

FIDE 2012

Questionnaire du thème général 1

La protection des droits fondamentaux après Lisbonne : L'interaction entre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et les constitutions nationales

Leonard F.M. Besselink

Ce questionnaire a pour but de générer les rapports des Etats membres et des institutions européennes sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, de façon à obtenir un riche contenu de nature comparative (et comparable) permettant de discuter de l'interaction entre la Charte des droits fondamentaux de l'UE, la CEDH et les droits constitutionnels nationaux.

Les quatorze questions ci-après sont centrées sur les problématiques générales qui apparaissent comme étant la conséquence des sources multiples de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne.¹

En choisissant le thème des droits fondamentaux, les organisateurs de la FIDE 2012 expriment le souhait et l'espoir de susciter un intérêt non seulement auprès des spécialistes du droit de l'UE mais aussi auprès des juristes dont le domaine de recherche concerne les droits fondamentaux, le droit constitutionnel et le droit public dans les Etats membres. Afin de parvenir à un nombre de questions plus limité que d'habitude, celles-ci ont été formulées en termes généraux.

Ces problématiques globales s'illustrent différemment en fonction des divers droits fondamentaux. Les explications apportées aux questions ci-après ne donnent que quelques exemples concernant certains droits spécifiques. On encourage les rapporteurs à s'étendre sur d'autres droits fondamentaux spécifiques qui ont une signification particulière dans le cadre de ces problématiques générales du point de vue de leur Etat (ou de l'institution de l'UE). Nous suggérons d'aborder notamment les questions relatives à l'accès à la justice et à la législation sur la non-discrimination. Le développement de points pertinents, dont il est fait allusion dans les explications ci-dessous, serait énormément apprécié. Les rapporteurs sont aimablement priés, à chaque fois que cela est opportun, d'inclure dans leur rapport l'information concernant la position prise sur les questions juridiques par :

- la jurisprudence des tribunaux de l'Etat en question
- les exécutifs et les parlements dans cet Etat membre
- les auteurs académiques et professionnels dans l'Etat membre concerné.

Introduction générale

L'une des caractéristiques de la nature constitutionnelle du processus d'intégration européenne est la protection des droits fondamentaux, dans la mesure où celle-ci a été considérée

¹ Bien que le choix fut celui de ne pas prendre en considération la politique des droits de l'homme dans les relations externes, en tant qu'elle constitue un sujet trop étendu en soi, il importe de préciser que cela n'exclue pas les thèmes concernant la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'UE qui résulte des obligations liées à l'ordre juridique international, ainsi qu'il est question dans les décisions *Kadi*. Par conséquent, les deux affaires *Kadi*, *Kadi I* et *Kadi II*, sont entièrement dans les attributions des présents groupes de travail de la FIDE.

fondamentale pour l'exercice du pouvoir public dans les régimes démocratiques fondés sur l'Etat de droit.

Par ailleurs, la question de la protection des droits fondamentaux montre l'interdépendance constitutionnelle entre l'ordre juridique de l'UE et ses institutions, les ordres juridiques des Etats membres de l'UE et les ordres juridiques d'autres entités internationales publiques, en particulier l'ordre créé par la CEDH au sein du Conseil de l'Europe. Ceci apparait clairement par le fait que la déclaration des droits de l'UE contenue dans la Charte des droits fondamentaux, la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que les Constitutions nationales sont toutes des sources de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE. Par conséquent, l'ordre juridique de l'UE englobe des sources qui ont leur origine en-dehors de l'UE (à savoir le Conseil de l'Europe et les Etats membres).

En même temps, la CEDH occupe une position juridique de premier plan dans plusieurs Etats membres, bien plus importante que d'autres traités (sur les droits de l'homme) (parfois formellement, parfois en terme pratique) alors que la Charte de l'UE en tant que partie intégrante du droit de l'UE applicable dans les Etats membres doit avoir la priorité sur le droit de l'UE proprement dit. Ainsi, les ordres constitutionnels des Etats membres contiennent des sources de protection des droits fondamentaux qui, stricto sensu, trouvent leur origine en-dehors de l'ordre constitutionnel national.

