'affaire *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* concerne l'extradition par les autorités turques vers l'Ouzbékistan, le 27 mars 1999, des deux requérants, en exécution d'une convention bilatérale liant la Turquie et la République d'Ouzbékistan. La Cour considère qu'il « découle de l'article 34 [de la Convention européenne, garantissant le droit de requête individuelle] que, d'une part, un requérant a droit à l'exercice efficace de son droit de recours, au sens de l'article 34 in fine – c'est à dire qu'un Etat contractant ne doit pas empêcher la Cour de procéder à un examen efficace de la requête – et, d'autre part, un requérant qui invoque une violation de l'article 3 de la Convention a le droit de bénéficier d'un examen efficace du point de savoir si une extradition ou une expulsion envisagée constituerait une violation de l'article 3. Une indication donnée par la Cour, comme dans les cas d'espèce, en vertu de l'article 39 de son règlement, permet à celle-ci d'examiner efficacement une requête et de s'assurer de l'efficacité de la protection prévue par la Convention, et ultérieurement au Comité des Ministres de surveiller l'exécution de l'arrêt final. Une telle mesure permet ainsi que l'Etat concerné puisse s'acquitter de son obligation de se conformer à l'arrêt final de la Cour, lequel est juridiquement contraignant en vertu de l'article 46 de la Convention »<sup>259</sup>. La Cour conclut sur ce point que : « tout Etat Partie à la Convention saisi d'une demande de mesures provisoires indiquées en vue d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime de la violation alléguée doit respecter ces mesures et s'abstenir de tout acte ou omission qui porterait préjudice à l'intégrité et à l'effectivité de l'arrêt final »<sup>260</sup>.

### *La politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*

La question qui a surtout retenu l'attention au cours de la période sous examen fait suite à plusieurs initiatives visant à faciliter l'organisation de vols communs et le transit dans les Etats membres. Le Conseil a recommandé l'adoption de normes communes dans ce domaine, lorsqu'il a adopté le 28 novembre 2002 son programme d'aide au retour (Return Action Programme). Ceci fait suite également à la communication de la Commission du 14 octobre 2002 relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier<sup>261</sup>, et est abordé également dans la Communication de la Commission sur le développement d'une politique commune en matière

<sup>256</sup> Point 26 des conclusions.

<sup>257</sup> COM(2003)315 du 3.6.2003.

<sup>258</sup> L'arrêt n'est pas définitif et a fait l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, qui l'a acceptée.

<sup>259</sup> § 107.

<sup>260</sup> § 110.

<sup>261</sup> COM(2002)564.

d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier<sup>262</sup>.

Suite à une initiative de l'Allemagne<sup>263</sup>, le Conseil a adopté la Directive 2003/110/CE du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne<sup>264</sup>. La directive est prise sur la base de l'article 63 § 3, b), CE. Elle vise à organiser l'assistance mutuelle entre les Etats participants au système de Schengen<sup>265</sup> lorsque l'éloignement par voie aérienne de ressortissants de pays tiers n'est pas possible par des lignes à destination directe des pays de destination, rendant nécessaire le recours à des liaisons aériennes transitant par les aéroports d'autres Etats membres. La directive concerne aussi bien l'éloignement sous escorte que l'éloignement sans escorte. Cependant, elle vise à protéger scrupuleusement les prérogatives liées à la souveraineté de l'Etat de transit, en ce qui concerne notamment le recours à des mesures de contrainte<sup>266</sup>. L'article 7 § 1<sup>er</sup> de la directive traduit bien le compromis qui a été trouvé entre la nécessité de rendre possible le transit, par un port situé sur le territoire de l'Etat requis, d'une escorte de l'Etat requérant, et le respect dû aux prérogatives de l'Etat territorialement compétent : « Les prérogatives des membres de l'escorte se limitent, pendant le déroulement de l'opération de transit, à la légitime défense. De plus, en l'absence de forces de l'ordre de l'Etat membre de transit ou dans le but de leur porter assistance, les membres de l'escorte peuvent répondre à un risque immédiat et grave par une intervention raisonnable et proportionnée, afin d'empêcher le ressortissant d'un pays tiers de fuir, d'infliger des blessures à elle-même ou à un tiers, ou de causer des dommages matériels. En toutes circonstances, les membres de l'escorte doivent respecter la législation de l'Etat membre requis ». La directive 2003/110/CE prévoit aussi que les coûts impliqués par l'opération seront à la charge de l'Etat requérant (article 5 § 6), et que l'Etat requérant s'engage à réadmettre la personne qui fait l'objet de l'éloignement, soit lorsque l'autorisation de transit a été refusée ou retirée, lorsqu'elle a pénétré sans autorisation sur le territoire de l'Etat membre requis au cours du transit, ou bien lorsque l'opération d'éloignement a échoué ou s'avère impossible (article 6).

Le 7<sup>ème</sup> considérant du Préambule et l'article 8 prévoient que la Directive est mise en œuvre dans le respect des engagements internationaux des Etats relatifs aux droits de l'homme, notamment ceux découlant de la convention de Genève relative aux statuts des réfugiés du 28 juillet 1951 et de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'on peut regretter cependant que seul le Préambule précise la signification de cette référence générale : « Conformément aux obligations internationales applicables, le transit par voie aérienne ne sera ni demandé ni autorisé si, dans le pays tiers de destination ou de transit, le ressortissant d'un pays tiers risque un traitement inhumain ou dégradant, la torture ou la peine de mort ou que sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. » L'article 3 § 3 de la directive, qui énumère limitativement les motifs admissibles de refus de transit, ne reprend pas ce motif déduit du risque de mauvais traitements ou de persécutions dans l'Etat de renvoi, bien que cette clause soit formulée sans préjudice des obligations découlant de la Convention de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme. Il va de soi que, lorsqu'est avéré un risque de mauvais traitements dans l'Etat de renvoi, l'Etat de transit ne doit pas seulement avoir la possibilité de refuser son assistance : il est tenu de la refuser. Il ne serait pas acceptable pour l'Etat requis de chercher à se soustraire à ses obligations internationales en invoquant le fait qu'il se contentait de contribuer à la mise en œuvre de la décision

<sup>262</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003)323 final, du 3.6.2003.

<sup>263</sup> JO C 4, 9.1.2003, p. 4. En avril 2003, cette initiative avait rencontré une réaction sceptique du Parlement européen : voy. doc. A5-0104/03

<sup>264</sup> JO L 321 du 6.12.2003, p. 26.

<sup>265</sup> Soit tous les Etats membres de l'Union, à l'exception du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni (conformément à l'article 5 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark peut faire part de son intention de participer à la mise en œuvre de la directive avant le 25 avril 2004) ; ainsi que l'Islande et la Norvège.

<sup>266</sup> Le Préambule note ainsi que « Les droits souverains des Etats membres - notamment en ce qui concerne l'application de mesures d'exécution forcée à l'égard de ressortissants de pays tiers récalcitrants - ne sont pas affectés » (4<sup>ème</sup> considérant).

prise par les autorités d'un autre Etat avec lequel il coopère, sous prétexte que cette décision a été prise sur des bases indépendantes par cet Etat.

L'article 6 § 1<sup>er</sup>, d), de la directive 2003/110/CE, qui concerne l'obligation de l'Etat requérant de réadmettre le ressortissant de pays tiers qui n'a pas pu être éloigné, doit également être interprété comme incluant la situation où il apparaît à l'Etat requis de fournir son assistance à l'éloignement que celui-ci ferait courir à la personne qui en fait l'objet un risque de mauvais traitements, y compris dans les situations où l'appréciation sur ce point des autorités de l'Etat de transit diffère de celle des autorités de l'Etat requérant. Une telle situation ne devrait certes pas se présenter lorsque le transit a été explicitement autorisé par l'Etat requis, dès lors que la destination finale de la personne éloignée sera identifiée dans la demande de transit. Mais la directive rappelle que des accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux peuvent prévoir que les opérations de transit seront engagées au moyen d'une simple notification émise par l'Etat membre requérant, l'accord de l'Etat requis étant alors, en vertu d'un tel accord ou arrangement, présumé (article 4 § 2, 3<sup>ème</sup> alinéa). Ici, aucun examen individualisé de la demande de transit n'a lieu *a priori*. Il est cependant essentiel qu'un tel examen puisse avoir lieu après une notification du transit. **Si, au terme de cet examen, il apparaît à l'Etat requis que l'éloignement met en danger la vie ou la sécurité de la personne concernée, il a le devoir de révoquer l'autorisation qui était présumée. L'Etat requérant doit alors accepter la réadmission de la personne qui n'a pas pu être éloignée.** L'article 3 § 5 de la directive prévoit d'ailleurs la possibilité de révoquer l'autorisation de transit lorsqu'apparaissent des faits justifiant le refus le transit, même si ces faits ne sont apparus qu'après que l'autorisation initiale ait été donnée. Parmi ces faits, l'on doit considérer que peuvent figurer des faits liés aux risques que court la personne éloignée dans l'Etat de destination. Ici encore, l'article 6 § 1<sup>er</sup>, a), de la directive, devrait trouver à s'appliquer, obligeant l'Etat requérant à réadmettre la personne qu'il a souhaité éloigner. En outre, conformément à l'article 5 § 6, les frais liés à cette réadmission doivent être imputés à la charge de l'Etat requérant. Toute autre solution signifierait que l'Etat pourrait être amené à violer les obligations que lui imposent les instruments internationaux de protection des droits de l'homme que mentionne l'article 8 de la directive, afin de pas avoir à assumer les coûts de la réadmission du ressortissant d'un pays tiers dans l'Etat qui a décidé l'éloignement.

Plus récemment, l'Italie a proposé une directive venant compléter ce dispositif pour ce qui concerne les éloignements par la voie terrestre. Cette directive aurait pour objet de définir des mesures en matière d'assistance entre les autorités compétentes des États membres en cas de transit, avec escorte, à travers le territoire d'un ou de plusieurs États membres, de ressortissants de pays tiers qui font l'objet de mesures d'éloignement de la part d'un État membre<sup>267</sup>. L'Italie a proposé également une décision du Conseil<sup>268</sup> visant spécifiquement à organiser conjointement des vols communs pour rapatrier collectivement des étrangers en situation irrégulière sur le territoire des Etats membres. Elle avance pour base juridique l'article 63, paragraphe 3, point b), CE et prolonge le Plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains, adopté le 28 février 2002<sup>269</sup>. Ce plan souligne notamment que la politique de réadmission et de rapatriement fait partie intégrante de la lutte contre l'immigration clandestine et établit que la politique communautaire en matière de rapatriement requiert des principes communs et des mesures communes. Cette volonté est réaffirmée par les Etats membres dans le Programme d'action en matière de retour, approuvé les 28 et 29 novembre 2002, qui préconise que le retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière s'effectue d'une manière aussi efficace que possible, par "la mise en commun des capacités existantes des États membres" pour les opérations d'éloignement de ces étrangers. Le texte propose une rationalisation des procédures, la désignation d'une autorité nationale de contact et la confection d'un manuel commun. Il s'agit, selon la décision proposée, de regrouper les expulsés de plusieurs Etats

<sup>267</sup> Initiative de la République italienne en vue de l'adoption de la directive du Conseil concernant l'assistance au transit à travers le territoire d'un ou de plusieurs États membres, dans le cadre de mesures d'éloignement prises par les États membres à l'égard des ressortissants de pays tiers, 9 septembre 2003, doc.12026/03

<sup>268</sup> Initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers séjournant illégalement sur le territoire de deux États membres ou plus, 9 septembre 2003, 12025/03

<sup>269</sup> JO C 142 du 14.6.2002, p. 23.

membres en un même vol afin de réduire les coûts d'expulsion. Chaque Etat membre désignerait une autorité chargée d'organiser les vols. Celle-ci fera savoir aux autres Etats membres si elle prévoit un vol, afin que les autres puissent le cas échéant réserver une place à bord pour leurs expulsés. Ces autorités régleraient les questions logistiques (nombre d'escortes, personnel médical et interprètes à prévoir à bord). Pour décider du nombre d'escortes à organiser, les autorités devraient tenir compte du passé judiciaire de ces passagers particuliers et de leur comportement, violent ou non, lors de leur détention. Il reviendrait aux autorités de choisir le transporteur aérien et de répartir les coûts. La proposition de décision contraint le transporteur aérien retenu à soumettre son plan de vol et à avoir obtenu toutes les autorisations de vol nécessaires.

L'organisation en commun par plusieurs Etats membres d'opérations d'éloignement par voie aérienne suppose que soient arrêtées certaines normes minimales communes de sécurité. La Commission a convoqué deux réunions d'experts en janvier et mars 2003, afin d'aboutir à un texte contenant les « Orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations communes d'éloignement par voie aérienne » (« Common guidelines on security provisions for joint removals by air ») soumises à l'approbation des Etats membres. La Commission a également annoncé son intention de déposer une proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour les procédures de retour et la reconnaissance mutuelle des décisions en matière de retour<sup>270</sup>, compte tenu de la nécessité de pallier le peu d'effectivité de la directive existante relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, directive qui, du reste, n'a pas instauré de cadre contraignant pour la reconnaissance mutuelle de toutes les décisions en matière de retour.

Ni l'article 4 du Protocole n°4 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, ni le droit international général des droits de l'homme, ne font obstacle au rapatriement en commun de plusieurs étrangers en situation illégale de séjour<sup>271</sup>. Dans le seul arrêt où la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de l'article 4 du Protocole n°4, la Cour a réitéré son point de vue selon lequel le fait de contraindre des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, ne constitue pas une expulsion "collective" dès lors que cet éloignement en groupe a été précédé d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe<sup>272</sup>. La Cour estime cependant que, dans certaines circonstances, des doutes peuvent naître quant au caractère individualisé de l'examen de chacune situation : **lorsqu'un ou plusieurs Etats annoncent leur intention de procéder à une opération de rapatriement collectif vers une destination donnée, ils peuvent être tentés de procéder à un examen sommaire de chaque situation individuelle, voire de travailler uniquement sur la base de caractéristiques telles que la nationalité, l'origine ethnique ou la religion, soit dans le cadre de l'examen des demandes d'asile, soit dans l'adoption des décisions d'éloignement proprement dites. En pareille hypothèse, l'on a affaire à une expulsion collective d'étrangers, au sens de l'article 4 du Protocole n°4 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.** Telle était précisément la situation dans l'affaire *Conka c. Belgique*, où la Cour a conclu à l'existence d'une expulsion collective en présence d'un vol spécialement affrété pour l'organisation du rapatriement vers la Slovaquie de 74 Slovaques d'origine tzigane, auxquels des ordres de quitter le territoire belge avaient été donnés après qu'ils eurent répondu à une convocation à se rendre auprès de la police<sup>273</sup>. Le recours à des opérations d'éloignement par vols spéciaux accroît en effet les risques d'un traitement collectif des décisions d'éloignement au plan administratif.

Pour le surplus, il convient d'insister pour que politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier tienne compte des standards établis dans ce domaine par les instances du Conseil de l'Europe. L'encadré ci-dessous reprend les normes les plus récentes qui ont été élaborées, au sein de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et par le Comité européen

<sup>270</sup> Communication précitée, para. 2.3.

<sup>271</sup> Cour eur. D.H. (1<sup>ère</sup> section), déc. *Majic c. Suède* du 23 février 1999 (req. n° 45918/99).

<sup>272</sup> Cour eur. D.H. (3<sup>ème</sup> section), arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002 (req. n° 51564/99), § 59.

<sup>273</sup> Voy. aussi les règlements amiables conclus dans affaires *Sulejmanovic et autres* et *Sejdovic and Sulejmanovic c. Italie* (req. n° 57574/00 et n° 57575/00)(arrêts du 8 novembre 2002).

pour la prévention de la torture. Ces standards, déduits de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, doivent servir de guide à l'interprétation d'une série de dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui présentent une pertinence pour le développement de normes minimales pour les procédures de retour d'étrangers en situation illégale, particulièrement ses articles 4 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), 6 (droit à la liberté et à la sûreté), 18 (droit d'asile) et 19 (protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition).

***Recommandation 1547(2002) sur les procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité*** (rapp. Mme Vermot Mangold), adoptée le 22 janvier 2002 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (extraits)

13. L'Assemblée recommande (...) au Comité des Ministres d'inviter instamment les Etats membres:

i. à mettre en place un contrôle indépendant des procédures d'expulsion, par exemple par l'institution d'observateurs, de médiateurs ou d'ombudsmans, et à mener des enquêtes impartiales et approfondies, à tous les niveaux, en cas d'allégation de mauvais traitements;

ii. à faire en sorte que tout étranger visé par une procédure d'expulsion bénéficie, sous l'égide d'un référent, d'une prise en charge qui soit:

a. individualisée, par une évaluation de la situation personnelle de chaque étranger concerné, portant non seulement sur son statut administratif et juridique, mais également sur son appréhension de l'expulsion et son état de santé;

b. globale, en faisant intervenir une cellule pluridisciplinaire associant, dans le respect de leurs principes déontologiques, médecins, psychologues, travailleurs sociaux, conseillers juridiques, des organisations proposant une assistance humanitaire ou juridique, en particulier les organisations non gouvernementales;

c. suivie à tous les stades de la procédure d'expulsion, c'est-à-dire pendant la préparation du départ, en particulier dans les locaux de détention, dans les centres et au cours du voyage, et au retour dans le pays;

iii. à faire en sorte que tout mineur accompagné visé par une procédure d'expulsion ne puisse être emmené par les services compétents qu'en présence de ses parents et accompagné de ceux-ci;

iv. à développer de manière systématique les programmes de retour volontaire ou forcé, en partenariat avec l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) ou tout autre organisme compétent, notamment en y affectant les moyens financiers nécessaires;

v. à adapter sans délai leurs législations et leurs pratiques en matière de rétention préalable à l'expulsion, afin:

a. de limiter la durée de rétention en zone d'attente ou de transit à un maximum de quinze jours;

b. de limiter la durée de rétention dans les commissariats de police au temps strictement nécessaire à l'éventuelle procédure d'arrestation, et de séparer les étrangers visés par l'expulsion des personnes interpellées pour des faits de droit commun;

c. de restreindre la rétention en prison aux personnes représentant un danger avéré pour l'ordre public ou la sécurité, et de séparer les étrangers visés par l'expulsion des détenus de droit commun;

d. d'éviter de détenir les étrangers devant être expulsés dans un environnement carcéral, et, en particulier:

- de mettre fin à la détention en cellule;
- de prévoir l'accès à l'air libre ainsi qu'à des espaces privés et à des espaces de communication avec l'extérieur;
- de ne pas entraver les contacts avec la famille et les organisations non gouvernementales;
- de garantir l'accès aux moyens de communication avec l'extérieur, tels que le téléphone et la poste;
- d'assurer que, pendant la détention, les étrangers puissent travailler, en dignité et avec une rémunération adéquate, et participer à des activités sportives et culturelles;
- de garantir le libre accès à la consultation et à la représentation juridique indépendante;

e. de garantir, sous contrôle régulier du juge, la stricte nécessité et la proportionnalité du placement et du maintien en détention pour l'exécution de l'expulsion, et de fixer la durée de la détention à un maximum d'un mois;

f. de privilégier les alternatives à la rétention moins restrictives de liberté, telles que l'assignation à résidence ou d'autres formes de contrôle ou de suivi, comme l'obligation de s'inscrire; et de mettre en place des centres d'accueil ouverts;

g. d'organiser l'encadrement des centres de rétention par des personnes spécialement sélectionnées et formées au soutien psychosocial, et d'y assurer la présence permanente, ou au moins régulière, de «médiateurs interculturels», d'interprètes, de médecins, de psychologues ainsi que la protection juridique par des conseillers juridiques;

h. de prendre en considération, dans toute décision de limiter la liberté personnelle, les besoins des groupes vulnérables, en particulier:

- le principe de l'unité de la famille doit être respecté en toutes circonstances;
- les mineurs non accompagnés doivent être traités selon leur âge; ils doivent être pris en charge par un juge pour les mineurs sans aucun délai et ils doivent avoir accès à une consultation et une représentation juridiques indépendantes;
- les femmes seules doivent pouvoir utiliser des installations séparées;
- les personnes âgées doivent avoir accès aux soins médicaux que nécessite leur âge;

vi. à assurer que l'exécution de l'expulsion sera effectuée par des agents de l'Etat spécialement formés et en habillement civil, et non par des agents privés, et à éviter tout traitement traumatisant, surtout à l'égard des personnes vulnérables;

vii. à informer l'Etat de destination des mesures prises, afin d'éviter que les personnes expulsées soient considérées comme des criminels;

viii. à mettre en place un système de suivi dans le pays de destination, mené par le personnel des ambassades, ayant pour objectif d'éviter que la personne expulsée soit soumise à des violations des droits de l'homme, ou considérée comme criminelle, ou menacée de chantage ou de détention arbitraire;

ix. à adapter sans délai leurs législations et pratiques en matière de transport des étrangers expulsés, afin:

a. d'informer la personne expulsée, au plus tard trente-six heures avant le voyage, des modalités: horaires, destination, moyen de transport et, le cas échéant, accompagnement par une escorte;

b. de limiter le recours à une escorte aux cas de résistance avérée, de prendre en considération attentivement tout refus d'être escorté et d'organiser une rencontre préalable avec les membres de l'escorte, si elle est indispensable;

c. d'assurer aux membres des escortes des formations adéquates, en particulier en matière de médiation et de gestion du stress, et de connaissances linguistiques et culturelles;

d. de privilégier en toutes hypothèses le transport par voie aérienne régulière et de s'assurer de l'information exhaustive et de l'accord formel du transporteur et du commandant de bord, à défaut de prévoir la présence d'observateurs indépendants ou de réaliser des enregistrements vidéo;

e. de permettre également la présence d'observatrices/ observateurs indépendants ou de pratiquer des enregistrements vidéo des moments précédant le départ, en raison des menaces ou des agressions susceptibles d'être proférées pour persuader la personne de partir; les observatrices/observateurs indépendants doivent être présents au départ et à l'arrivée;

f. d'établir des certificats sur l'état de santé physique et mentale de la personne expulsée, de manière systématique, au départ et à l'arrivée;

g. d'introduire dans le droit national des réglementations spécifiques interdisant de manière absolue les pratiques suivantes:

- l'obstruction partielle ou totale des voies respiratoires;
- le bâillonnement avec de la bande autocollante;
- l'utilisation de gaz asphyxiants ou paralysants;
- l'administration de substances tranquillisantes contre le gré de la personne et de médicaments en dehors d'indications médicales;
- toutes formes d'entraves autres que les menottes aux poignets;
- l'immobilisation par des menottes durant le voyage;
- le port de masque ou de cagoule par les membres de l'escorte;
- le recours arbitraire ou disproportionné à la force;

h. d'assurer la proportionnalité et le respect de la sécurité et de la dignité humaine dans toute autre mesure prise pendant la procédure d'expulsion, en prenant en compte les besoins particuliers des personnes vulnérables telles que les enfants, les mineurs non accompagnés, les femmes seules et les personnes âgées;

i. d'assurer que les personnes expulsées bénéficient au cours du voyage de nourriture et de boisson, et qu'elles peuvent emporter et récupérer leurs effets personnels;

x. à introduire dans la loi les garanties juridictionnelles nécessaires à l'exercice effectif de leur droit de recours par les personnes qui sont victimes d'une violation de leurs droits pendant la procédure d'expulsion, à savoir:

a. la possibilité de porter un recours devant une instance juridictionnelle, par la victime ou toute autre personne qu'elle mandate à cette fin, y compris, le cas échéant, auprès des représentations diplomatiques de l'Etat dont elle a été expulsée;

b. la pleine information de toute personne visée par une procédure d'expulsion concernant l'existence et les modalités d'exercice du recours, informations sur les conséquences possibles d'un refus de collaborer et les moyens de contrainte prévus par la législation nationale;

c. la présence de la victime sur le territoire de l'Etat qui a décidé son expulsion, pendant toute la durée de la procédure ouverte par le recours, si nécessaire par le biais:

- de l'effet suspensif de la procédure d'expulsion d'une personne encore présente sur le territoire de l'Etat dont elle doit être expulsée; ou
- du retour de la personne déjà expulsée sur le territoire de l'Etat qui l'a expulsée.

*L'éloignement d'étrangers par la voie aérienne - Extraits du 13e rapport général [CPT/Inf (2003) 35 :*

31. Le CPT reconnaît que faire quitter le territoire d'un Etat à un étranger qui fait l'objet d'un ordre d'éloignement et qui est déterminé à rester se révélera souvent une tâche difficile et stressante. Il apparaît en outre clairement, au vu de l'ensemble des constatations faites par le CPT dans différents pays - et notamment de l'examen d'un certain nombre de dossiers d'éloignement à l'égard desquels des allégations de mauvais traitements ont été formulées -, que les opérations d'éloignement d'étrangers par la voie aérienne présentent un risque manifeste de traitement inhumain et dégradant. Ce risque couvre aussi bien la phase préparatoire à l'éloignement que la phase du vol proprement dit ; il est inhérent à l'utilisation de plusieurs moyens/méthodes de contrainte, pris isolément, et est d'autant plus élevé lorsque de tels moyens/méthodes sont utilisés de manière combinée.

32. D'emblée, il convient de rappeler qu'**il est totalement inacceptable que des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement soient agressées physiquement ou fassent l'objet de menaces en vue de les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait.** Le CPT se félicite que des dispositions en ce sens apparaissent dans de nombreuses instructions dans les pays visités. Certaines instructions dont le CPT a eu connaissance interdisent, par exemple, l'utilisation de moyens de contrainte ayant pour but de punir l'étranger en raison de sa résistance ou qui provoquent inutilement la douleur.

33. L'une des questions cardinales qui se pose lors d'une opération d'éloignement est, à l'évidence, celle de l'utilisation de la force et des moyens de contrainte par les personnels d'escorte. Le CPT reconnaît qu'à l'occasion, ces personnels sont contraints de recourir à la force et aux moyens de contrainte pour procéder avec succès à l'opération d'éloignement ; toutefois, **la force employée et les moyens de contrainte utilisés devraient être limités à ce qui est strictement nécessaire.** Le CPT se félicite que, dans certains pays, l'utilisation de la force et des moyens de contrainte lors des procédures d'éloignement fasse l'objet d'un examen détaillé, sous l'angle des principes de légalité, de proportionnalité et d'opportunité.

34. La question de l'usage de la force et des moyens de contrainte se pose dès l'opération d'extraction de l'étranger retenu de la cellule où il a été placé, en attente de son éloignement (que cette cellule soit située dans les locaux d'un aéroport, dans un centre de rétention, dans un établissement pénitentiaire ou de police). A cet égard, les techniques utilisées par les personnels d'escorte pour immobiliser une personne à laquelle des moyens de contrainte physiques - comme des menottes en acier ou des menottes plastiques (« plastic strips ») - sont appliqués, doivent faire l'objet d'une attention particulière. L'étranger retenu sera, dans la majorité des cas, en pleine possession de ses capacités physiques, et pourra, le cas échéant, résister avec violence au menottage. Dans les situations où une résistance est rencontrée, le personnel d'escorte aura habituellement recours à une immobilisation totale de l'étranger au sol, face contre terre, afin de lui passer les menottes aux poignets. Le maintien de l'étranger dans une telle position, qui plus est avec du personnel d'escorte apposant son poids sur diverses parties du corps (pression sur la cage thoracique, genoux dans les reins, blocage de la nuque) après qu'il se soit débattu, présente un risque d'asphyxie posturale<sup>274</sup>.

Un risque similaire prévaut lorsque l'intéressé, placé dans le siège de l'avion, se débat et que le personnel d'escorte, en utilisant la force, l'oblige à se plier vers l'avant, tête entre les genoux, comprimant ainsi fortement la cage thoracique. Dans certains pays, la pression exercée pour obtenir un tel pli avant complet (« double pli ») dans le siège passager est, en principe, proscrite et cette méthode d'immobilisation ne peut être utilisée que si elle s'avère réellement indispensable pour

<sup>274</sup> Cf. notamment "Positional Asphyxia - Sudden Death", U.S. Department of Justice, June 1995 et les travaux de la Conférence "Safer Restraint" organisé à Londres en avril 2002 sous l'égide de la UK Police Complaints Authority (cf. [www.pca.gov.uk](http://www.pca.gov.uk)).

l'exécution d'une mesure précise, brève et autorisée, comme le placement, le contrôle ou l'enlèvement de menottes, et ce pour la durée strictement nécessaire à l'exécution de cette mesure.

Le CPT a quant à lui clairement indiqué que **l'utilisation de la force et/ou de moyens de contrainte susceptibles de provoquer une asphyxie posturale ne devrait constituer qu'un ultime recours et qu'une telle utilisation, dans des circonstances exceptionnelles, doit faire l'objet de lignes directrices, afin de réduire au minimum les risques pour la santé de la personne concernée.**

35. Dans ce contexte, le CPT a pris note avec intérêt des directives en vigueur dans certains pays, qui prescrivent l'enlèvement des moyens de contrainte pendant le vol (dès la phase de décollage terminée). Dans l'hypothèse exceptionnelle où ces moyens devraient être maintenus en raison de l'attitude toujours agressive de l'étranger éloigné, le personnel d'escorte a pour instruction de couvrir les membres de l'intéressé avec une couverture (remise habituellement aux passagers), de façon à dissimuler les moyens de contrainte aux autres passagers.

Par contre, des instructions comme celles suivies jusqu'il y a peu dans un pays visité concernant les opérations d'éloignement les plus délicates, visant à munir les personnes concernées d'une couche culotte, et leur interdisant l'accès aux toilettes pendant tout le vol au motif de leur dangerosité présumée, ne peuvent qu'avoir des effets dégradants.

36. Outre la réduction des risques d'asphyxie posturale dont question ci-dessus, le CPT a systématiquement recommandé **l'interdiction absolue de l'utilisation de moyens susceptibles d'obstruer, partiellement ou totalement, les voies respiratoires (nez et/ou bouche).** Des incidents graves survenus ces dix dernières années dans différents pays, lors d'opérations d'éloignement d'étrangers, ont mis en évidence les risques considérables que présente pour la vie des personnes concernées, l'utilisation de ces méthodes (bâillonnage de la bouche et/ou du nez avec du sparadrap, utilisation d'un coussin ou d'un gant rembourré placés sur le visage, compression du visage dans le dossier du siège précédent, etc.). Le CPT avait appelé l'attention des Etats Parties à la Convention sur les dangers que présentait ce type de méthodes dès son 7<sup>e</sup> Rapport Général, en 1997. Il note que cette pratique est maintenant interdite, de manière explicite, dans de nombreux Etats Parties et **invite les Etats qui ne l'auraient pas encore fait à prendre, sans plus attendre, des dispositions ayant force obligatoire en la matière.**

37. Il est impératif que le sauvetage d'une personne faisant l'objet d'une opération d'éloignement ne soit pas compromis si une situation d'urgence survient lors du vol. Il en découle que **tout moyen limitant la liberté de mouvement de la personne éloignée doit pouvoir être immédiatement enlevé sur ordre de l'équipage.**

De même, les risques pour la santé liés au syndrome dit « de la classe économique », s'agissant des personnes fixées pendant des périodes prolongées à leur siège, devraient également être pris en compte (Cf., notamment, "Frequency and prevention of symptomless deep-vein thrombosis in long-haul flights: a randomised trial", John Scurr et al, The Lancet Vol. 357, 12 May 2001).

38. Deux aspects particuliers ont préoccupé le CPT à la suite de visites dans certains pays, à savoir, d'une part, le port d'un masque par les personnels affectés aux escortes d'éloignement et, d'autre part, l'utilisation par ces derniers de gaz incapacitants ou irritants pour l'extraction d'étrangers retenus de leur cellule, lors de leur transfèrement vers l'avion.

De l'avis du CPT, **aucune considération de sécurité ne peut être invoquée pour justifier le port d'un masque par les personnels d'escorte lors des opérations d'éloignement.** Une telle pratique est hautement indésirable, car elle pourrait rendre très difficile l'examen des responsabilités en cas d'allégations de mauvais traitements.

**Le CPT a également les plus grandes réserves s'agissant du recours aux gaz incapacitants ou irritants pour maîtriser un détenu récalcitrant afin de l'extraire de sa cellule, lors de son transfèrement vers l'avion.** L'utilisation de tels gaz dans des lieux très confinés, comme une cellule, présente des risques manifestes pour la santé à la fois de l'étranger retenu et du personnel impliqué. Les personnels en question devraient être formés à d'autres techniques de contrôle (comme, par exemple, des techniques de contrôle manuel ou l'utilisation de boucliers) pour l'immobilisation d'un détenu récalcitrant.

39. Certains incidents qui sont survenus lors d'opérations d'éloignement ont mis en évidence **l'importance qu'il convient d'accorder à la possibilité, pour l'étranger retenu, de bénéficier d'un examen médical préalable avant la mise en oeuvre de la décision d'éloignement du territoire.** Cette précaution s'avère particulièrement nécessaire lorsque l'utilisation de la force et/ou de moyens spéciaux est envisagée.

De même, **toute personne ayant fait l'objet d'une opération d'éloignement avortée devrait faire l'objet d'un examen médical, dès son retour en détention** (que ce soit dans un établissement de police, un établissement pénitentiaire ou un centre spécialement adapté à la rétention des étrangers). Cet examen permettrait de s'assurer de l'état de santé de la personne concernée et d'établir, si nécessaire, un certificat attestant de lésions traumatiques. Une telle mesure pourrait aussi être de nature à protéger les personnels chargés des escortes contre toutes allégations infondées.

40. Lors de nombreuses visites, le CPT a recueilli des allégations relatives à l'injection de médicaments avec effets tranquillisants ou sédatifs aux étrangers retenus, destinée à favoriser le bon déroulement de l'opération d'éloignement. Cela dit, il a également noté que certaines instructions en la matière prohibaient l'administration, contre la volonté de la personne concernée, de calmants ou d'autres médicaments en vue de la maîtriser. **Le CPT est d'avis que l'administration de médicaments à une personne faisant l'objet d'un ordre d'éloignement doit toujours être effectuée sur la base d'une décision médicale, prise dans chaque cas particulier. Hormis des circonstances exceptionnelles clairement et strictement définies, une médication ne devrait être administrée qu'avec le consentement éclairé de la personne concernée.**

41. **La mise en oeuvre d'opérations d'éloignement d'étrangers doit être précédée de mesures visant à préparer la personne concernée à organiser son retour, notamment sur le plan familial, professionnel et psychologique.** L'information, suffisamment à l'avance, des étrangers retenus sur l'opération en préparation, afin qu'ils puissent prendre cette situation en compte sur le plan psychologique, informer les personnes nécessaires, et récupérer leurs effets personnels, est essentielle. Le CPT a constaté que la menace permanente d'un éloignement forcé qui pèse sur les retenus qui n'ont reçu aucune information préalable quant à leur date d'éloignement peut générer des états d'angoisse qui culminent lors des phases d'éloignement et se transforment souvent en violentes crises d'agitation. Dans ce contexte, le CPT a pris note de la présence, dans certains pays visités, d'un service psychosocial rattaché auprès des unités chargées des opérations d'éloignement, composé de psychologues et d'assistants sociaux, dont la tâche était, notamment, de préparer les étrangers retenus à leur éloignement (par le dialogue continu, la prise de contacts avec la famille à destination, etc.). Il va de soi que **le CPT se félicite de ces initiatives et invite les Etats qui ne l'auraient pas encore fait à mettre de tels services en place.**

42. La bonne exécution des opérations d'éloignement est essentiellement tributaire de la qualité du personnel chargé des missions d'escorte. A l'évidence, **ce personnel d'escorte doit être sélectionné avec le plus grand soin et bénéficier d'une formation spécifique appropriée, destinée à réduire au minimum les risques de mauvais traitements.** Ceci n'était pas systématiquement le cas dans les Etats Parties visités, bien au contraire. Cela dit, dans certains pays, des formations spécifiques avaient été mises en place (méthodes et moyens de contrainte,

gestion du stress et des conflits, etc.). De plus, certaines méthodes de management avaient eu un effet bénéfique : l'attribution des missions d'escorte à du personnel volontaire, combinée à un roulement obligatoire de ce dernier (afin d'éviter le syndrome de l'épuisement professionnel et les risques liés à la routine, et de conserver une certaine distance émotionnelle avec les activités opérationnelles auxquelles il participait), ainsi que le recours, sur demande du personnel, à un support psychologique auprès de services spécialisés.

**43. L'on ne saurait trop insister sur l'importance des mécanismes de contrôle interne et externe qui doivent être mis en place dans un domaine particulièrement sensible, comme celui des opérations d'éloignement forcé par la voie aérienne.** Le CPT a constaté que, dans nombre de pays, des dispositifs de contrôle spécifique n'ont malheureusement été mis en place qu'après des incidents particulièrement graves, comme le décès de personnes à éloigner.

**44. Les opérations d'éloignement doivent être soigneusement documentées.** L'établissement d'un dossier complet et d'une fiche d'éloignement, conservés pour toute opération effectuée par les unités concernées, est élémentaire. Les informations relatives aux opérations d'éloignement avortées devraient recevoir un soin tout particulier et, avant tout, les motifs pour lesquels il a été mis fin à une opération (arrêt sur décision de l'équipe d'escorte, sur ordre de l'encadrement, refus du commandant de bord, résistance violente de l'intéressé, demande d'asile, etc.) devraient être systématiquement consignés. Les informations à consigner reprendraient chaque incident et chaque utilisation de moyens de contrainte (menottes aux mains ; menottes aux pieds et aux genoux ; application de techniques de self-défense ; portage à bord ; etc.).

**D'autres supports sont également envisageables, et sont utilisés dans certains pays visités, comme les moyens audiovisuels, en particulier dans le cas d'opérations d'éloignement où des difficultés sont à prévoir.** En outre, des caméras de surveillance pourraient être installées dans divers lieux (couloirs d'accès aux cellules, itinéraire suivi par l'escorte et la personne à éloigner jusqu'au véhicule utilisé pour le transfèrement vers l'avion, etc.).

**45. La surveillance de chaque opération d'éloignement où des difficultés sont à craindre par un membre de l'encadrement de l'unité compétente, susceptible d'interrompre à tout moment l'opération en cours, est également un facteur bénéfique.** Dans certains pays visités, le CPT a pris connaissance de l'existence de contrôles inopinés, effectués *in situ*, tant lors de la phase de préparation à l'éloignement que celle de l'embarquement, par des membres d'organes de contrôle interne des forces de l'ordre. Qui plus est, dans un nombre certes limité de cas, des membres des organes de contrôle embarquaient, *incognito*, à bord des avions, suivant ainsi l'étranger éloigné et son escorte jusqu'à destination. Le CPT ne peut que se féliciter de ses initiatives, encore trop rares à l'heure actuelle à l'échelon européen.

Enfin, **le CPT souhaite insister sur le rôle à jouer par les autorités de contrôle externe, judiciaires ou autres, nationales ou internationales, dans le cadre de la prévention des mauvais traitements lors d'opérations d'éloignement.** Il convient que celles-ci soient attentives à tous développements en la matière, en particulier sur le plan de l'utilisation de la force et des moyens de contrainte et de la préservation des droits fondamentaux des personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement par la voie aérienne.

### CHAPITRE III : ÉGALITÉ

#### **Article 20. Égalité en droit**

Il est renvoyé à l'article 21 de la Charte.

#### **Article 21. Non-discrimination<sup>275</sup>**

*Les directives fondées sur l'article 13 CE*

Les 19 juillet 2003 et 2 décembre 2003, respectivement, auraient dû être achevées les transpositions des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE adoptées en 2000 sur la base de l'article 13 CE<sup>276</sup>. Ce processus de transposition est encore inachevé, cependant. Il est donc trop tôt pour formuler une appréciation d'ensemble<sup>277</sup>. En revanche, on peut faire les remarques suivantes sur des questions d'interprétation qu'ont suscitées certaines dispositions des directives, et qu'une révision pourrait fournir l'occasion de clarifier. Ces remarques sont formulées dans la perspective des rapports que devra remettre la Commission, fin 2005 ou début 2006, sur l'application dont les directives ont fait l'objet<sup>278</sup>. Elles sont à ce stade purement provisoires, et devront être complétées, à la lumière de l'expérience acquise en 2004-2005, par la suite.

*Protection contre les rétorsions.*

L'article 9 de la directive 2000/43/CE et l'article 11 de la directive 2000/78/CE sont relatifs à la protection contre les rétorsions. Bien qu'ils soient formulés en termes légèrement différents, ils sont l'un et l'autre peu explicites quant à l'étendue de la protection, *ratione personae*, que les Etats membres doivent garantir : cette protection peut-elle se limiter à l'auteur de la plainte, qui allègue avoir subi une discrimination, ou bien doit-elle s'étendre aux témoins ou collègues de travail qui encouragent le plaignant ? Il paraît indispensable que la Commission clarifie qu'à ses yeux, c'est cette dernière interprétation qui doit s'imposer. Ceci serait conforme à la Recommandation CRI(2003)8 adoptée le 13 décembre 2002<sup>279</sup>. Ceci éviterait une divergence entre l'interprétation des directives précitées et celle de la directive en préparation sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services<sup>280</sup>, dont l'Exposé des motifs accompagnant la proposition de la Commission dit clairement, à propos d'une clause (article 9) formulée en termes identiques, que "Les victimes et les témoins pourraient être dissuadés de faire valoir leurs droits en raison du risque de représailles possibles dans certains cas" (p. 17).

<sup>275</sup> Il n'a pu être tenu compte, pour l'établissement du commentaire relatif à cette disposition, du Rapport annuel (partie 2) établi par l'Observatoire de Vienne sur les phénomènes racistes et xénophobes (EUMC) : voy. *Racisme et xénophobie dans les Etats membres de l'UE : tendances, évolutions et bonnes pratiques en 2002*, décembre 2003, 96 pages. La consultation de ce document est cependant recommandée, en particulier pour sa présentation de la nécessité de collecter des données statistiques permettant un meilleur suivi de l'efficacité de la lutte contre la discrimination, dans une diversité de domaines.