L'étude et les débats autour de la question de la protection des droits fondamentaux vont ainsi donner l'occasion de faire le point sur la situation actuelle de l'intégration européenne. Ceci permettra de faire le bilan des relations entre l'ordre juridique de l'UE et ceux des Etats membres et le partage des compétences entre eux.

1. La nature et la portée des droits protégés

La codification des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la Charte et l'adhésion à la CEDH ont pour but de réduire les possibles lacunes dans la protection des droits fondamentaux.

Question

1. Y a-t-il toujours des lacunes (potentielles ou actuelles) dans la portée substantive et le niveau de protection des droits fondamentaux ? Les lacunes (potentielles) dans une source de droits fondamentaux peuvent-elles être comblées par référence à d'autres sources de droits fondamentaux ?

Explication :

La réponse à cette question implique une comparaison du contenu et du niveau de la protection accordée au droits de l'homme dans le contexte de la Charte de l'UE, de la CEDH (et des protocoles) et en particulier dans celui des (des déclarations des droits des) Constitutions nationales, lesquelles peuvent contenir des dispositions (relativement) uniques sur les droits constitutionnels². L'accent devra être mis sur les lacunes qui demeureraient si ces dispositions étaient applicables au contexte du droit de l'UE.

Les lacunes, dont pâtit, actuellement ou partiellement une source de droit (par exemple une déclaration des droits nationale), pourraient être comblées en se référant à d'autres sources (par exemple à la CEDH) et maintenant aussi à la Charte de l'UE si une affaire entre dans le champ du droit de l'UE. La réponse à la question de savoir si cela est possible et peut réellement se

² Cela peut concerner par exemple la portée du droit au mariage, le droit à la vie, les relations entre l'Etat et l'Eglise, l'égalité entre l'éducation privée et publique, le droit au juge légal (*ius de non evocando*).

produire, dépend du statut de chacune de ces sources prises séparément et en relation avec chacune d'elles. A cet égard, il se peut qu'il y ait des différences entre les Etats membres.

On doit distinguer deux aspects de la question concernant les différents niveaux de protection : la controverse sur une réduction de la protection, de même que les problèmes liés à une augmentation imposée de la protection. Si un droit fondamental à un certain niveau venait à être (considérablement) moins protégé que ceux d'un autre niveau, l'application du premier ayant priorité sur le second réduirait (considérablement) le niveau de protection. Cela pourrait résulter de la primauté du droit de l'UE, si la portée des droits fondamentaux protégés en droit de l'UE venait à être moindre que celle existant dans l'ordre juridique national. Cela pourrait aboutir à générer des réserves à l'égard de la primauté de l'UE.

A ce propos, il est important de savoir *quels sont les droits constitutionnels nationaux considérés comme faisant partie de l'identité constitutionnelle*,³ et lesquels parmi eux ne figurent pas (ou pas clairement) dans la catégorie des droits fondamentaux protégés en droit de l'UE (les Traités, la Charte ou la CEDH).

Le revers de la médaille est qu'il peut ne pas être nécessairement considéré globalement acceptable que l'introduction de sources de droits fondamentaux ait pour résultat *plus* de protection, étant donné que cela restreint la possibilité pour les autorités publiques d'agir dans l'intérêt général. C'était à l'origine, l'objection du point de vue du droit de l'UE contre les sujets de droit invoquant les droits fondamentaux (au départ principalement les sources constitutionnelles nationales) : Cela limiterait l'effectivité du droit de l'UE. De nos jours, les objections peuvent venir des autorités nationales qui considèrent que leur champ d'action dans l'intérêt général est excessivement restreinte par l'interprétation de la Cour de justice de l'UE relative aux droits fondamentaux. Au Royaume-Uni, par exemple, un grave sujet de discussion concerne la question du « rapatriement des droits de l'homme » ; de « les ramener à la maison » depuis Strasbourg, avec, comme contrepartie, de se retirer de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme.⁴ Cela peut, à son tour, avec des répercussions sur l'adoption de la CEDH par l'UE ainsi que sur la compétence de la CJUE pour interpréter et appliquer la CEDH.