<sup>276</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil 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, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22 ; Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

<sup>277</sup> L'objet du présent rapport, qui évalue exclusivement l'activité des institutions de l'Union, n'est d'ailleurs pas de fournir une évaluation de la transposition par les Etats membres de cette directive. Pour une première appréciation portant sur les nouveaux Etats membres ainsi que sur les Etats candidats à l'adhésion, voy. le rapport *Equality, Diversity and Enlargement. Report on measures to combat discrimination in acceding and candidate countries*, DG Employment & Social Affairs (Unit Fundamental Rights and Anti-Discrimination), September 2003.

<sup>278</sup> Conformément à l'article 17 de la directive 2000/43/CE et à l'article 19 de la directive 2000/78/CE.

<sup>279</sup> ECRI General Policy Recommendation n°7 on national legislation to combat racism and racial discrimination.

<sup>280</sup> COM(2003)657 final, du 5.11.2003.

*Etendue de la notion d'aménagement raisonnable.*

La notion d'aménagement raisonnable n'est prévue, dans la directive 2000/78/CE, qu'au bénéfice des personnes ayant un handicap (article 2 § 2, ii), et article 5). Mais cette composante de la non-discrimination devrait également pouvoir être invoquée par des personnes d'une religion déterminée, ou ayant telle origine ethnique : l'aménagement raisonnable portera dans le premier cas, par exemple, sur les horaires ou les calendriers de travail (afin qu'ils soient compatibles avec les heures de prières ou les fêtes religieuses), sur le régime alimentaire des restaurants d'entreprise ou sur la nature des tâches à accomplir (ces menus doivent être composés et ces tâches distribuées en tenant compte des interdits religieux); dans le second cas, il peut garantir un meilleur respect de l'identité ethnique, par exemple en ce qui concerne le port d'insignes religieux ou, dans le cas des Roms spécifiquement, la résidence imposée par l'employeur. Il faut souligner, d'une part, que la notion d'aménagement raisonnable ne doit pas nécessairement être limitée à l'élimination d'obstacles liés à l'environnement matériel (déjà en ce qui concerne le handicap, un aménagement raisonnable peut consister, par exemple, à fournir une interprétation gestuelle, ou une forme d'assistance personnelle au sein de l'entreprise en vue de favoriser l'intégration)<sup>281</sup>. D'autre part, l'aménagement raisonnable n'est pas simplement une composante de l'interdiction de la discrimination directe/indirecte, mais constitue une *garantie supplémentaire* à celles qui découlent de l'interdiction de ces deux formes classiques de discrimination. En effet, le refus d'aménagement raisonnable consiste dans *le choix d'imposer à tous, sans exception, une norme commune*. Un tel choix ne sera généralement pas considéré comme constitutif de discrimination directe ; et ce refus pourra se justifier, le cas échéant, comme ayant une justification objective au regard d'un objectif légitime, que la norme commune poursuit par des moyens appropriés et nécessaires. Ainsi un tel refus pourra-t-il échapper à la sanction, à moins que l'obligation d'introduire une exception par rapport à la norme commune puisse être imposée, lorsque la norme commune elle-même apparaît justifiée et donc non discriminatoire<sup>282</sup>.

*Lien entre aménagement raisonnable et discrimination indirecte.*

La notion d'aménagement raisonnable est présentée de manière ambiguë dans l'article 2 § 2, b) de la directive 2000/78/CE. La structure actuelle de cette disposition crée l'impression que, confronté à une situation d'un employeur recourant à une disposition, une pratique ou un critère apparemment neutre mais entraînant un désavantage particulier pour les personnes ayant un handicap, et ne peut justifier cette disposition, cette pratique ou ce critère, pourrait *soit* modifier cette mesure, *soit* accorder un aménagement raisonnable à la personne ayant un handicap afin qu'elle puisse intégrer l'emploi, s'y maintenir ou y être promue. Il ne devrait pas y avoir ici une *alternative*, mais une *subsidiarité* entre les deux notions : c'est uniquement lorsque la mesure apparemment neutre n'a pas à être modifiée parce qu'elle peut être objectivement et raisonnablement justifiée, qu'il faudra examiner la possibilité d'un aménagement raisonnable de la situation de la personne ayant un handicap, tenant compte de ses besoins spécifiques. Toute autre présentation perpétue des environnements hostiles à l'intégration professionnelle des personnes handicapées, sous réserve d'aménagements, effectués au cas par cas, permettant à une telle intégration de s'effectuer sur une base individuelle.

*Avantages liés au mariage et interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle*

Le 22<sup>ème</sup> considérant de la directive 2000/78/CE précise que celle-ci, et notamment l'interdiction qui y figure de la discrimination directe ou indirecte sur la base de l'orientation sexuelle, « est sans

<sup>281</sup> Voy. par ex. l'amendement n°25 proposé dans le Rapport sur la proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (rapp. T. Mann) (doc. A5 – 0264/2000, 21 septembre 2000), et les explications qui sont données.

<sup>282</sup> Voy. par ex. Cass. fr. (soc.), 24 mars 1998, *Azad c. Chamsidine, Dr. Soc.*, juin 1998, p. 615 (employé d'une boucherie alléguant que sa religion musulmane lui interdit tout contact avec la viande de porc : bien que l'exigence que les employés d'une boucherie manipulent le porc puisse être considérée comme justifiée, bien qu'elle puisse désavantager particulièrement les musulmans, il ne sera pas nécessairement aisé de justifier qu'aucune exception puisse être faite à la règle générale, en considération de la religion musulmane des employés invoquant le bénéfice de l'exception).

préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent ». Ceci signifie que, même là où la possibilité de se marier n'est ouverte qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme, le fait d'attacher certains avantages liés au mariage ne peuvent être considérés comme opérant une discrimination fondée sur l'orientation homosexuelle. Ceci n'est acceptable que dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore affirmé au bénéfice des couples de même sexe sans que l'un des partenaires ait subi une conversion sexuelle un droit au mariage qu'elle a affirmé, en revanche, au bénéfice des couples dont un des membres est un transsexuel<sup>283</sup>. Il y a lieu cependant de souligner que, d'une part, l'octroi de certains avantages aux couples formés d'un homme et d'une femme (vivant par exemple en cohabitation stable) alors que sont exclus des mêmes avantages les couples formés de deux personnes de même sexe, constituerait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, au sens de la directive<sup>284</sup>; d'autre part, compte tenu de ce que l'interdiction de toute discrimination figure parmi les principes généraux du droit communautaire dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect<sup>285</sup>, il ne saurait être exclu que le fait de réserver certains avantages aux seuls couples mariés alors que sont exclus de ces avantages les couples non mariés mais bénéficiant d'une reconnaissance identique ou semblable (comme c'est le cas de diverses formes de partenariats enregistrés ou du pacte de solidarité), puisse être assimilé à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, soit directe (lorsque des avantages sont réservés à l'institution ouverte aux seuls hétérosexuels alors qu'en est privée l'institution réservée aux homosexuels), soit indirecte (lorsqu'aucune justification objective et raisonnable ne peut être donnée du fait de réserver certains avantages aux seuls couples mariés, alors que la loi nationale a créé, parallèlement au mariage, une institution qui s'y assimile pour l'essentiel, tout en continuant de réserver le mariage aux seuls couples formés de personnes de sexe opposé). Il serait utile que la Commission présente une communication interprétative des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, couvrant parmi d'autres ces deux derniers points.

*Lien entre la non-discrimination et la protection des données à caractère personnel.*

Cette question fait l'objet de développements dans le paragraphe suivant.

*La promotion de la diversité dans l'entreprise et le traitement des données sensibles*

La Commission européenne (Direction générale de l'Emploi, des relations industrielles et des affaires sociales) a commandé un rapport sur les coûts et avantages de la diversité dans l'entreprise. Le rapport a été achevé en octobre 2003<sup>286</sup>. Il se fonde sur l'étude de 200 sociétés dans 4 Etats membres, sur les études de la littérature disponible, sur 8 études de cas dans 6 Etats membres, ainsi que sur un certain nombre d'interviews des acteurs concernés. Le rapport met en avant certains avantages de la diversité, notamment le renforcement des valeurs culturelles au sein de l'organisation, la réputation de l'entreprise et sa capacité à attirer les meilleurs candidats. Une politique de diversité entraîne aussi certains coûts. Certains sont des coûts d'opportunité, liés au passage à une culture interne de l'entreprise plus ouverte à la diversité, et dès lors peuvent être considérés comme des investissements. D'autres coûts sont plus récurrents : il en va ainsi du recrutement et de la formation de spécialistes de la diversité, du maintien à jour de données relatives à la composition de la force de travail, du monitoring et de la préparation de rapports réguliers. L'étude met également en lumière la nécessité d'une information plus complète et mieux distribuée sur les politiques de diversité au sein de l'entreprise, pour faciliter la compréhension et aider à la prise de conscience des entreprises des

<sup>283</sup> Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni et I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 ; et la lecture qu'en fait la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 7 janvier 2004, *K. B. et National Health Service Pensions Agency*, C-117/01.

<sup>284</sup> Le vide constaté par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt du 17 février 1998, *Grant* (C-249/96, *Rec.* p.I-621), a été comblé par l'adoption de l'article 13 CE et de la directive 2000/78/CE.

<sup>285</sup> C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S.*, C-13/94, *Rec.* p.I-2143.

<sup>286</sup> Coûts et avantages de la diversité. Étude des méthodes et des indicateurs de mesure du rapport coût-efficacité des politiques de promotion de la diversité dans les entreprises. Rapport préparé par le Centre for Strategy and Evaluation Service (CSES) pour la Commission européenne Voy.

[http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/prog/studies\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/prog/studies_en.htm)

bienfaits d'une politique de diversité. Elle insiste aussi sur la nécessité d'études de cas sur les politiques de diversité qui ont produit des résultats positifs, et plus généralement sur l'utilité de comparaisons entre entreprises quant à leurs performances dans la conduite d'une politique de diversité. Le but d'une telle comparaison serait d'identifier avec plus de précision les obstacles que rencontrent les politiques de diversité dans différents secteurs ou pays, la manière dont ces obstacles ont été surmontés, et les coûts et avantages d'une politique tendant à la diversité.

face in the different sectors or countries, the ways such obstacles have been overcome in other settings, and the costs and benefits of diversity policies.

Un obstacle spécifique à l'adoption et à la mise en œuvre d'une politique de diversité au sein de l'entreprise réside dans les limites qui sont imposées quant au traitement de données dites sensibles, qui peut rendre impossible le mesurage de la composition de la force de travail, selon des critères tels que l'orientation sexuelle, la race ou l'origine ethnique, ou la religion. Les données relatives notamment à l'origine raciale, aux convictions religieuses ou autres convictions, à la santé (au handicap) ou à la vie sexuelle voient en effet leur traitement soumis à des conditions particulièrement rigoureuses, en raison du risque de discrimination qu'implique le recours à de telles données. La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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<sup>287</sup> prévoit ainsi que "Les Etats membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle" (article 8 § 1<sup>er</sup>)<sup>288</sup>. Cependant, si la victime d'une discrimination veut amener à l'appui de son action certaines données statistiques qui vont permettre de présumer la discrimination – obligeant le défendeur à devoir démontrer qu'il n'a pas commis la discrimination reprochée –, le traitement de pareilles données sensibles est requis : avant que l'on puisse avancer que telle mesure, tel dispositif ou tel critère produit un impact disproportionné sur les personnes qui se définissent par leur appartenance "raciale" ou ethnique, par leur religion ou leur conviction, leur âge, leur handicap ou leur orientation sexuelle, il faut pouvoir classer les individus selon ces critères<sup>289</sup>. De plus, l'employeur qui veut pratiquer une politique de diversité au sein de la force de travail de l'entreprise, doit nécessairement suivre (monitor) la composition de la force de travail, en fonction de telles données.

La directive 95/46/CE n'admet le traitement des données sensibles que dans cinq situations, parmi lesquelles : "a) la personne concernée a donné son consentement explicite à un tel traitement, sauf dans le cas où la législation de l'Etat membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut être levée par le consentement de la personne concernée ; ou b) le traitement est nécessaire aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où il est autorisé par une législation nationale prévoyant des garanties adéquates (...) ; ou e) le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice." Le traitement de données sensibles par l'employeur peut donc être admis, afin de se conformer aux obligations que lui impose la législation du travail, pour autant que cette législation prévoie des garanties appropriées (article 8 § 2, b) de la directive 95/46/CE). Afin de se couvrir des risques d'action en justice alléguant une discrimination au départ de certaines données statistiques

<sup>287</sup> *J.O.C.E.*, n° L 281 du 23.1.1995, p. 31.

<sup>288</sup> Voy. aussi l'article 6 de la Convention 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 le 28 janvier 1981 (S.T.E. n°108) (disant que les données sensibles "ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées").

<sup>289</sup> Les Etats membres ont la possibilité de prévoir que la discrimination indirecte interdite en vertu des directives adoptées sur la base de l'article 13 CE pourra être prouvée « par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques » (Préambule de la Directive 2000/43/CE du Conseil 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, JO n° L 180 du 19.7.2000, p. 22 (considérant 15) ; Préambule de 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, JO n° L 303 du 2.12.2000, p. 16 (considérant 15)). Il s'agit d'une simple faculté pour les Etats membres, les directives n'imposant à ceux-ci que des prescriptions minimales.

portant sur la composition de la force de travail au sein de l'entreprise ou sur l'impact disproportionné de tel dispositif qu'il a mis sur pied, l'employeur devra exercer une surveillance permanente sur les conséquences des décisions qu'il prend, quant aux répercussions de celles-ci sur les différentes catégories de travailleurs ou de candidats-travailleurs. Il devra à cette fin traiter les données "sensibles" que sont l'appartenance 'raciale' ou ethnique, la religion, ou la santé (le handicap). L'article 8 § 2 de la directive 95/46/CE impose que la législation nationale prévoit des garanties spécifiques, c'est-à-dire qu'elle encadre strictement la méthode suivie par l'employeur et l'usage qu'il fait de ces données, en particulier la manière dont ces données sont recueillies (seule une auto-identification du travailleur à certaines catégories rend cette assignation acceptable), la sécurisation des données (personnes ayant accès à ces données et conditions d'accès), et l'exercice par l'individu concerné de droits d'accès et de rectification.

Dans ce contexte, deux situations retiennent spécialement l'attention :

- Il serait opportun d'examiner dans quels Etats membres de l'Union européenne la personne qui se plaint d'une discrimination dont elle estime avoir été victime peut exiger de l'employeur qu'il justifie le recours à certaines dispositions, certains critères ou certaines pratiques, à partir de la présentation à l'autorité compétente de données statistiques, alors que l'employeur n'a pas la possibilité, en vertu de la législation applicable à la protection des données personnelles, de traiter les données sensibles de ses employés, même moyennant leur consentement.
- Il serait également opportun d'examiner, plus largement, selon le contenu des mesures nationales de transposition de la directive 95/46/CE précitée, les obstacles que rencontre l'employeur qui veut mettre en œuvre une politique de diversité au sein de sa force de travail. Le cas échéant, l'introduction d'exceptions à l'interdiction du traitement des données à caractère sensible, dans les limites qu'autorise la directive, pourrait être envisagée afin de favoriser le recours à une politique de diversité. Compte tenu des fortes différences de sensibilités nationales qui existent dans ce domaine, l'imposition d'une solution uniforme pourrait n'être pas souhaitable. Cependant, un examen régulier des situations existantes, en particulier par les partenaires sociaux au plan national, pourrait être recommandé. Il faut en effet souligner que les différences d'approche entre les Etats membres, sur cette question, constituent précisément un danger pour l'objectif premier de la directive 95/46/CE lors de son adoption, qui est de garantir la libre circulation des données entre les Etats membres, particulièrement afin de faciliter les activités économiques transnationales<sup>290</sup>. La réalisation de cet objectif serait menacée si des différences d'approches entre les législations nationales aboutissaient à faire obstacle à une gestion du personnel soucieuse de diversité dans le cadre d'entreprises déployant leurs activités sur plusieurs Etats<sup>291</sup>. Or la Commission a rappelé que la législation sur le marché intérieur devrait « égaliser les chances pour les opérateurs économiques des différents États membres, contribuer à simplifier l'environnement réglementaire dans l'intérêt à la fois d'une bonne gouvernance et de la compétitivité et chercher à encourager plutôt qu'à entraver les activités transfrontalières au sein de l'UE »<sup>292</sup>.

Une proposition de Directive sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le contexte professionnel est attendue pour début 2004. Il faudra examiner, à la lumière de cette proposition, quelles réponses peuvent être données à ces deux questions.

<sup>290</sup> Les critiques adressées à l'article 4 de la Directive 95/46/CE au cours de la procédure d'évaluation de celle-ci indique bien cette difficulté. Cette disposition est relative à la loi applicable à la protection des données. Elle aboutit à contraindre l'opérateur économique qui a des activités établies sur plusieurs Etats membres, à se conformer à chacun des législations nationales applicables à ses activités en raison de leur localisation.

<sup>291</sup> Voy. Commission des Communautés européennes, *Premier rapport sur la mise en oeuvre de la directive relative à la protection des données (95/46/CE)*, COM(2003) 265 final, 15.5.2003, mentionnant comme un exemple d'un obstacle à la libre circulation des données entre Etats membres « d'une règle restrictive inutile dans un État membre qui limite d'abord le traitement interne des données à caractère personnel dans cet État membre et qui empêche alors l'exportation de ces données vers un autre État membre ».

<sup>292</sup> Commission des Communautés européennes, *Premier rapport sur la mise en oeuvre de la directive relative à la protection des données (95/46/CE)*, précité.

*L'interdiction de la discrimination sur la base de l'appartenance à une minorité nationale*

En interdisant toute discrimination fondée notamment sur l'appartenance à une minorité nationale, l'article 21 § 1<sup>er</sup> de la Charte oblige les institutions de l'Union ainsi que les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union à tenir compte de l'impact que leurs initiatives peuvent avoir sur les membres de minorités nationales. La Charte ne définit cependant pas le concept de minorité nationale. Ce concept n'est pas défini non plus dans la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales ouverte à la signature au sein du Conseil de l'Europe<sup>293</sup>. Il faut cependant considérer que l'interdiction de discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale protège contre la discrimination les membres de groupes de personnes résidents sur le territoire d'un Etat et qui en sont des citoyens, lorsqu'ils présentent certaines caractéristiques ethniques, culturelles, religieuses et linguistiques spécifiques, sont suffisamment représentatifs tout en étant moins nombreux que le reste de la population de cet Etat ou d'une région de cet Etat, et sont animés de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité commune, notamment leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue<sup>294</sup>.

La mise en œuvre de l'égalité de traitement en faveur des personnes appartenant à des minorités nationales peut imposer certaines obligations positives : l'obligation d'adopter des mesures adéquates en vue de promouvoir dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective (article 4 § 2 de la Convention-cadre); l'obligation de promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel (article 5 § 1<sup>er</sup>); l'obligation de promouvoir l'esprit de tolérance et de favoriser le respect, la compréhension et la coopération entre toutes les personnes vivant sur un territoire (article 6 § 1<sup>er</sup>); l'obligation de protéger les personnes qui pourraient être victimes de menaces ou d'actes de discrimination, d'hostilité ou de violence en raison de leur identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse (article 6 § 2); l'obligation de prendre les mesures adéquates à faciliter l'accès des personnes appartenant à des minorités nationales aux médias (article 9 § 4); l'obligation de promouvoir l'égalité des chances dans l'accès à l'éducation à tous les niveaux pour les personnes appartenant à des minorités nationales (article 12 § 3). Il faut en outre tenir compte de ce que, conformément à l'interprétation que donne de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales le comité consultatif créé en vertu de l'article 26 de celle-ci, les obligations énoncées à l'article 6 de la Convention-cadre s'imposent également à l'égard des demandeurs d'asile et des personnes appartenant à d'autres groupes n'ayant pas habité traditionnellement dans le pays concerné<sup>295</sup>.

Dès lors, deux séries de recommandations peuvent être émises. Premièrement, la prise en compte par les institutions de l'Union du souci de la protection des minorités nationales imposerait une évaluation plus systématique des actions qu'elles entreprennent sur la capacité des minorités nationales à conserver et développer leur culture ainsi qu'à préserver leurs traditions, leurs langues, leurs traditions et leur patrimoine culturel. Une telle évaluation fait aujourd'hui totalement défaut. Or, elle devrait être considérée comme partie intégrante d'une vérification de la conformité de l'activité des institutions de l'Union avec les exigences de la Charte des droits fondamentaux. Dans l'immédiat, une telle évaluation de l'impact sur les minorités de certaines propositions pourrait consister en une analyse strictement juridique de compatibilité. Par exemple, une telle évaluation aurait pu conduire à inclure dans le Livre vert de la Commission "Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union

<sup>293</sup> S.T.E., n° 157. Cette convention a été ouverte à la signature le 1<sup>er</sup> février 1995 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1998. Elle est ratifiée par l'ensemble des Etats membres de l'Union à l'exception de la Belgique, de la France, de la Grèce, du Luxembourg, des Pays-Bas et de la Lettonie.

<sup>294</sup> Recommandation 1201(1993) adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, proposant l'adoption d'un Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme concernant les personnes appartenant à des minorités nationales.

<sup>295</sup> Voy. par exemple Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur l'Autriche (ACFC/INF/OP/I(2002)009), 16 mai 2002, para. 32

européenne<sup>296</sup> une référence à l'article 10 § 3 de la Convention-cadre – qui garantit le droit des membres de minorités à l'assistance gratuite d'un interprète – ce qui aurait encore renforcé l'argument développée au point 5 du Livre vert<sup>297</sup> ; et ce même Livre vert aurait pu rappeler que, parmi les droits fondamentaux à reconnaître aux personnes accusées ou mises en cause dans des procédures pénales, figure celui de ne pas se voir assigner, contre son gré, une identité ethnique, notamment dans les fiches établies par la police<sup>298</sup>.

Dans le moyen terme, l'évaluation de l'impact sur les droits des minorités nationales des initiatives de l'Union européenne implique davantage qu'une analyse purement juridique. Elle suppose, d'abord, la collecte et la tenue à jour de statistiques sur la répartition ethnique de la population concernée, afin de faciliter la mesure de l'impact<sup>299</sup>. Elle implique ensuite une exigence de consultation, voire de participation, des représentants des groupes concernés. L'article 15 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales impose de garantir "la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques, en particulier celles les concernant". Cette garantie est essentielle. Une véritable évaluation de l'impact des politiques sur les minorités ne peut être conduite efficacement qu'avec la participation de représentants des minorités<sup>300</sup>.

Les exemples qui ont été donnés des obligations positives qui s'imposent aux pouvoirs publics en vertu de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales ont été choisis parce qu'ils indiquent l'usage que la Communauté / l'Union européenne pourrait faire de ses compétences afin de contribuer à cette protection :

- La Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle<sup>301</sup>, modifiée ensuite par la Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997<sup>302</sup>, pourrait à l'occasion d'une prochaine modification tenir compte de l'obligation que le Comité consultatif de la Convention-cadre a déduite de l'article 9 § 4 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, de réserver un temps d'antenne suffisant aux langues minoritaires et aux programmes réservés aux minorités nationales dans le service public<sup>303</sup>.

<sup>296</sup> COM(2003) 75 final, du 19.2.2003. Le *Livre vert* est commenté plus en détail ci-dessous, à l'article 48 de la Charte.

<sup>297</sup> Voy. par ex. Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la République tchèque, ACFC/INF/OP/I(2002)002, 6 avril 2001, para. 57 : "Le Rapport étatique précise également que le Conseil pour les minorités nationales du gouvernement a l'intention de proposer la modification du Code pénal, de manière à ce que les accusés, dans le cadre de la procédure pénale, puissent recevoir tous les documents dans leur propre langue. En outre, il fait état des difficultés résultant dans ce domaine du nombre insuffisant d'interprètes pour la langue rom. Le Comité consultatif encourage dès lors les autorités tchèques à prendre toutes les mesures susceptibles de contribuer à l'amélioration de cette situation".

<sup>298</sup> L'article 3 § 1<sup>er</sup> de la Convention-cadre dit que "Toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou ne pas être traitée comme telle et aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés". Voy. Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur l'Allemagne du 1<sup>er</sup> mars 2002, ACFC/INF/OP/I(2002)008, para. 19-21.

<sup>299</sup> Voy. ainsi Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Suède (ACFC/INF/OP/I(2003)006), 20 février 2003, para. 71.

<sup>300</sup> C'est pourquoi le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales "considère nécessaire de recourir plus systématiquement à la consultation des minorités nationales lors de la prise de décision les concernant" (Avis sur la Lituanie, ACFC/INF/OP/I(2003)008, 21 février 2003, para. 104).

<sup>301</sup> JO L 298 du 17.10.1989, p. 23.

<sup>302</sup> Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 202 du 30.7.1997, p. 60.

<sup>303</sup> Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Suède (ACFC/INF/OP/I(2003)006), 20 février 2003, para. 81; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Lituanie, ACFC/INF/OP/I(2003)008, 21 février 2003, para. 97; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Hongrie, ACFC/INF/OP/I(2001)004, para. 29; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Slovaquie, ACFC/INF/OP/I(2001)001, 22 septembre 2000, para. 32; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la République tchèque, ACFC/INF/OP/I(2002)002, 6 avril 2001, para. 45.

- Conformément aux compétences que leur reconnaissent de manière incontestable les articles 29 et 31, e), UE, les Etats membres agissant dans le cadre de l'Union peuvent adopter une décision-cadre visant à lutter contre le racisme et la xénophobie. Le présent rapport a déjà abordé cette question. A de nombreuses reprises, le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a insisté pour une protection effective, en particulier par le droit pénal, des victimes de crimes inspirés par la haine raciste ou nationale<sup>304</sup>.

- La notion de service universel, que le *Livre vert sur les services d'intérêt général*<sup>305</sup> fait figurer parmi les obligations qui sont traditionnellement associées à la notion de service d'intérêt économique général, devrait notamment tenir compte de la situation spécifique des communautés vivant dans des conditions de ségrégation, isolées du reste de la communauté, surtout lorsque des faibles revenus font obstacle à l'utilisation de moyens de transport payants. Le cas des Roms se pose dans certains Etats dans ces termes<sup>306</sup>. A propos de l'Italie, le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales avait ainsi estimé dans un avis du 14 septembre 2001 : "Depuis des années, les Rom sont isolés du reste de la population de par leur regroupement dans des camps où les conditions de vie et d'hygiène sont particulièrement difficiles. De nombreuses informations concordantes font ainsi état de problèmes persistants liés à la surpopulation et laissent à penser que dans plusieurs camps, certaines baraques ne disposent ni de l'eau courante, ni de l'électricité et qu'un système correct d'évacuation des eaux usées fait souvent défaut. S'il est indéniable qu'une partie des Rom italiens pratiquent encore un mode vie itinérant ou semi-itinérant, il n'en demeure pas moins que beaucoup d'entre eux aspirent à vivre dans des conditions de logement parfaitement comparables à celles dont bénéficie le reste de la population"<sup>307</sup>. A propos de l'absentéisme scolaire des enfants Roms dans cet Etat, le Comité note encore : "Les difficultés de transport auxquelles sont confrontés les élèves rom vivant dans des camps éloignés des écoles, ainsi que la situation financière précaire dans laquelle se trouvent de nombreux parents, sont également des facteurs d'absentéisme sur lesquels il convient d'agir"<sup>308</sup>. Une intégration du souci de la protection des minorités nationales aurait permis de mieux tenir compte de ces données dans la définition du contenu de l'exigence de service universel. Celle-ci ne saurait être conçue uniquement comme une obligation de fournir à tous, sans discrimination, aux mêmes conditions "abordables" : elle doit inclure la prise en compte de la situation particulière de certaines catégories dont les besoins sont spécifiques.

La contribution la plus importante à la protection des minorités que pourrait faire la Communauté européenne, dans le cadre de ses compétences actuelles, résiderait dans **l'adoption d'une directive spécifique visant à favoriser l'intégration des Roms**. La lecture des avis du Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales ne laisse subsister aucun doute quant au caractère insuffisant de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, bien que celle-ci protège les Roms de toute discrimination fondée sur leur appartenance ethnique. L'urgence à adopter une directive spécifique sur la base de l'article 13 CE en vue de favoriser l'intégration de la minorité Rom ne tient pas seulement à la gravité des préoccupations qui sont exprimées dans les rapports

<sup>304</sup> Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Slovaquie, ACFC/INF/OP/I(2001)001, 22 septembre 2000, para. 29; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la République tchèque, ACFC/INF/OP/I(2002)002, 6 avril 2001, para. 40.

<sup>305</sup> COM(2003)270 final du 21 mai 2003.

<sup>306</sup> Voy. par exemple le rapport *Vaincre les obstacles – L'accès des femmes roms à la santé publique*, Strasbourg, 11 septembre 2003 (rapport indépendant préparé sous la supervision de représentants du Conseil de l'Europe, du Haut Commissaire aux minorités de l'OSCE, du Bureau pour les institutions démocratiques et les droits de l'homme (BIDDH), de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes de l'Union européenne et du Bureau régional pour l'Europe de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)), spéc. la section II du rapport, qui passe en revue les barrières discriminatoires, directes et indirectes, que les travailleurs et les institutions de la santé opposent aux Roms qui tentent d'accéder aux soins.

<sup>307</sup> Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur l'Italie (ACFC/INF/OP/I(2002)007), 14 septembre 2001, para. 25.

<sup>308</sup> Ibid., para. 55.

d'évaluation portant sur la situation de cette minorité dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne, et non exclusivement des nouveaux Etats adhérents où la question de l'intégration des Roms se pose avec une acuité particulière. Cette urgence tient aussi au caractère inadapté à plusieurs égards de la directive 2000/43/CE, qui n'a pas eu spécifiquement pour objectif de réaliser l'*intégration* de groupes traditionnellement exclus, tels que les Roms. D'une part, ainsi que cela a été signalé, la garantie de pouvoir bénéficier d'un aménagement raisonnable correspondant à leurs besoins spécifiques n'est pas reconnue aux Roms dans la directive. Or les Roms doivent pouvoir, par exemple, accéder à l'emploi ou se voir fournir des services sans qu'y fasse obstacle le port de vêtements traditionnels<sup>309</sup>, *y compris* lorsqu'une justification peut être fournie à l'appui de l'interdiction de tels vêtements : ce qu'il faudrait obliger à justifier, c'est bien le refus de faire une exception à une mesure d'interdiction générale, alors que cette mesure empêche les Roms de préserver un élément essentiel de leur identité. Les Roms doivent pouvoir choisir de conduire un mode de vie nomade ou semi-nomade, *y compris* s'il y a de bonnes justifications à une législation relative à l'aménagement du territoire qui fait en principe obstacle à la possibilité de bénéficier d'emplacements pour les caravanes : compte tenu de ce que le mode de vie nomade fait partie de l'identité Rom, la non-discrimination dans l'accès au logement, qu'impose en principe la directive 2000/43/CE (article 3 § 1, h)), doit se comprendre comme obligeant les autorités à prévoir des emplacements suffisants pour l'installation de caravanes<sup>310</sup>. L'obligation d'aménagement raisonnable s'impose aussi, notamment, dans le domaine de l'éducation : le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a ainsi adressé une recommandation aux Etats membres de cette organisation selon laquelle : « Les politiques éducatives en faveur des enfants roms/tsiganes devraient s'accompagner des moyens adéquats et de structures souples indispensables pour refléter la diversité de la population rom/tsigane en Europe et pour tenir compte de l'existence de groupes roms/tsiganes ayant un mode de vie itinérant ou semi-itinérant. A cet égard, le recours à un système d'éducation à distance, s'appuyant sur les nouvelles technologies de la communication pourrait être envisagé »<sup>311</sup>. De même, la section IV du rapport *Vaincre les obstacles – L'accès des femmes roms à la santé publique* publié par le Conseil de l'Europe en septembre 2003 – mais qui est le fruit d'une collaboration entre cette organisation et le Haut Commissaire aux minorités de l'OSCE, le Bureau pour les institutions démocratiques et les droits de l'homme (BIDDH), et l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes de l'Union européenne –, met clairement en lumière les dispositifs qui permettraient de mieux prendre en compte la spécificité de la situation des Roms, et spécialement des femmes roms, dans l'accès aux services de santé. La politique « d'ouverture » que préconise ce rapport implique notamment que les travailleurs du secteur de la santé se familiarisent davantage avec les pratiques roms en matière de santé et puissent par là procéder aux aménagements nécessaires à ces pratiques, afin d'assurer un accès non-discriminatoire aux soins de santé pour les Roms.

D'autre part, s'agissant de la nécessité de réaliser l'intégration des Roms, la simple interdiction de la discrimination directe ou indirecte ne suffit pas. L'égalité de traitement, en l'occurrence, suppose de prendre en compte : a) la nécessité d'opérer la *déségrégation* des Roms dans le logement ou, en particulier, dans l'éducation, que les situations de ségrégation que l'on constate résulte de choix

<sup>309</sup> Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Finlande (ACFC/INF/OP/I(2001)002), para. 25.; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Suède (ACFC/INF/OP/I(2003)006), para. 24.

<sup>310</sup> Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur le Royaume-Uni (ACFC/INF/OP/I(2002)006), du 30 novembre 2001, para. 40-42. Le comité consultatif considère que le manque d'emplacements disponibles au Royaume-Uni est problématique du point de vue de l'article 5 de la Convention-cadre, qui garantit aux membres des minorités nationales le droit de préserver les éléments essentiels de leur identité, notamment leurs traditions: "Associée à une série de mesures législatives et administratives, cette insuffisance a pour effet d'empêcher le nomadisme et, dans la pratique, de nier aux Gens du Voyage, le droit de conserver, de préserver ou de développer l'un des éléments essentiels de leur culture et de leur identité, à savoir le voyage. Le Comité consultatif considère donc que le gouvernement et les exécutifs décentralisés doivent prendre des mesures supplémentaires afin de garantir la disponibilité d'emplacements adéquats supplémentaires où les Rom/Tsiganes et les Gens du Voyage irlandais peuvent s'arrêter".

<sup>311</sup> Recommandation n° R (2000) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe (adoptée par le Comité des Ministres le 3 février 2000, lors de la 696e réunion des Délégués des Ministres). Annexe contenant les Principes directeurs d'une politique d'éducation à l'égard des enfants roms/tsiganes en Europe.

opérés délibérément par les pouvoirs publics<sup>312</sup> ou qu'elle soit la conséquence du jeu des préférences individuelles<sup>313</sup>; b) la nécessité de *compenser les discriminations passées*, qui résultent dans une situation des Roms particulièrement défavorable dans l'ensemble de la vie sociale et économique, par l'adoption d'une politique d'*action affirmative*, visant à intégrer les Roms au sein de la collectivité<sup>314</sup>; c) la nécessité de favoriser l'intégration de la minorité Rom tout en respectant l'attachement que certains de ses membres peuvent avoir au mode de vie nomade, ce qui suppose une politique facilitant réellement le libre choix des membres de cette minorité, soit de poursuivre un mode de vie nomade ou semi-nomade, soit d'adopter un mode de vie sédentaire qui, alors, doit pouvoir s'épanouir dans des conditions acceptables<sup>315</sup>. La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 n'aborde pas la question de la ségrégation, comme telle, c'est-à-dire là où la séparation des groupes ne conduit pas à un traitement moins favorable des uns par rapport aux autres. Elle admet l'introduction par les Etats de mesures d'action positive (article 5), mais sans l'imposer, c'est-à-dire sans en faire un élément essentiel d'un égalité de traitement effective. Elle ne répond pas, par ailleurs, à la question de savoir comment permettre l'intégration des membres d'une catégorie traditionnellement défavorisée, sans qu'il en résulte une assimilation forcée des membres de cette catégorie, au détriment de leur droit à préserver des éléments constitutifs de leur identité. Enfin, le champ d'application *ratione materiae* de la directive 2000/43/EC demeure trop étroit par rapport aux besoins des Roms. L'exclusion de ceux-ci, en particulier d'un certain nombre de services publics et de biens sociaux essentiels, résulte en particulier de la précarité de leur situation administrative, de leur apatridie et au pire, de l'absence de tout document administratif attestant de leur statut juridique<sup>316</sup>. Ces documents administratifs sont parfois coûteux à obtenir, pour une population très appauvrie. Un obstacle spécifique à leur obtention peut résulter également de la nécessité de fournir une adresse stable, adresse à laquelle, du reste, les versements d'avantages sociaux doivent être versés, ce qui aboutit à en priver *de facto* les Roms vivant une existence nomade ou semi-nomade. Parmi les constats clés qui se dégagent de l'important rapport précité, *Vaincre les obstacles – L'accès des femmes roms à la santé publique*, figure celui-ci (p. 12):

<sup>312</sup> Sur la tendance à créer des classes spéciales pour les enfants Roms, excluant *de facto* ceux-ci des classes normales, voy. Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Suède (ACFC/INF/OP/I(2003)006), 20 février 2003, para. 87; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Hongrie, ACFC/INF/OP/I(2001)004, para. 22 et surtout para. 40-43; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Slovaquie, ACFC/INF/OP/I(2001)001, 22 septembre 2000, para. 39; Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la République tchèque, ACFC/INF/OP/I(2002)002, 6 avril 2001, para. 60-62. En principe, le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales considère que l'assignation des enfants Roms à des établissements spéciaux devrait n'avoir lieu qu'en cas d'absolue nécessité, et uniquement après la réalisation auprès des enfants concernés de tests méthodiques, objectifs, approfondis, et évitant le recours à des questions partiales d'un point de vue culturel. Le Comité consultatif encourage en revanche la création de classes dites "zéro" préparant les enfants Roms à un enseignement scolaire de base, en particulier en favorisant l'acquisition de la langue de l'enseignement; il encourage également la création de postes de conseillers pédagogiques roms dans les établissements scolaires (Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la République tchèque, ACFC/INF/OP/I(2002)002, 6 avril 2001, para. 63). Ces mesures doivent s'analyser comme des formes d'aménagement raisonnable au bénéfice des membres de cette minorité. Elles rejoignent la Recommandation R(2000)4, précitée, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, selon laquelle « Des structures de soutien adéquates devraient être mises en place afin de permettre aux enfants roms/tsiganes de bénéficier, notamment par le biais d'actions positives, de l'égalité des chances à l'école » (principe directeur 6); et qui précise encore que « Les Etats membres sont invités à fournir les moyens nécessaires à la mise en œuvre des politiques et des mesures susmentionnées afin de combler le fossé entre les écoliers roms/tsiganes et ceux appartenant à la population majoritaire » (principe directeur 7).

<sup>313</sup> Le Comité consultatif pour la protection des minorités nationales a constaté, à propos de la Hongrie, que "la séparation de fait augmente dans les écoles, (...) en raison du fait que des parents retirent leurs enfants des écoles accueillant des élèves rom. En outre, la réticence que manifestent les parents rom à envoyer leurs enfants à l'école maternelle semble traduire une méfiance à l'égard du système éducatif. Si les autorités hongroises se doivent sans conteste de respecter le principe du choix parental, elles doivent, dans le même temps, se garder de laisser se développer de tels phénomènes et prendre des mesures pour y remédier" (Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur la Hongrie, ACFC/INF/OP/I(2001)004, para. 43).

<sup>314</sup> Voy. par exemple le rapport *Vaincre les obstacles – L'accès des femmes roms à la santé publique*, précité.

<sup>315</sup> Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Avis sur l'Italie, ACFC/INF/OP/I(2002)007, para. 25.

<sup>316</sup> Ceci a été souligné par exemple dans la contribution que le European Roma Rights Center (Centre européen des droits des Roms) a présentée lors de l'audition organisée par le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux le 16 octobre 2003.

Beaucoup de Roms n'ont pas de carte d'identité, de certificat de naissance ou d'autre document attestant de leur statut juridique. Or, ces documents sont souvent requis pour accéder aux services publics. L'apatridie et l'absence de statut dans le pays de résidence, associées à divers problèmes de documents, bloquent l'accès à divers droits dont la santé. Ces situations résultent de divers facteurs – barrières économiques, manque d'information, critères d'éligibilité, notamment – qui ont des conséquences disproportionnées sur les Roms, ainsi que de la discrimination exercée par les autorités locales. Il faudrait amener les autorités à une prise de conscience de la situation des Roms. Il faudrait aussi favoriser la flexibilité dans l'application des exigences d'accès au statut juridique concernant les Roms (mais aussi les autres groupes objets de discrimination), afin qu'ils puissent jouir d'un accès égal aux services publics.

La directive 2000/43/CE n'interdit pas les discriminations dans l'octroi de documents administratifs. Or, ceci est souvent une condition d'accès à certains avantages sociaux qui constituent, en particulier pour les populations marginalisées, un outil fondamental d'intégration. Une directive spécifique aux Roms, pour ce motif encore, est indispensable. L'article 13 CE constitue la base juridique adéquate.

*La discrimination fondée sur l'âge dans l'assurance en responsabilité civile automobile*

Au cours de la période sous examen, l'attention du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a également été attirée sur la diversité des pratiques tarifaires dans le domaine des assurances en responsabilité civile automobile, et sur le risque de discriminations qu'entraînait le principe de la liberté tarifaire, combiné avec l'usage de la méthode actuarielle pour déterminer le montant des primes. Cette question est une question de droits fondamentaux, d'une part en raison de l'importance que peut représenter pour l'individu sa possibilité de circuler – surtout s'il habite des zones rurales ou non desservies en infrastructures de transports publics – alors que l'assurance responsabilité civile automobile est obligatoire, d'autre part précisément en raison de ce risque de discrimination.

Au moment de proposer au Conseil l'adoption – sur la base de l'article 13 CE – d'une Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services<sup>317</sup>, la Commission a noté que, spécialement dans les secteurs de l'assurance-vie, de l'assurance santé et de l'assurance automobile, le sexe était parfois utilisé – parce qu'il constitue un indicateur commode – comme substitut à d'autres indicateurs pourtant mieux valides, relatifs au mode de vie ou de consommation. La Commission a estimé devoir réagir à ce type de discrimination, dit "statistique", d'abord parce que "l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes constitue un droit fondamental et (...) la liberté de fixation des tarifs doit être subordonnée à ce droit"<sup>318</sup>, ensuite parce que les initiatives isolées des assureurs ou de certains Etats en vue d'interdire le recours au critère du sexe dans la détermination du montant des primes exposait les assureurs qui y renoncent au risque de devoir aller vers une hausse générale des primes pour compenser le fait qu'un nombre disproportionné des membres du sexe bénéficiant du changement allait faire appel à eux. Ce raisonnement peut être tenu également à propos du recours à l'indicateur que constitue l'âge du conducteur dans le secteur de l'assurance en responsabilité civile automobile.