Il serait intéressant de savoir si des contestations similaires existent dans les autres Etats membres.

Un aspect important de la question qui est posée ici est de savoir si et dans quelle mesure les juridictions nationales utilisent une *approche dynamique* des sources de protection des droits de l'homme, en ce sens qu'elles font combiner les droits constitutionnels nationaux, la CEDH et les droits de la Charte ainsi que les autres traités relatifs aux droits de l'homme dans des affaires relevant ou non du droit de l'UE.

Un exemple d'interprétation des droits de la CEDH réalisée à la lumière d'autres traités sur les droits de l'homme et même ceux à l'égard desquels l'Etat défendeur n'est pas partie, est donnée dans l'affaire CourEDH, *Demir et Baykara / Turquie*, dans laquelle l'article 11 CEDH a été interprété à la lumière – parmi de nombreux autres textes – de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'EU, afin de dégager de l'article 11 CEDH un droit à la négociation collective.⁵ Un exemple rare d'interprétation du droit de l'UE à la lumière de la jurisprudence nationale se trouve dans l'affaire *Kadi II* en première instance.

³ Cf. Article 4 § 2 TUE : « L'Union respecte l'identité nationale [des Etats membres], inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »; cf. CJUE, Aff. C-208/09, 22 décembre 2010, *Ilonka (Fürstin von) Sayn-Wittgenstein / Landeshauptmann von Wien*.

⁴ Michael Pinto-Duschinsky, « Bringing Rights Back Home: Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK », Avant-propos du Rt Hon Lord Hoffmann. *Policy Exchange*, London, 2011; disponible également sur le site du groupe de réflexion conservateur <www.policyexchange.org.uk>.

⁵ (Requête n° 34503/97), Grande Chambre, 12 novembre 2008.

Un domaine dans lequel d'éventuelles (ou réelles) différences existent est celui des droits sociaux, économiques et culturels. Un certain nombre d'entre eux sont incorporés dans la Charte de l'UE en tant que « fondamentaux », mais il se peut qu'ils ne le soient pas dans les constitutions nationales ou dans des instruments auxquels les Etats membres sont parties, en particulier les « droits solidaires » - comme cela peut être le cas avec plusieurs autres types de droits mentionnés dans la Charte.

Au moment de la rédaction de ce questionnaire, il n'y a aucune certitude quant à la portée de l'adhésion de l'UE à la CEDH puisque le mandat de négociation est tenu secret, même sur la question de savoir à quelle partie de l'acquis de la CEDH l'UE adhèrera, et notamment à quels protocoles⁶. Nous ne savons donc pas si et comment cela est lié à certaines questions posées ici. Veuillez développer comme il convient dans vos rapports.

Par rapport au contexte de cette question, il pourrait être utile de connaître la position et le rôle des autres traités relatifs aux droits de l'homme, autres que la CEDH, soit ceux du Conseil de l'Europe (ex. la Charte sociale européenne (révisée) ; la Convention sur la protection des données), ceux de l'ONU (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les conventions internationales relatives aux droits de l'enfant, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, etc.) ou ceux des régimes spéciaux (ex. les convention de l'OIT), selon leur position dans les différents ordres juridiques nationaux, auxquels les Etats membres sont parties, en particulier s'ils ont joué un rôle primordial ou secondaire dans la pratique ou dans la jurisprudence concernant les affaires relevant du droit de l'UE. Cela peut dépendre de la place qu'occupe ces traités dans les Etats membres respectifs comparée à celle du droit de l'UE, de la CEDH et des droits constitutionnels nationaux. En droit de l'UE, de tels traités constituent, potentiellement au moins, une source de protection dans le cadre de l'article 6 § 3 TUE.

Question :

- 2 Quel est le rôle des principes généraux du droit : peuvent-ils fonctionner comme des sources de protection des droits fondamentaux ?
(Remarque : la distinction que fait la Charte de l'UE entre « les droits » et « les principes » sera abordée dans le point 3 ci-dessous)

Explication :

Un exemple pourrait être le droit à une bonne administration dont la portée, en ce qui concerne l'UE, ses institutions, organes et agences est définie par l'article 41 de la Charte. Un droit de ce type s'agissant des autorités nationales pourrait ne pas exister en tant que droit fondamental dans certains Etats membres. Mais, ceci est parfois compensé par l'existence de principes généraux (ou plus spécifiques) du droit non écrit et reconnu légalement relatifs à la bonne administration.