Le législateur communautaire est encouragé à agir en vue d'interdire la discrimination fondée sur l'âge dans le secteur de l'assurance responsabilité civile automobile<sup>319</sup>. Une telle intervention est d'autant plus souhaitable que des doutes existent à l'heure actuelle quant à la possibilité pour les Etats membres, le cas échéant, d'envisager d'imposer une telle interdiction. Dans un échange de correspondance avec une association de consommateurs qui lui a posé cette question<sup>320</sup>, la

<sup>317</sup> COM(2003)657 final, du 5.11.2003. Voy. ci-après, sous l'article 23 de la Charte.

<sup>318</sup> Exposé des motifs de la proposition de directive précitée, p. 8.

<sup>319</sup> En ce qui concerne la race ou l'origine ethnique, l'obligation pour les Etats membres d'interdire le recours à ces critères découle de l'adoption de la directive 2000/43/CE, dont le champ d'application englobe le service que constitue l'assurance.

<sup>320</sup> Réponse du 5 juin 2003 au courrier de l'association Test-Achats, du 18 avril 2003, p. 4. Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux n'a cependant pas reçu copie de cette correspondance.

Commission européenne aurait avancé que le principe de la liberté tarifaire de l'assureur pouvait faire obstacle à ce que soit exclu par le législateur national le recours au critère de l'âge dans le calcul du montant des primes exigées du preneur d'assurance en responsabilité civile automobile. Il est vrai que dans un arrêt du 25 février 2003<sup>321</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que le législateur communautaire avait consacré « le principe de la liberté tarifaire dans le secteur de l'assurance non-vie, y compris en ce qui concerne l'assurance obligatoire telle que l'assurance responsabilité civile liée à la circulation automobile » (point 29), pour en déduire en l'espèce qu'« en ayant institué et maintenu en vigueur un système de blocage des prix, applicable à tous les contrats d'assurance responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs couvrant un risque situé sur le territoire italien, sans distinction entre les compagnies d'assurances ayant leur siège en Italie et celles y exerçant leurs activités par l'intermédiaire de succursales ou en régime de libre prestation des services », la République italienne avait violé ledit principe et ainsi manqué aux obligations que lui impose le droit communautaire. Il n'y a pas lieu ici de prendre position sur la signification que la Commission entend attribuer à cette jurisprudence, ni, à plus forte raison, sur la formulation que reçoit dans cet arrêt le « principe de la liberté tarifaire » dans le secteur de l'assurance non-vie<sup>322</sup>. Il suffit de noter que, si la Commission estime, à tort ou à raison, que le législateur national ne peut sans porter atteinte à ce principe garantir les conducteurs jeunes ou âgés contre le risque de discrimination liée à l'âge dans le secteur de l'assurance responsabilité civile automobile, elle doit examiner avec d'autant plus de soin s'il n'est pas opportun de fonder sur l'article 13 CE une intervention communautaire se substituant à l'initiative des Etats membres.

*Non-discrimination fondée sur la nationalité entre ressortissants d'Etats membres, dans le domaine d'application de traités*

L'article 12 al. 1 CE prévoit que « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la

<sup>321</sup> C.J.C.E., 25 février 2003, *Commission c. Italie*, C-59/01, non encore publié.

<sup>322</sup> Le principe de la « liberté tarifaire » est déduit par la Cour des articles 6, 29 et 39 de la directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive « assurance non-vie » (JO L 228, p. 1). La première disposition citée modifie l'article 8 § 3 de la directive 73/239/CEE qui prévoit dorénavant que, si les États membres peuvent prévoir l'approbation des statuts et la communication par l'assureur de tout document nécessaire à l'exercice normal du contrôle, toutefois ils ne peuvent exiger « l'approbation préalable ou la communication systématique des conditions générales et spéciales des polices d'assurance, des tarifs et des formulaires et autres imprimés que l'entreprise a l'intention d'utiliser dans ses relations avec les preneurs d'assurance », ni imposer « la notification préalable ou l'approbation des majorations de tarifs proposées », sauf « en tant qu'élément d'un système général de contrôle des prix ». La seconde disposition citée énonce que « Les États membres ne prévoient pas de dispositions exigeant l'approbation préalable ou la communication systématique des conditions générales et spéciales des polices d'assurance, des tarifs et des formulaires et autres imprimés qu'une entreprise d'assurance se propose d'utiliser dans ses relations avec les preneurs d'assurance. Dans le but de contrôler le respect des dispositions nationales relatives aux contrats d'assurance, ils ne peuvent exiger que la communication non systématique de ces conditions et de ces autres documents, sans que cette exigence puisse constituer pour l'entreprise une condition préalable de l'exercice de son activité. Les États membres ne peuvent maintenir ou introduire la notification préalable ou l'approbation des majorations des tarifs proposés qu'en tant qu'élément d'un système général de contrôle des prix » (article 29 de la directive 92/49/CEE). La troisième disposition citée, l'article 39 de la directive 92/49/CEE, dit aux §§ 2 et 3 que « 2. Les États membres ne prévoient pas de dispositions exigeant l'approbation préalable ou la communication systématique des conditions générales et spéciales des polices d'assurance, des tarifs et des formulaires et autres imprimés qu'une entreprise d'assurance se propose d'utiliser dans ses relations avec les preneurs d'assurance. Dans le but de contrôler le respect des dispositions nationales relatives aux contrats d'assurance, ils ne peuvent exiger que la communication non systématique de ces conditions et de ces autres documents, sans que cette exigence puisse constituer pour l'entreprise une condition préalable de l'exercice de son activité. Les États membres ne peuvent maintenir ou introduire la notification préalable ou l'approbation des majorations des tarifs proposés qu'en tant qu'élément d'un système général de contrôle des prix. » La Cour de justice estime que ces interdictions consacrent « le principe de la liberté tarifaire dans le secteur de l'assurance non-vie, y compris en ce qui concerne l'assurance obligatoire telle que l'assurance responsabilité civile liée à la circulation automobile » (point 29). Elle juge que l'article 28 de la directive 92/49/CEE (« L'État membre où le risque est situé ne peut empêcher le preneur d'assurance de souscrire un contrat conclu avec une entreprise d'assurance agréée dans les conditions énoncées à l'article 6 de la directive 73/239/CEE pour autant qu'il ne soit pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'État membre où le risque est situé ») « ne saurait (...) être interprétée de manière à priver d'effet utile les dispositions mentionnées au point 28 du présent arrêt, qui énoncent expressément les motifs justifiant une dérogation au principe de la liberté tarifaire » (point 31 de l'arrêt).

nationalité ». L'article 17 CE énonce quant à lui que « 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité ». Selon la jurisprudence communautaire, cette dernière disposition « n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire. (...) Les éventuelles discriminations dont les ressortissants d'un État membre peuvent faire l'objet au regard du droit de cet État relèvent du champ d'application de celui-ci, en sorte qu'elles doivent être résolues dans le cadre du système juridique interne dudit État »<sup>323</sup>. Dans un arrêt *Garcia Alvello* du 2 octobre 2003, la Cour de justice des Communautés européennes estime, en réponse à une question d'interprétation du droit communautaire qui lui était soumise par le Conseil d'État belge, qu'aboutit à une discrimination fondée sur la nationalité, interdite en vertu des articles 12 CE et 17 CE, le refus opposé par les autorités belges, à des enfants ayant la double nationalité belge et espagnole et ayant toujours séjourné en Belgique, d'adopter un nom patronymique composé, selon les règles régissant l'attribution de celui-ci en Espagne, d'un nom composé de celui du père et de celui de la mère. Les dispositions citées du traité de Rome, selon la Cour, s'opposent à ce que « l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre » (point 45). Selon la Cour, dès lors qu'il avait exercé sa liberté de circulation en Belgique, M. Garcia Alvello se situait *ratione materiae* sous le champ d'application du droit communautaire, et dès lors devait pouvoir invoquer le bénéfice de l'interdiction de la discrimination à raison de la nationalité : « Parmi les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire figurent celles relatives à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, notamment celles relevant de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 18 CE » (point 24)<sup>324</sup>.

## Article 22. Diversité culturelle et religieuse

Sur la protection des minorités nationales à travers l'interdiction de discrimination fondée sur l'appartenance à la minorité nationale, il est renvoyé au commentaire de l'article 21 de la Charte.

## Article 23. Égalité entre hommes et femmes

### *Extension de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans les biens et services*

Le principal développement concernant cette disposition de la Charte des droits fondamentaux est la proposition par la Commission d'une Directive du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, dont l'article 13 CE constituerait la base juridique<sup>325</sup>. Pour importante et bienvenue que soit cette initiative, elle appelle cependant à ce stade peu d'observations. La directive est en effet étroitement inspirée de la directive 2000/43/CE du Conseil, 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<sup>326</sup>, de manière telle que les concepts auxquels la proposition prétend faire appel sont déjà familiers.

<sup>323</sup> C.J.C.E., 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, aff. jtes C-64/96 et C-65/96, *Rec.* p. I-3171, point 23.

<sup>324</sup> Voy. not. C.J.C.E., 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, C-274/96, *Rec.* p. I-7637, points 15 et 16.

<sup>325</sup> COM(2003)657 final, du 5.11.2003.

<sup>326</sup> JO L 180 du 19.7.2000, p. 22.

Il y a cependant lieu de regretter que le Préambule proposé justifie l'exemption de l'application du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes au contenu ou de la publicité par l'invocation du respect dû à la liberté et le pluralisme des médias (11<sup>ème</sup> considérant de la proposition). On n'aperçoit pas le motif de justifier par une référence aux droits fondamentaux ce qui est le résultat, heureux ou non, d'un arbitrage politique entre des intérêts opposés. D'une part, une telle référence révèle une compréhension insuffisante des libertés qui sont invoquées. Le Comité des droits de l'homme a clairement indiqué dans son Observation générale n° 28 « Égalité des droits entre hommes et femmes » adoptée à sa 1834<sup>ème</sup> séance (soixante-huitième session), le 29 mars 2000 : « Comme la publication et la diffusion de matériels obscènes et pornographiques qui présentent les femmes et les filles comme des objets de violence ou de traitement dégradant ou inhumain ne peuvent qu'encourager ces types de traitement à l'égard des femmes et des filles, les États parties devraient fournir des renseignements sur les mesures légales prises pour en limiter la publication et la diffusion » (§ 27). Si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'étendue de la liberté d'expression garantie à l'article 10 de la Convention européenne de droits de l'homme dans ce contexte, il est probable qu'elle considérerait que celle-ci ne fait pas obstacle à l'intervention législative justifiée au nom de la nécessité de protéger l'égalité de dignité de la femme<sup>327</sup>. D'autre part, il faut prendre garde à ce que la référence, dans ce contexte, à la liberté et au pluralisme des médias, ne serve de précédent lorsqu'il s'agira de justifier une intervention en vue de combattre l'incitation à la haine ou la discrimination raciale, par exemple. Le fait que l'article 22bis de la Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle<sup>328</sup>, modifiée par la Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997<sup>329</sup>, prévoit que « Les États membres veillent à ce que les émissions ne contiennent aucune incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité », suffit d'ailleurs à montrer la fragilité de l'invocation de la liberté d'expression dans le contexte où il figure dans le préambule de la Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services dont l'adoption est proposée au Conseil. Il convient donc de supprimer la référence que fait ce Préambule à la liberté d'expression et au pluralisme des médias.

Il y a lieu également de regretter que le recours à la présentation de statistiques afin de créer une présomption de discrimination ne doit pas explicitement défini comme un mode de preuve que les États membres doivent admettre. La répartition de la charge de la preuve est admise en matière civile (article 8 §§ 1 et 3). Mais une grande liberté d'appréciation est laissée aux États quant à la nature de « faits » dont la présentation par la victime permettra de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. La nécessité que le recours de la victime corresponde bien aux exigences d'effectivité doit définir la limite, sur ce plan, de l'autonomie procédurale des États membres. Il est permis de rappeler à cet égard que, dans l'affaire *Enderby*, c'est en tenant compte de ce que la demanderesse avait mis en avant des données statistiques permettant d'établir une apparence de discrimination que la Cour a considéré que « Dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée. En effet, les travailleurs seraient privés du moyen de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si la présentation d'éléments permettant de révéler une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à l'employeur la charge de prouver que la différence de rémunération n'est pas, en réalité, discriminatoire. »<sup>330</sup> Le législateur communautaire devrait tenir compte de cette jurisprudence dans la rédaction de l'article 8 de la directive et du 17<sup>ème</sup> considérant du Préambule.

<sup>327</sup> Voy., *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, req. n<sup>os</sup> 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, ici §§ 122-124.

<sup>328</sup> JO L 298 du 17.10.1989, p. 23.

<sup>329</sup> Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 202 du 30.7.1997, p. 60.

<sup>330</sup> C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, *Rec.*, p. I-5535, point 18.

*Développements de la jurisprudence communautaire*

Ce nouveau développement devrait enrichir encore l'acquis de la Communauté européenne, qui est déjà important en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Mais le droit dérivé qui a été adopté, d'abord sur la base des articles 119 et 235 du Traité CEE, puis à présent sur la base de l'article 141 CE, ne constitue jamais que la traduction d'un droit fondamental à l'égalité de traitement, qui figure parmi les principes généraux du droit communautaire dont la Cour de justice assure le respect, conformément à la compétence que lui reconnaît l'article 220 CE<sup>331</sup>. Il s'en suit que «qu'une disposition d'une directive adoptée par le Conseil en méconnaissance du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes serait entachée d'illégalité»<sup>332</sup>.

Dans l'arrêt du 9 septembre 2003 qui rappelle ce principe, la Cour de justice des Communautés européennes estime que ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes une disposition d'une directive communautaire<sup>333</sup> prévoyant que les études de médecine générale, bien qu'elles puissent être autorisées à temps partiel par les Etats membres, doivent même dans ce cas comporter un certain nombre de périodes de formation à plein temps. La Cour note que «le pourcentage de femmes travaillant à temps partiel est beaucoup plus élevé que le pourcentage de la population active masculine exerçant une activité professionnelle à temps partiel. Ce fait, qui s'explique notamment par une division inégale entre les femmes et les hommes des tâches familiales, démontre qu'un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes souhaitant se former en médecine générale aurait des difficultés à poursuivre un travail à plein temps pendant une certaine partie de leur formation. Une telle exigence désavantage donc en fait particulièrement les femmes par rapport aux hommes» (point 35). Elle estime néanmoins que le législateur communautaire a pu considérer qu'une préparation adéquate à un exercice effectif de la médecine générale exigeait un certain nombre de périodes de formation à plein temps, dès lors qu'elle permet au médecin «d'acquérir l'expérience nécessaire en suivant les pathologies des patients telles qu'elles peuvent évoluer dans le temps ainsi que d'accumuler une expérience suffisante dans les diverses situations susceptibles de se présenter plus particulièrement dans une pratique de médecine générale» (point 40). Dès lors la Cour en déduit que l'exigence qu'une partie au moins de la formation s'effectue à plein temps doit être considérée comme justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, malgré l'impact disproportionné auquel l'on peut s'attendre sur les femmes.

L'on soulignera que l'arrêt n'exclut d'aucune manière que puisse porter atteinte à l'égalité de traitement entre hommes le législateur national qui imposerait une durée de la formation à plein temps disproportionnée par rapport à l'objectif qui peut justifier cette exigence. Compte tenu du risque que, sous couvert de l'article 5 § 1<sup>er</sup> de la directive 86/457, le législateur national se rende coupable de discrimination indirecte envers les femmes, il serait recommandé de fixer la limite maximale à ne pas dépasser, en fonction de l'objectif assigné par le législateur communautaire.

Une deuxième affaire peut être considérée comme significative pour la période sous examen. La Cour confirme que constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, interdite par l'article 5 de la directive 76/207/CEE, la prise en considération, dans la décision de l'employeur, de la grossesse<sup>334</sup>. Mme Busch avait en réalité choisi, de commun accord avec son employeur, une clinique privée, de mettre fin prématurément au congé parental d'éducation dont elle bénéficiait, afin de reprendre ses activités professionnelles. Elle avait ensuite annoncé qu'elle était enceinte, ce qui signifiait qu'elle allait percevoir des allocations de maternité, plus élevées que les allocations d'éducation, ainsi que le

<sup>331</sup> C.J.C.E., 15 juin 1978, *Defrenne* (« n°3 »), 149/77, *Rec.* p. 1365, points 26 et 27, et C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S.*, C-13/94, *Rec.* p. I-2143, point 19.

<sup>332</sup> C.J.C.E. (ass. plén.), 9 septembre 2003, *Rinke*, C-25/02, point 27.

<sup>333</sup> Voy. l'article 5 de la directive 86/457/CEE du Conseil, du 15 septembre 1986, relative à une formation spécifique en médecine générale (JO L 267, p. 26), à présent incorporée à l'article 34 de la directive 93/16/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres (JO L 165, p. 1).

<sup>334</sup> C.J.C.E., 27 février 2003, *Busch*, C-320/01, non encore publié.

supplément aux allocations de maternité versé par l'employeur. Son employeur lui reprochait une déloyauté, puisqu'elle ne l'avait pas informé de son état de grossesse au moment d'évoquer sa réintégration professionnelle. La Cour de justice estime cependant qu'un tel devoir d'information ne saurait pas s'imposer : « Dès lors que l'employeur ne peut prendre en considération l'état de grossesse de la travailleuse pour l'application des conditions de travail de cette dernière, l'intéressée n'est pas tenue d'informer l'employeur qu'elle est enceinte » (point 40). Le caractère absolu de la protection de la femme vis-à-vis des discriminations fondées sur la grossesse – qui sont des discriminations directement fondées sur le sexe, selon la jurisprudence constante de la Cour<sup>335</sup> – se trouve réaffirmé dans cet arrêt.

Dans l'affaire *Dory*,<sup>336</sup> était demandé à la Cour de justice de se prononcer sur les exigences de l'article 2 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail<sup>337</sup>, dans un contexte où un homme se plaignait de l'atteinte à l'égalité entre les hommes et femmes que comporterait le service militaire obligatoire. M. Dory faisait valoir que le service militaire obligatoire a pour effet d'interdire l'exercice d'une profession pendant la période où il est effectué et, ainsi, de retarder l'accès à la vie professionnelle. La Cour rejette cet argument. Conformément à sa jurisprudence<sup>338</sup>, elle considère que « les décisions des États membres relatives à l'organisation de leurs forces armées ne sauraient échapper totalement à l'application du droit communautaire, en particulier lorsque est en cause le respect du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes à l'occasion de rapports d'emploi, notamment en matière d'accès aux professions militaires. Toutefois, il n'en résulte pas que le droit communautaire régit les choix d'organisation militaire des États membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ou de leurs intérêts essentiels. » (point 35). La Cour estime en effet qu'il appartient aux États membres, « qui ont à arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, de prendre les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées » (point 36). L'arrêt traduit l'idée qu'exprime l'article 6 § 3 UE – bien que cette disposition, citée par la Commission dans ses observations, n'ait pas été mentionnée par la Cour –, selon laquelle l'Union doit respecter l'identité nationale de ses États membres, là notamment où sont en jeu les intérêts essentiels de l'État.

L'affaire *Kutz-Bauer*<sup>339</sup> aborde une question plus classique. La Cour avait à répondre à la question de savoir si aboutit à une violation des articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, une convention collective applicable à la fonction publique, autorisant les employés de sexe masculin et de sexe féminin à bénéficier du travail à temps partiel en raison de l'âge uniquement jusqu'à la date à laquelle il est possible de faire valoir pour la première fois ses droits à une pension de retraite complète selon le régime légal de l'assurance pension. En effet, le groupe des personnes pouvant prétendre à une pension complète dès l'âge de 60 ans étant composé presque exclusivement de femmes alors que celui des personnes ne pouvant percevoir une pension de retraite complète qu'à compter de l'âge de 65 ans est composé presque exclusivement d'hommes, la condition mise au bénéfice du travail à temps partiel en fin de carrière pouvait constituer une discrimination indirecte à raison du sexe. Ainsi que la Cour résume l'enjeu :

<sup>335</sup> C.J.C.E., 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec.* p. I-3941.

<sup>336</sup> C.J.C.E., 11 mars 2003, *Dory*, C-186/01, non encore publié.

<sup>337</sup> JO L 39, p. 40. Cette directive a été modifiée depuis par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, JO L 269 du 5.10.2002, p. 15.

<sup>338</sup> C.J.C.E., 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, *Rec.* p. I-69 (porte atteinte à l'égalité de traitement l'exclusion des femmes de l'ensemble des emplois de l'armée allemande).

<sup>339</sup> C.J.C.E., 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, non encore publié. Voy. également, intervenu au cours de la période sous examen, mais qui ne fait que confirmer les principes applicables à la matière, l'arrêt du 11 septembre 2003, *Steinicke*, C-77/02, non encore publié (régime de fin de carrière dans la fonction publique allemande, dont le bénéfice était cependant subordonné à la condition, supprimée depuis par la loi allemande, d'avoir travaillé au moins trois ans à temps plein dans les cinq dernières années précédant l'entrée dans le régime de fin de carrière). Enfin, autour de mêmes principes, voy. C.J.C.E., 23 octobre 2002, *Schönheit et Becker*, C-4/02 et C-5/02, non encore publié.

« tandis que tant les travailleurs féminins que les travailleurs masculins peuvent bénéficier du régime de travail à temps partiel à partir de l'âge de 55 ans avec le consentement de leur employeur, la grande majorité des travailleurs qui ont le droit de bénéficier dudit régime pour une période de cinq ans, à partir de l'âge de 60 ans, sont masculins » (point 49). La Cour rappelle qu'il revient à la juridiction nationale, en pareille situation, d'examiner si, en dépit du caractère suspect d'une telle mesure, elle peut être justifiée par des raisons objectives et étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe. Néanmoins elle prend soin de rappeler que « si des considérations d'ordre budgétaire peuvent être à la base des choix de politique sociale d'un État membre et peuvent influencer la nature ou l'étendue des mesures de protection sociale qu'il souhaite adopter, elles ne constituent toutefois pas en elles-mêmes un objectif poursuivi par cette politique et, partant, ne sauraient justifier une discrimination au détriment de l'un des sexes » (point 59). Dès lors, pour légitime qu'il soit, le souci de faire l'économie des charges supplémentaires qu'entraînerait l'admission des travailleurs féminins au bénéfice du régime du travail à temps partiel ne pourrait constituer par lui-même une justification suffisante de la mesure en cause.

#### **Article 24. Droits de l'enfant**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen concernant la garantie de cette disposition.

#### **Article 25. Droit des personnes âgées**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen concernant la garantie de cette disposition. Il faut cependant souligner que la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en matière d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail devait faire l'objet d'une transposition par les Etats membres pour le 2 décembre 2003. A juste titre, la Commission européenne, agissant selon les fonctions que lui confère l'article 211 CE, a accordé la priorité à surveiller la mise en œuvre que les Etats membres ont fait de cet instrument.

#### **Article 26. Intégration des personnes handicapées**

Les institutions de l'Union ont pris récemment un nombre important d'initiatives destinées à favoriser l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées. L'on relève en particulier les initiatives suivantes :

- Le Règlement (CE) n° 2204/2002 de la Commission du 12 décembre 2002 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi<sup>340</sup> considère que certaines catégories d'aides à l'emploi et notamment visant à favoriser l'emploi des catégories défavorisées, parmi lesquelles les travailleurs ayant un handicap<sup>341</sup>, doivent être considérées comme compatibles avec le marché commun et exemptées de notification au sens des articles 87 § 3 CE et 88 § 3 CE. Ainsi que le note le préambule du Règlement, la Commission estime que « Certaines catégories de travailleurs ont de grandes difficultés à trouver un emploi, car les employeurs les considèrent comme moins productifs, soit parce qu'ils n'ont pas d'expérience professionnelle récente (par exemple, les jeunes et les chômeurs de longue durée), soit parce qu'ils souffrent d'un handicap permanent. Les aides à l'emploi destinées à inciter l'ensemble des entreprises à recruter ce type de travailleurs sont justifiées par le fait que la productivité moindre de ces derniers réduit l'avantage financier de l'entreprise et par le fait qu'ils tirent également profit de l'aide et risqueraient de rester exclus du marché du travail si ces mesures

<sup>340</sup> JO L 337 du 13.12.2002, p. 3.

<sup>341</sup> L'Article 2, g) du Règlement définit le "travailleur ayant un handicap" comme « toute personne: (i) reconnue comme handicapée selon la loi nationale; ou (ii) ayant une infirmité physique, mentale ou psychologique reconnue comme grave ».

incitatives n'étaient pas offertes aux employeurs. Il convient par conséquent d'autoriser les régimes prévoyant ce type d'aides, quels que soient la taille ou le lieu d'établissement du bénéficiaire.» (23<sup>ième</sup> considérant).

De manière à éviter que les entreprises bénéficiant d'une aide destinée à favoriser l'emploi des travailleurs handicapés ne se voient accorder par là un avantage compétitif, entraînant une distorsion de la concurrence, la Commission estime que les régimes qui prévoient des aides allant au-delà de l'aide initiale à l'embauche doivent être exemptés de notification « à condition de démontrer que les aides n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour compenser la productivité moindre de ces travailleurs, les coûts annexes liés à leur embauche ou les coûts de la création ou du maintien de l'emploi protégé » (25<sup>ième</sup> considérant). L'article 6 du Règlement, relatif au surcoût lié à l'emploi des personnes ayant un handicap, pourrait être amené à jouer un rôle important à l'avenir. Il prévoit l'exemption de l'aide destinée à compenser ces coûts pourvu qu'elle « n'excède pas le montant nécessaire pour compenser toute baisse de productivité résultant des handicaps du ou des travailleurs et l'ensemble des coûts liés: a) à l'adaptation des locaux; b) à l'emploi de personnes chargées uniquement d'assister le ou les travailleurs handicapés; c) à l'adaptation des équipements existants ou à l'acquisition de nouveaux équipements afin qu'ils puissent être utilisés par ces travailleurs, qui s'ajoutent à ceux que le bénéficiaire de l'aide aurait supportés s'il avait employé des travailleurs ne souffrant pas d'un handicap, au cours de la période pendant laquelle le ou les travailleurs handicapés ont été effectivement employés ». Ceci constitue un incitant évident pour que les Etats facilitent aux employeurs le respect de l'obligation qui leur est imposée par la directive 2000/78/CE, d'aménager l'environnement de travail de la personne handicapée afin d'en rendre possible le recrutement et l'intégration au sein de l'entreprise. Le potentiel de la directive serait ainsi maximisé si les Etats, développant un tel régime d'aides, coopèrent loyalement à l'objectif – augmenter le taux d'emploi des personnes handicapées – qui a présidé à son adoption.

- Le 15 juillet 2003, le Conseil a adopté une Résolution relative à la promotion de l'emploi et de l'intégration sociale des personnes handicapées<sup>342</sup> dans laquelle, faisant référence en particulier aux articles 21 et 26 de la Charte des droits fondamentaux, il appelle les Etats membres à « encourager l'intégration et la participation pleines et entières des personnes handicapées en ce qui concerne tous les aspects de la société en reconnaissant qu'elles ont des droits égaux à ceux des autres citoyens »<sup>343</sup> ; à « supprimer les obstacles à l'intégration et à la participation des personnes handicapées sur le marché du travail, en mettant en oeuvre des mesures destinées à assurer l'égalité de traitement et en améliorant l'intégration et la participation à tous les niveaux du système d'éducation et de formation » ; à « poursuivre leurs efforts pour faciliter l'accès des personnes handicapées à l'éducation et à la formation tout au long de la vie et, dans ce contexte, à accorder une attention particulière à une utilisation sans entraves des nouvelles technologies de l'information et de la communication et d'Internet pour améliorer la qualité de l'apprentissage, de la formation professionnelle et de l'accès à l'emploi »<sup>344</sup> ; à « supprimer les obstacles qui entravent la participation des personnes handicapées à la vie sociale, et notamment à la vie active, et à empêcher la création de nouveaux obstacles grâce à la promotion du principe "conçu pour tous" ». La présentation des plans nationaux d'action des Etats dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi pourrait constituer un instrument privilégié afin d'augmenter le taux d'emploi et l'intégration sociale des personnes handicapées. La Résolution encourage les Etats à « à envisager la possibilité de prendre au niveau national et européen des mesures qui soient, cohérentes avec les objectifs de la stratégie européenne pour l'emploi, en vue de promouvoir l'emploi des

<sup>342</sup> JO C 175 of 24.7.2003, p. 1.

<sup>343</sup> La vie culturelle n'est pas le moindre des aspects de la société auxquels les personnes handicapées doivent pouvoir participer dans des conditions d'égalité : voy. Résolution du Conseil du 6 mai 2003 concernant l'accès des personnes handicapées aux infrastructures et activités culturelles, JO C 134 du 7.6.2003, p. 7.

<sup>344</sup> Sur ceci, il est renvoyé également à une autre résolution adoptée par la Conseil au cours de la période sous examen : Résolution du Conseil du 6 février 2003 relative à "eAccessibility" - Améliorer l'accès des personnes handicapées à la société de la connaissance, JO C 39 du 18.2.2003, p. 5.

personnes handicapées », ainsi qu' « à mettre davantage l'accent sur les questions concernant les personnes handicapées lors de l'élaboration des futurs plans d'action nationaux contre l'exclusion sociale et la pauvreté ». Enfin, une surveillance systématique de l'impact des politiques publiques sur la situation professionnelle et sociale des personnes handicapées étant indispensable dans une stratégie globale visant à améliorer leur intégration, la Résolution appelle les Etats « à renforcer l'intégration de la dimension du handicap dans toutes les politiques pertinentes aux niveaux de la formulation, de la mise en oeuvre, du suivi et de l'évaluation des mesures » ; et elle insiste opportunément sur la nécessité d'améliorer la collecte et le traitement de statistiques à cet égard, ainsi qu'à coopérer pleinement avec les organisations traitant des questions relatives au handicap ou représentatives des personnes handicapées.

- Le 22 juillet 2003, agissant dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi, le Conseil a adopté les plus récentes lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres<sup>345</sup>. L'approche de la question de l'intégration des personnes handicapées n'est pas particulièrement novatrice. Le Conseil rappelle que « L'intégration effective des personnes défavorisées sur le marché du travail permettra d'améliorer l'insertion sociale, les taux d'emploi et la pérennité des systèmes de protection sociale. Les solutions politiques doivent s'attaquer à la discrimination, proposer une approche personnalisée aux besoins des individus et créer des possibilités d'emplois adéquates grâce à des mesures d'incitation à l'embauche destinées aux employeurs. (...) L'accès au marché du travail constitue une priorité majeure pour ces personnes qui sont, selon les estimations, près de 37 millions dans l'Union européenne, et dont un grand nombre a la capacité et le désir de travailler » (17<sup>ième</sup> considérant). Mais la 7<sup>ième</sup> ligne directrice, consacrée à l'intégration à l'emploi des personnes défavorisées sur le marché du travail et à la lutte contre la discrimination dont elles font l'objet, reste formulée en termes peu exigeants pour les Etats. En outre, elle met l'accent sur la nécessité d'une adaptation de la personne handicapée aux exigences du marché du travail (son « employabilité »), sans insister corrélativement sur la nécessaire adaptation des entreprises aux exigences de la diversité, au-delà de l'exigence élémentaire de non-discrimination. Cette ligne directrice prévoit en effet que « Les États membres favoriseront l'intégration des personnes confrontées à des difficultés spécifiques sur le marché du travail, comme (...) les personnes handicapées, (...) en développant leur capacité d'insertion professionnelle, en multipliant les possibilités d'emploi et en luttant contre toutes les formes de discrimination à leur égard. Les politiques auront en particulier pour objectif d'obtenir, d'ici 2010 (...) une réduction significative dans chaque État membre des écarts en termes de taux de chômage pour les personnes défavorisées, conformément aux objectifs et aux définitions nationales éventuelles ».

- Le 30 octobre 2003, la Commission a présenté sa Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions « Égalité des chances pour les personnes handicapées: un plan d'action européen »<sup>346</sup>. La communication bâtit sur le momentum créé par l'Année européenne des personnes handicapées afin de présenter les initiatives en cours et, surtout, à venir. La communication de la Commission se fonde sur l'idée que la création d'une « société axée sur une pleine intégration » constitue un objectif pour l'Union et qu'à cet égard, « la lutte contre la discrimination et la promotion de la participation des personnes handicapées à la vie économique et sociale jouent un rôle fondamental ». Elle vise l'élimination des barrières créées par l'environnement à l'intégration des personnes handicapées dans la vie économique et sociale. Les trois objectifs stratégiques pour l'avenir que la Communication met en avant sont : assurer la pleine application de la directive 2000/78/CE relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et lancer le débat sur la future stratégie de lutte contre la discrimination ; réussir l'intégration des questions de handicap dans les politiques communautaires concernées et les processus existants

<sup>345</sup> Décision du Conseil du 22 juillet 2003 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, JO L 197 du 5.8.2003, p. 13.

<sup>346</sup> COM(2003)650 final, du 30.10.2003.

(« mainstreaming » de la question du handicap) ; et améliorer l'accessibilité aux biens, aux services et à l'environnement bâti, selon le principe de l'« accessibilité pour tous » (« Design for All »). Un Rapport biennal sur la situation générale des personnes handicapées dans l'Union européenne élargie devra être préparé à l'avenir, portant sur les efforts accomplis dans le cadre des politiques communautaires pour promouvoir l'égalité des chances des personnes handicapées et reprenant « des contributions ciblées des États membres présentant leurs réalisations, notamment en ce qui concerne l'intégration des questions de handicap dans toutes les politiques nationales concernées ».

- Le 2 décembre 2003, le comité de conciliation réunissant des représentants du Conseil et du Parlement européen a pu dégager un accord sur le contenu de deux directives proposées dans le domaine des marchés publics<sup>347</sup>. Selon cet accord, les directives prévoient que le pouvoir adjudicateur devra autant que possible établir des spécifications techniques prenant en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou conçus pour tous les utilisateurs.

Ces réalisations et plans pour l'avenir doivent être examinés au regard des exigences de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux. Pour l'interprétation de ces exigences, l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée constitue une référence importante. En 2003, le Comité européen des droits sociaux a donné ses premières interprétations de l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée de 1996, dont le Comité considère qu'il « reflète et prolonge l'évolution de la politique qui a eu lieu depuis une bonne dizaine d'années à l'égard des personnes handicapées, les notions de protection sociale et de ségrégation ayant cédé la place à une approche axée sur l'inclusion et le choix ». Prolongeant l'interprétation donnée antérieurement à l'article 15 de la Charte sociale européenne de 1961, le Comité européen des droits sociaux estime dès lors que l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée comprend une exigence de non-discrimination – une lecture qui découlerait en tout état de cause de la combinaison de l'article 15 et de l'article E (Non-discrimination) de la Charte. Après avoir examiné les rapports remis par l'Italie et la Slovénie, le CEDS a adopté des conclusions négatives à propos de la conformité de ces États à chacun des trois paragraphes de l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée<sup>348</sup>. Ce qui importe dans le présent rapport cependant, ce ne sont pas les performances individuelles des États membres, mais plutôt l'interprétation donnée à l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée par le Comité européen des droits sociaux, dans la mesure où cette interprétation peut contribuer à évaluer si les institutions de l'Union respectent la disposition correspondante de la Charte des droits fondamentaux.

Le Comité européen des droits sociaux considère que

Parce que l'article 15 para. 1 de la Charte [sociale européenne] révisée mentionne expressément l'« éducation », le Comité considère qu'une législation antidiscriminatoire doit exister car elle revêt une importance en tant qu'outil favorisant l'intégration des enfants handicapés dans les réseaux éducatifs généraux ou ordinaires. Une législation de cette nature doit au minimum exiger qu'il y ait des motifs impérieux qui justifient le maintien d'un enseignement spécial ou séparé, et offrir des voies de recours effectives à ceux qui s'estiment illégalement exclus ou séparés, ou privés d'une quelque autre façon du droit effectif à l'éducation<sup>349</sup>.

<sup>347</sup> Les résultats des votes au Parlement européen et au Conseil devant être pris selon la règle de l'article 251 § 5 CE n'étaient pas connus au moment de la clôture de ce rapport.

<sup>348</sup> Le CEDS a également examiné le droit et la pratique de la France et de la Suède sous l'angle de ces dispositions. La France doit fournir au Comité des informations complémentaires avant que le Comité puisse conclure sur chacun des trois paragraphes de l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée. La Suède doit fournir des informations complémentaires concernant les para. 1 et 3 de l'article 15. Il n'est pas fait référence ici aux États parties à la Charte sociale européenne révisée qui ne sont pas des États membres de l'UE.

<sup>349</sup> Concl. 2003-1, p. 159 (France – Article 15 para. 1) ; Concl. 2003-1, p. 292 (Italie – Article 15 para. 1) ; Concl. 2003-2, p. 498 (Slovénie – Article 15 para. 1) ; Concl. 2003-2, p. 608 (Suède – Article 15 para. 1). Le Comité postpose sa conclusion concernant la conformité de la France à l'article 15 para. 1<sup>er</sup> de la Charte révisée, et demande à la France de commenter le fait que le nombre d'enfants handicapés placés dans des établissements spéciaux est nettement plus important

L'article 13 CE donne à la Communauté européenne la compétence requise pour prendre des mesures interdisant la discrimination dans l'éducation. L'article 26 de la Charte des droits fondamentaux, lu en conformité avec l'article 15 para. 1<sup>er</sup> de la Charte sociale européenne révisée, devrait inciter la Communauté à exercer cette compétence, dans la mesure où son intervention contribue une valeur ajoutée aux initiatives que les Etats membres peuvent prendre, chacun pour ce qui le concerne, afin de se conformer à cette disposition de la Charte sociale européenne révisée<sup>350</sup>. L'abstention de la Communauté à agir en ce sens, en l'absence d'une justification raisonnable, ne paraît pas conforme à l'objectif fixé par l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux. Il y a lieu dès lors d'encourager la Commission à élaborer une proposition en vue de l'adoption d'une telle législation, sous la forme d'une directive spécifiquement dirigée vers le handicap<sup>351</sup>. Une invitation à agir en ce sens avait été adressée à la Commission européenne par le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux dans son rapport portant sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002. Il y a lieu de regretter que l'opportunité de l'Année européenne des personnes handicapées, de 2003, n'ait pas été saisie par la Commission afin de proposer l'adoption d'une telle législation, sous la forme d'une directive spécifiquement dirigée vers le handicap<sup>352</sup>. Lorsque la Commission proposera ce nouvel instrument, il faudra examiner avec soin les conditions dans lesquelles est prévue l'interdiction de toute discrimination dans l'éducation, ce qui inclut, mais ne se ramène pas, à l'interdiction d'un enseignement séparé en l'absence de motifs impérieux<sup>353</sup>. Sur ce plan, les conclusions du Comité européen des droits sociaux sur la réclamation collective introduite par Autisme-Europe devraient amener des précisions utiles concernant le rapport entre le droit à l'éducation (article 17(1) de la Charte sociale européenne) et l'interdiction de la discrimination (article E)<sup>354</sup>.

La Communauté a voulu améliorer l'intégration professionnelle des personnes handicapées, en particulier par l'adoption de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>355</sup>. En adoptant cette directive et en assurant le suivi de sa transposition par les Etats membres, la Communauté européenne remplit ses obligations sous l'article 26 de la Charte des droits

---

que le nombre d'enfants handicapés placés dans des établissements ordinaires. Le Comité postpose également sa conclusion concernant la Suède. Quant à l'Italie et à la Slovaquie, le Comité conclut à l'absence de conformité de ces Etats avec l'article 15 para. 1<sup>er</sup> en l'absence d'une législation interdisant toute discrimination fondée sur le handicap dans le domaine de l'enseignement.

<sup>350</sup> Les principes de subsidiarité et de proportionnalité ne forment pas un obstacle à l'adoption d'une telle législation, ainsi que l'illustre l'adoption de la Directive 2000/43/CE du Conseil 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, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22 ; ainsi que celle de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16. Voy. aussi le raisonnement de la Commission, dans l'exposé des motifs qui présente sa proposition en vue d'une Directive du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, dont l'article 13 CE constituerait la base juridique, COM(2003) 657 final, of 5.11.2003, pp. 10-12.

<sup>351</sup> Le Forum européen des personnes handicapées (European Disability Forum) promeut une telle directive depuis début 2003. C'est encore un point sur lequel la représentante de cette organisation a insisté lors de l'audition organisée le 16 octobre 2003 par le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux.

<sup>352</sup> Le Forum européen des personnes handicapées (European Disability Forum) promeut une telle directive depuis début 2003. C'est encore un point sur lequel la représentante de cette organisation a insisté lors de l'audition organisée le 16 octobre 2003 par le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux.

<sup>353</sup> En effet, l'inclusion des enfants handicapés dans l'enseignement ordinaire ne suffit pas, le droit égal à l'éducation exigeant davantage que l'application des mêmes standards à tous, y compris à ceux dont les besoins sont spécifiques. Le Comité européen des droits sociaux exige que le curriculum normal soit adapté afin de prendre en compte le handicap ; que les enfants handicapés bénéficient de plans individualisés ; que des ressources soient mises à disposition de l'enseignement dispensé à ces enfants, permettant l'apport d'un personnel de soutien et d'assistance technique ; que les modalités d'évaluation ou d'examen tiennent compte du handicap, mais que, si des examens sont présentés dans des conditions spécifiques, les tiers n'en soient pas informés ; que tous les enfants se voient reconnaître les mêmes qualifications au terme de leur parcours scolaire, et fassent l'objet de la même évaluation lorsqu'ils quittent le système éducatif. Enfin, lorsque l'enseignement spécial est dispensé là où cela s'avère indispensable, le Comité insiste pour que cela donne lieu à des titres bénéficiant d'une reconnaissance identique et ouvrant l'accès au marché du travail ou à une formation professionnelle.

<sup>354</sup> Réclamation collective n° 13/2002 (les conclusions sont attendues pour le printemps 2004).

<sup>355</sup> JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

fondamentaux, dans la mesure où cette disposition renvoie à l'article 15(2) de la Charte sociale européenne révisée.

L'article 15 (3) de la Charte sociale européenne révisée concerne l'intégration et la participation des personnes handicapées à la vie sociale. Le Comité européen des droits sociaux considère que cette disposition requiert l'adoption de mesures positives visant à assurer l'intégration dans le logement, les transports, les télécommunications, les activités culturelles et de loisirs. L'article 15 (3) faisant référence également à la participation des personnes handicapées, le Comité estime que cette disposition exige « que les personnes handicapées et les organisations qui les représentent soient consultées pour l'élaboration et le suivi constant de ces mesures d'intervention positive, ce qui suppose l'existence d'un forum approprié »<sup>356</sup>. De plus, elle exige « une législation antidiscriminatoire qui couvre aussi bien la sphère publique que la sphère privée dans des domaines tels que le logement, les transports, les télécommunications, la culture et les loisirs, ainsi que des voies de recours effectives pour ceux qui ont eu à subir un traitement contraire à la loi »<sup>357</sup>. Pour des raisons identiques, *mutatis mutandis*, à celles mentionnées ci-dessus à propos du droit des enfants handicapés à une protection vis-à-vis de la discrimination dans l'enseignement, l'abstention de la Communauté à adopter des mesures antidiscriminatoires dans les domaines mentionnés ci-dessous, pourrait aboutir à une violation de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux<sup>358</sup>. L'on aboutirait à une telle conclusion dans les situations où, en l'absence d'une initiative de la Communauté visant à garantir que le principe de l'égalité de traitement sera mis en œuvre dans ces domaines, les Etats membres seront réticents à aller de l'avant, par exemple en raison de craintes liées aux conséquences budgétaires à court terme ou aux charges qu'ils aboutiraient à imposer aux entreprises opérant sur leur territoire alors que leurs concurrents situés sur d'autres Etats membres n'ont pas à rencontrer ces coûts supplémentaires. Il est dès lors particulièrement bienvenu que la Commission ait annoncé, au plus haut niveau politique, qu'une initiative serait proposée dans le cadre des compétences de la Communauté.

En conclusion, si les importantes initiatives que les institutions de l'Union ont prises pour assurer l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ne peuvent être sous-estimées, le passage d'un modèle médical à un modèle social, fondée sur l'idée de l'égalité des droits, réclame davantage. Par exemple, l'insistance sur la responsabilité sociale des entreprises, et la tendance, dès lors à mettre en avant l'atout compétitif que représenterait l'intégration des personnes handicapées dans l'entreprise et l'avantage d'initiatives volontaires, ne constitue pas une alternative à l'imposition d'une obligation juridique à ces acteurs économiques de ne pas opérer de discrimination sur la base du handicap, et de ne pas refuser un aménagement effectif à condition qu'il n'en résulte pas une charge disproportionnée ; *mutatis mutandis*, en appeler aux Etats membres, dans les Lignes directrices sur l'emploi, à subsidier de tels aménagements raisonnables au bénéfice des personnes handicapées, ne devrait pas obscurcir le fait que l'octroi de pareils soutiens publics peut constituer une obligation découlant, non pas directement de la directive 2000/78/CE qui ne prend pas position à cet égard, mais de l'obligation de coopération loyale à la réalisation des objectifs que vise le droit communautaire (article 10 CE), dans la mesure où le refus de toute aide significative aux employeurs qui adaptent l'environnement de travail afin de répondre aux besoins spécifiques des personnes ayant un handicap peut être considérée comme allant à l'encontre de l'objectif que la directive s'est donné.

<sup>356</sup> Concl. 2003-1, p. 168 (France – Article 15 para. 3) ; Concl. 2003-1, p. 507 (Slovénie – Article 15 para. 3).

<sup>357</sup> Concl. 2003-1, p. 170 (France – Article 15 para. 3) ; Concl. 2003-1, p. 298 (Italie – Article 15 para. 3) ; Concl. 2003-2, p. 508 (Slovénie – Article 15 para. 3) ; Concl. 2003-2, p. 614 (Suède – Article 15 para. 3). Le Comité postpose ses conclusions concernant la conformité de la France avec l'article 15(3) de la Charte révisée, dans l'attente d'informations concernant l'existence d'une législation offrant une protection contre la discrimination fondée sur le handicap dans les domaines cités (logement, transports, télécommunications, culture et loisirs). Le Comité postpose également ses conclusions à propos de la situation en Suède. Constatant l'absence d'une telle législation antidiscriminatoire en Italie et en Slovénie, le Comité en déduit l'absence de conformité de la situation dans ces pays à l'article 15(3) de la Charte révisée.

<sup>358</sup> Voy. cependant le Livre blanc de la Commission sur le politique des transports, COM(2001)370 final. Dans sa communication du 30 octobre 2003 déjà citée, la Commission réitère qu'elle va promouvoir un usage accru des modes de transports accessibles, qui constituent une importante contribution à la capacité de travailler.

## **CHAPITRE IV : SOLIDARITÉ**

### **Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen concernant la garantie de cette disposition.

### **Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen concernant la garantie de cette disposition.

### **Article 29. Droit d'accès aux services de placement**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen concernant la garantie de cette disposition.

### **Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié**

#### *Maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises*

L'explication que le Présidium de la Convention a fournie à l'appui de cet article de la Charte indique clairement que la protection en cas de licenciement injustifié s'étend à la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises. Dans un arrêt du 30 novembre 2003<sup>359</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé être en présence d'un « transfert d'entreprise », au sens de l'article 1er de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements<sup>360</sup>, dans une situation où une société de restauration collective (Sodexo) avait été chargée par contrat de la gestion de la restauration collective au sein d'un hôpital, mais avait exclu de reprendre à son service le personnel employé par une société dont le contrat antérieur, portant sur la même prestation, avait été résilié. La Cour rappelle dans son arrêt que, pour que la directive 77/187 soit applicable, le transfert doit porter sur une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé<sup>361</sup>. Elle estime cependant que dans les circonstances de l'affaire au principal, l'activité en cause – la restauration collective au sein d'un hôpital – ne peut être considérée comme une activité reposant essentiellement sur la main-d'œuvre, recrutée pour l'exécution d'un ouvrage déterminé, « dans la mesure où elle exige des équipements importants ». En effet, « les éléments corporels indispensables pour l'activité visée - à savoir les locaux, l'eau et l'énergie ainsi que les petits et gros équipements (notamment les matériels fixes nécessaires à la confection des repas et les machines à laver) - ont été repris par Sodexo. De plus, la situation en cause au principal se caractérise par l'obligation, explicite et essentielle, de préparer les repas dans la cuisine de l'hôpital et donc de reprendre ces éléments corporels. Le transfert des locaux et des équipements mis à disposition par l'hôpital, qui apparaît indispensable à la préparation et à la distribution des repas aux patients et au personnel de l'hôpital, suffit à caractériser, dans ces conditions, le transfert de l'entité économique. Il est en outre évident que le nouvel adjudicataire a nécessairement repris l'essentiel de la clientèle de son prédécesseur, du fait du caractère captif de

<sup>359</sup> C.J.C.E., 30 novembre 2003, *Abler e.a.*, C-340/01, non encore publié.

<sup>360</sup> JO L 61, p. 26. Cette directive a été ensuite modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998, modifiant la directive 77/187 (JO L 201, p. 88).

<sup>361</sup> Voy. C.J.C.E., 19 septembre 1995, *Rygaard*, C-48/94, Rec. p. I-2745, point 20.

celle-ci » (point 36). Il y a donc continuité d'une entité économique, et la substitution d'un contractant à un autre, même en l'absence de relations contractuelles directes entre le « cédant » et le « cessionnaire » de l'activité – en l'occurrence, par simple changement d'adjudicataire à l'initiative d'un tiers – ne fait pas obstacle à la qualification de « transfert d'entreprise », et donc à l'applicabilité de la directive 77/187. La conclusion à laquelle aboutit la Cour est d'autant plus notable que, dans ses conclusions du 19 juin 2003, l'Avocat général M.A. Geelhoed s'était prononcé en sens contraire, estimant que « Il ne suffit pas, pour qu'il y ait transfert d'entreprise, qu'un marché avec tel exploitant se termine et soit suivi de son attribution à un autre exploitant, comme c'est le cas en l'espèce. La simple poursuite d'une activité, auparavant exercée par une autre entreprise, sans cession de biens ou de droits ne peut pas être comparée au transfert d'une entreprise. La perte d'un marché ne peut pas en soi constituer un indice de l'existence d'un transfert au sens de la directive 77/187 » (point 93 des concl.). Une interprétation large du champ d'application de la directive 77/187, et donc, de la protection qu'elle accorde, convient à un instrument qui – l'article 30 de la Charte le confirme – correspond à la mise en œuvre d'un droit fondamental.

Dans un souci de sécurité juridique et de transparence, le Conseil a abrogé la directive 77/187 et l'a remplacée par la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements<sup>362</sup>. Cette nouvelle directive – dont le Préambule cite la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée le 9 décembre 1989, mais ne mentionne pas la Charte des droits fondamentaux – tend à une simple clarification de la notion de « transfert d'entreprises » qui apparaît dans la directive 77/187/CEE, sans modifier l'interprétation qu'en a donnée la Cour de justice. L'article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, b), de la directive définit le transfert au sens de la directive, comme transfert « d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».

Un arrêt du 6 novembre 2003 choisit également d'offrir une interprétation large des garanties dues aux employés en vertu de la directive 77/187/CEE. L'article 3 § 3 de la directive prévoit que si, en principe, les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont transférés au cessionnaire, et que le cessionnaire doit maintenir les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective, néanmoins ces principes ne s'appliquent pas « aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux de sécurité sociale des États membres ». Cependant la Cour avait déjà estimé que, constituant une exception aux règles de l'article 3 § 1<sup>er</sup> et 3 § 2 de la directive, l'article 3 § 3 était d'interprétation stricte<sup>363</sup>. En l'espèce, elle en déduit – en réponse à la première question préjudicielle qui lui était posée – que « sauf en ce qui concerne les exceptions mentionnées au paragraphe 3 de cet article, *tous* les droits et obligations qui résultent pour le cédant du contrat de travail ou de la relation de travail établis avec un travailleur entrent dans le champ d'application du paragraphe 1 de cet article et sont donc transférés au cessionnaire, *indépendamment de la question de savoir si leur mise en oeuvre est ou non liée à la survenance d'un événement particulier, le cas échéant dépendant de la volonté de l'employeur*. Ainsi, si, à la suite du transfert, le cessionnaire dispose, comme l'avait le cédant, du pouvoir d'adopter ou non certaines décisions concernant le travailleur, par exemple en matière de licenciement ou d'octroi d'une retraite anticipée, dès lors qu'il adopte une telle décision, il reste, comme l'était le cédant, lié par les droits et obligations prévus comme conséquences d'une telle décision par le contrat de travail ou la relation de travail établis avec le cédant tant que les conditions pertinentes de ceux-ci n'ont pas été légalement modifiées » (point 29 – notre accent).

<sup>362</sup> JO L 82, p. 16.

<sup>363</sup> C.J.C.E., 4 juin 2002, *Beckmann*, C-164/00, *Rec.* p. I-4893, point 29.

Ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes l'a laissé entendre dans l'arrêt *Lawrence* du 17 septembre 2002<sup>364</sup>, la directive 77/187/CEE – aujourd'hui, la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 – doit permettre de protéger les travailleurs ou travailleuses qui se trouvent moins bien rémunérés que ne le sont des collègues de l'autre sexe prestant un travail de même valeur, y compris si, à la suite du transfert d'une branche d'activités vers une autre entreprise, la discrimination alléguée n'est plus attribuable à une source unique : confrontée à une situation où des travailleuses occupées à des tâches de nettoyage et de restauration par les établissements scolaires avaient vu leurs activités privatisées et souhaitaient néanmoins opposer à leur employeur un arrêt qui reconnaissait qu'elles accomplissaient un même travail ou un travail de même valeur par rapport à des collègues masculins affectés au jardinage, au ramassage des ordures ou à l'entretien des égouts et mieux rémunérés – mais dont les activités, elles, n'avaient pas fait l'objet de cette privatisation –, la Cour constate que pareille situation ne relève pas de l'article 141 § 1<sup>er</sup> CE, dès lors que « les différences observées dans les conditions de rémunération de travailleurs effectuant un même travail ou un travail de même valeur ne peuvent pas être attribuées à une source unique, il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement » (point 18). Mais elle relève expressément au début de son raisonnement que « La juridiction de renvoi n'a pas posé de question relative à la protection découlant, dans un tel cas, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (JO L 61, p. 26). Ses questions ne concernent que l'article 141, paragraphe 1, CE » (point 16).

*Protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur*

De même, l'article 30 de la Charte inclut la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs. Dans l'affaire *Mau*<sup>365</sup>, la Cour devait fournir une interprétation des articles 3 et 4 de la directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, ainsi que de l'article 141 CE. La demanderesse au principal, Mme Karin Mau, était en congé parental lorsque survint l'insolvabilité de son employeur. Or, selon l'article 4 § 2 de la Directive 80/987/CEE, les États membres doivent créer des institutions de garantie assurant le paiement des créances impayées « concernant la rémunération afférente aux *trois derniers mois du contrat de travail ou de la relation de travail* qui se situent à l'intérieur d'une période de six mois précédant la date de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur », selon la formule pour laquelle avait optée l'Allemagne. En vertu du droit allemand, l'emploi de Mme Mau était maintenu pendant la période de congé parental, mais les obligations principales découlant de cet emploi (obligation de travail et de rémunération) aient été suspendues. Retenir cette période pour la calcul de la garantie, aurait fait perdre à cette protection toute effectivité, or la Cour rappelle que « L'interprétation de la notion de relation de travail doit notamment tenir compte de la finalité sociale de la directive 80/987, qui est d'assurer un minimum de protection à tous les travailleurs (...). Partant, il est exclu d'interpréter ladite notion d'une manière telle qu'elle permettrait de réduire à néant les garanties minimales prévues à l'article 4, paragraphe 2, de cette directive » (point 42). La Cour en conclut qu'il convient de lire les articles 3 et 4 de la directive 80/987/CEE comme excluant des périodes qui, par leur nature même, ne peuvent pas donner lieu à des créances de salaire impayées : « Sont donc exclues les périodes pendant lesquelles la relation de travail est suspendue pour cause de congé parental en raison du fait qu'aucune rémunération n'est due pendant ces périodes » (point 44).

Dans un arrêt du 11 septembre 2003 concernant l'interprétation de la même directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980<sup>366</sup>, la Cour a estimé que celle-ci s'oppose à la solution dégagée par la jurisprudence autrichienne relative aux prêts d'associés assimilables à un apport en capital, selon laquelle un travailleur salarié, qui dispose d'une participation significative dans la société à responsabilité limitée

<sup>364</sup> C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Lawrence e.a.*, C-320/00, *Rec.*, I, p. 7325.

<sup>365</sup> C.J.C.E., 15 mai 2003, *Mau*, C-160/01, non encore publié.

<sup>366</sup> C.J.C.E., 11 septembre 2003, *Walcher*, C-201/01, non encore publié.

l'employant, mais n'exerce pas une influence dominante sur celle-ci, perde le droit à la garantie des créances de rémunération impayées pour cause d'insolvabilité de l'employeur et couvertes par l'article 4, paragraphe 2, de cette directive dès lors qu'il s'est abstenu, une fois qu'il a pu prendre conscience de l'ébranlement du crédit de cette société, de réclamer sérieusement pendant plus de 60 jours la rémunération périodique qui aurait dû lui être versée. Certes, l'article 10 de la directive permet aux Etats membres de « prendre les mesures nécessaires en vue d'éviter des abus », et le gouvernement autrichien pouvait présenter cette solution comme visant précisément cette fin. Cependant la Cour estime que, bien qu'un Etat membre soit en principe autorisé à prendre, pour éviter des abus, des mesures qui refusent à un salarié ayant une participation significative dans la société auprès de laquelle il travaille un droit à la garantie des créances de rémunération nées après la date à laquelle un travailleur n'ayant pas le statut d'associé aurait quitté ses fonctions pour non-paiement de sa rémunération, il ne peut établir une présomption absolue d'abus.

### *Licenciements collectifs*

L'article 30 de la Charte doit encore être considéré comme intégrant la protection due aux travailleurs dans le cadre de licenciements collectifs. Dans un arrêt du 16 octobre 2003 rendu sur recours en manquement contre la République italienne (C-32/02), la Cour de justice a constaté qu'en excluant les employeurs n'ayant pas de but lucratif de la transposition de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs<sup>367</sup>, l'Italie avait effectué une transposition incomplète de la directive.

### **Article 31. Conditions de travail justes et équitables**

L'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux garantit le droit de tout travailleur à « une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ». Cette disposition se fonde en particulier sur l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne (non modifié par la Charte sociale européenne révisée) qui fait obligation aux Parties contractantes à « fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent ». Ce paragraphe de la Charte sociale européenne a été accepté par tous les Etats de l'Union européenne à l'exception de l'Autriche, du Danemark, de la Lettonie et du Royaume-Uni (parmi les Etats parties à la Charte sociale européenne), ainsi que de la Suède (qui est partie à la Charte sociale européenne révisée).

Il faut cependant considérer que, le droit à la limitation de la durée maximale du travail étant garanti par la Charte des droits fondamentaux, les Etats membres sont tenus de respecter ce droit, tel qu'il est placé sous la surveillance du Comité européen des droits sociaux, dès lors qu'ils agissent dans le domaine d'application du droit communautaire ou de l'Union européenne. L'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux énonce un droit dont le statut au sein des droits sociaux fondamentaux reconnus dans le droit international du travail est bien affirmé. Cette disposition ne constitue qu'une « confirmation la plus qualifiée et définitive de la nature de droit fondamental » que revêt le droit à une limitation de la durée maximale du travail, le droit à un repos journalier et hebdomadaire, et le droit au congé annuel payé<sup>368</sup>.

La Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail<sup>369</sup> codifie les modifications apportées depuis

<sup>367</sup> JO L 225, p. 16.

<sup>368</sup> Voy. les conclusions de M. l'Avocat général A. Tizzano du 8 février 2001, préc. C.J.C.E., 26 juin 2001, *BECTU*, C-173/99, spéc. point 28 des conclusions (à propos du droit à un congé annuel payé, qui, dans la directive 93/104/CE en cause dans cette affaire, reçoit une protection plus absolue et inconditionnelle que les autres droits énoncés par l'article 31 § 2 de la Charte).

<sup>369</sup> JO n° L 299 du 18.11.2003, p. 9.

dix ans à la directive 93/104/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail<sup>370</sup>. La directive prévoit un certain nombre de prescriptions minimales pour la protection de la santé et de la sécurité du travailleur dans l'organisation du travail (article 15). Le Préambule de la Directive indique cependant que « Compte tenu des questions susceptibles d'être soulevées par l'aménagement du temps de travail, il convient de prévoir une certaine souplesse dans l'application de certaines dispositions de la présente directive, tout en assurant le respect des principes de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs » (considérant 15). L'on ne peut en effet qu'être frappé par le nombre des dérogations dont la directive prévoit la possibilité (chapitre 5), soit dans certains cas « par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux, à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés » (article 17 § 2), soit dans d'autres circonstances moyennant le consentement préalable du travailleur individuel (article 22). La procédure de rapports sur la mise en œuvre pratique de la directive, à laquelle les partenaires sociaux seront associés puisque les Etats membres doivent indiquer leur point de vue (article 24 § 2), permettra d'évaluer si l'usage qui est fait de ces dérogations n'aboutit pas, en définitive, à distraire de l'objectif visé par cette harmonisation minimale fondée sur l'article 137 § 2 CE : celui d'éviter que des distorsions de concurrence n'apparaissent, en raison de formes de dérégulation compétitive opérant au détriment des droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

Compte tenu du nombre de dérogations que permet la directive, il convient de souligner qu'en assurant la transposition de celle-ci, les Etats membres sont tenus de respecter l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, et dès lors également les articles 2 §§ 1 et 3 de la Charte sociale européenne sur lesquels cette disposition se fonde. Dans cette mesure, toute violation de la Charte sociale européenne constitue une violation du droit communautaire lui-même, lorsqu'elle est le fait d'un Etat membre qui agit dans la mise en œuvre du droit communautaire. La Commission serait d'autant mieux fondée à exercer le rôle de gardienne des traités que lui confie l'article 211 CE que, par sa nature, une telle violation porte atteinte à l'unité du marché intérieur au sein duquel la concurrence ne peut être faussée<sup>371</sup>. « L'objectif d'assurer un niveau minimal de protection comparable entre les différents États membres répond en effet aux nécessités de la concurrence d'éviter des formes de dumping social, c'est-à-dire d'éviter, en dernière analyse, que l'économie d'un État membre puisse tirer avantage de l'adoption de dispositions moins protectrices que celles des autres États membres »<sup>372</sup>.

Il ne saurait être question ici d'évaluer la conformité de la directive 2003/88/CE aux dispositions précitées de la Charte sociale européenne, mission dont le Comité européen des droits sociaux devra s'acquitter dans le cadre de l'examen des rapports périodiques de contrôle au sein du système de la Charte sociale européenne. L'on relève cependant que ceci constitue un exemple supplémentaire de la prise en compte du droit international des droits de l'homme dans le développement du droit communautaire, et qu'à nouveau se pose la question de savoir quelles mesures le législateur européen peut être tenu de prendre afin de pallier le risque d'une atteinte aux droits fondamentaux, commise par les Etats membres dans la mise en œuvre du droit communautaire.

<sup>370</sup> JO n° L 307, 13.12.1993, p. 18, amendée par la Directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil (JO n° L 195, du 1.8.2000, p. 41). L'on notera que, dans un arrêt du 9 septembre 2003, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu son arrêt dans l'affaire *Jaeger* (C-151/02), qui concernait l'interprétation des notions de « temps de travail » et de « période de repos » dans la directive 93/104, dans le cadre du service de garde assuré par un médecin dans un hôpital en Allemagne. La Cour répond, sur le point essentiel posé par les deux premières questions préjudicielles, que la directive 93/104/CE doit être interprétée en ce sens que doit être considéré comme constituant dans son intégralité du « temps de travail » au sens de cette directive, le service de garde qu'un médecin effectue selon le régime de la présence physique dans l'hôpital alors même que l'intéressé est autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités.

<sup>371</sup> Voy. la Communication de la Commission sur l'amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire, COM(2002)725 final, du 20.12.2002.

<sup>372</sup> Conclusions précitées de M. l'Avocat général A. Tizzano du 8 février 2001, préc. C.J.C.E., 26 juin 2001, BECTU, C-173/99, ici point 45 des conclusions.

**Article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen concernant la garantie de cette disposition.

**Article 33. Vie familiale et vie professionnelle**

Aucun développement significatif n'a été relevé au cours de la période sous examen concernant la garantie de cette disposition.

**Article 34. Sécurité sociale et aide sociale***Coordination des régimes de sécurité sociale en faveur des ressortissants de pays tiers*

Dès avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, en 1998, la Commission avait présenté la proposition de règlement (CE) du Conseil modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 (relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté) en ce qui concerne son extension aux ressortissants de pays tiers<sup>373</sup>. Ce Règlement a finalement pu être adopté le 14 mai 2003<sup>374</sup>. Le Préambule du Règlement indique que celui-ci « respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier l'esprit de son article 34, paragraphe 2 » (5<sup>ième</sup> considérant). Il évite le langage des droits subjectifs, mais identifie clairement l'initiative du législateur européen comme assurant la réalisation de la disposition citée de la Charte. En lui-même, le Règlement n'a naturellement pas pour effet de conférer aux ressortissants de pays tiers un droit à l'entrée, au séjour ou à la résidence dans un Etat membre ni à l'accès au marché de l'emploi dans cet Etat membre. Néanmoins, il facilitera grandement la jouissance effective du droit des ressortissants d'Etats tiers de circuler librement au sein de l'Union, qu'envisage l'article 45 § 2 de la Charte ; et il met en œuvre l'article 15 § 3 de la Charte, qui garantit aux ressortissants des pays tiers autorisés à travailler sur le territoire des Etats membres des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les ressortissants d'Etats membres.

*Réforme de la législation relative à la sécurité sociale*

Le 21 décembre 2003, un accord politique a été conclu au sein du Conseil Emploi et affaires sociales sur la réforme de la législation relative à la sécurité sociale. Le présent Rapport, clôturé en décembre 2003, n'a pu intégrer ce dernier développement.

**Article 35. Protection de la santé<sup>375</sup>***Le « principe » de la protection de la santé*

L'on doit sans doute ranger l'article 35 de la Charte, relatif à la protection de la santé, parmi ces dispositions qui consacrent des « principes » plutôt que des « droits subjectifs » – au sens de cette distinction que les révisions opérées à l'article 52 de la Charte par le Groupe de travail II de la Convention européenne voulaient consacrer<sup>376</sup> –. Mais cette distinction ne signifie pas qu'un tel

<sup>373</sup> JO C 6 du 10.1.1998, p. 15.

<sup>374</sup> Règlement (CE) n° 859/2003 du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, JO L 124 du 20.5.2003, p. 1.

<sup>375</sup> Sur la question de l'accès à la santé des populations Roms, il est renvoyé à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>376</sup> Notamment par l'adjonction d'un § 5 dans l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux.

« principe » ne soit pas justiciable : tout au plus, c'est le mode de la justiciabilité qui diffère, et non la possibilité même d'invoquer la disposition devant une autorité, notamment juridictionnelle. Il faut considérer que l'article 35 de la Charte fait obstacle à l'adoption de toute mesure par les institutions de l'Union, ou par les Etats membres qui agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union, qui va clairement à rebours de l'objectif fixé par cette disposition. Malgré l'ambiguïté de la formule retenue par les rédacteurs de l'article 52 § 5 de la Charte dans la version proposée dans le projet de Constitution européenne, les « principes » qu'énonce la Charte, par exemple aux articles 26, 35, 37 ou 38, ne sont pas invocables uniquement aux fins d'interpréter et de contrôler la légalité des actes qui visent à mettre en œuvre ces principes : au contraire, la reconnaissance de ces principes par le pouvoir constituant est notamment utile lorsqu'au lieu de les mettre en œuvre, le législateur ou l'exécutif européens commettent une violation suffisamment manifeste de ces principes pour justifier l'annulation par le juge.

Ceci n'est pas contredit 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 (article 174 § 2 CE) a servi à justifier l'adoption par la 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 animaux<sup>377</sup>, le recours est rejeté<sup>378</sup>. Dans cette affaire, le principe de précaution a bien servi à évaluer, dans le cadre d'un contrôle de sa légalité, un acte communautaire qui visait à le mettre en œuvre. Ceci n'exclut cependant que ledit principe puisse servir, également, à censurer l'acte communautaire qui en commet une violation suffisamment manifeste.

Il est peut-être significatif à cet égard que, dans un arrêt du 21 octobre 2003<sup>379</sup>, le Tribunal de première instance des Communautés européennes ait précisé que « le principe de précaution constitue un principe général du droit communautaire *imposant aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées* en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques » (point 121). Cette formule confirme que le principe de précaution pourrait être invoqué non uniquement afin de justifier le fait que telle mesure ait pu être adoptée par les institutions ou les Etats membres alors que, par exemple, elle affecte les intérêts d'un opérateur économique – comme dans l'affaire *Pfizer* –, mais également afin de reprocher un défaut de précaution aux institutions ou aux Etats membres, par exemple pour avoir autorisé la mise sur le marché de médicaments ou d'aliments comportant des risques pour la santé, même en l'absence de certitude scientifique à cet égard. L'identification d'obligations positives au départ de l'article 35 de la Charte serait facilitée par une interprétation de cette disposition conforme aux exigences déduites de l'article 11 de la Charte sociale européenne par le Comité européen des droits sociaux, par exemple en ce qui concerne une obligation de protéger les populations contre les risques pour la santé liés à l'environnement ou certains matériaux, ou de prendre des mesures de nature à garantir la sécurité alimentaire<sup>380</sup>.

L'article 35 de la Charte, qui affirme la protection de la santé, fait en outre interdiction aux institutions de l'Union ou aux Etats membres agissant dans le domaine d'application du droit de l'Union de porter atteinte à ce principe, comme ce serait le cas s'ils prenaient des mesures diminuant

<sup>377</sup> 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).

<sup>378</sup> 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.

<sup>379</sup> T.P.I., 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals BV*, T-392/02, non encore publié.

<sup>380</sup> Par exemple, Concl. XVI-2.

le niveau de protection de la santé, sans justification objective et raisonnable, c'est-à-dire proportionnée. Offrant une interprétation de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime que « le Pacte n'autorise aucune mesure rétrograde s'agissant du droit à la santé, ni d'ailleurs des autres droits qui y sont énumérés. S'il prend une mesure délibérément rétrograde, l'État partie doit apporter la preuve qu'il l'a fait après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles et qu'elle est pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits visés dans le Pacte et à l'ensemble des ressources disponibles »<sup>381</sup>. Ceci est conforme à la jurisprudence habituelle du Comité ainsi que, plus généralement, à l'obligation de non-rétrogression pour les dimensions des droits fondamentaux qui font l'objet d'une réalisation progressive.

### *Protection de la santé et libertés fondamentales du Traité CE*

Un arrêt rendu le 13 mai 2003 par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>382</sup> illustre bien l'importance que le juge communautaire accorde au droit à la protection de la santé, lorsque le souci de garantir ce droit est invoqué par un Etat membre afin de justifier une restriction apportée soit à la libre circulation des marchandises<sup>383</sup>, soit à la libre prestation des services<sup>384</sup>. Dans cet arrêt, qui concerne le régime de l'assurance maladie aux Pays-Bas – fondé sur le principe d'une fourniture des prestations de soins en nature plutôt que sur le remboursement des frais exposés pour des soins médicaux, et sur un système de conventionnement entre les caisses de maladie et les prestataires de soins de santé –, la Cour confirme sa jurisprudence selon laquelle « l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier de qualité, équilibré et accessible à tous, peut relever de l'une des dérogations prévues à l'article 56 du traité CE (devenu, après modification, article 46 CE), dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé (...). Ladite disposition du traité permet, en particulier, aux États membres de restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers dans la mesure où le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentiel pour la santé publique, voire même pour la survie de sa population » (point 67). Cependant, une telle restriction à la libre prestation des services ne saurait être admise que pour autant qu'elle est strictement proportionnée à la raison impérieuse d'intérêt général qui justifie une telle restriction. En l'espèce, la réglementation contestée, d'une part, exige une autorisation préalable du patient qui souhaite se faire soigner dans un État membre autre que celui d'affiliation, s'il veut être couvert par la caisse dont il dépend et que le prestataire de soins n'a pas conclu de convention avec cette caisse ; d'autre part, elle soumet l'octroi de cette autorisation à la condition que le traitement médical de l'assuré l'exige. En ce qui concerne les soins hospitaliers, la Cour admet la compatibilité de ces conditions avec la libre prestation des services, puisqu'à défaut que ces conditions soient imposées, « l'État compétent ne pourrait plus garantir sur son territoire un service médical et hospitalier de qualité, équilibré et accessible à tous, et donc un niveau élevé de protection de la santé publique » (point 69). Cependant la Cour précise en ce qui concerne la seconde condition que l'autorisation de se faire soigner dans un autre Etat membre ne peut être refusée en raison de la possibilité de se faire soigner dans l'Etat membre où est établie la caisse de maladie dont relève l'assuré que lorsqu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient peut être obtenu en temps opportun dans un établissement ayant conclu une convention avec ladite caisse. En revanche, la Cour aboutit à une conclusion inverse en ce qui concerne les soins non hospitaliers. La Cour n'est en effet pas convaincue « que la suppression de l'exigence de l'autorisation préalable pour ce type de soins provoquerait des déplacements transfrontaliers de patients d'une importance telle, nonobstant les barrières linguistiques, la distance géographique, les frais de séjour à l'étranger et le manque d'informations sur la nature des soins qui y sont dispensés, que l'équilibre financier du système de sécurité sociale néerlandais en serait gravement perturbé et

<sup>381</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Observation générale n°14, « Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte) », adoptée lors de la vingt-deuxième session (2000), para. 32.

<sup>382</sup> C.J.C.E., 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99, non encore publié.

<sup>383</sup> C.J.C.E., 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, *Rec.* p. I-1831.

<sup>384</sup> C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, *Rec.* p. I-1931 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, *Rec.* p. I-5473.

que, de ce fait, le niveau global de protection de la santé publique serait menacé, ce qui pourrait valablement justifier une entrave au principe fondamental de la libre prestation des services » (point 95).

L'arrêt illustre clairement comment le principe de la libre prestation des services médicaux – la possibilité pour les patients d'aller se faire soigner dans un autre Etat membre que celui où se situe la caisse à laquelle ils sont affiliés – peut produire un impact sur la capacité des Etats membres à garantir un système de soins de santé financièrement viable et offrant une santé publique accessible à tous. La Cour de justice des Communautés européennes a le souci de ne pas mettre en cause la possibilité pour les Etats membres de mettre sur pied et préserver un tel système, bien qu'en même temps, elle constate l'incompatibilité avec le droit communautaire de toute entrave à la libre prestation des services qui n'est pas justifiée au regard de cet objectif. Ni l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux, ni un quelconque « droit fondamental à la santé », n'ont joué comme tels un rôle dans l'arrêt du 13 mai 2003, bien que les raisons impérieuses d'intérêt général pouvant justifier une restriction à la libre prestation des services médicaux s'y rapportent<sup>385</sup>.

Une communication de la Commission est annoncée pour début 2004 sur l'avenir des soins de santé et particulièrement les soins de santé des personnes âgées<sup>386</sup>. Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux sera particulièrement attentif à examiner le contenu des options proposées au regard de l'article 35 de la Charte, tel qu'il doit être interprété en conformité avec l'article 11 de la Charte sociale européenne (révisée) et de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

### Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général

Le 21 mai 2003, la Commission a présenté un Livre vert sur les services d'intérêt général<sup>387</sup>, destiné à ouvrir une large consultation portant, en particulier, sur l'opportunité de l'adoption d'une directive-cadre précisant les principes relatifs aux services d'intérêt général sous-tendant l'article 16 CE et sur le contenu éventuel d'une telle législation<sup>388</sup>. Le précédent rapport du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux avait déjà consacré des commentaires à cette question. Dans son *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, il avait souligné l'utilité de nouer plus étroitement la réflexion sur les services d'intérêt général dans l'Union à la protection de certains besoins essentiels dans le droit international des droits de l'homme<sup>389</sup>. Il n'est pas nécessaire de réitérer ici l'argument en faveur d'un meilleur ancrage dans les droits économiques et sociaux fondamentaux de la réflexion sur les services d'intérêt général, et plus particulièrement, sur le statut dérogatoire qui peut être reconnu aux

<sup>385</sup> Dans ses conclusions du 22 octobre 2002, l'Avocat général M. D. Juiz-Jarabo Colomer note qu'« il peut s'agir de trois raisons distinctes: l'une consiste à éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale; la deuxième est déduite de l'objectif de garantir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous et relève des exceptions pour motifs de santé publique prévues par l'article 46 CE dans la mesure où un tel objectif contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé; la troisième raison, enfin, réside dans le souci de maintenir la capacité de soins ou la compétence médicale sur le territoire national, maintien essentiel à la santé publique, voire même à la survie de la population » (point 44).

<sup>386</sup> Voy. (SOC)116, 10.3.2003.

<sup>387</sup> COM(2003)270 final.

<sup>388</sup> Voy. déjà la Communication de la Commission sur l'état des travaux relatifs à l'examen d'une proposition de directive-cadre sur les services d'intérêt général (COM(2002)689 final, du 4.12.2002). La Convention européenne a proposé un article III-6 au sein de la troisième partie de la Constitution, disant qu'« eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. La loi européenne définit ces principes et ces conditions ». Le principe d'une intervention du législateur européen aux fins d'arrêter les principes de fonctionnement des services d'intérêt économique général était donc acquis, dans l'esprit du pouvoir pré-constituant.

<sup>389</sup> *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, pp. 234-237.

services d'intérêt économique général par rapport aux règles du Traité de Rome en matière de concurrence, d'aides d'Etat, ou garantissant les libertés économiques fondamentales de circulation, selon le régime d'exception qu'aménage l'article 86 § 2 CE au bénéfice des Etats membres. L'important pas qui a été fait, avec l'adoption du Livre vert, en faveur d'une clarification du cadre juridique applicable aux services d'intérêt économique général<sup>390</sup> et de l'identification d'une conception européenne de ces services et des règles devant présider à leur gestion, leur évaluation et leur financement, justifie cependant plusieurs commentaires.

Dans le chapitre de la communication du 21 mai 2003 qui rassemble un ensemble d'obligations qui sont traditionnellement associées à la notion de service d'intérêt économique général – en particulier dans les directives sectorielles qui ont été adoptées afin d'ouvrir ces services à la concurrence, mais en veillant à ce que l'intérêt général demeure préservé –, la Commission énumère le *service universel* (la garantie de fournir que doivent avoir « tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un Etat membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable »), la *continuité* (qui « signifie que le fournisseur du service est tenu de veiller à ce que celui-ci soit fourni sans interruption »), la *qualité du service* (en termes de sécurité, de facturation, de garantie contre l'interruption, par exemple), l'*accessibilité tarifaire* (ou abordabilité par tous, afin de garantir la cohésion sociale et territoriale), la *protection des utilisateurs et des consommateurs* (ce qui concerne en particulier, outre les exigences de qualité du service et de transparence de la facturation déjà évoquées, « le choix du service, le choix du fournisseur, une concurrence effective entre fournisseurs, l'existence d'organes de réglementation et de voies de recours, une représentation et une participation active des consommateurs et des utilisateurs à la définition et à l'évaluation des services ainsi que le choix des formes de paiement »)<sup>391</sup>.

Le Livre vert présente le concept de *service universel* comme pouvant impliquer, notamment, l'adoption de mesures spécifiques concernant le handicap, l'âge ou l'éducation. Ceci est bienvenu. Mais, d'une part, l'exigence de non-discrimination envers les membres des minorités nationales ne paraît pas avoir été pleinement intégrée<sup>392</sup>. D'autre part, il est indispensable de formuler ceci comme constituant une obligation, liée à l'exigence de non-discrimination, de fournir un aménagement effectif au destinataire qui fait valoir des besoins spécifiques, pour autant que cela n'implique pas une charge disproportionnée dans le chef du prestataire. La formulation à laquelle recourt l'article 7 de la Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel")<sup>393</sup> est en-deça de ce qui serait souhaitable, d'abord parce

<sup>390</sup> La distinction entre les services d'intérêt général de nature non économique et les services d'intérêt économique général a été clarifiée par la jurisprudence : ne sont pas considérées comme « économiques » les activités exercées par des organismes dont les fonctions sont essentiellement sociales, qui ne réalisent pas de profits et n'ont pas pour objectif de réaliser une activité industrielle ou commerciale, mais ont un but de solidarité ; constituent au contraire des activités économiques les activités qui consistent au contraire à offrir des biens ou des services sur un marché donné. Voy. not. C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, p. I-637, point 18 ; C.J.C.E., 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance et autres*, C-244/94, *Rec.*, p. I-4013 ; ou bien encore, Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM(2000)580 final, du 20.9.2000, JO C 17 du 19.1.2001, ici para. 28-30. Les règles du traité CE relatives au droit de la concurrence, aux libertés de circulation ou aux aides d'Etat ne s'appliquent qu'aux services d'intérêt économique général : c'est afin de permettre aux Etats membres de développer une politique attentive à l'intérêt général lorsque le marché ne produit pas les résultats souhaités que l'article 86 § 2 CE a été conçu. Cette disposition prévoit que l'application des règles du traité à ces activités économiques, mais investies d'une obligation de service public, « ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

<sup>391</sup> Sur la question de l'opportunité pour la Commission de réexaminer la possibilité de prendre une initiative en vue de mieux garantir le pluralisme des médias, dont la protection est aujourd'hui confiée aux Etats membres (voy. les para. 73 et 74 Livre vert), il est renvoyé à ce qui est dit sur cette question ci-dessous, sous l'article 11 de la Charte.

<sup>392</sup> Il est renvoyé sur ce point au commentaire de l'article 21 de la Charte.

<sup>393</sup> JO L 108 du 24.4.2002, p. 51. Aux termes de l'article 7 (Mesures particulières en faveur des utilisateurs handicapés) : « 1. Les Etats membres prennent, lorsque cela est approprié, des mesures particulières en faveur des utilisateurs finals handicapés afin d'assurer, d'une part, un accès aux services téléphoniques accessibles au public, y compris aux services d'urgence, aux services de renseignements téléphoniques et aux annuaires, qui soit équivalent à celui dont bénéficient les autres utilisateurs finals et, d'autre part, le caractère abordable de ces services. 2. Les Etats membres peuvent prendre des

que cette disposition ne présente pas comme une obligation l'adoption de mesures spécifiques en faveur des personnes handicapées – alors qu'il s'agit d'une simple conséquence de l'exigence d'une fourniture à tous, sans discrimination –, ensuite parce que les termes utilisés sont trop vagues pour permettre une évaluation objective et transparente, par les autorités réglementaires nationales, des performances des entreprises chargées d'une mission d'intérêt général, du point de vue de l'exigence de service universel. Il faudrait en outre recourir à une formule qui garantisse l'universalité du service sans discrimination également aux personnes âgées (éprouvant, par exemple, des problèmes de mobilité ou handicapées de la vue ou de l'ouïe) et aux personnes illettrées ou n'ayant pas la maîtrise de certains outils, notamment les technologies nouvelles de l'information et de la communication, et pour lesquelles des dispositifs spécifiques – par exemple, pour l'obtention de renseignements, la remise d'un formulaire ou l'introduction d'une plainte – doivent être conçus.