De tels principes généraux du droit peuvent avoir soit une valeur constitutionnelle et posséder une signification substantielle fonctionnant d'une manière comparable à celle des droits fondamentaux codifiés, soit être des principes qui sont, d'une certaine façon, de nature

⁶ Mis à part un document publié par le Conseil dans lequel on s'est plaint que des représentants de certains Etats membres ignorent les points spécifiques dont fait mention le mandat de négociation, dans le document du Conseil n° 11394/10, du 22 juin 2010 (résumant les directives de négociation 1e, 6, 7, 8 et 10b). Aussi, Statewatch a publié la directive 11 et un mémo de la Commission sur les détails du mécanisme de référence adressé par la CourEDH à la Cour de justice de l'UE pour statuer sur la validité de l'acte de l'UE en question, Document du Conseil DS n° 1930/10 du 22 décembre 2010, www.statewatch.org/news/2011/feb/eu-accession-echr-com-ds-1930-10.pdf.

procédurale, par ex. le procès équitable, l'équité, l'audience équitable, le principe « *audiatur et altera pars* » qui n'ont peut-être pas en soi un rang constitutionnel mais qui peuvent contribuer à une protection des droits plus importante que s'ils n'existaient pas.

Les principes généraux du droit ayant une valeur constitutionnelle comprenaient la plupart des droits fondamentaux avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.⁷ Ceux-ci ont été retenus à l'article 6 § 3 TUE⁸ version Lisbonne, et peuvent donc, vraisemblablement, jouer un rôle complémentaire dans le développement à venir des droits devant être protégés au niveau de l'UE.

Un exemple spécifique de principe général du droit au contenu substantiel dans l'ordre juridique des Etats membres (l'équivalent, dans certains Etats, à un droit fondamental), est le principe d'égalité ou d'égalité de traitement. Le principe, appliqué en droit de l'UE, est controversé, notamment du point de vue de sa portée, de son fonctionnement et de son statut (voir la jurisprudence *Mangold* et ses suites). Toute information sur le point de savoir si et pour quelle raison il en est ainsi dans les Etats membres serait appréciée.

Un exemple de cas d'application de principes généraux du droit considérés comme n'appartenant pas à la catégorie des « droits fondamentaux » mais qui finalement offre en pratique une protection similaire se trouve dans les affaires *Hoechst* de 1989.⁹ Ici, le champ d'application du droit au respect du domicile ne s'est pas étendu jusqu'aux locaux professionnels, il n'était pas possible de se fonder sur ce droit mais, au lieu de cela, des garanties procédurales dérivées de principes juridiques communs (base juridique, proportionnalité, etc.) ont permis de trouver une solution qui, dans le cas d'espèce, était équivalente au fait de se prévaloir du respect de la vie privée.¹⁰

Il serait intéressant de savoir si de telles ingéniosités se produisent également au niveau national et si le recours aux principes juridiques équivalent aux droits fondamentaux fait l'objet des mêmes polémiques qu'au niveau du droit de l'UE.

2. Effet horizontal et collision des droits

Questions

- 3 Dans quelle mesure « l'effet horizontal » des droits fondamentaux est-il accepté dans les Etats membres ? Comment la jurisprudence de la Cour de justice est-elle reçue à cet égard ?
- 4 Comment les Etats membres dans leurs domaines de compétence et les institutions de l'UE traitent-ils des affaires de conflit de droits, en ce qui les concerne tous deux
 - a. les conflits entre droits classiques (ex. la non-discrimination et la liberté d'expression ou de religion, etc.), et
 - b. les conflits entre d'une part les droits classiques et d'autre part les droits socio-économiques et culturels (ex. les droits de libre circulation et la liberté d'expression, de religion),
 - c. les conflits entre les droits socio-économiques et les droits culturels (ex. le droit de grève et la libre circulation) ?

⁷ Certains figuraient, bien entendu, dans les Traités.

⁸ « Les droits fondamentaux, tels que sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux »

⁹ CJCE, affaires jointes 46/87 et 227/88, 21 septembre 1989, *Hoechst AG / Commission des Communautés européennes*.

¹⁰ *Loc. cit.* paragraphes 19-20.

- | | |
|---|---|
| 5 | Comment l'équilibre se fait-il ou devrait-il se faire dans le contexte de la multiplicité des ordres juridiques de l'UE, de la CEDH et des Etats (ordre juridique multi-niveaux) ? |
| 6 | Quel rôle le Parlement joue-t-il dans l'attribution d'un effet horizontal aux droits fondamentaux ? Quel est son rôle dans la hiérarchisation et le classement par ordre de priorité des droits qui peuvent entrer en collision ? Quelle est notamment l'influence des directives de non-discrimination sur l'exercice d'autres droits fondamentaux au sein des Etats membres ? |

Explication:

Dans certaines circonstances, plusieurs droits fondamentaux peuvent être en collusion, mais aussi en collision. Les oppositions apparaissent généralement lorsque les droits fondamentaux ont un niveau d'effet horizontal (par ex. entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression).

La question de l'effet horizontal a posé un problème dans de nombreux Etats puisqu'il s'agit d'opposer des droits fondamentaux à une liberté individuelle. En droit national, un moyen d'atténuer cette opposition consiste à faire la distinction entre l'effet horizontal « direct » et « indirect » (un exemple classique est l'affaire *Lüth* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹¹), une distinction qui peut être plus difficile à faire en droit communautaire.

En droit de l'UE, l'effet horizontal est reconnu à certaines libertés économiques que la Charte inclut dans son catalogue des droits fondamentaux et à partir desquelles il est possible de dégager un effet horizontal au bénéfice d'autres droits fondamentaux.

Dans les Etats membres ainsi qu'en droit de l'UE, la question de l'effet horizontal prend toute son importance lorsque cela concerne le droit à la non-discrimination et à l'égalité de traitement. Les parlements sont appelés à jouer un rôle essentiel pour régler cette effet horizontal. Les tribunaux également, du moins dans certains Etats membres, remplissent cette mission pour ce qui est de ce droit fondamental.

Dans la jurisprudence de la CJUE, l'effet horizontal a été attribué au droit à la non-discrimination et à l'égalité de traitement en l'érigeant comme principe général du droit originaire de l'UE (*Mangold et Küçükdeveci*). Cela s'est avéré être discutable par rapport aux textes législatifs sur la non-discrimination (les directives sur la non-discrimination) ainsi que par rapport au rôle qu'ont les juridictions nationales pour trancher les litiges entre particuliers.

En droit de l'UE, les conflits surviennent aussi en-dehors du contexte de l'effet horizontal en raison de la qualification, pendant très longtemps, des droits économiques de libre circulation en tant que droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice.

Le problème du conflit des normes est habituellement résolu en trouvant un « équilibre » entre les droits à la lumière des circonstances particulières. Cela aboutit parfois à une présomption de hiérarchisation relative des droits. Par ex. dans le cas de « discours politiques » ou de « personnes publiques », il y a des indicateurs pour placer la liberté de parole au-dessus de droit à la vie privée.

En droit de l'UE, la classification des droits de libre circulation en tant que « fondamentaux » a permis d'éviter que les droits fondamentaux « classiques » tels que la liberté d'expression ou de réunion aient, comme c'est généralement le cas, une priorité sur les droits économiques. Les droits fondamentaux classiques ont souvent été interprétés, en droit de l'UE, comme des

¹¹ 7 BVerfG 198, 1958; une traduction en anglais se trouve dans Donald Kommers, *Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, 361-369.

restrictions aux droits économiques de libre circulation, or, selon une méthode d'interprétation, les exceptions aux droits de libre circulation doivent être interprétées strictement.

Il en est de même dans les cas touchant au droit de grève – lequel a été reconnu depuis longtemps, dans la plupart des Etats membres, comme étant fondamental – et ceux liés au droits de libre circulation.