A propos de la notion de *continuité*, le Livre vert de la Commission note que « Au niveau national, l'exigence de continuité doit être conciliée avec le droit de grève des travailleurs et avec l'obligation de respecter l'État de droit » (para. 55). Dans la perspective de l'élaboration d'une éventuelle directive-cadre, il serait opportun que la jurisprudence élaborée par le comité européen des droits sociaux au départ de l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne (révisée) inspire une identification précise des limites à ne pas franchir par les Etats dans les limitations qu'ils souhaiteraient apporter, au nom de la continuité du service public, au droit de grève, que ce soit dans les entreprises publiques ou privées. Cette disposition de la Charte sociale européenne garantit le droit du travailleur « de gagner sa vie par un travail librement entrepris » ; elle inclut une protection contre l'obligation de continuer de travailler, et peut faire obstacle à l'imposition de sanctions au travailleur qui a interrompu son travail<sup>394</sup>. Bien que l'article 31 de la Charte sociale européenne (article G de la Charte sociale européenne révisée) admette des restrictions à ces droits, de telles restrictions doivent être prescrites par la loi et nécessaires, dans une société démocratique, à la garantie du respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs. Le Comité européen des droits sociaux a par exemple dû rendre à deux reprises des conclusions négatives à propos de l'Italie, dont une loi n°146 de 1990 permettait de réquisitionner des travailleurs en grève dans les services publics essentiels (y compris notamment dans les réseaux de transports ou les services liés aux communications, tels que la poste, les télécommunications et les médias publics) dans des conditions qui, selon le comité, allaient au-delà des limites imposées par l'article 31 de la Charte sociale européenne, notamment en raison du nombre et de la nature des services intéressés<sup>395</sup>. Il est particulièrement important que les Etats définissent avec une précision suffisante les limites au droit de grève que la continuité du service public peut éventuellement justifier, afin que les travailleurs concernés puissent connaître exactement l'étendue de leurs obligations à cet égard.

En ce qui concerne les exigences de *qualité du service* et d'*accessibilité tarifaire*, les suggestions faites dans le Livre vert doivent être appréciées en gardant à l'esprit le cadre général dans lequel s'inscrit le débat sur les services d'intérêt économique général. Dans le système du Traité de Rome, la possibilité qu'ont les Etats membres d'accorder à certaines entreprises des droits spéciaux ou exclusifs ou de leur accorder certaines aides constitue une dérogation, d'interprétation stricte, à la règle de la subordination de toute activité économique aux dispositions du Traité CE relatives au droit de la concurrence, à l'interdiction des aides étatiques, ou aux libertés de circulation.

Il revient donc aux Etats membres de définir l'étendue de la protection qu'ils souhaitent accorder aux citoyens démunis, ou situés loin des centres urbains ou des réseaux d'infrastructure, dans l'accès aux prestations d'intérêt général, sous réserve des mesures d'harmonisation prises par la Communauté. Il n'existe pas en droit communautaire d'obligation pour les Etats de fournir un service minimal à tous,

---

mesures particulières, compte tenu des circonstances nationales, pour faire en sorte que les utilisateurs finals handicapés puissent eux aussi profiter du choix d'entreprises et de fournisseurs de services dont jouit la majorité des utilisateurs finals. »

<sup>394</sup> Pour une discussion de la situation qui s'est présentée en Grèce en 2002, voy. le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, pp. 210-211.

<sup>395</sup> Concl. XIV-I, p. 483 ; Concl. XV-1, p. 376.

afin de réponse aux besoins essentiels de la population la plus pauvre en gaz et en électricité, en eau, ou en télécommunications<sup>396</sup>. Les Etats peuvent assurer une telle fourniture minimale, mais 1° les modalités d'organisation auxquelles ils recourent à cette fin sont strictement encadrées, tout avantage accordé à une entreprise chargée d'une mission d'intérêt général devant être justifié comme nécessaire à la réalisation de cette obligation, le calcul d'une compensation financière pour le coût qu'entraîne l'exécution de l'obligation de service, en particulier, devant répondre à des paramètres objectifs<sup>397</sup>; 2° les Etats sont soumis à une discipline budgétaire rigoureuse dans le cadre de l'union économique et monétaire; et 3° pour la fourniture de certains services de base, par exemple dans le domaine de la banque ou des assurances<sup>398</sup>, les autorités nationales se situent dans une forte interdépendance avec d'autres Etats, et leur liberté de poursuivre une conception propre de l'intérêt général peut trouver sa limite dans leur souci de ne pas susciter des comportements opportunistes de la part de consommateurs résidents dans d'autres Etats. Dans ces conditions, la lecture actuelle qui est faite des exigences de la subsidiarité et de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membre n'est pas de nature à exclure le risque que les Etats membres soient tentés de ne pas progresser dans la réalisation des droits économiques et sociaux fondamentaux qu'ils se sont pourtant engagés à respecter au plan international. Il serait opportun de développer des mécanismes compensatoires. Au minimum, l'on pourrait songer à la mise sur pied d'un mécanisme promouvant les bonnes pratiques des Etats en matière de fourniture d'un service de base, permettant aux citoyens les plus démunis l'accès à des biens sociaux essentiels, en garantissant l'accès à ces biens indépendamment de toute contribution financière de l'utilisateur (fourniture minimale d'électricité ou de gaz et d'eau potable, gratuité des transports pour les allocataires sociaux, garantie de la possibilité pour tous d'avoir accès aux services bancaires essentiels sans condition de revenus, dispense de contribution à certaines assurances obligatoires).

### Article 37. Protection de l'environnement

Comme l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux analysé ci-dessus, l'article 37 formule ce qu'il est généralement convenu de décrire comme un « principe », plutôt qu'un « droit subjectif » de l'individu. Il est clair cependant que l'article 37 de la Charte peut être la source de droits pour l'individu, lorsque des droits sont formulés dans des instruments qui mettent en œuvre le principe de la protection de l'environnement. De plus, toute mesure – adoptée soit par les institutions de l'Union ou par les autorités d'un Etat membre agissant dans le cadre du droit de l'Union – qui iraient à l'encontre de ce principe constituerait une violation de cette disposition de la Charte, et dès lors devrait être considérée comme incompatible avec le droit de l'Union et subir la sanction de l'annulation.

Dès lors que le principe de la protection de l'environnement se trouve décliné sous la forme de droits subjectifs, susceptibles d'être invoqués directement par l'individu, il n'y a pas d'obstacle à ce que ces droits soient considérés comme ayant le statut de droit fondamental au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, à travers la consécration qui en est faite à l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux. Il en va ainsi notamment des droits de nature procédurale, tel le droit à l'accès à

<sup>396</sup> Dans une résolution de 1997, le Parlement européen considérait que "l'Union devrait être chargée de garantir que, conformément au principe de subsidiarité, les Etats membres déterminent, pour chaque secteur, un certain nombre d'obligations de service public, et notamment [il revient à l'Union] de définir, pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne un niveau minimal de service, là où les mécanismes du marché se révèlent inopérants" (Résolution sur la communication de la Commission intitulée "Les services d'intérêt général en Europe", COM(96)443 – C4-0507/96, rés. A4-0357/97, JO C 14 du 19.1.1998, p. 74 (considérant O)).

<sup>397</sup> En ce qui concerne les aides d'Etat dans le domaine de transports urbains, suburbains ou régionaux, voy. C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, non encore publié.

<sup>398</sup> C'est un raisonnement semblable qui a conduit la Commission à proposer l'inclusion du domaine des assurances dans sa proposition d'une Directive du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, commentée ci-dessus (article 23 de la Charte) (voy. l'exposé des motifs, p. 12 : "...un Etat membre qui serait le seul à vouloir imposer des tarifs unisexes pourrait faire courir à ses assureurs le risque que des entreprises des autres Etats membres pratiquent des prix moins élevés sur une partie du marché national").

l'information environnementale, ou le droit à une étude des incidences sur l'environnement de certaines politiques publiques, susceptibles de porter atteinte à la santé de l'individu, ou plus largement, au droit de l'individu à sa vie privée et/ou familiale<sup>399</sup>.

L'arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* constitue un des arrêts les plus importants rendus par la Cour européenne des droits de l'homme au cours de la période sous examen<sup>400</sup>. Les requérants, riverains de l'aéroport de Heathrow à Londres, se plaignaient de nombreux désagréments, qui ont conduit certains à devoir déménager afin de s'installer ailleurs, liés aux vols de nuit au-dessus de leur domicile. La situation s'était dégradée à partir de l'instauration, en 1993, d'un système de quotas de bruit (*noise quota scheme*) pour la période soumise aux quotas nocturnes. Le plan initial subit plusieurs modifications, à la suite de décisions de justice obtenues par les collectivités locales situées autour des trois principaux aéroports londoniens. Après plusieurs consultations publiques, un nouveau plan entra en vigueur en octobre 1999. Entre-temps, les requérants avaient introduit une requête auprès de la Commission européenne des droits de l'homme alléguant que la politique instaurée par le gouvernement en 1993 en matière de vols de nuit à Heathrow emporte violation de leurs droits garantis par les articles 8 (vie privée et familiale) et 13 (recours effectif) de la Convention. Le 2 octobre 2001, une chambre constituée au sein de la troisième section de la Cour a rendu son arrêt, dans lequel elle conclut à la violation de ces deux dispositions. L'arrêt du 8 juillet 2003 est rendu sur renvoi par la Grande Chambre de la Cour, et il aboutit à la conclusion opposée. La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, estimant que l'Etat n'a pas excédé la large marge d'appréciation qui doit lui être reconnue dans le domaine de la politique environnementale. Elle définit comme suit les obligations procédurales qui découlent des « droits environnementaux de l'homme » (§ 122): « lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter, comme c'était le cas en l'espèce, des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu. Il n'en résulte pas pour autant que des décisions ne peuvent être prises qu'en présence de données exhaustives et vérifiables sur tous les aspects de la question à trancher » (§ 128). L'arrêt ne remet cependant pas en cause l'affirmation selon laquelle, les Etats devant « minimiser, dans la mesure du possible, les atteintes aux droits, en essayant de trouver des solutions alternatives (...), un examen et une étude complets destinés à trouver une meilleure solution (...) devrait [dès lors] précéder la mise en œuvre du projet concerné »<sup>401</sup>. Mais l'arrêt rendu le 8 juillet 2003 par la Grande Chambre estime que « Eu égard au caractère général des mesures en cause, (...) les autorités étaient fondées à s'appuyer sur des données statistiques basées sur la perception moyenne des nuisances sonores » (§ 125) et adopter certaines mesures même si, pour certains habitants particulièrement sensibles au bruit, l'impact négatif pouvait être tel qu'il les oblige à déménager.

L'arrêt *Hatton* réaffirme que les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme doivent réglementer l'activité des personnes privées, de manière à combattre les nuisances environnementales dont elles pourraient être directement responsables. Mettre à la disposition des entreprises des instruments permettant le monitoring constant de leurs performances environnementales constitue une première manière de les responsabiliser par rapport à l'environnement. Le 10 juillet 2003, la Commission européenne a adopté une Recommandation relative à des orientations pour la mise en œuvre du règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement européen et du Conseil permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) concernant la sélection et l'utilisation d'indicateurs de performance environnementale<sup>402</sup>. La recommandation vise à faciliter l'établissement des rapports concernant la performance environnementale par l'identification des

<sup>399</sup> Voy. déjà Cour eur. D.H., arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, série A n°172, § 40 : comme les requérants se plaignaient des nuisances sonores générées par les vols d'aéronefs pendant la journée, la Cour a estimé que l'article 8 entrain en ligne de compte car « le bruit des avions de l'aéroport de Heathrow a[vait] diminué la qualité de la vie privée et les agréments du foyer [de chacun] des requérants ».

<sup>400</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, req. n°36022/97.

<sup>401</sup> Cour eur. D.H. (3<sup>ème</sup> section), arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 2 octobre 2001, req. n°36022/97, § 97.

<sup>402</sup> JO n° L 184 du 23.7.2003, p. 19.

indicateurs environnementaux pertinents, en insistant sur le fait que ces indicateurs doivent présenter les qualités de comparabilité (permettant de suivre l'évolution de la performance environnementale), d'équilibre (permettant le bilan des aspects problématiques ("mauvais") et prometteurs ("bons")), de continuité (facilitant les comparaisons intertemporelles), d'intertemporalité (ou de réactivité aux évolutions), et de clarté et de compréhensibilité.

Les outils que la Communauté et l'Union européennes ont à leur disposition pour garantir le droit à la protection de l'environnement sont diversifiés. Au cours de la période sous examen, ont été adoptés trois instruments importants qui traduisent ce souci : ils visent à criminaliser les atteintes graves à l'environnement et à combattre l'impunité pour les crimes portant atteinte à l'environnement par le rapprochement des législations pénales des Etats membres; à assurer le droit d'accès à l'information environnementale; enfin, à garantir la participation du public à l'élaboration de la politique environnementale.

### *Criminaliser les atteintes graves à l'environnement*

Le premier instrument important qui a été adopté au cours de la période sous examen afin d'assurer la protection de l'environnement est la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal<sup>403</sup>. Ce texte est pris sur la base des articles 29, 31, point e), et 34, paragraphe 2, point b), TUE<sup>404</sup>. La décision-cadre énumère un ensemble d'infractions graves à l'environnement (articles 2 et 3). Elle prévoit que les Etats membre prévoient des sanctions pénales à l'égard aussi bien des personnes physiques que des personnes morales qui se rendent coupables de ces infractions<sup>405</sup>. Elle encourage également les Etats à adopter une législation à cet effet ayant une portée extra-territoriale, "de manière à éviter que des personnes physiques ou morales n'échappent aux poursuites en raison du simple fait que l'infraction n'a pas été commise sur leur territoire" (Préambule, considérant 9). L'article 8 de la décision-cadre prévoit que les Etats prennent les mesures nécessaires afin d'établir leur compétence, notamment, 1° lorsque l'infraction est "commise en tout ou en partie sur son territoire, même si ses effets se manifestent entièrement ailleurs"; 2° "pour le compte de personnes morales dont le siège social est situé sur son territoire"; 3° "par un de ses ressortissants si l'infraction est punissable pénalement là où elle a été commise ou si son lieu de commission ne relève d'aucune juridiction". Ces deux dernières hypothèses d'extra-territorialité sont certes optionnelles, l'Etat pouvant décider "qu'il n'appliquera pas, ou qu'il n'appliquera que dans des cas ou des conditions spécifiques" ces chefs de compétence. Cependant, l'objectif étant d'éviter l'impunité pour les auteurs d'atteintes graves à l'environnement, l'Etat qui choisit de ne pas poursuivre ses nationaux pour les infractions commises hors du territoire national doit accepter de les extradier s'il reçoit une demande en ce sens. L'article 9 § 1<sup>er</sup> de la décision-cadre prévoit en effet que "Tout Etat membre qui, en application de son droit national, n'extrade pas encore ses ressortissants prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 2 et 3, lorsqu'elles sont commises par ses ressortissants en dehors de son territoire".

Le Préambule de la décision-cadre dit que celle-ci "a tenu compte" de la convention du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal<sup>406</sup>. Cette convention prévoit également que les Parties établissent leur compétence relative aux infractions pénales qu'elle définit – qui, comme la décision-cadre 2003/80/JAI, peuvent être commises

<sup>403</sup> JO n° L 29 du 5.2.2003, p. 55.

<sup>404</sup> Ceci, en dépit du fait que la Commission européenne avait présenté, le 13 mars 2001, une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (COM(2001)139, JO n° C 180 du 26.6.2001), basée sur l'article 175, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne. Voy. aussi la proposition modifiée du 30 septembre 2002, COM(2002)544 final, JO n° C 020 E, 28.1.2003, p. 284.

<sup>405</sup> Voy. l'article 6 de la décision-cadre. La personne morale pourra être tenue pour responsable lorsque l'infraction a été commise pour son compte par une personne physique exerçant en son sein un pouvoir de direction; ou bien lorsque la commission des actes a été facilitée par le défaut de surveillance ou de contrôle de la part de la personne morale pour le compte de laquelle ces actes ont été commis.

<sup>406</sup> S.T.E., n°172.

intentionnellement ou non (infractions de négligence) –, notamment lorsque l'infraction en cause a été commise sur le territoire de l'Etat partie, «par un de ses ressortissants si l'infraction est punissable pénalement là où elle a été commise ou si son lieu de commission ne relève d'aucune juridiction» (article 5 § 1<sup>er</sup> de la convention). L'article 5 § 2 de la convention ajoute que «Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour établir sa compétence relative aux infractions pénales, [définies par la convention], lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent sur son territoire et ne peut être extradé vers une autre Partie après une demande d'extradition». Cette garantie supplémentaire contre l'impunité n'est pas prévue dans la décision-cadre 2003/80/JAI, ce qu'il est permis de regretter : le refus d'extradition peut en effet se fonder sur un autre motif que sur le fait que la personne dont l'extradition est requise a la nationalité de l'Etat membre requis – par exemple, les procédures dans l'Etat requérant ne sont pas conformes aux exigences régissant le procès équitable, ou bien l'Etat requérant n'offre pas de garanties quant à sa volonté d'assurer une répression effective des comportements infractionnels reprochés. La convention du Conseil de l'Europe encourage également les Parties à prévoir, à charge des auteurs d'infractions constituant des atteintes graves à l'environnement, une obligation de remise en état de l'environnement (article 8), mode de réparation du dommage causé auquel la décision-cadre ne fait pas allusion bien qu'elle prévoit, à propos des sanctions applicables aux personnes morales, l'imposition d'une « obligation d'adopter des mesures spécifiques pour éviter les conséquences d'agissements analogues à ceux sur lesquels était fondée la responsabilité pénale » (article 7, e), de la décision-cadre). Enfin, la convention du Conseil de l'Europe encourage les Etats parties à prévoir la possibilité pour les groupements qui ont pour objectif la protection de l'environnement de participer aux procédures pénales concernant les infractions que la convention définit (article 11). La décision-cadre 2003/80/JAI est silencieuse sur cette question.

En 2005-2006, il est prévu une évaluation de la mise en œuvre par les Etats membres de l'Union de la décision-cadre 2003/80/JAI du 27 janvier 2003 (voy. l'article 10 § 2). Il serait souhaitable d'envisager, à terme, l'alignement des dispositions de la décision-cadre sur l'ensemble des dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe. Celle-ci n'a été ratifiée à ce jour que par l'Estonie (le 26.4.2002); elle a été signée par une minorité des Etats membres de l'Union européenne (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Suède).

#### *Garantir le droit d'accès du public à l'information en matière d'environnement*

La Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil<sup>407</sup> se fonde sur l'idée que «L'accès accru du public à l'information en matière d'environnement ainsi que la diffusion de cette information favorisent une plus grande sensibilisation aux questions d'environnement, le libre échange d'idées, une participation plus efficace du public à la prise de décision en matière d'environnement et, en définitive, l'amélioration de l'environnement » (Préambule, premier considérant). Cette directive résulte aussi de la nécessité pour le droit de la Communauté européenne de se conformer à la convention (dite d'Aarhus) de l'ONU/CEE sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, que la Communauté européenne a signée le 25 juin 1998 en même temps que les quinze Etats membres<sup>408</sup>. Le principe de la directive, du droit d'accès sur demande aux informations environnementales, est énoncé à l'article 3 § 1<sup>er</sup> : « Les États membres veillent à ce que les autorités publiques soient tenues, conformément à la présente directive, de mettre à la disposition de tout demandeur, et sans que celui-ci soit obligé de faire valoir un intérêt, les informations environnementales qu'elles détiennent ou qui sont détenues pour leur compte ». Toute limitation apportée au droit d'accès à l'information environnementale doit être interprétée restrictivement. Lorsqu'une autorité publique prétend refuser l'accès en invoquant une exception que prévoit la

<sup>407</sup> JO n° L 041 du 14.2.2003, p. 26.

<sup>408</sup> La Convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2001.

directive<sup>409</sup>, elle doit examiner si l'information couverte par l'exception n'est pas séparable du reste de l'information demandée, et communiquer les informations qui peuvent en être séparées (considérant 17).

La directive prévoit que, là où l'information relative à l'environnement ne peut être donnée que moyennant une redevance, celle-ci doit en tout état de cause être raisonnable, c'est-à-dire correspondre au coût effectif du service (article 5). Un droit d'accès au juge est reconnu à toute personne à qui l'information environnementale qu'elle demande est refusée (article 6). La directive tend à faire en sorte que les autorités publiques mettent à disposition et diffusent le plus largement possible auprès du public l'information en matière d'environnement ; elle encourage dès lors le recours à ces fins aux technologies de l'information et des communications. L'article 7, qui est relatif à la diffusion des informations environnementales, prévoit en outre que : « Sans préjudice d'aucune obligation particulière prévue par la législation communautaire, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soient diffusées immédiatement et sans retard, en cas de menace imminente pour la santé humaine ou pour l'environnement résultant d'activités humaines ou de causes naturelles, toutes les informations détenues par les autorités publiques ou pour leur compte et qui pourraient permettre à la population susceptible d'être affectée de prendre des mesures pour prévenir ou atténuer le dommage lié à la menace en question » (article 7 § 4).

#### *Garantir la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement*

Comme la directive 2003/4/CE précitée, la directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil<sup>410</sup> vise à assurer la conformité du droit communautaire avec les exigences de la convention CEE/ONU – dite convention d'Aarhus – sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Parmi les objectifs de cette convention, figure celui de garantir « les droits de participation du public aux procédures décisionnelles en matière d'environnement afin de contribuer à sauvegarder le droit de tout un chacun de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être » (Préambule, 6<sup>ième</sup> considérant). La directive 2003/35/CE modifie dès lors la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement<sup>411</sup> et la directive 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution<sup>412</sup>, afin d'assurer qu'elles soient pleinement compatibles avec les exigences fixées par cette convention.

<sup>409</sup> L'article 4 § 2, f), par exemple, prévoit que l'information demandée pourra être refusée au nom de la nécessité de respecter la confidentialité de donnée à caractère personnel, protégées notamment en vertu de la directive 95/46/CE.

<sup>410</sup> JO n° L 156, du 25.6.2003, p. 17

<sup>411</sup> JO L 175 du 5.7.1985. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que cette directive était susceptible d'être invoquée directement par les particuliers devant les autorités nationales, notamment juridictionnelles, à l'encontre des autorités publiques, ce qui permettra à celles-ci de pallier les conséquences d'une transposition incomplète ou déficiente : C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Kraaijeveld et al.*, C-72/95, *Rec.*, p. I-5403 ; C.J.C.E., 16 septembre 1999, *WWF et al.*, C-435/97, *Rec.*, p. I-5613 ; C.J.C.E., 19 septembre 2000, *Linster*, C-287/98, *Rec.*, p. I-6917. Cette invocabilité est à sens unique, c'est-à-dire qu'elle ne peut justifier, à l'inverse, que les autorités publiques imposent des obligations aux particuliers directement en vertu de la directive pour compenser le défaut de transposition ou la transposition incorrecte. Cette invocabilité n'a pas lieu vis-à-vis d'autres particuliers. Mais le fait que la directive soit invoquée contre les autorités publiques et puisse, par conséquent, avoir un impact sur les droits et intérêts d'autres particuliers, ne déroge pas à ce principe : voy. les conclusions de M. l'Avocat général Ph. Léger du 25 septembre 2003, présentées dans le cadre de l'affaire C-201/02, *The Queen, ex parte Wells*.

<sup>412</sup> JO n° L 257 du 10.10.1996.

*La convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*

La directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement ainsi que la directive 2003/35/CE du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement mentionnent la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Cette convention peut donc guider l'interprétation de ces directives. En outre, la validité de ces directives pourrait être évaluée au regard de la Convention. Dans l'arrêt *Nakajima All Precision Co. Ltd* du 7 mai 1991, la Cour a en effet confirmé que lorsqu'un acte de droit dérivé "a été pris pour satisfaire aux obligations internationales de la Communauté", il s'impose à celle-ci de respecter ces obligations, dans l'acte qu'elle adopte<sup>413</sup>. La directive 2003/88/CE devra également être interprétée en tenant compte de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a dégagé de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme un droit d'accès aux informations relatives à l'environnement<sup>414</sup>. Enfin, le 24 octobre 2003, la Commission a présenté une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>415</sup>. L'adoption de cette troisième compléterait la définition, par la Communauté, des obligations qui s'imposent aux Etats membres en vertu de la Convention d'Aarhus. Ce dernier texte est examiné sous l'article 47 de la Charte.

Conformément à l'article 175 § 1<sup>er</sup> EC, la Communauté européenne a la compétence requise pour adhérer à la Convention d'Aarhus. La Commission a proposé l'adoption d'une décision du Conseil à cet effet<sup>416</sup>. Elle a également proposé l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'application aux institutions et organes de la CE des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement<sup>417</sup>, qui doit couvrir, pour les institutions et organes de la Communauté, les trois piliers de la Convention d'Aarhus. Les dispositions pertinentes de ce règlement tel que proposé par la Commission sont examinées respectivement sous l'article 42 de la Charte (pour ce qui concerne le droit d'accès à l'information en matière d'environnement et l'obligation des autorités de rassembler et de diffuser les informations environnementales) et sous l'article 47 de la Charte (pour ce qui concerne le droit d'accès à la justice en matière d'environnement).

### **Article 38. Protection des consommateurs**

Aucun développement significatif n'est à relever au cours de la période sous examen.

<sup>413</sup> C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima*, C-69/89, *Rec.*, p. I-2069, point 31. Voy. également C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Kupferberg*, 104/81, point 11, *Rec.*, p. 3641; C.J.C.E., 16 mars 1983, *SIOT*, 266/81, point 28, *Rec.*, p. 731; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, point 29. Ainsi à propos du droit de l'OMC, le Tribunal de première instance des C.E. confirme que "ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC, qu'il appartient au juge communautaire de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC" (T.P.I., 11 janvier 2002, *Biret International SA c. Conseil*, T-174/00, *Rec.*, p. II-17, point 63).

<sup>414</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, *Rec.* 1998-I ; arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998.

<sup>415</sup> COM(2003)624 final, du 24.10.2003.

<sup>416</sup> Proposition de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, COM(2003)625 final du 24.10.2003.

<sup>417</sup> COM(2003)622 final, du 24.10.2003.

**CHAPITRE V : CITOYENNETE****Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen**

Au cours de la période sous examen, l'on peut relever les initiatives suivantes prises au niveau de l'Union européenne.

- L'article 19, paragraphe 2, CE prévoit que tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'a pas la nationalité, a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il réside. L'article 14 de la Directive 93/109/CE du Conseil, du 6 décembre 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants<sup>418</sup> autorise un État membre à demander une dérogation à ce principe si la proportion de citoyens de l'Union résidant dans ce pays, sans en avoir la nationalité et qui ont atteint l'âge de voter, dépasse 20 % de l'ensemble des citoyens de l'Union européenne en âge de voter et y résidant. Cette dérogation a été accordée au Luxembourg. La Commission, dans le cadre du rapport présenté à la date du 27 janvier 2003, a examiné l'opportunité de maintenir cette dérogation au profit du Luxembourg<sup>419</sup>. La Commission a conclu que les raisons invoquées pour l'octroi de cette dérogation sont encore justifiées.
- Afin de garantir que tous les électeurs soient en mesure de voter lors des élections au Parlement européen qui se dérouleront du 10 au 13 juin 2004, la Commission a émis une communication ayant pour objet de stimuler la mise en œuvre, dans les nouveaux États membres, de l'acquis communautaire en la matière et d'encourager l'inscription en temps utile de tous les citoyens de l'Union – y compris les ressortissants des autres nouveaux États membres – sur les listes électorales, tant dans les États membres actuels que dans les futurs États membres<sup>420</sup>. La Commission recommande ainsi que l'ensemble de ces derniers transposent rapidement la directive 93/109/CE, précitée, afin d'établir la base légale du vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union dans leur État de résidence lors de ces élections. Elle engage par ailleurs les quinze États membres actuels et les dix futurs États membres à prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les citoyens de l'Union et les ressortissants des nouveaux États membres résidant sur leur territoire sont inscrits sur les listes électorales pour ces élections dans un délai utile avant les élections.
- Dans un important arrêt du 18 février 1999, la Cour européenne des droits de l'homme avait estimé que constituait une violation de l'article 3 du Protocole n°1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme l'impossibilité pour les habitants de Gibraltar de participer aux élections du Parlement européen, compte tenu de l'extension des pouvoirs de celui-ci suite à l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne<sup>421</sup>. Dans une déclaration adoptée le 29 octobre 2003 au sujet de la plainte déposée par l'Espagne contre le Royaume-Uni en raison d'une violation alléguée du droit communautaire en ce qui concerne

<sup>418</sup> JO L 329 du 30.12.1993, p. 34.

<sup>419</sup> L'article 14 § 3 de la directive 93/109/CE prévoit en effet que « dix-huit mois avant chaque élection au Parlement européen, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport dans lequel elle vérifie la persistance des raisons justifiant l'octroi, aux États membres concernés, d'une dérogation conformément à l'article 8 B paragraphe 2 du traité CE [devenu article 19 CE, prévoyant au § 2, in fine, que les modalités d'organisation du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité peuvent prévoir des dispositions dérogatoires lorsque des problèmes spécifiques à un État membre le justifient], et propose, le cas échéant, qu'il soit procédé aux adaptations appropriées (...) ».

<sup>420</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative aux mesures que les États membres doivent prendre pour assurer la participation de tous les citoyens de l'Union aux élections de 2004 au Parlement européen dans l'Europe élargie, COM(2003)174 final.

<sup>421</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, req. n° 24833/94.

le droit de vote aux élections au Parlement européen pour les habitants de Gibraltar<sup>422</sup>, la Commission a déclaré qu' « à la suite d'un examen approfondi de la plainte de l'Espagne et d'une audition qui s'est tenue le 1er octobre, la Commission considère que le Royaume-Uni a étendu le droit de vote aux personnes résidant à Gibraltar dans le cadre du pouvoir d'appréciation conféré aux États membres par le droit communautaire. Toutefois, eu égard au caractère sensible de la question bilatérale sous-jacente, la Commission s'abstient à ce stade d'adopter un avis motivé au sens de l'article 227 du traité et invite les parties à trouver une solution à l'amiable ».

- Dans son avis d'initiative du 14 mai 2003, sur « L'accès à la citoyenneté de l'Union européenne », le Comité économique et social européen a demandé à la Convention européenne que le droit de vote et d'éligibilité, dérivé de la citoyenneté européenne, aussi bien dans le cadre des élections municipales que dans le cadre des élections du Parlement européen, soit étendu aux ressortissants des pays tiers résidant de façon stable ou depuis longtemps dans l'Union. Les conclusions de l'avis d'initiative sont les suivantes<sup>423</sup> :

La reconnaissance de la citoyenneté de l'Union aux ressortissants des pays tiers qui résident de manière stable ou depuis longtemps dans l'UE est un pas en avant pour que l'Union confirme sa volonté d'intégrer toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité.

A l'avenir, le nombre d'immigrants va augmenter dans les États membres de l'UE. Beaucoup y résideront de manière stable ou sur une longue période. Le développement de la libre circulation va également accroître la mobilité de tous. Par conséquent, la Convention doit analyser si les bases politiques et juridiques actuelles sont suffisantes pour faciliter l'intégration.

Le CESE demande à la Convention que, dans le texte de la première constitution de l'UE, le principe d'égalité s'applique à toutes les personnes qui résident de manière légale et stable dans l'UE, qu'elles soient ressortissantes des États membres ou de pays tiers.

Le CESE demande à la Convention que la citoyenneté de l'Union dispose d'un nouveau critère d'attribution: qu'elle soit liée non plus seulement à la nationalité d'un Etat membre, mais aussi à la résidence stable dans l'UE.

Par conséquent, le CESE propose à la Convention que l'article 7 ("La citoyenneté de l'Union") accorde la citoyenneté de l'Union non seulement aux ressortissants des États membres, mais aussi à toutes les personnes qui résident de manière stable ou depuis longtemps dans l'UE. La citoyenneté de l'Union s'ajoutera à la citoyenneté nationale sans la remplacer. Ainsi, ces personnes seront des citoyens européens et seront, par conséquent, égales devant la loi.

La suggestion faite par le Comité économique et social européen à la Convention européenne s'inscrit en référence à la notion de « citoyenneté civique » que la Commission a mise en avant dans ses propositions tendant à l'alignement progressif du statut des ressortissants d'Etats tiers qui résident dans l'Union sur le statut des ressortissants d'Etats membres<sup>424</sup>. Le droit de vote aux élections

---

<sup>422</sup> Lors de l'adoption de la Décision 2002/772/CE, Euratom du Conseil du 25 juin 2002 et du 23 septembre 2002 modifiant l'acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom, JO L 283 du 21.10.2002, p. 1, le Royaume-Uni avait déclaré qu'il garantirait la fidèle exécution de l'arrêt *Matthews*.

<sup>423</sup> Comité économique et social européen, avis d'initiative SOC/141 du 14 mai 2003, « L'accès à la citoyenneté de l'Union européenne ». Voy. déjà l'Avis d'initiative du CESE 365/2002 sur « L'immigration, l'intégration et le rôle de la société civile organisée » ; ainsi que l'Avis du CESE 1321/2001 sur la « Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ».

<sup>424</sup> Voy. spéc. la Communication de la Commission sur une politique communautaire en matière d'immigration, COM(2002)757 final ; ainsi que COM(2001)127 final.

municipales fait incontestablement partie de ces droits et obligations dont l'octroi sans discrimination aux nationaux et aux ressortissants de pays tiers qui dont des résidents de longue durée s'impose. La Convention sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local, ouverte à la signature dans le cadre du Conseil de l'Europe le 5 février 1992, prévoit que les Etats parties à cet instrument s'engagent en principe « à accorder le droit de vote et d'éligibilité aux élections locales à tout résident étranger, pourvu que celui-ci remplisse les mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux citoyens et, en outre, ait résidé légalement et habituellement dans l'Etat en question pendant les cinq ans précédant les élections » (article 6 § 1<sup>er</sup>).

#### **Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales**

Il est renvoyé à la troisième question abordée sous l'article 39 de la Charte.

#### **Article 41. Droit à une bonne administration**

Les procédures conduites en matière de droit la concurrence et l'exercice par la Commission des pouvoirs d'enquête et d'instruction qui lui sont reconnus dans ce cadre constituent un terrain privilégié d'application des garanties que prévoit l'article 41 de la Charte<sup>425</sup>. Celui-ci garantit notamment "le droit d'accès de toute personne au dossier qui la Concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires". Dans un arrêt *Cimenteries CBR e.a. c. Commission* du 15 mars 2000<sup>426</sup>, la quatrième chambre élargie du Tribunal de première instance avait estimé que l'impossibilité pour les entreprises requérantes contre une décision de la Commission de leur imposer une amende pour violation du paragraphe 1 de l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE) d'avoir accès à la totalité des pièces du dossier entre les mains de la Commission ne justifiait pas l'annulation de la décision d'amende dans son intégralité, dès lors que même en disposant d'un tel accès, les entreprises concernées « n'auraient pas eu une chance, même réduite, de faire aboutir la procédure administrative à un résultat différent. Ces parties requérantes n'ont donc pas démontré sur ce point l'existence d'une violation de leurs droits de la défense au cours de la procédure administrative » (point 3342). Dans les conclusions qu'il a rendues le 11 février 2003 sur le pourvoi introduit par Irish Cement Ltd à la suite de cet arrêt, M. l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a conclu au rejet de ce pourvoi. Prenant appui explicitement sur l'article 41 § 2 de la Charte, les conclusions estiment que la consultation du dossier ne constitue pas une fin en soi, mais plutôt « un outil supplémentaire au service des droits de la défense ». Dès lors "les failles de la procédure sont dénuées de pertinence lorsque l'intéressé disposait malgré tout des moyens adéquats de se défendre » (point 34). Il s'en déduit que l'arrêt attaqué du Tribunal ne doit pas être annulé (points 35 et 36) :

Le caractère instrumental du droit d'accès au dossier comporte cependant une conséquence supplémentaire. Même lorsque ce droit n'a été respecté que de manière insuffisante ou défectueuse et que cette violation diminue les possibilités de défense de l'intéressé, il n'y a lieu d'annuler la décision clôturant la procédure que si l'on constate que l'issue de celle-ci aurait pu être différente et plus favorable à l'intéressé si les règles de procédure avaient été

<sup>425</sup> Sur le respect des droits de la défense dans ce cadre, voy. le règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission, du 22 décembre 1998, relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE, JO L 354, p. 18, qui remplace le règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17 (JO 1963, 127, p. 2268). Voy. à présent l'article 27 § 2 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1), qui dit que « Les droits de la défense des parties concernées sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. Elles ont le droit d'avoir accès au dossier de la Commission sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles et aux documents internes de la Commission ou des autorités de concurrence des États membres. (...) »

<sup>426</sup> Aff. jtes T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, *Rec.* p. II-491.

scrupuleusement respectées ou encore si l'on constate précisément que le vice de forme empêche de déterminer si la décision aurait été différente. Dans l'un comme dans l'autre cas, il y aurait lieu d'annuler la résolution finale et, le cas échéant, de reprendre toute la procédure afin de la redresser.

En somme, les vices de forme n'ont pas une vie propre, distincte de la substance du litige. Lorsqu'une décision rendue au terme d'un itinéraire formel défectueux est annulée parce qu'en raison des vices entachant le cheminement suivi pour son adoption, elle est incorrecte quant au fond, l'annulation est déterminée par l'incorrection substantielle de la résolution et non par la présence du défaut de procédure. Le vice de forme n'acquiert une existence propre que lorsque, du fait de son occurrence, il n'est pas possible de se former un jugement sur la décision adoptée.

#### **Article 42. Droit d'accès aux documents**

Le droit garanti à l'article 42 de la Charte trouve sa principale concrétisation dans le Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission<sup>427</sup>, adopté sur la base de l'article 255 al. 2 CE<sup>428</sup>. L'article 11 de ce Règlement impose au Conseil, à la Commission et au Parlement européen d'instaurer un registre public des documents détenus par l'institution concernée, au plus tard pour le 3 juin 2002. Le règlement ne prévoit pas que le registre public de documents ne doit mentionner que les seuls documents auxquels tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre doit pouvoir accéder, sans que s'appliquent les exceptions que prévoit le règlement à son article 4. Au contraire, l'article 11, §§ 1 et 2, se formule comme suit :

1. Pour permettre aux citoyens de jouir de manière concrète des droits résultant du présent règlement, chaque institution rend accessible un registre de documents. Le registre devrait être accessible sous une forme électronique. Les références des documents sont inscrites au registre sans délai.

2. Pour chaque document, le registre contient un numéro de référence (y compris, le cas échéant, la référence interinstitutionnelle), le thème abordé et/ou une brève description du contenu du document, ainsi que la date à laquelle le document a été reçu ou élaboré et inscrit au registre. *Les références sont conçues de manière à ne pas porter atteinte à la protection des intérêts visés à l'article 4.*

La dernière phrase de l'article 11 § 2 du règlement confirme clairement que le registre public de documents doit également faire mention de l'existence de documents confidentiels en partie ou en totalité, couverts par une des exceptions énumérées à l'article 4 dudit règlement. D'ailleurs, l'article 4 § 6 du règlement n° 1049/2001 prévoit que « Si une partie seulement du document demandé est concernée par une ou plusieurs des exceptions susvisées, les autres parties du document sont divulguées ». Or le droit d'avoir accès à la partie du document dont la préservation de la confidentialité n'est pas justifiée au regard des exceptions fixée par l'article 4 du règlement, ne pourrait pas être exercé utilement si la personne n'a pas d'abord connaissance de l'existence d'un tel document, à travers la consultation du registre<sup>429</sup>. Dès lors, ne peuvent être exclus d'une mention au

<sup>427</sup> JO L 145 du 31.5.2001, p. 43.

<sup>428</sup> Ni l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux, ni le règlement n° 1049/2001, ne garantissent en principe le droit d'accès aux documents détenus par les autres institutions, organes ou agences communautaires. Cependant, conformément à la déclaration commune concernant le règlement n° 1049/2001 (JO C 173, du 27.6.2001), la Commission a proposé l'adaptation des règlements institutifs des agences communautaires afin que les garanties du règlement puissent être invoquées également dans ce contexte : voy. COM(2002)406 final.

<sup>429</sup> A titre d'exemple, au 31 décembre 2002, le registre public du Conseil comprenait la référence à 2944 documents d'accès partiel, portant la mention « P/A », sur un total de 375154 documents. Voy. le Rapport annuel du Conseil sur la mise en

registre public des documents de chaque institution que les documents sensibles, selon la définition et les modalités fixées à l'article 9 du règlement, qui prévoit que de tels documents ne sont inscrits au registre ou délivrés que moyennant l'accord de l'autorité d'origine (institutions ou agences créées par elles, États membres, pays tiers ou organisations internationales) (article 9 § 3)<sup>430</sup>. Naturellement, ceci ne signifie pas que les documents sensibles soient placés à l'abri de toute forme de contrôle, même par les représentants élus des citoyens. L'article 9 § 7 du règlement n° 1049/2001 prévoit que « La Commission et le Conseil informent le Parlement européen au sujet des documents sensibles conformément aux dispositions convenues entre les institutions ». Un tel accord a été conclu entre le Conseil et le Parlement européen, le 20 novembre 2002, en matière de sécurité et de défense<sup>431</sup>.

Sous réserve de cette dernière catégorie de documents, tous les documents produits au sein d'une institution doivent être repris, sans délai, dans le registre établi conformément à l'article 11 du Règlement n° 1049/2001. Pour justifier son choix de ne faire figurer initialement dans le registre qu'elle a rendu accessible au 3 juin 2002 que les seuls documents législatifs, la Commission prend appui sur la priorité que le Règlement n° 1049/2001 accorderait à ces derniers documents, que le Règlement définit comme les documents « établis ou reçus dans le cadre de procédures visant à l'adoption d'actes légalement contraignants au sein des États membres ou pour ceux-ci ». Une telle distinction n'est en fait pertinente qu'en ce qui concerne la possibilité d'un accès direct aux documents (voy. l'article 12 § 2 du Règlement). Elle n'apparaît pas à l'article 11, relatif au registre de documents. Telle qu'elle est présentée dans le rapport établi en avril 2003 conformément à l'article 17 § 1<sup>er</sup> du Règlement n° 1049/2001<sup>432</sup>, la position de la Commission n'est pas conforme aux prescriptions claires de celui-ci.