Il faudrait savoir si cela correspond aux approches nationales de conflit de droits fondamentaux en-dehors du cadre du droit de l'UE et avec celle des juridictions nationales qui statuent sur des affaires dans le cadre du droit communautaire.

Une difficulté apparait dans le contexte de la multiplicité des ordres juridiques (ordre juridique multi-niveaux) si, au niveau d'une juridiction nationale statuant sur une affaire, le poids attribué aux droits en conflit en l'espèce diffère de celui que lui reconnaît la Cour européenne. Un exemple classique est celui de l'affaire *Von Hannover*, dans laquelle la CourEDH a attribué une moins grande importance à la liberté de parole par comparaison avec la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.¹²

Un autre exemple de problèmes concernant le conflit entre droits fondamentaux est celui dans lequel une cour européenne statue uniquement sur un seul aspect d'une affaire pendante devant une juridiction nationale, laquelle doit traiter de tous les aspects.

Un cas qui illustre bien cet exemple est celui des affaires *Görgülü* examinées par la CourEDH et par la Cour constitutionnelle fédérale allemande,¹³ dans lesquelles une partie au litige se présentait à Strasbourg et les droits des autres parties devaient être appréciés par les juridictions nationales.¹⁴

La problématique centrale des compétences limitées est que la CJUE a seulement pour vocation d'examiner les questions concernant l'interprétation du droit de l'UE et non pas d'interpréter ou d'appliquer les droits nationaux. Ce qui veut dire que l'équilibre entre les droits qui s'opposent peut être mieux réalisé, parfois du moins, au niveau des juridictions nationales. A plusieurs reprises, la CJUE a admis cela dans sa jurisprudence impliquant des droits fondamentaux.¹⁵ Depuis que la Charte a acquis le statut de traité, la CJUE semble laisser aux juridictions nationales le soin d'apprécier telles ou telles violations.¹⁶

La relation et la tension entre les droits peuvent être influencées par le législateur qui peut réglementer l'exercice de ces droits dans un contexte particulier et donc, en un sens, les « hiérarchiser » par rapport à un objet de législation qui touche aux droits et libertés des personnes privées. Les « directives sur la non-discrimination » illustre bien ce cas actuellement en droit de l'UE (tout comme dans les droit nationaux).¹⁷

¹² BVerfG, 1 BvR 653/96, 15 décembre 1999; CEDH, 24 juin 2004, requête n° 59320/00, *Von Hannover / Allemagne*; BVerfG, 1 BvR 1602/07, 26 février 2008; Contestant cette décision, les demandeurs ont introduit des requêtes devant la CEDH le 22 août 2008 and le 15 décembre 2008, requêtes n° 40660/08, 60641/0, 8772/10.

¹³ CEDH, *Görgülü / Allemagne*, Requête n° 74969/01, 26 février 2004 et BVerfG 14 octobre 2004.

¹⁴ Il s'agit peut-être d'une variation sur le type de problème soulevé dans l'affaire *Von Hannover*.

¹⁵ Par ex. CJCE, Aff. C-368/95, 26 juin 1997, *Familia Press* ; CJCE, Aff. C 438/05, 11 décembre 2007, *ITF / Viking Lines* ; *sed contra* par ex. CJCE, Aff. C-112/00, 12 juin 2006, *Schmidberger*.

¹⁶ Par ex. CJCE, Aff. C-279/09, 22 décembre 2010, *DEB*. Dans un contexte totalement différent, CJCE, Aff. C-400/10 PPU, 5 octobre 2010, *J.McB.* et CJCE, Aff. C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga / Pelz*.

¹⁷ Les directives 2000/43/EC, 2000/78/EC et 2004/113/EC; voir également, la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle sur l'application du principe, COM(2008) 426 final - CNS 2008/0140, qui étend l'effet horizontal de l'égalité de traitement au-delà du marché du travail.