L'article 4 § 6 du Règlement n° 1049/2001 concerne l'accès partiel aux documents. Il prévoit que « Si une partie seulement du document demandé est concernée par une ou plusieurs des exceptions susvisées, les autres parties du document sont divulguées ». En pratique cependant, les documents qui ne sont que partiellement accessibles ne sont pas mis à la disposition directe du public, en dépit de ce que l'article 12 du Règlement exprime clairement sa préférence pour l'accès direct. Il serait souhaitable de garantir l'accès direct aussi aux documents auquel un accès partiel seulement peut être accordé, conformément aux exceptions inscrites à l'article 4 du Règlement, en biffant les passages ou les références à des délégations ou des personnes qui doivent être protégées de la divulgation. Ceci éviterait qu'une demande individuelle doive être introduite chaque fois qu'une personne souhaite avoir accès à un document couvert partiellement par une exception.

En vue de permettre l'entrée en vigueur à l'égard de la Communauté européenne de la convention d'Århus sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement, la Commission a proposé l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'application aux institutions et organes de la CE des dispositions de cet instrument<sup>433</sup>. Si le Règlement proposé est adopté, le Règlement n° 1049/2001 devra à l'avenir être considéré comme pouvant être invoqué en vue d'accéder à l'information en matière d'environnement par toute personne physique ou morale, indépendamment de sa nationalité, de sa résidence, de son siège social ou du lieu de son centre d'activités. Il sera invocable en outre non seulement à l'égard des institutions de la Communauté telles que les identifie l'article 7 CE, mais également à l'égard de tous les organes

---

œuvre du Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, portant sur l'année 2002 (adopté le 28 mars 2003 par le groupe de travail sur l'information).

<sup>430</sup> A titre d'exemple, en 2002, le Conseil de l'Union européenne a produit 250 documents sensibles, dont 77 seulement ont fait l'objet d'une mention dans le registre public. Ces 77 documents étaient tous rangés au sein de la catégorie « confidentiel », représentant le degré de confidentialité le plus bas selon la classification de l'article 9 § 1<sup>er</sup> du règlement. Aucun document « très secret/top secret » n'a été produit durant cette période. 38 documents classés « secret » ont été produits, aucun n'a fait l'objet d'une référence au registre. Voy. le Rapport annuel du Conseil sur la mise en œuvre du Règlement (CE) n° 1049/2001, précité.

<sup>431</sup> JO C 298, du 30.11.2002, p. 1.

<sup>432</sup> COM(2003)216 final, du 29.4.2003, para. 1.3., p. 6.

<sup>433</sup> COM(2003)622 final, du 24.10.2003.

et institutions communautaires qui exercent des fonctions publiques<sup>434</sup>. Enfin, conformément aux exigences des articles 1 à 5 de la Convention d'Århus, la collecte et la diffusion des informations relatives à l'environnement répondra à des règles plus détaillées et précises que ne le prévoit le régime de droit commun du Règlement n° 1049/2001, en ce qui concerne les autres types d'informations<sup>435</sup>. En effet, un aspect de la Convention d'Århus qui va au-delà du droit d'accès à l'information que détiennent les autorités, consiste en l'obligation des autorités des Parties – donc également des institutions et organes de la Communauté – de rassembler et diffuser des informations sur l'environnement, de manière à permettre le débat public sur des bases objectives et à jour, et de manière également à encourager les autorités à assurer la surveillance de leurs propres pratiques en matière d'environnement, notamment par l'obligation de produire à intervalles réguliers des rapports sur l'état de l'environnement (voy. l'article 5 § 4). Aux termes de l'article 5 de la convention d'Århus :

1. Chaque Partie fait en sorte :

- a) Que les autorités publiques possèdent et tiennent à jour les informations sur l'environnement qui sont utiles à l'exercice de leurs fonctions;
- b) Que des mécanismes obligatoires soient mis en place pour que les autorités publiques soient dûment informées des activités proposées ou en cours qui risquent d'avoir des incidences importantes sur l'environnement;
- c) Qu'en cas de menace imminente pour la santé ou l'environnement, qu'elle soit imputable à des activités humaines ou qu'elle soit due à des causes naturelles, toutes les informations susceptibles de permettre au public de prendre des mesures pour prévenir ou limiter d'éventuels dommages qui sont en la possession d'une autorité publique soient diffusées immédiatement et sans retard aux personnes qui risquent d'être touchées.

2. Chaque Partie veille à ce que, dans le cadre de la législation nationale, les autorités publiques mettent les informations sur l'environnement à la disposition du public de façon transparente et à ce que ces informations soient réellement accessibles, notamment :

- a) En fournissant au public des renseignements suffisants sur le type et la teneur des informations sur l'environnement détenues par les autorités publiques compétentes, sur les principales conditions auxquelles ces informations sont mises à sa disposition et lui sont accessibles et sur la procédure à suivre pour les obtenir;
- b) En prenant et en maintenant des dispositions pratiques, par exemple :
  - i) En établissant des listes, des registres ou des fichiers accessibles au public;
  - ii) En faisant obligation aux fonctionnaires d'apporter leur concours au public qui cherche à avoir accès à des informations en vertu de la présente Convention; et
  - iii) En désignant des points de contact; et
- c) En donnant accès gratuitement aux informations sur l'environnement figurant dans les listes, registres ou fichiers visés à l'alinéa b) i) ci-dessus.

3. Chaque Partie veille à ce que les informations sur l'environnement deviennent progressivement disponibles dans des bases de données électroniques auxquelles le public peut avoir facilement accès par le biais des réseaux de télécommunications publics. Devraient notamment être accessibles sous cette forme les informations suivantes :

- a) Les rapports sur l'état de l'environnement visés au paragraphe 4 ci-après;
- b) Les textes de lois sur l'environnement ou relatifs à l'environnement;
- c) Le cas échéant, les politiques, plans et programmes sur l'environnement ou relatifs à l'environnement et les accords portant sur l'environnement; et
- d) D'autres informations, dans la mesure où la possibilité de les obtenir sous cette forme faciliterait l'application de la législation nationale visant à donner effet à la présente Convention, pour autant que ces informations soient déjà disponibles sous forme électronique.

---

<sup>434</sup> Voy. l'article 3 du Règlement proposé.

<sup>435</sup> Voy. l'article 4 du Règlement proposé.

4. Chaque Partie publie et diffuse à des intervalles réguliers ne dépassant pas trois ou quatre ans un rapport national sur l'état de l'environnement, y compris des informations sur la qualité de l'environnement et des informations sur les contraintes qui s'exercent sur l'environnement.

5. Chaque Partie prend des mesures, dans le cadre de sa législation, afin de diffuser notamment:

- a) Les textes de lois et les documents directifs tels que les documents sur les stratégies, politiques, programmes et plans d'action relatifs à l'environnement et les rapports faisant le point de leur application, établis aux différents échelons de l'administration publique;
- b) Les traités, conventions et accords internationaux portant sur des questions relatives à l'environnement; et
- c) Le cas échéant, les autres documents internationaux importants portant sur des questions relatives à l'environnement.

6. Chaque Partie encourage les exploitants dont les activités ont un impact important sur l'environnement à informer périodiquement le public de l'impact sur l'environnement de leurs activités et de leurs produits, le cas échéant dans le cadre de programmes volontaires d'étiquetage écologique ou d'écobilans ou par d'autres moyens.

7. Chaque Partie :

- a) Rend publics les faits et les analyses des faits qu'elle juge pertinents et importants pour élaborer les propositions concernant les mesures essentielles à prendre en matière d'environnement;
- b) Publie ou rend accessibles d'une autre manière les documents disponibles expliquant comment elle traite avec le public dans les affaires relevant de la présente Convention; et
- c) Communique sous une forme appropriée des informations sur la façon dont l'administration, à tous les échelons, exerce les fonctions publiques ou fournit des services publics relatifs à l'environnement.

8. Chaque Partie met au point des mécanismes dans le but de faire en sorte que des informations suffisantes sur les produits soient mises à la disposition du public de manière à permettre aux consommateurs de faire des choix écologiques en toute connaissance de cause.

9. Chaque Partie prend des mesures pour mettre en place progressivement, compte tenu, le cas échéant, des processus internationaux, un système cohérent de portée nationale consistant à inventorier ou enregistrer les données relatives à la pollution dans une base de données informatisée structurée et accessible au public, ces données étant recueillies au moyen de formules de déclaration normalisées. Ce système pourra prendre en compte les apports, les rejets et les transferts dans les différents milieux et sur les lieux de traitement et d'élimination sur le site et hors du site d'une série donnée de substances et de produits découlant d'une série donnée d'activités, y compris de l'eau, de l'énergie et des ressources utilisées aux fins de ces activités.

10. Rien dans le présent article ne saurait porter atteinte au droit des Parties de refuser de divulguer certaines informations relatives à l'environnement conformément aux paragraphes 3 et 4 de l'article 4.

### **Article 43. Médiateur**

L'article 43 de la Charte reprend le contenu de l'article 195 § 1<sup>er</sup>, al. 1, CE, repris également à l'article 2 § 2 de la Décision du Parlement européen concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du médiateur<sup>436</sup>. La «mauvaise administration dans l'action des institutions

<sup>436</sup> Décision 94/262 du Parlement européen, du 9 mars 1994, concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du médiateur, JO L 113, p. 15.

ou organes communautaires” pouvant justifier l’intervention du médiateur européen n’est cependant pas définie dans cette décision. Elle ne consiste pas uniquement dans l’atteinte au droit à une bonne administration, tel que celui-ci est défini à l’article 41 de la Charte, en des termes d’ailleurs relativement ouverts<sup>437</sup>. Dans l’exercice de ses missions, le médiateur européen a notamment eu, à plusieurs reprises, à insister sur l’importance du respect dû au droit d’accès aux documents (article 42 de la Charte); et il a attaché un grand poids, pour l’interprétation de cette clause, à l’article 1<sup>er</sup> du Traité sur l’Union européenne, tel que modifié par le Traité d’Amsterdam, et qui dorénavant dit qu’au sein de l’Union les décisions “sont prises *dans le plus grand respect possible du principe d’ouverture et le plus près possible des citoyens*”. Mais, de manière plus générale, le médiateur a considéré être en présence d’un cas de “mauvaise administration” dès lors qu’il était en présence d’une atteinte à un droit reconnu dans la Charte, quel qu’il soit, par exemple le droit à ne pas être discriminé selon l’article 21 de la Charte (le médiateur européen a ainsi obtenu de la part de la Commission et du Parlement européen que soient levées les limites d’âge dans les concours de recrutement à ces institutions).

Le Médiateur européen a élaboré un Code de bonne conduite administrative, qui guide le traitement des plaintes qui sont déposées auprès de lui. Ce code a été approuvé dans son contenu par le Parlement européen dans une résolution du 6 septembre 2001. Mais le Médiateur européen a dû constater que, malgré des réactions généralement favorables des institutions, organes et agences communautaires, à la proposition d’adopter un tel code à partir du modèle qu’il a établi, seule une petite minorité d’institutions, organes ou agences avaient en fait adopté un tel code en acceptant de prendre l’engagement de s’y conformer<sup>438</sup>. Or l’adoption d’un tel code, qui devrait être rédigé de manière aussi uniforme que possible pour l’ensemble des institutions, organes et agences de la Communauté européenne, présenterait l’avantage de clarifier les normes devant régir les rapports entre l’administration européenne et les citoyens, ce qui est à l’avantage aussi bien des fonctionnaires que du public. Il faut en effet souligner qu’à l’exception du droit d’accès aux documents, les composantes du droit à une bonne administration (par exemple le droit à un traitement impartial, équitable et dans un délai raisonnable des dossiers, le droit de toute personne d’être entendue avant que soit prise une mesure individuelle défavorable à son encontre, le droit de recevoir une motivation à l’appui de la décision qui lui est adressée, ou bien le droit de recevoir des informations quant aux possibilités de recours) demeurent relativement imprécises, et peu accessibles en l’absence d’une codification de ces composantes.

Prenant acte des obstacles à l’adoption volontaire du code de bonne conduite administrative par les institutions, organes et agences communautaires, le Médiateur européen a recommandé l’adoption d’une législation administrative européenne, applicable à toutes les institutions et à tous les organes de la Communauté. Lorsque cette proposition a été formulée, en avril 2000, l’article 308 CE était identifié comme la base juridique adéquate pour l’adoption, sous forme d’un règlement, d’une telle législation. Il n’est pas certain que cette base juridique soit suffisante, cependant, la garantie du droit à une bonne administration ne figurant pas parmi les objets de la Communauté<sup>439</sup>. Mais une déclaration commune des institutions à respecter un Code de bonne conduite administrative présenterait, du point de vue symbolique, les mêmes avantages que l’adoption d’un règlement ; du point de vue de l’accessibilité du public, la publication dans la partie C du Journal officiel dudit Code, en annexe de la déclaration commune, suffirait ; du point de vue juridique, une telle déclaration commune constituerait un engagement des institutions susceptible d’être invoqué à

<sup>437</sup> Voy. la formule de l’article 41 § 2 de la Charte (le droit à une bonne administration comporte « *notamment:...* »).

<sup>438</sup> Voy. le Rapport spécial du Médiateur européen au Parlement européen, faisant suite à une enquête de propre initiative sur l’existence, au sein de chaque institution ou organe communautaire, d’un code, accessible au public, relatif à la bonne conduite administrative des fonctionnaires (OI/1/98/OV), établi sur la base d’informations recueillies au 1<sup>er</sup> mars 2000.

<sup>439</sup> Le projet de Traité établissant une Constitution pour l’Europe présenté par la Convention européenne a d’ailleurs prévu de combler ce vide, par l’inscription dans la Constitution d’une disposition (article III-304) disant que « les institutions, les organes et les agences de l’Union s’appuient sur une administration européenne ouverte, efficace et indépendante », et que « la loi européenne fixe les dispositions à cet effet ».

l'appui, par exemple, d'un recours en annulation ou d'une action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge communautaire<sup>440</sup>.

Les discussions nouées au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe ont par ailleurs permis de mettre en lumière l'utilité que présenterait une clarification des recours extra-judiciaires ouverts aux personnes physiques ou morales au sein de l'Union. Ces recours présentent l'avantage d'être peu coûteux, d'être soumis à des conditions de forme peu exigeantes, d'être rapides, et d'alerter les institutions de l'Union sur certaines situations qui, dans de nombreux cas, vont au-delà du cas individuel de la personne qui y fait appel. Un accord interinstitutionnel entre la Commission, le Parlement européen et le Médiateur européen pourrait utilement définir, à l'intention du public, les conditions respectives d'intervention de la Commission européenne (article 211 CE), du Parlement européen par sa commission des pétitions (article 44 de la Charte des droits fondamentaux, article 21 al. 1 CE et article 194 CE), et du Médiateur (article 43 de la Charte des droits fondamentaux, article 21 al. 2 CE et article 195 CE), dans le traitement des demandes adressées à ces institutions, sous la forme de pétitions ou de plaintes. Afin de maximiser une des fonctions de ces mécanismes, qui est d'alerter les institutions de l'Union sur certaines situations générales appelant de leur part des initiatives, il pourrait être envisagé de solliciter du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux, ou de la future Agence pour les droits de l'homme, la préparation d'avis sur les initiatives que peuvent appeler, de la part des institutions, les plaintes ou pétitions qui font apparaître des difficultés liées à la mise en œuvre des droits qu'énonce la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

#### **Article 44. Droit de pétition**

Les dernières données concernant l'exercice du droit de pétition figurent dans le rapport établi au sein du Parlement européen par Mme Laura González Álvarez<sup>441</sup>. Il n'est pas nécessaire ici de commenter les données, aussi bien quantitatives<sup>442</sup> que qualitatives, qui ressortent de ce document. En revanche, il y a lieu de souligner que ce rapport réitère le constat fait ci-dessus, à propos du Médiateur européen, qu'une meilleure coordination pourrait s'indiquer entre la Commission européenne, qui reçoit notamment des plaintes émanant de particuliers estimant que le droit communautaire a été violé à leur égard, le Médiateur européen, et la Commission des pétitions du Parlement européen. L'amélioration de cette coordination pourrait justifier une révision de l'accord interinstitutionnel du 12 avril 1989. Elle pourrait aller de pair avec la définition des missions d'une Agence pour les droits de l'homme dans l'Union européenne, dont la réflexion et les propositions devraient notamment être alimentées par le contenu des pétitions ou plaintes déposées par les citoyens européens ou les personnes résidant dans l'Union, lorsqu'elles révèlent des problèmes d'ordre structurel, dépassant le cas du seul pétitionnaire. Il est renvoyé sur ce point à l'Introduction du présent rapport.

#### **Article 45. Liberté de circulation et de séjour**

##### *Citoyens de l'Union européenne*

Après avoir pris connaissance de l'avis du Parlement européen tel qu'exprimé dans sa résolution du 11 février 2003, qui contenait un certain nombre d'amendements à la proposition initiale de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de

<sup>440</sup> En vertu du principe *patere legem quam ipse fecisti* : voy. T.P.I., 5 mars 1997, *WWF UK c. Commission*, T-105/95, *Rec.*, p. II-313, points 53 à 55.

<sup>441</sup> A5-0239/2003, 19.6.2003.

<sup>442</sup> Le rapport relève que pour la période à l'examen (du 12 mars 2002 au 10 mars 2003), la commission des pétitions a reçu 1514 pétitions, contre 1283 l'année précédente. La commission a déclaré 642 pétitions recevables et 202 irrecevables (contre respectivement 744 et 293 l'an dernier.); l'examen de 573 pétitions a été clôturé (contre 506 l'an dernier). 1080 pétitions sont encore en cours d'examen, contre 1041 l'an passé.

leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres<sup>443</sup>, la Commission a présenté une Proposition modifiée de directive<sup>444</sup>. La directive proposée envisage de refondre les instruments existants en matière de libre circulation et séjour des citoyens de l'Union, afin de substituer à une approche sectorielle et fragmentaire du droit garanti à l'article 18 CE, une approche fondée sur un seul instrument consolidé, et de favoriser ainsi l'effectivité de la libre circulation. La proposition modifiée de directive est attentive à plusieurs dimensions relevant des droits fondamentaux, par exemple en garantissant le caractère suspensif de plein droit des recours introduits contre les décisions d'expulsion (article 29 § 3) ou en précisant, conformément à la jurisprudence communautaire comme aux exigences de la Charte sociale européenne – pour ce qui concerne le droit à l'assistance sociale et médicale –, que « Tout citoyen de l'Union qui réside sur le territoire de l'État membre d'accueil, bénéficie de l'égalité de traitement avec les nationaux dans le domaine d'application du traité » (article 21 § 1<sup>er</sup>).

Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a déjà eu l'occasion d'examiner plusieurs aspects du nouvel instrument proposé, à différents stades de son élaboration. Il n'y a pas lieu, dès lors, d'en faire ici un commentaire général au regard des droits fondamentaux. Le texte de la proposition modifiée de directive, tel qu'il a été présenté en avril 2003, appelle néanmoins deux observations.

#### *La notion de « membre de la famille »*

La proposition modifiée contient une définition des « membres de la famille » du citoyen de l'Union qui inclut dans cette notion le « conjoint », le « partenaire auquel le citoyen de l'Union est lié par un partenariat enregistré ou par une relation durable, dûment attestée, si la législation de l'État membre d'accueil reconnaît la situation des couples non mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation », ainsi que les descendants directs et les ascendants directs du citoyen, de son conjoint ou de son partenaire au sens indiqué (article 2 § 2). A l'exception de la référence au « partenariat enregistré », que la Commission a accepté d'inscrire dans la proposition modifiée, la Commission a fait le choix de rejeter l'amendement du Parlement européen proposant de reconnaître comme membre de la famille du citoyen de l'Union l'époux de même sexe au même titre que l'époux de sexe opposé, ou le partenaire enregistré selon la loi de l'Etat d'origine, et les partenaires non mariés conformément au droit ou à la pratique de l'Etat d'origine ou de l'Etat d'accueil. En réalité, la Commission n'est pas allée au-delà de ce qu'exige déjà aujourd'hui la jurisprudence européenne<sup>445</sup>.

Il résulte de ce choix que la libre circulation et de séjour des citoyens de l'Union qui sont d'orientation homosexuelle sera moins effective que la même liberté des autres citoyens de l'Union. Les citoyens entretenant une relation homosexuelle durable, en effet, seront hésitants dans bien des cas à bouleverser leur vie familiale en allant chercher un emploi ou en acceptant une offre d'emploi dans un autre Etat membre. Il résulte aussi de ce choix que les Etats membres peuvent, sans violer la directive, décider que les couples mariés selon le droit belge ou néerlandais pourront ou non bénéficier du droit au regroupement familial sur leur territoire, selon qu'il s'agit de couples homosexuels ou de couples hétérosexuels. Compte tenu de ces conséquences qu'elle entraîne, le choix de la Commission mérite de faire l'objet de l'examen le plus strict. Dans l'avis n° 1-2003 qu'il a émis le 10 avril 2003 en réponse à une question de la Commission, le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux avait émis les considérations suivantes :

[...], la Commission européenne interroge le Réseau d'experts indépendants sur la question de savoir si la non reconnaissance des mariages entre personnes du même sexe et des partenariats enregistrés sur la base de la législation de l'Etat membre d'origine serait en contradiction avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Les articles 8 et 14 de cet instrument sont mentionnés dans la demande d'avis.

<sup>443</sup> COM(2001) 257 final, du 23.5.2001.

<sup>444</sup> COM(2003)199 final, du 15.4.2003.

<sup>445</sup> C.J.C.E., 17 avril 1986, *Reed*, C-59/85, *Rec.* p. 1283.

La réponse à cette [...] question appelle une réponse nuancée. Elle suppose de prendre également en compte l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit de se marier.

Dans le cadre de la rédaction de la proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, la Commission envisage – au moment où le présent avis est sollicité – de définir les “membres de la famille” comme comprenant notamment a) le “conjoint”, et b) “le partenaire, auquel le citoyen de l'Union est lié par un partenariat enregistré ou par une relation durable dûment attestée, si la législation de l'Etat membre d'accueil reconnaît la situation des couples non mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation” (proposition de nouvel article 2 (Définitions), para. 2).

Dans son avis de février 2003 adopté sur rapport de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures (rapp. G. Santini), le Parlement européen avait proposé dans le cadre de cet article 2 para. 2 de la proposition de directive trois modifications. Premièrement, il proposait la modification de l'article 2 para. 2 a), afin que cette clause fasse référence au conjoint, “quel que soit son sexe, conformément à la législation nationale d'application en la matière”. Deuxièmement, il proposait l'insertion d'un article 2 para. 2, a bis), faisant figurer parmi les “membres de la famille” “le partenaire enregistré, quel que soit son sexe, conformément à la législation nationale d'application en la matière”. Troisièmement, il proposait de reformuler l'article 2 para. 2 b) de la proposition de directive afin d'évoquer “le partenaire non marié, quel que soit son sexe, avec lequel le demandeur entretient une relation durable, si la législation ou la pratique de l'Etat membre d'accueil et/ou de provenance traite la situation des couples non mariés d'une façon correspondante à celle des couples mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation”.

Selon la demande d'avis que la Commission a adressée au Réseau d'experts, la première proposition n'a pas été retenue dès lors que la Cour de justice des Communautés européennes “a posé dans sa jurisprudence *D et Royaume de Suède c. Conseil* que le terme mariage, selon la définition communément admise par les Etats membres, désigne une union entre personnes de sexe différent”.

Cet arrêt n'a cependant pas la portée que lui prête la demande d'avis. En cause dans l'affaire *D. et Royaume de Suède c. Conseil*<sup>446</sup> l n'était pas le mariage entre personnes de même sexe, mais le partenariat enregistré conclu conformément à la loi suédoise du 23 juin 1994. Or, si le partenariat enregistré produit bien, selon la loi suédoise, “les mêmes effets juridiques que le mariage, sous réserve des exceptions prévues (...)”, il n'en demeure pas moins une institution distincte du mariage proprement dit. La Cour n'a pas tranché la question de savoir si la notion de “fonctionnaire marié” aurait pu s'étendre au fonctionnaire marié avec une personne de même sexe, dans l'hypothèse où – comme c'est le cas aujourd'hui aux Pays-Bas et en Belgique – cette possibilité existerait en vertu de la loi du statut personnel de l'intéressé.

Il échet d'ailleurs de noter que, immédiatement après avoir affirmé que “il est constant que le terme de ‘mariage’, selon la définition communément admise par les Etats membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent” (point 34), [l'arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil*] ajoute que “depuis 1989, des Etats membres en nombre croissant ont mis en place, à côté du mariage, des régimes légaux accordant une reconnaissance juridique à diverses formes d'union entre des personnes de même sexe ou de sexe différent et donnant à ces unions certains effets identiques ou comparables à ceux du mariage, tant entre les partenaires qu'à l'égard des tiers” (point 35). La Cour ne renonce à procéder à l'assimilation de ces formes de partenariat au mariage que parce que, selon elle, “au-delà de leur grande hétérogénéité, ces régimes d'enregistrement de relations de couple qui n'étaient jusque-là pas reconnues par la loi

<sup>446</sup> C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.*, p. I-4319.

sont, dans les Etats membres concernés, distincts du mariage” (point 36). Ainsi dans l’affaire *D. et Royaume de Suède c. Conseil*, ce qui a constitué l’argument décisif pour rejeter l’assimilation du partenariat enregistré de droit suédois au mariage, c’est que ce sont là deux situations légales qui demeurent distinctes (voy. le point 37). L’on ne saurait préjuger de l’attitude qui aurait celle de la Cour si, au contraire, elle avait été confrontée à une situation légale identique, simplement étendue aux couples de personnes de même sexe.

Il convient d’ailleurs de rappeler que, dans une lettre du 15 mai 2001, se fondant sur l’article 1<sup>er</sup> bis du Statut et sur l’article 9 de la Charte des droits fondamentaux, le directeur général du personnel et de l’administration estimait que le mariage d’un fonctionnaire reconnu selon le code civil néerlandais tel que modifié depuis le 1<sup>er</sup> avril 2001 devrait être considéré de la même manière que tout autre mariage reconnu dans un Etat membre. Le 15 octobre 2001, donc postérieurement au prononcé de l’arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil*, la Commission a confirmé cette assimilation<sup>447</sup>.

Trois motifs supplémentaires incitent à penser que l’arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil* du 31 mai 2001 ne saurait être invoqué pour rejeter une extension de la notion de “conjoint” opérée par le législateur communautaire dans le cadre d’un instrument visant à faciliter le droit des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

Premièrement, la Cour de justice des Communautés européennes refuse dans cet arrêt d’interpréter *contra legem* les termes de l’annexe VII du statut des fonctionnaires des Communautés européennes, mais n’exclut aucunement que le législateur communautaire puisse effectuer un tel choix (les évolutions constatées par le juge communautaire “ne permettent pas [à celui-ci] d’interpréter le statut de telle sorte que soient assimilées au mariage des situations légales qui en sont distinctes. (...) Il ne peut appartenir qu’au législateur d’adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d’affecter cette situation (...)” (points 37 et 38)). En effet, de ce que le terme de “conjoint” ne saurait s’étendre par voie d’interprétation jurisprudentielle au partenaire non marié d’un couple homosexuel – ce qu’a constaté la Cour dans son arrêt du 31 mai 2001 –, ne signifie pas que la notion de conjoint ne saurait être étendue, par le législateur communautaire, au conjoint de même sexe, s’il juge nécessaire d’inscrire pareille précision dans un texte de droit dérivé communautaire [...].

Deuxièmement, dans l’arrêt *D. et Royaume de Suède* du 31 mai 2001 comme déjà dans l’arrêt *Reed* du 17 avril 1986, la Cour de justice des Communautés européennes se montre particulièrement attentive à inscrire sa jurisprudence en harmonie avec les évolutions législatives qu’elle constate au sein des Etats membres. Dans l’arrêt *Reed*, c’est uniquement “en l’absence de toute indication d’une évolution sociale d’ordre général qui justifierait une interprétation extensive” de la notion de “conjoint” figurant à l’article 10 du règlement n° 1612/68, que la Cour estime que cette notion désigne uniquement un rapport fondé sur le mariage (point 15). Dans l’arrêt *D. et Royaume de Suède* du 31 mai 2001, la Cour n’a exclu que le partenariat enregistré de droit suédois puisse être assimilé au mariage qu’après avoir noté que “la situation qui existe dans les Etats membres (...) quant à la reconnaissance des partenariats entre personnes de même sexe ou de sexe différent est marquée (...) par une grande hétérogénéité des législations et par une absence générale d’assimilation entre le mariage, d’une part, et les autres formes d’union légale, d’autre part” (point 50). L’ouverture du mariage aux couples formés de personnes de même sexe en droit néerlandais et en droit belge pourrait amener la Cour, à l’avenir, à modifier son point de vue.

Troisièmement, tandis qu’était en cause, dans l’affaire *D. et Royaume de Suède*, la demande d’allocation de foyer introduite par un fonctionnaire du Conseil, dans la proposition de

<sup>447</sup> Voy. la réponse de M. le Commissaire Vitorino à la question écrite E-3261/01 posée par J. Swiebel le 23 novembre 2001, JO C 28 E du 6.2.2003, p. 3; ainsi que la réponse à Mme Buitenweg, JO C 93 E du 18.4.2002, p. 131.

directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, est en cause l'effectivité de la liberté de circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, effectivité que serait de nature à renforcer l'extension de la notion de "conjoint" au conjoint de même sexe, là où un mariage entre personnes de même sexe a été valablement conclu. Il est évident que n'est pas de nature à contribuer à l'effectivité de la liberté de circulation et de séjour du citoyen de l'Union l'impossibilité pour lui d'être rejoint, dans l'Etat membre dans lequel il choisit de s'installer, par son conjoint, pour l'unique motif que celui-ci est de même sexe. Il convient d'ailleurs de noter que, dans l'affaire *D. et Royaume de Suède*, la Cour de justice des Communautés européennes a dû constater que le moyen pris par le requérant, dans le cadre de son pourvoi, de l'entrave à l'exercice de la libre circulation des travailleurs que constituerait le refus de reconnaître comme équivalent au mariage le partenariat enregistré conclu sous la loi suédoise, a dû être jugé irrecevable, le moyen étant invoqué pour la première fois dans le cadre du pourvoi. La Cour de justice des Communautés européennes ne s'est donc pas prononcée sur la valeur de ce moyen.

De manière plus générale, force est de constater que, dans le cadre de l'élaboration d'un nouvel instrument communautaire regroupant les instruments existants relatifs au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, le législateur communautaire a le choix entre deux attitudes. Ou bien, prenant appui sur l'exigence de non-discrimination à raison de la nationalité (article 12 CE), il prévoit que le regroupement familial bénéficiera aux partenaires – mariés ou non mariés – de même sexe ou de sexe opposé, là où l'Etat membre d'accueil reconnaît des formes de cohabitation hors mariage. Ou bien, prenant appui plutôt sur la notion de reconnaissance mutuelle, il prévoit que le regroupement familial bénéficiera aux partenaires – mariés ou non mariés – de même sexe ou de sexe opposé, dès lors que le lien entre les partenaires bénéficie d'une reconnaissance au sein de l'Etat membre d'origine. Le choix de la première option conduit à des solutions paradoxales : la Suédoise, unie sous un partenariat enregistré avec une Suédoise selon la loi de 1994, ne pourra invoquer ce partenariat pour se faire rejoindre par sa partenaire en Italie, à défaut que cet Etat reconnaisse la situation des couples non mariés ; à l'inverse pourtant, deux Italiens de même sexe, cohabitants dans une relation durable, pourront prendre appui sur le fait que la Suède reconnaît les couples non mariés à travers l'institution du partenariat enregistré pour bénéficier, en Suède, du droit au regroupement des membres de la famille. En outre, la seconde solution est plus favorable à l'effectivité de la liberté de circulation et de séjour [...].

Force est également de noter que la solution consistant à subordonner la reconnaissance du droit pour le citoyen de l'Union de se faire rejoindre dans un autre Etat membre par un membre de sa famille qui n'est pas son "conjoint", à la reconnaissance au sein de l'Etat membre d'accueil de la situation des couples de fait ou de droit, peut à terme poser des difficultés de compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux.

Dans la mise en oeuvre de l'article 18 CE, le législateur communautaire est tenu au respect des droits fondamentaux, notamment ceux énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Parmi ces droits figurent le droit au respect de la vie privée (article 7), le droit de ne pas subir de discriminations, notamment liées à l'orientation sexuelle (article 21 § 1), et le droit de se marier (article 9).

La Commission européenne des droits de l'homme a admis que l'éloignement d'un étranger du territoire d'un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme pouvait constituer une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, lorsque celui-ci avait noué dans cet Etat des rapports avec une personne de même sexe et lorsque l'éloignement conduirait à la rupture de

ces rapports<sup>448</sup>. Il en résulte qu'en ne permettant pas à la relation stable entre deux partenaires de se poursuivre dans l'Etat membre d'accueil après que l'un des partenaires ait exercé sa liberté de circulation ou de séjour, le législateur introduit une restriction à cette liberté dont la compatibilité avec les exigences de la vie privée<sup>449</sup> pourrait être sujette à caution.

A la différence des personnes hétérosexuelles, les personnes homosexuelles n'ont pas, sauf si elles ont la nationalité belge ou hollandaise ou si elles résident aux Pays-Bas, de possibilité légale de se marier. Admettre de plein droit que constitue un membre de la famille le "conjoint", mais subordonner la reconnaissance en tant que membre de la famille du partenaire hors mariage à la condition que l'Etat membre d'accueil reconnaisse la situation des couples de fait ou de droit, conduit ainsi à imposer un désavantage manifeste aux citoyens de l'Union européenne ayant une orientation sexuelle déterminée. Certes, pareille différence de traitement entre le mariage et les autres formes d'union ne constitue pas une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle : la reconnaissance de plein droit du "conjoint" comme membre de la famille aux fins du regroupement familial s'effectue au détriment, non seulement de la personne homosexuelle n'ayant pas accès à l'institution du mariage, mais également au détriment de la personne ayant noué des liens hors mariage avec un partenaire de sexe opposé<sup>450</sup>. Il est cependant permis de se demander si pareille situation, qui pourrait constituer une forme de discrimination indirecte envers les personnes homosexuelles, ne requiert pas une justification particulièrement rigoureuse, qui aille au-delà du seul but de protéger la famille traditionnelle.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce : "A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les règles nationales régissant l'exercice de ce droit". Dans un arrêt du 11 juillet 2002, confrontée à la situation d'une transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin et empêchée de se marier avec l'homme avec lequel elle entretenait une relation, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété cette disposition comme garantissant "le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause. L'exercice du droit de se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des Etats contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même"<sup>451</sup>. Accordant en outre une importance particulière au choix des rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de s'écarter du libellé de l'article 12 de la Convention lorsqu'ils ont rédigé l'article 9 de la Charte (l'absence d'une référence à

<sup>448</sup> Commiss. eur. D.H., req. n°9369/81, *X et Y c. Royaume-Uni*, déc. du 3 mai 1983, *D.R.*, 32, p. 220; req. n°12513/86, *W.J. et D.P. c. Royaume-Uni*, déc. du 13 juillet 1987; req. n°16106/90, *B. c. Royaume-Uni*, déc. du 10 février 1990, *D.R.*, 64, p. 278; req. n°14753/89, *C. et L.M.*, déc. du 9 octobre 1989.

<sup>449</sup> Les exigences du droit au respect de la vie familiale pourraient également devoir être prises en compte, la Cour européenne des droits de l'homme acceptant de faire figurer au sein de cette notion la vie familiale "de facto" (Cour eur. D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne* (req. n° 25735/94) du 13 juillet 2000, § 43), notamment en cas de concubinage (Cour eur. D.H., déc. *Saucedo Gomez c. Espagne* (req. n° 37784/97) du 26 janvier 1999 (concubinage ayant duré dix-huit ans mais auquel ne se trouvaient pas attachées les conséquences reconnues au mariage)). A ce jour cependant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore étendu la notion de vie familiale aux couples de personnes de même sexe.

<sup>450</sup> Il faut cependant attirer l'attention sur le fait que, le mariage n'étant pas ouvert aux couples de personnes de même sexe dans la plupart des Etats membres, les personnes ayant une orientation homosexuelle sont les seules à subir les conséquences du régime privilégié accordé au mariage. Dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, le fait que celles-ci soient les seules à pouvoir être enceintes à suffi à ce que la différence de traitement fondée sur l'état de grossesse soit considérée par la Cour de justice des Communautés européennes comme une discrimination directe fondée sur le sexe (C.J.C.E., 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec.*, p. I-3941, point 12). De ce point de vue, l'impossibilité pour les couples de même sexe d'accéder à une institution qui leur accorde – notamment du point de vue de la liberté de circulation et de séjour que garantit au citoyen de l'Union l'article 18 CE – des droits identiques à ceux qui sont reconnus aux couples de personnes de sexe opposé, pourrait être envisagée comme constituant une discrimination directe opérée sur la base de l'orientation sexuelle des personnes.

<sup>451</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (req. n° 28957/95) du 11 juillet 2002, §§ 98-99.

“l’homme et la femme”, selon la Cour, “ne peut être que délibérée”), la Cour en déduit que la requérante est victime d’une “atteinte à la substance même de son droit de marier”.

La signification de ce dernier arrêt ne saurait être sous-estimée. Il est prématuré de déduire de l’arrêt que la Cour européenne s’apprête à fonder sur l’article 12 de la Convention européenne des droits de l’homme une obligation des Etats parties à la Convention d’ouvrir aux couples de personnes de même sexe l’institution du mariage. Cependant, en autorisant les Etats membres à refuser de reconnaître en tant que “conjoints” les partenaires mariés dans un autre Etat membre au citoyen de l’Union qui exerce sa liberté de circulation et de séjour en vertu du droit communautaire, le législateur communautaire ne saurait admettre que les Etats utilisent cette liberté pour porter atteinte à la substance du droit de se marier. La réserve du respect dû aux droits fondamentaux est toujours implicite à l’usage que peuvent faire les autorités étatiques [de leur marge d’appréciation dans l’adoption de mesures s’inscrivant] dans le domaine d’application du droit communautaire. Or il est permis de se demander si, en ne reconnaissant pas le mariage valablement conclu dans un autre Etat membre, l’Etat membre d’accueil ne porte pas atteinte à l’article 12 de la Convention, dont la signification ne saurait plus se ramener à la garantie du droit d’un homme et d’une femme de se marier afin de fonder une famille.

La proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres ne répond pas à ces arguments. Quelle que soit l’interprétation que l’on souhaite donner à la prise de position de la Cour de justice des Communautés européennes du 31 mai 2001, il est en tout cas certain que cette jurisprudence n’interdisait pas au législateur communautaire de suivre la suggestion faite par le Parlement européen, concernant la définition des « membres de la famille » dans le texte en discussion. Compte tenu de l’enjeu que représente cette question pour les personnes homosexuelles, il aurait été souhaitable que la Commission fournisse à l’appui de sa proposition modifiée une justification plus approfondie. La proposition modifiée de directive suggère qu’il serait acceptable de la part d’un Etat membre d’opérer une différence de traitement entre le mariage hétérosexuel et le mariage homosexuel, même dans les situations où l’Etat d’origine (en pratique aujourd’hui, la Belgique et les Pays-Bas) a voulu voir là une institution unique – ce qui suffit à distinguer la question posée par une telle différence de traitement de la situation de l’affaire *D. et Royaume de Suède c. Conseil*. Il convient à cet égard de rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme selon laquelle, « comme pour ce qui concerne les différences de traitement fondées sur le sexe, seules des considérations très fortes peuvent justifier des différences de traitement fondées sur l’orientation sexuelle »<sup>452</sup>.

Aux termes de l’article 4 (Non-discrimination) de la directive proposée, les États membres doivent mettre en oeuvre les dispositions de la présente directive « sans faire de discrimination entre les bénéficiaires de la présente directive fondée notamment sur le sexe, l’identité sexuelle, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l’appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l’âge ou l’orientation sexuelle ». Selon l’article 34 (Dispositions nationales plus favorables), un Etat membre peut prendre ou maintenir en vigueur des dispositions législatives, réglementaires et administratives, qui sont plus favorables aux bénéficiaires de la liberté de circulation et de séjour. Les Etats membres devraient être encouragés à faire usage de cette possibilité de garantir pleinement les droits de tout citoyen de l’Union à la liberté de circulation et de séjour, sans discrimination liée à l’orientation sexuelle.

<sup>452</sup> Cour eur. DH (1<sup>st</sup> section), arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, req. no. 40016/98, § 37, citant les arrêts *Smith and Grady c. Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et 33986/96, § 90, CEDH 1999-VI ; et *S.L c. Autriche*, req. n° 45330/99, § 37, 9 janvier 2003.

*Extension territoriale*

L'article 19 (Extension territoriale) de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres énonce que « Le droit de séjour et le droit de séjour permanent s'étendent à tout le territoire de l'État membre. Des limitations territoriales au droit de séjour et au droit de séjour permanent peuvent seulement être établies par les États membres dans les cas où elles sont prévues également pour leurs propres ressortissants ». Il y a lieu de se demander si, lorsque la mesure plus extrême de l'expulsion pour motifs d'ordre public pourrait être adoptée envers le ressortissant d'un autre État membre, la mesure moins sévère consistant à apporter une limitation territoriale à son droit de séjour ne devrait pas être envisagée de préférence, dès lors qu'elle est apte à réaligner le même objectif avec des conséquences moindres pour l'étendue des droits du citoyen de l'Union. L'article 18 CE garantit en effet le droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité CE et par les dispositions prises pour son application. Parmi ces réserves, figurent les limitations justifiées par des raisons d'ordre public que mentionne l'article 39 § 3 CE et que la directive 64/221 du 25 février 1964 relative à la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique<sup>453</sup> est venue préciser<sup>454</sup>. Dans l'affaire *Oteiza Olazabal*, qui concernait ces dispositions du droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu un arrêt qui présente un intérêt particulier pour l'interprétation de l'article 19 de la proposition modifiée de la Commission, dans le sens le plus favorable à l'effectivité des droits du citoyen de l'Union<sup>455</sup>.