De même en est-il du cas, dans de nombreux Etats membres, où des mesures législatives réglementant le respect des principes d'égalité et de non-discrimination par les personnes privées ont des conséquences sur les libertés classiques, telles que la liberté de religion ou d'association (par ex. les questions types telles que celle de savoir si un club de femmes est obligé à embaucher un homme, si une école fondée sur une identité confessionnelle et qui condamne les pratiques homosexuelles peut être obligée d'employer des homosexuels actifs). Il serait intéressant d'obtenir des informations sur la façon dont les Etats membres ont réglés de telles affaires.

3. Les conséquences de l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

Question

- 7 La Charte est-elle perçue simplement comme un prolongement et une consolidation des sources antérieures (c'est-à-dire avant Lisbonne) de protection des droits fondamentaux ; ou bien apporte-t-elle une protection (ou des prérogatives) supplémentaire (-s) comparée à la situation qui existait avant Lisbonne, si l'on observe la jurisprudence de diverses juridictions nationales depuis son entrée en vigueur ?
- 8 La distinction établie dans la Charte, et plus précisément dans les explications officielles relatives à la Charte des droits fondamentaux (OJ 2007/C 303/02), entre, d'une part, « les droits et les libertés » et d'autre part « les principes », a-t-elle eu des répercussions dans la pratique des tribunaux et des parlements des Etats membres ainsi que dans la doctrine ?

Explication :

La Charte de l'UE a évolué, d'une simple articulation de droits fondamentaux protégés en tant que principes généraux du droit de l'UE (à savoir les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, les traités sur les droits de l'homme auxquels ils sont parties et ceux déjà présents dans les traités fondateurs), en passant par une aide à l'interprétation, vers un texte contraignant établissant des droits. Il serait intéressant de savoir de quelle manière les juridictions et les parlements (et d'autres autorités publiques) ont fait usage de la Charte avant et après qu'elle obtienne le statut de droit originaire de l'UE.

Pour la question 8, il serait appréciable d'obtenir des informations et des opinions concernant la signification et les éventuels effets du protocole (n° 30) sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni.¹⁸

La Charte de l'UE distingue l'effet juridique des « principes » et de ceux des « droits et libertés » (voir l'article 52 § 5 de même que l'article 51 § 1 seconde phrase), alors que les explications officielles classent des dispositions spécifiques de la Charte comme « principes ». « Les principes qui doivent être observés » exigent une action du législateur et de l'exécutif et sont pris en compte par les tribunaux uniquement dans l'interprétation et l'examen de la légalité de mesures d'application. Cela concerne l'article 26 (l'intégration des personnes handicapées), les

¹⁸ Au moment où nous écrivons ce questionnaire, une affaire pendante à la CJUE, Aff. C-411/10 *NS*, OJ C 274, 2010 soulève cette question en lien avec le « règlement Dublin II » 343/2003 ; cette affaire soulève également d'importantes questions concernant le rapport entre l'article 3 CEDH, la Charte et les principes généraux du droit de l'UE ; de même, à propos de la portée du droit de l'UE (et de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'UE), dans des affaires où un Etat membre décide, de manière autonome, de faire usage du pouvoir de traiter une demande d'asile en application de l'article 3 § 2 du règlement Dublin II.

articles de 34 à 38 de la Charte (la sécurité sociale et aide sociale ; la protection de la santé ; l'accès aux services d'intérêt économique général ; la protection de l'environnement ; la protection des consommateurs).¹⁹

La distinction soulève la question de la nature juridique de ces « principes » et celle de la séparation des pouvoirs entre, d'une part, le juridictionnel et d'autre part, le législatif et l'exécutif. Il est possible que cela soulève aussi des questions sur le rapport entre l'UE et les Etats membres : les « principes » de la Charte peuvent être soit davantage opposables, dans la mesure où des règles relatives aux droits fondamentaux non directement effectives ne jouent pas, dans tous les Etats, un rôle de critère juridictionnel pour l'application des mesures ; soit avoir un degré d'opposabilité moindre que ce qui est prévu à l'article 52 § 5 de la Charte si un effet juridique plus étendu est attribué aux droits dans ce domaine.