L'affaire concernait la situation d'un Basque espagnol condamné en France à dix-huit mois d'emprisonnement ainsi qu'à quatre ans d'interdiction de séjour pour association de malfaiteurs ayant pour but de troubler l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et soupçonné d'appartenance à l'ETA. La Cour de justice des Communautés européennes a estimé que l'interdiction imposée par les autorités françaises à M. Oteiza Olazabal, de se rendre dans 31 départements français – restriction à sa liberté de circulation destinée à le tenir éloigné de ses contacts en Espagne – pouvait être admise, les autorités françaises ayant renoncé à expulser l'intéressé vers l'Espagne. La Cour note expressément que « la juridiction de renvoi part de la prémisse que des raisons d'ordre public font obstacle au séjour sur une partie du territoire du travailleur migrant en cause au principal et que, en l'absence de possibilité d'arrêter une mesure d'interdiction de séjour sur cette partie du territoire, elles pourraient justifier une mesure d'interdiction de séjour sur l'ensemble du territoire » (point 36). C'est donc uniquement là où une expulsion du territoire serait justifiée que peut être admise, à plus forte raison, une mesure moins restrictive de la liberté de circulation, consistant à limiter la partie du territoire sur laquelle l'intéressé peut se déplacer. La Cour l'indique expressément : « Dans des situations dans lesquelles les ressortissants des autres États membres peuvent se voir appliquer des mesures d'éloignement ou d'interdiction de séjour, ceux-ci sont également susceptibles de faire l'objet des mesures moins sévères que constituent des restrictions partielles de leur droit de séjour, justifiées par des raisons d'ordre public » (point 41) ; en outre, bien qu'il ne soit pas nécessaire que des mesures identiques puissent être appliquées par l'État membre en question à ses propres ressortissants, il n'en est pas moins requis que lorsque le comportement que l'État membre souhaite prévenir est le fait de ses propres ressortissants, il fasse l'objet d'une réaction d'une sévérité comparable, donnant lieu à « des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à le combattre » (point 45).

---

<sup>453</sup> JO L 56, p. 850.

<sup>454</sup> A présent, voy. l'article 25 de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

<sup>455</sup> C.J.C.E., 26 novembre 2002, *Oteiza Olazabal*, C-100/01, *Rec.*, p. I-10981. Cet arrêt n'avait pas pu être examiné dans le cadre du précédent rapport du Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux.

A l'avenir, il faudra se poser la question de savoir si, conformément au principe de proportionnalité de toute restriction apportée à la liberté fondamentale de circulation (point 43 de l'arrêt), un Etat membre ne serait pas tenu de recourir à la mesure moins sévère consistant en une restriction de se déplacer à l'intérieur du territoire national, plutôt qu'à la mesure extrême de l'éloignement du territoire, lorsque la première mesure permet d'atteindre le but recherché.

#### *Ressortissants de pays tiers*

Conformément aux compétences qui sont reconnues à la Communauté par l'article 62 §§ 1 et 3 et par l'article 63 § 4 CE, l'article 45 § 2 de la Charte prévoit que "La liberté de circulation et de séjour peut être accordée (...) aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre". Déposée dès 2001<sup>456</sup>, la proposition de directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée a fait l'objet d'un accord au sein du Conseil, le 22 septembre 2003. Le texte adopté appelle deux observations.

#### *Cercle des bénéficiaires du statut de résident de longue durée.*

Dans la proposition initiale de la Commission, il était prévu que le statut de résident de longue durée serait ouvert à « tous les ressortissants de pays tiers qui sont légalement résidents sur le territoire d'un Etat membre et qui sont durablement installés. Cette catégorie couvre les réfugiés qui bénéficient du statut de la Convention de Genève, ainsi que les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union. Les seules catégories exclues sont celles qui n'ont pas vocation à s'installer notamment les personnes résidant aux fins d'études ou exerçant des emplois saisonniers et celles qui bénéficient d'une protection temporaire. Enfin, les personnes bénéficiant d'une forme de protection subsidiaire ou complémentaire ne sont pas couvertes par le champ d'application de cette proposition en raison de l'absence d'harmonisation de cette notion au niveau communautaire. »<sup>457</sup>

La dernière version du texte exclut par contre les réfugiés du statut que la directive vise à créer. Bien qu'elle paraisse recevoir l'assentiment du Parlement européen<sup>458</sup>, cette solution n'est guère satisfaisante, car elle crée le risque d'aboutir à la création de deux catégories différentes de ressortissants d'Etats tiers au sein de l'Union qui sont des résidents de longue durée, et elle constitue la source d'une complexité inutile.

#### *Protection renforcée contre l'expulsion au bénéfice des résidents de longue durée.*

La proposition de directive sur le statut de longue durée des résidents de longue durée prévoit que les Etats membres peuvent procéder à une décision d'éloignement lorsque l'étranger concerné représente une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique, ce qui en exclut expressément toute considération d'ordre économique, et cette décision doit être prise en considération de la personne c'est-à-dire en prenant en compte tous les éléments de sa situation personnelle. L'étranger dispose d'une possibilité de recours juridictionnel. Il est permis de regretter que la proposition de directive n'affirme pas clairement, ainsi qu'il était initialement prévu, que le recours juridictionnel introduit contre la décision d'éloignement aurait un effet suspensif. Compte tenu de ce que, s'agissant d'un résident de longue durée, le risque d'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale est clairement présent dans l'adoption d'une telle décision, celle-ci ne peut être adoptée que moyennant la garantie d'un recours effectif devant une instance nationale compétente. Or il se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un tel recours doit avoir un effet suspensif s'il doit avoir l'effectivité voulue<sup>459</sup>. La référence au principe de

<sup>456</sup> Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001)127 final du 13.3.2001.

<sup>457</sup> COM(2001)127 final, point 5.3.

<sup>458</sup> Report on the proposal for a Council Directive concerning the status of third-country nationals who are long-term residents (COM(2001)127 – C5-0250/2001 – 2001/0074(CNS)) (A5-0436/2001) (rapp. Baroness Ludford).

<sup>459</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000, req. n° 40035/98, § 50 ; Cour eur. DH (3<sup>ème</sup> section), arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, req. n° 51564/99, §§ 79-95. Voy. également la Recommandation n° R(98)13 du

subsidiarité qui a justifié le retrait de cette garantie dans le texte de la directive ne paraît guère convaincante : si les Etats n'ont pas le choix de reconnaître ou non un effet suspensif au recours introduit contre la décision d'éloignement, ils conservent en tout état de cause le choix des moyens par lesquels s'acquitter de cette obligation. La prise en compte de la longueur de sa résidence dans l'Union afin d'offrir une protection renforcée contre l'expulser traduit le souci de suivre les indications de la Recommandation 2000(15) du Comité des ministres<sup>460</sup>, ainsi que les enseignements qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

#### **Article 46. Protection diplomatique et consulaire**

Ce droit est mis en œuvre, au niveau de l'Union, par la Décision 95/553/CE des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 19 décembre 1995, concernant la protection des citoyens de l'Union européenne par les représentations diplomatiques et consulaires<sup>461</sup>, ainsi que par la Décision 96/409/PESC des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 25 juin 1996 concernant l'établissement d'un titre de voyage provisoire<sup>462</sup>. Le lecteur est renvoyé aux rapports nationaux portant sur la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres en 2003, pour l'appréciation de l'application qui a été faite de ces décisions par les Etats membres.

### **CHAPITRE VI : JUSTICE**

#### **Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial**

*Le droit à un recours effectif dans le système des voies de recours organisé par le Traité CE*

L'année 2002 avait vu le Tribunal de première instance des Communautés européennes suggérer une modification de l'interprétation traditionnellement donnée à l'article 230 al. 4 CE, qui concerne les conditions du recours en annulation du particulier, à partir notamment des exigences de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>463</sup>. Partant du constat que l'impossibilité pour le particulier d'agir en annulation d'un acte communautaire de portée générale, y compris là où cet acte l'affecte directement, n'était compensée ni par la possibilité de solliciter d'un juge national un renvoi préjudiciel en appréciation de validité dudit acte, ni par la possibilité d'introduire une action en réparation fondée sur la responsabilité non contractuelle de la Communauté, le T.P.I.C.E. estimait qu'il y a lieu de reconsidérer l'interprétation stricte de l'article 230 al. 4 CE inaugurée (à propos de l'article 173 al. 2 CEE) dans l'arrêt *Plaumann* de 1963<sup>464</sup>. Le Tribunal de première instance proposait, "afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers", de considérer dorénavant que "une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement considérée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement, si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres

---

Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée le 18 septembre 1998, à la 641<sup>ème</sup> réunion des Délégués des Ministres (bien que la recommandation envisage explicitement les demandeurs d'asile, en réalité elle offre une interprétation autorisée de l'article 13 CEDH, dans le contexte de décisions d'éloignement d'étrangers pour tout motif quelconque, y compris pour motif d'ordre public ou de sécurité publique).

<sup>460</sup> Rec(2000)15 portant sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée, Comité des ministres, 13 septembre 2000

<sup>461</sup> JO L 314 du 28.12.1995.

<sup>462</sup> JO L 168 du 6.7.1996.

<sup>463</sup> T.P.I., 3 mai 2002, *Jego-Quéré c. Commission*, T-177/01.

<sup>464</sup> C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plaumann c. Commission*, 25/62, Rec., p. 197.

personnes également affectées par la disposition ou susceptible de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes" (point 51).

Dans l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil* du 25 juillet 2002<sup>465</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a cependant confirmé l'interprétation traditionnelle des conditions que met l'article 230 al. 4 CE à la recevabilité du recours direct en annulation introduit par un particulier. La Cour a estimé que le juge communautaire excéderait ses compétences attribuées – et ferait œuvre de pouvoir constituant – s'il devait écarter les termes de cette disposition du traité de Rome (point 44). La Cour estimait qu'"il appartient, le cas échéant, aux Etats membres, conformément à l'article 48 UE, de réformer le système actuellement en vigueur" (point 45). La Cour rappelait cependant dans l'arrêt (points 41 et 42), que

...il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective.

Dans ce cadre, conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 5 du traité, les juridictions nationales sont tenues, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier.

Par la suite, la Cour de justice a jugé, dans le contexte d'une affaire *Imperial Tobacco*<sup>466</sup> où il lui était demandé d'apprécier la validité d'une directive alors que l'Etat membre concerné n'avait encore pris aucune mesure visant à assurer la transposition de celle-ci, devoir écarter l'argument selon lequel l'admissibilité de pareil renvoi préjudiciel en appréciation de validité constituerait un moyen de contourner les limites imposées par l'article 230 al. 4 CE à la recevabilité du recours direct en annulation du particulier contre un acte communautaire de portée générale. Citant l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* du 25 juillet 2002, la Cour de justice a estimé (au point 39 de l'arrêt du 10 décembre 2002) que

dans le système complet de voies de recours et de procédures établi par le traité CE en vue d'assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité visées au quatrième alinéa de ladite disposition, attaquer directement des actes communautaires de portée générale, ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 241 CE, devant le juge communautaire, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes, à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles.

Le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit de répondre à l'invitation du juge communautaire, de mettre les voies de recours prévues dans l'Union en conformité avec les exigences des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le projet prévoit en effet à l'article III-270 de la Constitution européenne, que "Toute personne physique ou morale peut former, (...) un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution"<sup>467</sup>. La Conférence intergouvernementale convoquée sous la présidence italienne du Conseil n'a pas abouti à un accord sur le projet de Constitution. En attendant, il convient de pallier l'incapacité pour le pouvoir constituant au sein de l'Union d'assurer cette mise en conformité, dans le respect des dispositions du Traité CE telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés

<sup>465</sup> C-50/00 P.

<sup>466</sup> C.J.C.E., 10 décembre 2002, *Imperial Tobacco*, C-491/01, non encore publié.

<sup>467</sup> Cette formule rejoint la suggestion faite par le T.P.I. dans l'arrêt *Jégo-Quéré* du 3 mai 2002, précité.

européennes<sup>468</sup>. Les juridictions nationales des Etats membres doivent interpréter largement leurs compétences de recevoir des recours visant à prévenir le risque d'atteinte à leurs droits ou intérêts qui résulterait de l'application à l'égard du demandeur d'une règle de droit communautaire ou de mesures étatiques en assurant l'exécution, sur le modèle du *Feststellungsklage* que connaît le droit allemand.

Certes, les Etats membres sont libres d'organiser les voies de recours ouvertes devant leurs autorités juridictionnelles, y compris lorsque ces voies de recours sont utilisées en vue de l'invocation de droits puisés directement dans le droit de l'Union, sous réserve que les modalités de recours ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)<sup>469</sup>. Cependant, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux s'impose aux Etats membres dans l'organisation des recours fondés sur le droit européen. Ils sont en outre tenus de coopérer loyalement à l'accomplissement des objectifs poursuivis par l'Union (article 10 CE). Dans un arrêt du 11 septembre 2003, la Cour de justice des Communautés européennes a d'ailleurs réitéré que «s'il appartient, en principe, au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective»<sup>470</sup>. Or, il est porté atteinte à ce droit lorsque les voies de recours nationales ne permettent pas au destinataire du droit communautaire, qu'affecte directement l'adoption d'un acte communautaire de portée générale, d'agir devant les juridictions nationales afin de solliciter que la Cour de justice des Communautés européennes soit interrogée à titre préjudiciel sur la validité dudit acte, avant même que celui-ci ait donné lieu à des mesures d'exécution à l'égard du demandeur.

La Commission pourrait utilement susciter une étude comparative des voies de recours ouvertes devant les juridictions nationales dans une telle situation. Pareille étude pourrait mettre en lumière dans quelle mesure l'effectivité de la protection juridictionnelle diffère selon l'Etat membre dans lequel les destinataires du droit communautaire résident ou sous lequel ils conduisent leurs activités, et susciter, le cas échéant, l'adaptation des compétences des juridictions nationales dans les Etats membres où cette protection apparaît insuffisante au regard de l'article 47 de la Charte. La Commission pourrait, sur la base des résultats d'une telle étude, adopter une communication précisant les obligations qui découlent pour les Etats membres, dans l'organisation des voies de recours devant les juridictions nationales, des articles 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 10 CE. Il est important de garantir que, lorsqu'elles contribuent à la mise en œuvre du droit européen, les juridictions nationales respectent toutes les exigences liées au droit à un recours juridictionnel effectif, bien que cela puisse exiger, dans certains cas, une adaptation de leurs compétences. La Cour de justice a déjà affirmé que les dispositions procédurales du droit national n'étaient pas à l'abri de toute mise en cause, lorsque certaines de ces dispositions font obstacle à ce que le destinataire du droit communautaire puisse invoquer utilement les droits qui lui sont attribués par le droit communautaire<sup>471</sup>. Et une attitude plus active de la part de la Commission

---

<sup>468</sup> Dans un arrêt *Philip Morris* du 15 janvier 2003 (aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01), le Tribunal de première instance a estimé qu'« il n'appartient pas au juge communautaire de se substituer au pouvoir constituant communautaire en vue de procéder à une modification du système des voies de recours et des procédures établi par le Traité » (point 124). En l'espèce, le T.P.I. constate que les sociétés en cause ne peuvent agir en annulation de décisions de la Commission d'introduire des actions devant les juridictions des Etats-Unis, dès lors que ces décisions ne produisent pas d'effets juridiques obligatoires quant au fond. Le T.P.I. estime qu'il « peut paraître souhaitable (...) que les particuliers disposent, à côté du recours en indemnité [prévu aux articles 235 CE et 288, al. 2, CE], d'une voie de recours permettant de prévenir – ou de mettre fin à – des comportements non décisionnels des institutions susceptibles de porter atteinte à leurs intérêts », mais qu'il n'a pas le pouvoir de modifier les termes de la compétence qu'il reçoit du Traité CE (point 124).

<sup>469</sup> C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, *Rec.* p. I-6297, point 29.

<sup>470</sup> C.J.C.E., 11 septembre 2003, *Safalero*, C-13/01, point 50, et la référence à l'arrêt du 11 juillet 1991, *Verholen e.a.*, C-87/90 à C-89/90, *Rec.* p. I-3757, point 24.

<sup>471</sup> Voy. par ex. C.J.C.E., 2 août 1993, *Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, C-271/91, *Rec.* p. I-4367 (montant des dommages pouvant être obtenus pour une victime d'une discrimination interdite) ; ou C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, *Rec.* p. I-2433 (protection juridictionnelle provisoire).

dans ce domaine ne peut que contribuer à l'uniformité d'application du droit communautaire, qui dépend des voies de recours dont les particuliers disposent afin d'en réclamer le respect<sup>472</sup>.

*Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement dans le cadre de la Communauté*

Le présent rapport a déjà attiré l'attention sur le fait qu'en vue de permettre l'entrée en vigueur à l'égard de la Communauté européenne de la convention d'Århus sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement, la Commission a proposé l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'application aux institutions et organes de la CE des dispositions de cet instrument<sup>473</sup>. Une des questions les plus controversées dans le cadre des consultations ayant précédé cette proposition de règlement a été la manière de traduire, vis-à-vis des institutions et organes de la Communauté européenne, l'article 9 de la Convention d'Århus.

L'article 9 § 1<sup>er</sup> de la Convention d'Århus n'a pas posé de difficultés particulières. Cette disposition concerne en effet uniquement le droit de recours en justice lorsqu'un refus est opposé à la demande d'accès à l'information en matière d'environnement. Selon l'article 9 § 1<sup>er</sup> :

Chaque Partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que toute personne qui estime que la demande d'informations qu'elle a présentée en application de l'article 4 [obligation des autorités publiques de mettre à la disposition du public les informations sur l'environnement qui leur sont demandées] a été ignorée, rejetée abusivement, en totalité ou en partie, ou insuffisamment prise en compte ou qu'elle n'a pas été traitée conformément aux dispositions de cet article, ait la possibilité de former un recours devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi.

Dans les cas où une Partie prévoit un tel recours devant une instance judiciaire, elle veille à ce que la personne concernée ait également accès à une procédure rapide établie par la loi qui soit gratuite ou peu onéreuse, en vue du réexamen de la demande par une autorité publique ou de son examen par un organe indépendant et impartial autre qu'une instance judiciaire.

Les décisions finales prises au titre du présent paragraphe 1 s'imposent à l'autorité publique qui détient les informations. Les motifs qui les justifient sont indiqués par écrit, tout au moins lorsque l'accès à l'information est refusé au titre du présent paragraphe.

La Communauté européenne s'est acquittée de cette obligation par les articles 7 et 8 du Règlement n° 1049/2001. Ceci ne requiert pas de commentaire supplémentaire.

L'article 6 § 2 de la Convention d'Århus dispose quant à lui :

Chaque Partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que les membres du public concerné

- a) ayant un intérêt suffisant pour agir ou, sinon,
- b) faisant valoir une atteinte à un droit, lorsque le code de procédure administrative d'une Partie pose une telle condition, puissent former un recours devant une instance judiciaire et/ou un autre organe indépendant et impartial établi par loi pour contester la légalité, quant au fond et à la procédure, de toute décision, tout acte ou toute omission tombant sous le coup des dispositions de l'article 6 [il s'agit des décisions qui sont énumérées à l'annexe I à la Convention ou qui sont considérées comme pouvant avoir un effet important sur

<sup>472</sup> Voy. ainsi l'Exposé des motifs qui précède la présentation par la Commission de sa Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, COM(2003)624 final, du 24.10.2003. S'agissant d'une proposition visant à créer un cadre commun permettant aux États membres de garantir le respect du droit de l'environnement, notamment par l'introduction de l'action en justice des groupements, la Commission note que « l'inaction de la Communauté se traduirait par des disparités dans la protection de l'environnement et dans le degré d'application du droit de l'environnement selon les États membres ». La proposition est commentée ci-dessous.

<sup>473</sup> COM(2003)622 final, du 24.10.2003. Sur cette proposition, voy. le commentaire ci-dessous, sous l'article 38 de la Charte.

l'environnement] et, si le droit interne le prévoit et sans préjudice du paragraphe 3 ci-après, des autres dispositions pertinentes de la présente Convention.

Ce qui constitue un intérêt suffisant et une atteinte à un droit est déterminé selon les dispositions du droit interne et conformément à l'objectif consistant à accorder au public concerné un large accès à la justice dans le cadre de la présente Convention. A cet effet, l'intérêt qu'a toute organisation non gouvernementale répondant aux conditions visées au paragraphe 5 de l'article 2 est réputé suffisant au sens de l'alinéa a) ci-dessus. Ces organisations sont également réputées avoir des droits auxquels il pourrait être porté atteinte au sens de l'alinéa b) ci-dessus.

Les dispositions du présent paragraphe 2 n'excluent pas la possibilité de former un recours préliminaire devant une autorité administrative et ne dispensent pas de l'obligation d'épuiser les voies de recours administratif avant d'engager une procédure judiciaire lorsqu'une telle obligation est prévue en droit interne.

L'article 2 § 5 de la Convention d'Aarhus, auquel renvoie le paragraphe qui vient d'être cité, dit que le « public concerné » doit s'entendre comme désignant

le public qui est touché ou qui risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus décisionnel; aux fins de la présente définition, les organisations non gouvernementales qui oeuvrent en faveur de la protection de l'environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne sont réputées avoir un intérêt.

Ainsi, l'article 6 § 2 de la Convention énonce en substance que doivent pouvoir contester toute décision, acte ou omission des autorités publiques ayant ou pouvoir avoir un important effet sur l'environnement, toute personne y ayant intérêt parce que risquant d'être affectée par la décision, l'acte ou l'omission en cause, ou toute organisation non gouvernementale oeuvrant en faveur de la protection de l'environnement, sous réserve des conditions que le droit interne peut fixer pour l'identification de ces organisations. Ne se conformerait pas à cette disposition de la Convention d'Aarhus la Partie qui imposerait des conditions excessivement exigeantes, ou arbitraires, portant atteinte à la substance du droit des organisations de défense de l'environnement d'ester en justice et allant à rebours de l'objectif « consistant à accorder au public concerné un large accès à la justice dans le cadre de la présente Convention ».

Aux termes de l'article 6 § 3 de la Convention

... sans préjudice des procédures de recours visées aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus, chaque Partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement.

Enfin, les paragraphes 4 et 5 de l'article 6 précisent, dans le contexte du droit d'agir en justice en matière d'environnement, ce que recouvre le concept d'effectivité :

... sans préjudice du paragraphe 1, les procédures visées aux paragraphes 1, 2 et 3 ci-dessus doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu, et doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif. Les décisions prises au titre du présent article sont prononcées ou consignées par écrit. Les décisions des tribunaux et, autant que possible, celles d'autres organes doivent être accessibles au public.

Pour rendre les dispositions du présent article encore plus efficaces, chaque Partie veille à ce que le public soit informé de la possibilité qui lui est donnée d'engager des procédures de recours administratif ou judiciaire, et envisage la mise en place de mécanismes appropriés

d'assistance visant à éliminer ou à réduire les obstacles financiers ou autres qui entravent l'accès à la justice.

Afin de se conformer à cette disposition de la Convention d'Aarhus pour ce qui relève des institutions et organes de la Communauté européenne, la Commission propose d'instituer un recours administratif hiérarchique, appelé « demande de réexamen interne d'actes administratifs » à l'article 9 du Règlement proposé. Cette demande doit alléguer qu'un acte ou une omission constituent une violation du droit de l'environnement applicable. Le recours doit être introduit dans les quatre semaines suivant l'adoption de l'acte contesté ou la date à laquelle l'institution ou l'organe concernés auraient dû agir. L'introduction d'une demande de réexamen auprès de l'institution ou l'organe qui a pris la décision oblige à une réponse dans un délai de douze semaines en principe, et au maximum dix-huit semaines<sup>474</sup>. En cas de refus de l'institution ou de l'organe concernés de faire droit à la demande<sup>475</sup>, un recours est ouvert auprès de la Cour de justice des Communautés européennes, dans les conditions que prévoient les dispositions du Traité de Rome qui définissent l'étendue de ses compétences pour le recours direct en annulation ou le recours en carence. L'article 11, incorrectement intitulé « Poursuites devant la Cour de Justice » (lire « Procédures devant la Cour de justice »), prévoit :

1. Lorsque l'entité qualifiée ayant introduit une demande de réexamen interne conformément à l'article 9 estime que la décision prise par l'institution ou organe communautaire au sujet de cette demande est insuffisante pour garantir le respect du droit de l'environnement, l'entité qualifiée peut engager des poursuites judiciaires devant la Cour de justice conformément à l'article 230, paragraphe 4, du traité CE, afin de contester la légalité de cette décision quant au fond et à la forme.
2. Lorsque l'institution ou organe communautaire n'a pas statué dans les délais prévus sur une demande de réexamen interne introduite conformément à l'article 9, l'entité qualifiée peut engager des poursuites devant la Cour de justice conformément à l'article 232, paragraphe 3, du traité CE.

La demande de réexamen interne et, par suite, l'exercice du recours direct devant la Cour de justice, ne sont cependant ouverts qu'au bénéfice d'entités reconnues comme *qualifiées* à cette fin. Les critères de reconnaissance d'une entité qui se prétend « qualifiée » sont définis à l'article 12. En vertu de l'article 13, il revient à la Commission d'opérer la reconnaissance des entités « qualifiées », en faisant application de ces critères; elle devra tenir à jour une liste des entités considérées comme qualifiées au sens de l'article 12 du Règlement, bien qu'en outre, la procédure prévienne la possibilité d'une reconnaissance « ad hoc », c'est-à-dire en vue de l'introduction d'une procédure déterminée. Enfin, toute entité reconnue en tant qu'entité qualifiée ne pourra pas nécessairement demander le réexamen de toute décision en matière environnementale ou introduire par suite un recours juridictionnel en vue d'en faire contrôler la légalité au regard du droit communautaire : il faut en outre, selon l'article 10 du Règlement, que « l'objet de la demande de réexamen interne introduite par cette entité s'inscrive dans le champ de ses activités statutaires » - ce qui, compte tenu soit de la nature de l'acte soit du lieu géographique où il produira ses effets, peut constituer un second filtre de l'intérêt de l'entité qui prétend agir aux fins de faire respecter le droit de l'environnement.

La procédure consistant à opérer la reconnaissance de certaines entités jugées « qualifiées » à contribuer au respect du droit de l'environnement, au terme d'un examen reposant sur des critères objectifs et soumis, en tout état de cause, au contrôle du juge communautaire<sup>476</sup>, signifie que l'article

<sup>474</sup> Selon la version anglaise du règlement proposé (COM(2003)622 final, p. 29). Il y a une contradiction manifeste avec la version française, qui évoque « huit semaines », ce qui ne concorde pas avec le système d'ensemble de la clause (voy. l'article 9 § 4 du règlement proposé).

<sup>475</sup> L'exercice préalable du recours administratif (demande de réexamen interne) est une condition de la saisine de la Cour de justice. Ceci est conforme à la possibilité que prévoit l'article 6 § 2, al. 2, de la convention d'Aarhus, cité ci-dessus.

<sup>476</sup> La décision de refuser la reconnaissance d'une entité quelconque constitue à son égard une décision individuelle, susceptible de faire l'objet d'un recours conformément à l'article 230 al. 4 CE. L'absence de personnalité juridique de l'entité selon les législations nationales des Etats membres n'entraînera pas l'irrecevabilité du recours : voy., *mutatis*

6 de la Convention d'Aarhus a pu être mise en œuvre en droit communautaire sans qu'il ait fallu, pour cela, opérer une révision du Traité de Rome. En adressant à une entité qualifiée à introduire une telle procédure un refus de faire droit à la demande de réexamen de la décision, l'institution ou l'organe communautaire concerné lui adresse une décision qui peut être attaquée par la voie du recours direct en annulation ; si l'entité qualifiée ne reçoit pas de réponse dans les délais prescrits, elle pourra introduire un recours en carence. Bien que les entités en question ne seraient en principe pas recevables à attaquer directement l'acte qu'elles mettent en cause devant la Cour de justice, à défaut de disposer de l'intérêt direct et individuel requis par l'article 230 al. 4 CE, elle peuvent, par ce mécanisme, demander au juge communautaire qu'il contrôle la compatibilité avec les règles du droit communautaire de l'environnement des actes ou omissions de la Communauté<sup>477</sup>.

La Convention d'Aarhus n'exclut pas que soit opérée une telle sélection parmi les entités prétendant vouloir agir en vue du respect des règles environnementales, lorsqu'elles ne sont pas intéressées directement à la violation dénoncée, c'est-à-dire n'ont pas été directement affectées dans leurs droits ou intérêts. L'article 2 § 5 dit seulement que doivent se voir reconnaître un intérêt "objectif" à agir "les organisations non gouvernementales qui oeuvrent en faveur de la protection de l'environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne sont réputées avoir un intérêt". Il ne semble pas que les critères retenus à l'article 12 du Règlement proposé soient déraisonnables, ou aillent au-delà de ce que l'article 2 § 5 de la Convention d'Aarhus autorise. En opérant la reconnaissance des entités se prétendant qualifiées à agir au nom du respect de l'environnement, la Commission reste soumise au contrôle du juge communautaire, ce qui constitue une garantie contre le risque de détournement de pouvoir ou de discrimination.

#### *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement au niveau des Etats membres*

La Convention d'Aarhus que la Communauté européenne et les quinze Etats membres ont signée le 25 juin 1998 comprend trois piliers. Le droit d'accès à l'information environnementale fait l'objet de la Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil<sup>478</sup>. Le droit de participation du public à l'élaboration de la politique environnementale a donné lieu à la directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil<sup>479</sup>. Enfin, la Commission a proposé au Parlement européen et au Conseil l'adoption d'une Directive sur l'accès à la justice en matière d'environnement, qui tend assurer la mise en œuvre par les Etats membres, dans un domaine attribué à la Communauté par les articles 174 et 175 CE, le troisième pilier de la Convention d'Aarhus, c'est-à-dire le droit de recourir à des procédures administratives ou juridictionnelles afin de mettre en cause les actes et les omissions des personnes publiques et privées qui constituent une violation du droit de l'environnement<sup>480</sup>. Le système mis en place par cette dernière directive s'identifie, *mutatis mutandis*, à la mise en œuvre que la Commission a proposé de la Convention d'Aarhus en matière d'accès à la justice, en ce qui concerne la Communauté elle-même<sup>481</sup>. Il est donc renvoyé à la discussion qui précède sur ce point.

---

*mutandis*, C.J.C.E., 8 octobre 1974, *Syndicat général du personnel des organismes européens c. Commission des C.E.*, 18/74, *Rec.*, p. 933, points 5 à 11.

<sup>477</sup> Dans d'autres domaines également, l'on a vu le législateur communautaire, auteur du droit dérivé, reconnaître une personne privée comme intéressée dans le cadre de telle procédure, ce qui par la suite va permettre de lui ouvrir le droit d'introduire un recours en annulation malgré les limites posées par l'article 230 al. 4 CE. Voy. par exemple, en matière d'aides d'Etat, TPI, 12 décembre 1996, *AIUFASS*, C-380/94 (intéressés admis à présenter des observations dans le cadre de la procédure prévue à l'article 88 § 2 CE) ; ou C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Cofaz e.a. c. Commission*, 169/84, *Rec.* p. 391, point 23.

<sup>478</sup> JO n° L 041 du 14.2.2003, p. 26.

<sup>479</sup> JO n° L 156, du 25.6.2003, p. 17

<sup>480</sup> COM(2003)624 final, du 24.10.2003.

<sup>481</sup> COM(2003)622 final, du 24.10.2003.

*L'amélioration de l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières*

La Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires<sup>482</sup> définit des normes minimales que les Etats membres doivent respecter afin de garantir le droit à l'aide judiciaire lorsque celle-ci est requise afin de garantir l'accès effectif au juge dans les litiges transfrontaliers, en matière civile ou commerciale. La directive se fonde sur l'idée qu'il serait inacceptable qu'une personne soit dans l'impossibilité de faire valoir ses droits en justice en raison de sa situation financière, dans cette catégorie de litiges : si l'aide judiciaire n'était pas disponible dans l'Etat membre du for, les droits seraient privés de remèdes, ce qui pourrait en définitive décourager les transactions transfrontières et notamment rendre celles-ci moins attrayantes pour les personnes économiquement les plus vulnérables. La directive 2002/8/CE a pour base juridique l'article 65, c), CE, qui autorise l'adoption de mesures visant à éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, "au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres". L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux est cependant également mentionné dans la Préambule de la directive. Les normes minimales que la directive définit consacrent le droit à l'aide judiciaire au sens le plus large de l'expression : l'aide doit couvrir, en effet, les conseils précontentieux pouvant déboucher sur un règlement amiable avant l'engagement d'une procédure judiciaire, l'assistance juridique pour saisir un tribunal et une représentation en justice – y compris lorsqu'une voie de recours est exercée soit par, soit contre, le bénéficiaire (article 9 § 3) –, ainsi que la prise en charge ou l'exonération des frais de justice (article 3 § 2 de la directive). La directive prévoit également que l'aide judiciaire est accordée sans discrimination aux citoyens de l'Union ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en situation régulière de séjour dans l'un des États membres (article 4).

Ce nouvel instrument contribuera de manière décisive à garantir un accès effectif à la justice aux demandeurs en justice souhaitant entamer une procédure ou obtenir l'exécution d'une décision de justice dans un Etat autre que leur Etat de domicile ou celui où ils ont leur résidence habituelle. Il illustre clairement la complémentarité entre le développement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et la promotion des droits fondamentaux. Il est particulièrement bienvenu que l'article 15 de la directive, relatif au traitement des demandes d'aide judiciaire, complète les articles 6 ("Conditions liées au fond du litige", prévoyant notamment que "Les États membres peuvent prévoir que les demandes d'aide judiciaire relatives à une action paraissant manifestement non fondée peuvent être rejetées par les autorités compétentes") et 12, en prévoyant certaines garanties – un examen indépendant et impartial du caractère manifestement mal fondé ou non de la demande, qui doit toujours in fine être soumise à un contrôle juridictionnel – dont l'absence aurait pu être jugée incompatible avec les exigences de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme. Le système finalement retenu semble conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question<sup>483</sup>. Les garanties de l'article 15 de la directive 2002/8/CE

<sup>482</sup> JO L 26 du 31.1.2003, p. 41.

<sup>483</sup> Voy. not. Cour eur. D.H. (3<sup>ième</sup> section), arrêt *Del Sol c. France* du 26 février 2002 (req. n° 46800/99). La requérante s'était vu refuser l'assistance judiciaire dans le cadre d'un pourvoi introduit auprès de la Cour de cassation. Ce refus lui avait été opposé par le bureau d'aide juridictionnelle et le premier président de la Cour de cassation pour défaut d'un moyen sérieux de cassation. La Cour européenne des droits de l'homme estime que ce motif de refus, "expressément prévu par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 (...) s'inspire sans nul doute du légitime souci de n'allouer des deniers publics au titre de l'aide juridictionnelle qu'aux demandeurs dont le pourvoi a une chance raisonnable de succès. (...) à l'évidence, un système d'assistance judiciaire ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier" (§ 23). Cependant, la Cour souligne qu'elle n'aboutit à un constat de non-violation de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme qu'après avoir soigneusement examiné "la qualité du système d'assistance judiciaire dans un Etat" (§ 25). A cet égard, "elle considère que le système mis en place par le législateur français offre des garanties substantielles aux individus, de nature à les préserver de l'arbitraire : d'une part, le bureau d'aide juridictionnelle établi près la Cour de cassation est présidé par un magistrat du siège de cette cour et comprend également son greffier en chef, deux membres choisis par la haute juridiction, deux fonctionnaires, deux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ainsi qu'un membre désigné au titre des usagers (article 16 de la loi du 10 juillet 1991 applicable) ; d'autre part, les décisions de rejet peuvent faire l'objet d'un recours devant le premier président de la Cour de cassation (article 23 de la loi). Au surplus, la requérante avait pu faire entendre sa cause en première instance, puis

n'apparaissent pas formellement applicables à l'appréciation, par les autorités de l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle, du caractère éventuellement manifestement mal fondé de la demande, ce qui peut leur permettre de refuser de transmettre la demande d'aide judiciaire (article 13 § 3, a)). Le demandeur dispose d'ailleurs en ce cas, en principe, de la possibilité d'introduire directement la demande d'aide judiciaire auprès des autorités compétentes de l'Etat membre du for ou de celui dans lequel la décision doit être exécutée (article 13 § 1). Il faut cependant espérer que les autorités expéditrices ne feront pas un usage abusif de la marge d'appréciation que leur reconnaît l'article 13 § 3, a), en opérant un filtrage des demandes à partir d'une estimation de leur bien-fondé apparent alors que cette tâche doit revenir, par priorité, aux autorités réceptrices de la demande. Il sera particulièrement important de disposer d'une évaluation de la manière dont les autorités expéditrices ont interprété la nature de l'appréciation qu'elles ont à porter sur les demandes d'aide judiciaire qu'il leur est demandé de transmettre.

Enfin, dans l'interprétation des obligations des Etats membres aux termes de la directive, il faudra garder à l'esprit que l'aide judiciaire n'est qu'un moyen en vue de la fin de garantir l'accès effectif à la justice. Lorsque le mécanisme créé afin d'assurer la transposition de la directive 2002/8/CE ne suffit pas à garantir un tel accès à la justice, y compris lorsque la transposition a été conforme aux termes de la directive, la question se pose de savoir si les autorités de l'Etat membre du for ou de celui dans lequel la décision doit être exécutée ne sont pas tenues de prendre les mesures qui s'imposent pour pallier les déficits du mécanisme que la pratique aura fait apparaître. La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que le droit effectif d'accès au juge pouvait exiger des autorités qu'elles réagissent, par exemple si l'avocat rémunéré au titre de l'aide judiciaire ne s'acquitte pas avec la diligence requise des devoirs qui lui incombent, ou si les représentants désignés se désistent successivement, sans qu'il soit pallié à leurs désistements<sup>484</sup>.

#### **Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense**

##### *Le rôle de l'Avocat général au sein de la Cour de justice des Communautés européennes*

Dans l'affaire *Kaba* (n°2)<sup>485</sup> portée devant la Cour de justice des Communautés européennes, l'Immigration Adjudicator (Royaume-Uni) posait deux questions à la Cour relatives à une affaire sur laquelle celle-ci avait déjà rendu, le 11 avril 2000, un premier arrêt. La première question était formulée comme suit :

De quels mécanismes la juridiction de renvoi ou les parties à la procédure (devant la juridiction de renvoi et la Cour) disposent-elles pour assurer que l'ensemble de la procédure soit conforme aux obligations découlant de l'article 6 de la CEDH et, en conséquence, pour assurer qu'il ne se produise aucune violation de l'article 6 de la CEDH dont il faille répondre au regard de la législation nationale en matière de droits de l'homme ou devant la Cour européenne des droits de l'homme?

La procédure suivie dans la présente affaire était-elle conforme aux exigences de l'article 6 de la CEDH et, dans la négative, quelle incidence cette situation a-t-elle sur la validité du premier arrêt?

M. Kaba estimait en effet que, dans le cadre de la procédure ayant donné au premier arrêt (du 11 avril 2000), la Cour de justice avait porté atteinte au principe du contradictoire, en ne réouvrant pas la partie orale de la procédure après que l'Avocat général eut présenté ses conclusions à la Cour. Dans ses conclusions du 11 juillet 2002, l'Avocat général M. Ruiz-jarabo Colmer avait cependant formulé

---

en appel" (§ 26). Voy. également l'arrêt du même jour, rendu par la même section de la Cour européenne des droits de l'homme : arrêt *Essaadi c. France* du 26 février 2002, req. n° 49384/99.

<sup>484</sup> Tel était le cas dans l'affaire *Bertuzzi* : voy. Cour eur. D.H. (2<sup>ème</sup> section), arrêt *Bertuzzi c. France* du 13 février 2003, req. n° 36378/97, spéc. § 30.

<sup>485</sup> C.J.C.E., 6 mars 2003, *Kaba*, C-466/00, non encore publié.

l'avis que la Cour de justice devrait réaffirmer l'ordonnance du 4 février 2000 prise dans l'affaire *Emesa Sugar*, où elle avait considéré que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans laquelle elle constatait l'incompatibilité avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme du rôle assumé par le ministère public auprès de la Cour de cassation dans plusieurs Etats<sup>486</sup>, ne pouvait s'appliquer au rôle de l'Avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes, compte tenu notamment de la qualité de membre de la Cour de l'Avocat général et de sa participation à l'élaboration de la décision de la Cour, de manière totalement indépendante et impartiale<sup>487</sup>. Depuis l'ordonnance prise dans l'affaire *Emesa Sugar*, il est vrai, la Cour européenne des droits de l'homme avait fait un pas supplémentaire vers la constatation d'une incompatibilité avec les exigences du procès équitable de la fonction d'Avocat général telle qu'assumée au sein de la Cour de justice des Communautés européennes, puisqu'elle s'était prononcée, dans l'affaire *Kress c. France*, sur la situation du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat français<sup>488</sup>. M. l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer estima dans ses conclusions (points 104 et 105)<sup>489</sup>:

Il est vrai que, dans son arrêt du 7 juin 2001, *Kress c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, en appréciant notamment la compatibilité avec l'article 6, paragraphe 1, de la convention de l'impossibilité pour les parties de répliquer aux conclusions du commissaire du gouvernement, que «(n)ul n'a jamais mis en doute l'indépendance ni l'impartialité du commissaire du gouvernement, et la Cour estime qu'au regard de la convention, son existence et son statut organique ne sont pas en cause. Toutefois la Cour considère que l'indépendance du commissaire du gouvernement et le fait qu'il n'est soumis à aucune hiérarchie, ce qui n'est pas contesté, ne sont pas en soi suffisants pour affirmer que la non-communication de ses conclusions aux parties et l'impossibilité pour celles-ci d'y répliquer ne seraient pas susceptibles de porter atteinte aux exigences d'un procès équitable». Ce qui permet aux juges de Strasbourg de réitérer leur jurisprudence selon laquelle «la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter».

Plutôt que protéger un droit fondamental, il semble que l'on voudrait imposer une vision unique de l'organisation de la procédure sans en expliquer la nécessité au-delà de la «théorie des apparences». On peut légitimement se demander - comme le font les sept juges ayant signé l'opinion dissidente - si l'on ne va pas aux fins de la convention, au-delà des limites du «contrôle européen» au regard des spécificités nationales, lesquelles restent légitimes pour autant qu'elles satisfassent aux obligations de résultat découlant des exigences conventionnelles.

Dans son arrêt du 6 mars 2003, la Cour de justice estima qu'elle n'avait pas à répondre à la question de l'Immigration Adjudicator concernant une éventuelle incompatibilité entre l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'organisation de la procédure devant elle. L'épisode illustre cependant l'utilité que présenterait l'adhésion de la Communauté/l'Union à la

<sup>486</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, *Rec.*, 1996-I, p. 224 ; arrêt *Van Orshoven c. Belgique* du 25 juin 1997, *Rec.*, 1997-III, p. 1039.

<sup>487</sup> C.J.C.E., ord. du 4 février 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.* p. I-665.

<sup>488</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Kress c. France* du 7 juin 2001, req. n° 39594/98. La Cour européenne des droits de l'homme considère dans cet arrêt que la notion de procès équitable « implique (...) en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer une décision, et de la discuter » (§ 74). La Cour européenne des droits de l'homme ne conclut dans l'affaire *Kress* à l'absence de violation de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard de l'impossibilité de répondre aux conclusions du commissaire du gouvernement qu'en raison de ce que dans la procédure devant le Conseil d'Etat français, les avocats « peuvent demander au commissaire du gouvernement, avant l'audience, le sens général de ses conclusions », et peuvent en outre « répliquer, par une note en délibéré, aux conclusions du commissaire du gouvernement, ce qui permet, et c'est essentiel aux yeux de la Cour, de contribuer au respect du principe du contradictoire » (§ 76 – notre accent).

<sup>489</sup> Les références sont omises des extraits.

Convention européenne des droits de l'homme, afin d'assurer une meilleure division des tâches entre les deux juridictions européennes et limiter le risque de conflits d'interprétations qui ne débouchent pas sur des solutions définitives. La question de savoir si la jurisprudence *Kress* trouverait à s'appliquer à la situation de l'Avocat général devant la Cour de justice des Communautés européennes est une question d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, qui constitue elle-même une source privilégiée à partir de laquelle sont identifiés les droits fondamentaux inclus dans l'ordre juridique de l'Union; comme la Cour de justice des Communautés européennes l'a affirmé elle-même<sup>490</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme devrait se voir reconnaître la maîtrise de cette interprétation.

*Les garanties procédurales dues aux suspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales au sein de l'Union*

En février 2003, la Commission a présenté son *Livre vert sur les Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne*<sup>491</sup>. L'article 31, a), UE, prévoit que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise notamment à "faciliter et accélérer la coopération entre les ministères et les autorités judiciaires ou équivalentes compétents des Etats membres pour ce qui est de la procédure et de l'exécution des décisions". Elle peut aussi viser à assurer, "dans la mesure nécessaire à l'amélioration de cette coopération, la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres" (article 31, c), UE). La Commission a considéré que ces dispositions pouvaient justifier l'adoption de mesures destinées à renforcer la confiance mutuelle entre les Etats membres, par la définition commune d'un certain nombre de garanties minimales pour l'accusé : le Livre vert propose la définition en commun de garanties relatives à l'assistance et la représentation en justice – soit la possibilité, dès l'arrestation, de faire appel à l'assistance d'un défenseur, et le cas échéant, de bénéficier de l'aide judiciaire –, à l'assistance d'un interprète ou d'un traducteur compétent et qualifié, à une protection spécifique pour les membres de certains groupes vulnérables (ressortissants étrangers, enfants, personnes handicapées ou émotionnellement fragiles, parents de jeunes enfants, illettrés, réfugiés ou demandeurs d'asile, alcooliques et toxicomanes), à l'assistance consulaire pour les ressortissants étrangers, enfin à l'information quant aux droits de l'accusé, par la réception, dès le moment de l'arrestation, d'une "déclaration des droits" stipulant dans un langage accessible les droits qui sont reconnus à la personne faisant l'objet de l'arrestation. Le Livre vert ne couvre pas certains droits, qui feront l'objet d'initiatives ultérieures : droit à la liberté provisoire sous caution, utilisation des éléments de preuve y compris garanties procédurales relatives à l'établissement de la preuve de l'infraction (droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même, droit de faire interroger des témoins par exemple), garantie du *non bis in idem*.

L'initiative de la Commission a été généralement accueillie très favorablement par les milieux intéressés. Elle témoigne d'une volonté, incontestablement encouragée par la perspective de l'élargissement de l'Union (voy. point 1.9.), de fonder la confiance mutuelle sur laquelle repose la coopération judiciaire pénale – en particulier la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales – sur des garanties qui vont au-delà du seuil minimal que représente la Convention européenne de droits de l'homme. La méthodologie suivie a consisté à partir des droits que reconnaît la Convention, mais à identifier, à travers la comparaison de la mise en œuvre qui en a été faite dans les différents Etats membres, les pratiques les plus prometteuses, dont la généralisation dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne permettrait de fonder la confiance mutuelle sur un seuil élevé de protection des droits fondamentaux.

Qu'elle procède ou non par étapes successives, une initiative de l'Union visant à identifier les droits fondamentaux dont la reconnaissance à l'accusé dès le moment de son arrestation, selon une

<sup>490</sup> C.J.C.E., 10 avril 2003, *Steffensen*, C-276/01, point 72. Ceci découlerait également de l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>491</sup> COM(2003)75 final, du 19.2.2003. Au moment de la clôture de ce rapport, la décision-cadre qui doit être proposée à la suite du Livre vert n'a pas encore été présentée. Les commentaires s'en tiendront donc aux propositions formulées dans le Livre vert.

définition uniforme dans l'ensemble de l'Union européenne, pourrait envisager d'inclure un ensemble de droits qui constituent une protection spécifique contre le risque de mauvais traitements. Ces droits pourraient être inscrits dans la "déclaration des droits" à remettre à l'accusé, et accompagnés de l'indication des mécanismes de plainte pouvant être utilisés en cas d'abus de la part des autorités policières. Parmi ces droits, il faut mentionner particulièrement ceux sur lesquels le Comité européen de la prévention de la torture a été conduit à mettre l'accent, sur la base de son expérience pratique<sup>492</sup> (voy. également l'encadré, qui décrit ces droits en détail en fournit une liste plus complète de ces droits):

22. dès le début de la détention, la personne accusée doit pouvoir avoir accès non seulement à un avocat, mais également à un médecin, et elle doit pouvoir avertir un proche de son choix de sa situation, sauf, pour ce qui concerne cette dernière garantie, les limitations strictement justifiées par les nécessités de l'enquête, à condition que l'interdiction de contacter un proche immédiatement soit validée par une autorité hiérarchique supérieure et indépendante de l'enquête ou par un magistrat, et qu'elle soit limitée dans le temps;

23. dès le début de la détention également, la personne accusée doit recevoir une déclaration de ses droits dans un langage accessible et dans une langue qu'elle comprend, et elle doit signer un document attestant que cette déclaration lui a été fournie; il pourrait être prévu par exemple qu'en présence d'un refus de signer la déclaration, l'interrogatoire ne pourra avoir lieu qu'en présence d'un avocat, la présence de celui-ci compensant l'éventuelle ignorance dans laquelle la personne mise en cause se trouve de ses droits;

24. l'interrogatoire doit viser à établir des faits, non à exercer des pressions sur l'accusé pour le forcer à reconnaître une infraction, et cela doit être rappelé à l'accusé avant le début de l'interrogatoire;

25. l'interrogatoire doit avoir lieu dans des conditions matérielles qui ne créent pas une vulnérabilité dans le chef de la personne détenue;

26. l'interrogatoire doit être conduit par des officiers identifiés, ce qui notamment exclut que les yeux de la personne détenue puissent être bandés au cours de l'interrogatoire;

27. les objets intimidants, susceptibles d'être utilisés en vue de menacer ou de causer des mauvais traitements, ne peuvent se trouver dans la salle d'interrogatoire.

**Les droits de la personne détenue en raison des soupçons qu'elle a commis une infraction.**  
Extraits du 12e rapport général d'activités du CPT (2002)<sup>493</sup> :

34. **Interroger des personnes soupçonnées d'une infraction pénale** est une activité spécialisée qui demande une formation spécifique pour pouvoir être menée de manière satisfaisante. Avant tout, *l'objectif précis d'un interrogatoire* doit être clairement explicité : cet objectif doit être d'obtenir des informations précises et fiables afin de découvrir la vérité sur des questions couvertes par l'enquête et non pas d'obtenir des aveux d'une personne déjà présumée coupable par ceux qui mènent l'interrogatoire. Outre une formation appropriée, l'élaboration d'un code de conduite pour les

<sup>492</sup> La question des garanties devant entourer l'établissement de la preuve de l'infraction fait l'objet, de la part de la Commission, d'une initiative distincte du *Livre vert portant sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne*. Il est cependant difficile de séparer les deux questions : les conditions dans lesquelles une personne accusée d'une infraction est arrêtée et informée de ses droits a naturellement une incidence sur l'appréciation qui pourra être portée sur les déclarations qu'elle aura faites, au moment de l'arrestation ou au cours des heures suivantes, à ses interrogateurs.

<sup>493</sup> CPT/Inf (2002) 15, para. 34 et suivants. Ces extraits ont été repris également dans le recueil : *Les normes du CPT. Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, CPT/Inf/E (2003) 1.

interrogatoires de personnes soupçonnées d'une infraction pénale facilitera considérablement l'adhésion des membres des forces de l'ordre à cet objectif.

35. Au fil des ans, les délégations du CPT se sont entretenues avec un nombre considérable de personnes détenues dans divers pays, lesquelles ont formulé des allégations crédibles au sujet de mauvais traitements physiques qui leur auraient été infligés ou d'intimidations ou de menaces proférées à leur égard par des policiers, en vue d'obtenir des aveux lors des interrogatoires. Il est évident qu'un système pénal qui prône la *preuve par l'aveu*, peut inciter les enquêteurs - souvent sous pression pour obtenir des résultats - à avoir recours à la contrainte physique ou psychologique. Afin de prévenir la torture et les autres formes de mauvais traitements, il est crucial de développer des méthodes d'enquête criminelle permettant de réduire le recours aux aveux et autres preuves ou informations obtenues par le biais d'interrogatoires pour étayer la culpabilité.

36. **L'enregistrement électronique (c'est-à-dire audio et/ou vidéo) des auditions par la police** représente, pour les personnes détenues, une importante garantie supplémentaire contre les mauvais traitements. Le CPT note avec satisfaction que l'introduction de tels systèmes est envisagé dans un nombre de plus en plus important de pays. De tels systèmes peuvent fournir un compte-rendu complet et authentique du processus d'interrogatoire et, par là, grandement faciliter les enquêtes en cas d'allégations de mauvais traitements. Ceci est tant dans l'intérêt des personnes ayant été maltraitées par la police que dans celui des policiers confrontés à des allégations non fondées de mauvais traitements physiques ou de pression psychologique. L'enregistrement électronique des auditions par la police réduit aussi la possibilité, pour des personnes mises en cause de nier de façon mensongère qu'elles avaient fait certaines déclarations.

37. A plus d'une reprise, et dans plus d'un pays, le Comité a découvert des **pièces réservées aux interrogatoires** qui étaient extrêmement intimidantes: par exemple, des pièces aux revêtements entièrement noirs et qui étaient équipées de projecteurs dirigés sur le siège utilisé par la personne interrogée. De tels locaux n'ont pas leur place dans un service de police.

Les pièces réservées aux interrogatoires doivent être correctement éclairées, chauffées et aérées et, en outre, doivent être équipées de façon à permettre à tous les participants au processus d'interrogatoire de s'asseoir sur des chaises de type et de confort similaires. Le policier qui procède à l'audition ne devrait pas se trouver en position de dominant (par exemple, en position surélevée) ou être placé loin du suspect. En outre, les coloris des revêtements des pièces devraient être neutres.

38. Dans certains pays, le CPT a été confronté à la pratique consistant à **bander les yeux** des personnes détenues par la police, en particulier lors des interrogatoires. Les délégations du CPT ont entendu diverses explications - souvent contradictoires - de policiers au sujet de la raison d'être de cette pratique. Il est évident pour le CPT, compte tenu des informations recueillies au fil des ans, que, dans la plupart - si ce n'est dans tous les cas -, les personnes ont les yeux bandés pour éviter qu'elles puissent identifier les membres des forces de l'ordre qui les maltraitent. Même dans les cas où il n'y a pas de mauvais traitements physiques, le fait de bander les yeux à une personne détenue - et en particulier à une personne en train d'être interrogée - est une forme d'oppression dont les effets sur la personne s'apparenteront fréquemment à un mauvais traitement psychologique. Le Comité recommande d'interdire expressément la pratique consistant à bander les yeux des personnes détenues par la police.

39. Il n'est pas rare que le CPT trouve des **objets suspects**, comme des bâtons en bois, manches à balai, battes de base-ball, tiges métalliques, morceaux de gros câble électrique, des imitations d'armes à feu ou des couteaux dans des locaux de police. La présence de tels objets a, à plus d'une occasion, conféré de la crédibilité aux allégations recueillies par des délégations du CPT selon lesquelles des personnes détenues dans lesdits établissements avaient été menacées et/ou frappées avec ce type d'objets.

Une explication communément donnée par des policiers au sujet de ces objets est qu'il s'agit d'objets confisqués aux suspects, destinés à servir de moyens de preuve. Le fait que de tels objets sont invariablement non étiquetés et sont fréquemment retrouvés éparpillés dans des locaux (parfois derrière des rideaux ou des armoires) ne peut que rendre sceptique face à cette explication. Afin d'éviter les spéculations sur un comportement incorrect des policiers et faire disparaître les sources de danger potentielles pour le personnel comme pour les personnes détenues, les objets saisis aux fins de preuve doivent toujours être correctement étiquetés, inventoriés et conservés dans un endroit

spécialement réservé aux objets saisis. Tous les autres objets du type de ceux mentionnés ci-dessus doivent être enlevés des locaux de police.

40. Depuis le début de ses activités, le CPT a toujours plaidé en faveur d'une trinité de droits pour les personnes détenues par la police: **les droits à l'accès à un avocat et à un médecin ainsi que le droit pour les personnes concernées de pouvoir informer un proche ou un tiers de leur détention.**

Dans de nombreux Etats, des mesures ont été prises pour introduire ou renforcer ces droits, à la lumière des recommandations du CPT. Plus précisément, le droit à l'accès à un avocat pendant la détention par la police est à présent largement reconnu dans les pays visités par le CPT; dans les rares pays où ce droit n'existe pas encore, des projets sont en cours pour l'introduire.

41. Toutefois, un certain nombre de pays manifestent une grande réticence à mettre en œuvre la recommandation du CPT selon laquelle le droit à l'**accès à un avocat** doit être garanti dès le début de la détention par la police. Dans quelques pays, les personnes détenues par la police ne jouissent de ce droit qu'après une période donnée de détention; dans d'autres, ce droit ne devient effectif qu'à compter du moment où la personne détenue entre formellement dans la catégorie des « suspects ».

Le CPT a, sans cesse, souligné que, d'après son expérience, c'est au cours de la période qui suit immédiatement la privation de liberté que le risque d'intimidation et de mauvais traitements physiques est le plus grand. En conséquence, la possibilité, pour les personnes détenues par la police, d'avoir accès à un avocat pendant cette période est une garantie fondamentale contre les mauvais traitements. L'existence de cette possibilité aura un effet dissuasif sur ceux qui seraient enclins à maltraiter les personnes détenues; en outre, un avocat est bien placé pour prendre les mesures qui s'imposent si des personnes détenues sont effectivement maltraitées. Le CPT reconnaît que, dans le but de préserver les intérêts légitimes de l'enquête policière, il peut exceptionnellement être nécessaire de retarder pendant un certain temps l'accès d'une personne détenue à l'avocat de son choix. Toutefois, cela ne devrait pas avoir pour conséquence le refus total du droit à l'accès à un avocat pendant la période en question. En pareil cas, il convient d'organiser l'accès à un autre avocat.

Le droit à l'accès à un avocat doit comprendre le droit de s'entretenir avec lui sans témoin. La personne concernée doit aussi, en principe, être en droit de bénéficier de la présence d'un avocat lors de tout interrogatoire mené par la police. Naturellement, cela ne devrait pas empêcher la police d'entendre une personne détenue sur des questions urgentes, même en l'absence d'un avocat (qui peut ne pas être immédiatement disponible) ni exclure le remplacement d'un avocat qui empêcherait le bon déroulement d'un interrogatoire.

Le CPT a aussi souligné que le droit à l'accès à un avocat ne devrait pas être limité aux personnes soupçonnées d'une infraction pénale mais devrait s'étendre à toute personne contrainte légalement de se rendre - ou de rester - dans un établissement de police, par exemple en qualité de « témoin ».

En outre, pour que le droit à l'accès à un avocat soit pleinement effectif en pratique, des dispositions appropriées doivent être prises pour les personnes n'étant pas en mesure de payer un avocat.

42. Les personnes détenues par la police devraient jouir du droit formellement reconnu à l'**accès à un médecin**. En d'autres termes, il faut toujours appeler sans délai un médecin si une personne demande un examen médical; les policiers ne doivent pas chercher à filtrer de telles demandes. En outre, le droit à l'accès à un médecin devrait inclure celui de bénéficier, si la personne détenue le souhaite, d'un examen effectué par le médecin de son choix (en plus de tout autre examen effectué par un médecin appelé par la police).

Tous les examens médicaux de personnes détenues par la police doivent se dérouler hors de l'écoute des membres des forces de l'ordre et, sauf demande contraire du médecin intéressé dans un cas particulier, hors de leur vue.

Il importe également que les personnes remises en liberté après une détention par la police, sans être présentées à un juge, soient en droit de demander directement un examen/certificat d'un médecin légiste certifié.

43. Le droit pour une personne détenue par la police de **pouvoir informer un proche ou un tiers de sa situation**, doit, en principe, être garanti dès le tout début de sa détention. Bien évidemment, le CPT reconnaît que l'exercice de ce droit peut être soumis à certaines exceptions, destinées à protéger les intérêts légitimes de l'enquête policière. Toutefois, de telles exceptions doivent être clairement définies et strictement limitées dans le temps, et le recours à de telles exceptions doit être entouré de garanties appropriées (par exemple, tout délai dans l'information d'un proche ou d'un tiers doit être

consigné par écrit avec les raisons l'ayant motivé, et subordonné à l'aval d'un fonctionnaire supérieur de police n'ayant aucun lien avec l'affaire en question ou d'un procureur).

44. Les droits des personnes privées de liberté n'auront guère de valeur si celles-ci ne connaissent pas leur existence. En conséquence, il est impératif que les personnes détenues par la police soient **expressément informées de leurs droits**, sans délai et dans une langue qu'elles comprennent. Pour ce faire, un formulaire précisant de façon simple ces droits doit être systématiquement remis aux personnes détenues par la police, dès le tout début de leur détention. De plus, il faudrait demander aux personnes concernées de signer une déclaration attestant qu'elles ont bien été informées de leurs droits.

45. Le CPT a mis en exergue, à plusieurs occasions, **le rôle des autorités judiciaires** dans la lutte contre les mauvais traitements par la police. Par exemple, toutes les personnes détenues par la police qu'il est envisagé de placer en détention provisoire devraient être physiquement présentées au juge compétent pour en décider ; ceci n'est toujours pas le cas dans certains pays que le CPT visite. Amener la personne devant le juge permettra à celui ou celle qui a été maltraité(e) de déposer plainte en temps utile. En outre, même en l'absence de plainte formelle, le juge pourra prendre en temps voulu les mesures nécessaires s'il y a d'autres indications de mauvais traitements (par exemple, des blessures visibles; l'apparence ou comportement général d'une personne). Evidemment, le juge doit prendre les mesures appropriées s'il y a des indications de mauvais traitements par la police. A cet égard, à chaque fois que des personnes soupçonnées d'une infraction pénale comparaisant devant un juge à l'issue de la détention par la police, allèguent avoir été maltraitées, le juge doit consigner les allégations par écrit, ordonner immédiatement un examen médico-légal et prendre les mesures nécessaires pour que les allégations soient dûment vérifiées. Il convient de suivre cette approche que la personne concernée porte ou non des blessures externes visibles. De plus, même en l'absence d'une allégation explicite de mauvais traitements, il appartient au juge de demander un examen médico-légal dès lors qu'il y a d'autres raisons de croire qu'une personne comparaisant devant lui a pu être victime de mauvais traitements.

L'examen diligent par les autorités judiciaires et autres autorités compétentes de toutes les plaintes pour mauvais traitements formulées à l'encontre de membres des forces l'ordre et, le cas échéant, l'imposition d'une sanction appropriée auront un effet dissuasif très fort. A l'inverse, si de telles autorités ne prennent pas des mesures efficaces pour traiter les plaintes qui leur sont soumises, ceux parmi les membres des forces de l'ordre enclins à maltraiter les personnes qu'ils détiennent, viendront rapidement à penser qu'ils peuvent agir en toute impunité.

46. **Des interrogatoires complémentaires par la police de personnes placées en détention provisoire** sont à l'occasion nécessaires. Le CPT estime que, dans la perspective de la prévention des mauvais traitements, il est de loin préférable que de tels interrogatoires se déroulent au sein de l'établissement pénitentiaire concerné plutôt que dans des locaux de police. Le retransfert de prévenus en détention de police pour audition complémentaire ne doit être demandé et autorisé que lorsque cela est absolument inévitable. Il est tout aussi évident que dans les circonstances exceptionnelles où un prévenu est retransféré en détention de police, il doit bénéficier des trois droits exposés aux paragraphes 40 à 43.

47. La détention par la police est (ou au moins devrait être) de relativement courte durée. Toutefois, **les conditions de détention dans les cellules de police** doivent remplir certaines *conditions élémentaires*. Toutes les cellules de police doivent être propres et d'une taille raisonnable eu égard au nombre de personnes que l'on peut y placer et, elles doivent bénéficier d'un éclairage adéquat (c'est-à-dire suffisant pour lire en dehors des périodes de repos); de préférence, les cellules devraient bénéficier de lumière naturelle. De plus, les cellules doivent être aménagées de façon à permettre le repos (par exemple un siège ou une banquette fixe), et les personnes contraintes de passer la nuit en détention doivent disposer d'un matelas et de couverture propres. Les personnes détenues par la police doivent avoir accès à des toilettes correctes dans des conditions décentes et disposer de possibilités adéquates pour se laver. Elles doivent avoir accès à tout moment à de l'eau potable et recevoir de quoi manger à des moments appropriés, y compris un repas complet au moins chaque jour (c'est-à-dire quelque chose de plus substantiel qu'un sandwich). Les personnes détenues par la police pendant 24 heures ou plus devraient, dans la mesure du possible, se voir proposer un exercice quotidien en plein air.

De nombreux locaux de police visités par les délégations du CPT ne sont pas conformes à ces normes minimales. Ceci est particulièrement préjudiciable aux personnes qui comparaissent ultérieurement devant une autorité judiciaire; bien trop souvent, des personnes sont présentées à un juge après avoir passé un ou plusieurs jours dans des cellules ne répondant pas aux normes requises et très sales, sans avoir pu ni se reposer, ni s'alimenter correctement, ni avoir eu la possibilité de se laver.

48. L'obligation de prise en charge incombant à la police en ce qui concerne les personnes qu'elle détient, comprend celle de veiller à *leur sécurité et intégrité physique*. En conséquence, une surveillance adéquate des aires de détention est une composante inhérente à l'obligation de prise en charge qu'assume la police. Des mesures appropriées doivent être prises pour garantir que les personnes détenues par la police soient toujours en mesure d'entrer, à tout moment, en contact avec le personnel de surveillance.

A plus d'une reprise, des délégations du CPT ont trouvé que les cellules de police se trouvaient très loin des bureaux ou tables où les policiers se tenaient habituellement et, qu'elles étaient dépourvues de tout dispositif (notamment d'un système d'appel) permettant aux personnes détenues d'appeler l'attention d'un policier. Dans de telles conditions, il y a un risque considérable que l'on ne puisse pas intervenir au moment voulu en cas d'incidents divers (violence entre personnes détenues, tentatives de suicide, incendies, etc.).

49. Le CPT a également exprimé des réserves en ce qui concerne la pratique observée dans certains pays, selon laquelle chaque service opérationnel (stupéfiants, criminalité organisée, lutte contre le terrorisme) disposait, au sein d'un établissement de police, de son propre quartier de détention géré par des policiers du service concerné. Le Comité considère qu'il faut abandonner une telle pratique, au profit d'un *quartier cellulaire central*, géré par un corps distinct de policiers ayant été spécifiquement formé à la surveillance et prise en charge des personnes détenues. Cela serait très certainement bénéfique du point de vue de la prévention des mauvais traitements. Par ailleurs, dégager les services opérationnels de telles tâches pourrait bien présenter des avantages du point de vue de la gestion et de la logistique.

50. Enfin, **l'inspection des locaux de police par une autorité indépendante** peut apporter une importante contribution à la prévention des mauvais traitements de personnes détenues par la police et, plus généralement, aider à garantir des conditions satisfaisantes de détention. Afin d'être pleinement efficaces, les visites effectuées par une telle autorité devraient être à la fois régulières et inopinées et cette autorité devrait pouvoir être en mesure de s'entretenir sans témoin avec les personnes détenues. De plus, elle devrait examiner toutes les questions liées au traitement des personnes détenues: l'enregistrement de la détention, les informations données aux personnes détenues sur leurs droits et l'exercice effectif de ces droits (en particulier des trois droits exposés aux paragraphes 40 à 43), le respect des règles régissant les interrogatoires des personnes soupçonnées d'une infraction pénale, ainsi que les conditions matérielles de détention. Les constatations de l'autorité susmentionnée devraient être transmises non seulement à la police mais également à une autre autorité, indépendante de la police.

Il serait également opportun de consacrer une réflexion spécifique à la question des pressions qui peuvent s'exercer sur une personne arrêtée pour la convaincre d'accepter la transaction qui lui est proposée par les autorités de poursuite, la reconnaissance d'une culpabilité, accompagnée du paiement d'une amende transactionnelle, ayant alors pour effet d'éteindre l'action publique lancée à son encontre. Les circonstances dans lesquelles sont placées les personnes particulièrement vulnérables sont adéquatement prises en compte par le Livre vert sur les garanties procédurales, par exemple en ce qui concerne les personnes qui, étant arrêtées dans un Etat membre autre que celui de leur domicile ou de leur résidence habituelle, et dont l'arrestation risque de leur causer des problèmes spécifiques, ou en ce qui concerne les personnes qui ont la garde de jeunes enfants ou d'autres personnes et qui accepteront toute proposition susceptible de raccourcir le temps de la garde à vue (voy. point 6.1.). Cependant la tentation que peut avoir une personne de renoncer à certaines garanties procédurales moyennant la promesse que des poursuites pénales ne seront pas entamées, même si cela conduit la personne concernée à reconnaître des faits qui lui sont reprochés et à s'acquitter d'une amende transactionnelle, pose des questions – concernant les conditions auxquelles

il peut être licitement renoncé au droit d'accès au juge – qui ne concernent pas uniquement les personnes jugées vulnérables<sup>494</sup>.

A juste titre, le *Livre vert* présenté par la Commission s'interroge sur le suivi des normes communes, une fois que celles-ci auront été définies; ainsi que sur les sanctions qui, le cas échéant, pourraient accompagner les situations où ces normes ne sont pas respectées au sein d'un Etat membre. La réflexion sur ce point doit clairement distinguer entre l'adoption par les Etats membres des mesures générales assurant, par exemple, la mise en œuvre d'une décision-cadre regroupant les droits reconnus aux suspects ou mises en cause autrement dans le cadre de procédures pénales, d'une part, et la pratique des autorités, d'autre part. Les pratiques des autorités devraient se conformer aux mesures générales qui ont été arrêtées; elles ne s'y conforment pas nécessairement. Bien entendu, un réseau d'experts indépendants composé d'un expert par Etat membre n'a pas les moyens d'assurer une surveillance systématique des pratiques des autorités policières ou des autorités chargées de la poursuite des infractions, dans l'ensemble des situations où les droits envisagés par le *Livre vert* devraient être respectés. En revanche, un tel réseau – tel notamment que le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux – peut remplir deux tâches de nature à contribuer à une telle évaluation : premièrement, il peut examiner si les mesures générales requises pour la mise en œuvre des normes minimales consacrées au plan de l'Union européenne ont bien été adoptées et, par exemple, ont été adéquatement diffusées vers les autorités et ont fait l'objet des mesures d'exécution requises; deuxièmement, il peut examiner systématiquement, à la lumière de la grille de lecture que fournirait une liste des droits reconnus aux suspects dans une éventuelle décision-cadre, les constats des juridictions et organes internationaux de contrôle du respect par les Etats membres de leurs obligations internationales, en accordant une importance particulière aux constatations de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen pour la prévention de la torture. Etant conduite sur un plan général, une telle évaluation ne suffit pas à déceler les situations individuelles où les droits consacrés dans ces normes minimales se trouvent violés. Cependant, il revient d'abord aux juridictions nationales de contrôler ce respect. Indépendamment même des considérations de subsidiarité, l'institution au plan de l'Union d'un mécanisme d'évaluation comprenant l'examen de situations individuelles n'aurait guère de valeur ajoutée par rapport aux mécanismes déjà existants sur le plan national.

Quant aux sanctions, le *Livre vert* note à juste titre la nécessité de réfléchir la réaction à adopter face à “des violations persistantes mais pas assez graves pour tomber sous le coup de l'article 7 UE” (point 9.4.) ou, *mutatis mutandis*, sous le coup de l'article 39 du Traité d'adhésion du 16 avril 2003. Il est permis de considérer que, lorsque l'évaluation conduite sur un plan général met à jour un manquement par un Etat aux obligations qui lui sont imposées dans ce cadre, le refus des autorités judiciaires d'un autre Etat membre d'exécuter le mandat d'arrêt européen et, par conséquent, de remettre une personne contre laquelle un autre Etat a émis un mandat d'arrêt européen, pourrait en être la conséquence logique. L'article 1 § 3 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres pourrait justifier un tel refus. Ceci ne pallie cependant pas les lacunes que comprend actuellement le titre VI du Traité sur l'Union européenne, en ce qui concerne la possibilité de faire constater le manquement d'un Etat aux obligations qui lui sont imposées par des instruments adoptés sous ce titre.

#### **Article 49. Principe de légalité et de proportionnalité des peines**

L'Introduction au présent rapport indique (au point II.3.) plusieurs voies que le législateur européen pourrait emprunter afin de mieux prévenir les atteintes aux droits fondamentaux qui se déroulent dans le domaine d'application du droit de l'Union. En outre, l'Introduction souligne que, lorsque la prévention a échoué, la Commission doit traiter l'atteinte au droit communautaire qui résulte d'une violation des droits fondamentaux commise dans la mise en œuvre du droit communautaire comme

---

<sup>494</sup> Il est permis de renvoyer sur ce point à la discussion qu'y consacre l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions du 19 septembre 2002, préc. l'arrêt *Gözütok et Brügger*, commenté sous l'article 50 de la Charte.

une hypothèse banale de manquement d'un Etat aux obligations que le droit communautaire lui impose, susceptible par conséquent de donner lieu à un recours en constatation de manquement. Il faut attirer l'attention, dans ce contexte, sur la difficulté spécifique que pose la transposition des directives communautaires, particulièrement lorsqu'il s'agit de directives-cadres. D'une part, il y a un risque que la loi nationale opérant la transposition de la directive dans le droit interne reproduise ses formules, y compris si celles-ci sont générales ou vagues, au détriment du principe de légalité. L'Etat est tenu à la fois de ne pas restreindre la portée de la directive dans la transposition qu'il en fait, et d'en assurer la transposition en des termes assez précis pour éviter d'encourir le reproche de porter atteinte au principe de légalité : cet équilibre n'est pas toujours aisé à trouver<sup>495</sup>.

D'autre part, les directives laissent en général à l'Etat le choix des sanctions appropriées afin d'assurer la pleine application de la directive, bien que ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives, selon la formule que la Cour de justice a consacrée et que le législateur européen a reprise à son compte. L'Etat doit à la fois respecter cette exigence d'effectivité, et garder à l'esprit le principe de la proportionnalité des peines : c'est un second dilemme qu'il affronte. Dans l'arrêt du 6 novembre 2003, la Cour de justice a par exemple été amenée à souligner que « S'il est vrai que la protection de la vie privée requiert l'application de sanctions efficaces à l'encontre des personnes traitant des données à caractère personnel d'une manière non conforme à la directive 95/46 [496], de telles sanctions doivent toujours respecter le principe de proportionnalité. Il en va d'autant plus ainsi que le champ d'application de la directive 95/46 apparaît très large et que les obligations des personnes qui procèdent à des traitements de données à caractère personnel sont nombreuses et importantes » (point 88)<sup>497</sup>.

Jusqu'à présent, la question du « mieux légiférer » en droit européen a été abordée essentiellement au départ des principes de subsidiarité et de proportionnalité, et de la nécessité de faire droit à la diversité des contextes dans lesquels la loi européenne était appelée à s'appliquer, ce qui exclut souvent de légiférer dans les détails. Il y aurait lieu néanmoins de réfléchir la manière de combiner ce souci, naturellement important, avec l'exigence pour les Etats de respecter les droits fondamentaux, en particulier l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux, dans la mise en œuvre du droit européen.

### **Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois**

L'originalité de l'article 50 de la Charte, par rapport à l'article 4 du Protocole n°7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, est d'étendre à l'Union la règle *ne bis in idem*, dont cette dernière disposition ne prévoit le jeu qu'au sein de la juridiction d'un même Etat. Dans l'affaire ayant donné à l'arrêt *Gözütok et Brügger* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 11 février 2003<sup>498</sup>, deux juridictions nationales, respectivement allemande et belge, demandaient à la Cour si le principe *ne bis in idem* consacré à l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990 (Convention Schengen)<sup>499</sup>, s'appliquait également à des procédures d'extinction de l'action publique par voie transactionnelle. L'article 54 C.A.A.S. dispose que « Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits,

<sup>495</sup> Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, *Rec.* 1996-V (absence de violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, malgré le défaut allégué de précision de l'article L. 511 du code de santé publique assurant la transposition en droit français de la directive (CEE) 65/65 du 26 janvier 1965 (JO L 369 du 9.2.1965) : la loi française avait simplement recopié la définition du « médicament » donné par la directive, en dépit de la relative généralité de ces termes, ce qui exigeait pour en connaître la portée exacte de s'entourer de conseils).

<sup>496</sup> Voy. l'article 24 de la directive 95/46/CE.

<sup>497</sup> Ainsi par exemple, selon la Cour, « En application du principe de proportionnalité, il incombe à la juridiction de renvoi de prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire dont elle est saisie, notamment la durée de la violation des règles mettant en oeuvre la directive 95/46 ainsi que l'importance, pour les intéressés, de la protection des données divulguées » (point 89).

<sup>498</sup> C.J.C.E., 11 février 2003, *Gözütok et Brügger*, aff. jtes C-197/01 et C-385/01, non encore publié.

<sup>499</sup> OJ L 239, 22.9.2000, p. 19.

être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation. ». En l'espèce, un ressortissant turc résidant aux Pays-Bas et ayant des activités en Allemagne, M. Gözütok, et un ressortissant allemand, M. Brügge, avaient accepté respectivement une transaction proposée par le ministère public néerlandais, et une autre proposée par le ministère public allemand. Ils étaient cependant poursuivis pour les mêmes faits devant une juridiction allemande (M. Gözütok) et une juridiction belge (M. Brügge), d'où résultaient les questions préjudicielles. Considérant que la procédure d'extinction de l'action publique par la voie d'une transaction proposée par le ministère public fait intervenir "une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale dans l'ordre juridique national concerné" (point 28), et aboutit à sanctionner le comportement illicite reproché au prévenu à qui sont imposées certaines obligations telles par exemple que le paiement d'une amende (point 29), la Cour répond par l'affirmation à la question d'interprétation de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen. La Cour déduit donc une obligation de reconnaissance mutuelle des décisions emportant extinction de l'action publique du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction. L'absence d'harmonisation des législations pénales des Etats membres dans le domaine des procédures d'extinction de l'action publique n'y fait pas obstacle : la Cour constate que le jeu de l'article 45 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (C.A.A.S.) n'est pas subordonné à l'harmonisation ou le rapprochement des législations pénales des Etats membres (point 32). La Cour en déduit (au point 33 de l'arrêt) que

Dans ces conditions, le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 de la C.A.A.S., qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente.

La Cour déduit cette interprétation large des termes de l'article 54 de la C.A.A.S du cadre général dans lequel cette disposition s'inscrit : celui d'un renforcement de l'intégration européenne par la création et le développement au sein de l'Union d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (points 35 à 37). La Cour note qu'il serait paradoxal de subordonner l'obligation de reconnaissance mutuelle des décisions d'extinction de l'action publique aux seules décisions prenant la forme de jugements – ou de décisions adoptées par les juridictions –: une telle interprétation restrictive signifierait en effet que les auteurs d'infractions plus graves, pour lesquelles l'intervention d'une juridiction est requise en tout état de cause, bénéficieraient d'une liberté de circulation plus complète que celle reconnue aux auteurs d'infractions mineurs, par rapport auxquelles le ministère public peut seul décider de transiger.

L'obligation de reconnaissance mutuelle des décisions prises par les autorités d'un autre Etat membre trouve sa limite dans le respect dû aux droits fondamentaux, qu'il s'agisse des droits de l'accusé ou des parties civiles<sup>500</sup>. S'agissant de l'accusé, il convient de rappeler qu'en présence d'une disproportion flagrante entre la peine à laquelle l'accusé risque de se trouver condamné à la suite d'une procédure pénale débouchant sur un jugement, d'une part, la transaction qui lui est offerte, d'autre part, le consentement de l'accusé peut être vicié, et ainsi sa renonciation au droit de voir sa cause jugée par un tribunal être considérée comme non valable<sup>501</sup>. La reconnaissance de la transaction

<sup>500</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001, req. n° 30882/96, § 40. Voy. les conclusions de M. l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, du 19 septembre 2002, préc. l'arrêt *Gözütok et Brügge*, spéc. les points 92-94 des conclusions.

<sup>501</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, Série A n° 35. En référence à cette dernière décision, M. l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer note, au point 95 des conclusions précitées : "La liberté d'accepter ou de refuser la transaction est fondamentale. À première vue, on pourrait douter de son existence puisque l'accusé doit, en fait, accepter la proposition du ministère public s'il souhaite échapper aux poursuites pénales. Toutefois, cette circonstance n'a pas pour effet de vicier son consentement dans la mesure où la menace d'engager une certaine action est admissible si les moyens employés et l'objectif poursuivi sont légitimes. »

qui est intervenue dans un autre Etat membre et met fin à l'action publique repose sur l'hypothèse que le consentement de l'accusé a été valablement recueilli. Ceci ne signifie pas que la règle *ne bis in idem* devrait être écartée dans une telle hypothèse, dès lors que l'intentement de poursuites pénales dans un autre Etat membre n'aurait pas pour effet de compenser le dommage subi dans le premier Etat, mais au contraire de l'aggraver. Le cas échéant, il appartiendra à l'accusé de faire valoir, devant la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il a été porté atteinte au droit d'accès au juge en raison des circonstances dans lesquelles l'action publique a été éteinte à son égard et des conséquences qui en sont résultées pour lui.

S'agissant des droits des victimes, il faut rappeler que la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas à la victime le droit de voir prononcée une condamnation pénale à l'encontre de l'auteur de l'infraction qui lui a causé dommage, mais uniquement celui de recevoir, le cas échéant, réparation de celui-ci, et dans cette mesure d'avoir accès à un tribunal compétent aux fins de se prononcer sur sa demande de réparation<sup>502</sup>. En réponse à un argument invoqué par le gouvernement belge selon lequel une décision d'éteindre l'action publique à la suite d'une transaction ne pourrait être assimilée à un jugement définitif justifiant l'application du principe *ne bis in idem* qu'à la condition préalable que les droits de la victime ont été dûment préservés, la Cour note que ledit principe "n'empêche pas la victime ou toute autre personne lésée par le comportement du prévenu d'intenter ou de poursuivre une action civile en vue de demander réparation du préjudice qu'elle a subi" (point 47).

La Grèce a proposé l'adoption d'une décision-cadre visant à garantir une uniformité dans l'interprétation et dans l'application de la règle *ne bis in idem* entre les Etats membres, et appelée à se substituer aux articles 54 à 58 de la convention d'application de l'Accord de Schengen<sup>503</sup>. L'article 1<sup>er</sup>, b), de la décision-cadre qualifie de « jugement » « toute décision définitive rendue par une juridiction pénale d'un Etat membre à l'issue d'une procédure pénale, qu'elle se termine par une condamnation, par une mise hors de cause ou par l'extinction définitive des poursuites, conformément au droit de l'Etat membre concerné, ainsi que toute médiation pénale extrajudiciaire ». Ceci tient compte de l'interprétation large donnée à l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen retenue par la Cour de justice des Communautés européennes.

<sup>502</sup> Tandis que la partie civile ne peut réclamer le bénéfice de l'article 6 de la Convention lorsque son seul but est d'obtenir la condamnation de la personne ayant commis l'infraction qui lui a causé dommage, en revanche elle peut le faire lorsque son action tend à obtenir une réparation pécuniaire, et qu'ainsi l'issue de la procédure pénale est directement déterminante pour des droits et obligations de caractère civil : voy. Cour eur. D.H., arrêt *Tomasi c. France* du 27 août 1992 ; arrêt *Acquaviva c. France* du 21 novembre 1995 ; arrêt *Hamer c. France* du 7 août 1996.

<sup>503</sup> Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision-cadre du Conseil relative à l'application du principe "non bis in idem", JO n° C 100 du 26.4.2003, p. 24.