4. Les conséquences de l'adhésion de l'UE à la CEDH

Au moment où nous écrivons ce questionnaire, nous n'avons aucune certitude quant au résultat précis des négociations d'adhésion de l'UE à la CEDH. Il se peut que certaines questions perdent de leur importance et que d'autres, au contraire, en gagnent, sans que nous les ayons soupçonnées. Veuillez traiter dans vos rapports les problèmes pertinents qui ne sont pas soulevés dans les questions ci-dessous.

Question:

- 9 Les citoyens bénéficieront-ils d'une plus grande protection de leurs droits fondamentaux du fait de l'adhésion de l'UE à la CEDH ? : Cette adhésion surpassera-t-elle les complications procédurales qu'elle sera susceptible de créer, par exemple lorsque l'UE aura la possibilité d'être co-défendresse et plus encore, lorsqu'un recours préjudiciel pourra être introduit devant la CJUE concernant une affaire qui aura été préalablement examinée par la CourEDH.

Explication :

Depuis l'arrêt *Connolly*²⁰, la CJCE applique les mêmes critères de contrôle des droits fondamentaux que ceux de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) à Strasbourg. Dans cet arrêt, la CJCE a abandonné l'approche autonome qu'elle avait à l'égard des droits contenus dans la CEDH et selon laquelle elle ignorait, dans une large mesure, les conditions relatives aux restrictions apportées à ces droits ainsi que la jurisprudence pertinente de la CourEDH. Aussi, il résulte de l'article 52 § 3 de la Charte l'obligation de se conformer au niveau minimum de la CEDH.

Par conséquent, l'adhésion pourrait, à cet égard, n'apporter que peu de chose quant à la portée générale des droits sauvegardés.

Cependant, après l'adhésion, les institutions devront dorénavant appliquer les droits de la CEDH en tant que tels, sans faire un détour théorique par les « principes généraux du droit de l'UE ». Par ailleurs, ces actes pourront, dans l'absolu, faire l'objet de recours devant la CourEDH (sauf pour ce qui est de l'approche restrictive que la Cour de Strasbourg a adoptée, dans l'affaire *Bosphorus*, concernant la conformité au regard du droit de l'UE des mesures prises par les Etats membres ; une affaire qui illustre bien la question suivante).

¹⁹ On peut présumer que l'utilisation du terme « principes » dans les explications relatives aux articles 3 () et 14 () est négligeable et qu'elle n'a pas pour but de consacrer ces droits en tant que principes au sens de l'article 51 § 2 de la Charte.

²⁰ CJCE, Affaire C-274/99 P, 6 mars 2001, [2001] Rec. I-1611.

D'un autre côté, il se peut que les nombreuses difficultés procédurales soient considérées comme un inconvénient pour assurer, en droit de l'UE, une protection effective des droits de la CEDH. Des complications peuvent être dues au fait qu'un acte peut être attribué soit à l'UE, soit à un Etat membre, soit aux deux à la fois ce qui crée des incertitudes quant à déterminer quelle est la partie défenderesse et qui pourra statuer sur cette affaire, de même que la question de la charge de la preuve – tout ceci à la lumière du partage des compétences entre l'UE et les Etats membres qui semblerait être une affaire interne à l'UE. Aussi, une procédure spéciale est envisagée, laquelle est destinée à donner l'occasion à la CJUE, dans les cas appropriés, d'exprimer son opinion sur la légalité ou la validité d'une mesure de l'UE au regard du droit communautaire.²¹

Une des conséquences à cela est l'apparition de nouveaux délais de procédure, et une charge pesant sur le requérant qui n'aurait pas le droit de saisir la CJUE sur une affaire ou de s'y opposer alors même que les voies de recours internes seraient épuisés au sens de l'article 35 § 1 de la CEDH. Cela affecte non seulement la place du demandeur mais peut-être aussi celle de l'Etat membre en tant que co-défendeur.

Question

- 10 Selon la jurisprudence *Bosphorus* de la CourEDH, les actions réalisées par un Etat membre dans le cadre du droit de l'UE sont exemptes d'un contrôle sur la présomption irréfragable de conformité générale à la CEDH des mesures de l'UE.
- Ce « principe du deux poids, deux mesures » applicable au contrôle des mesures prises par les Etats membres selon qu'elles l'ont été de façon indépendante ou sur le fondement du droit de l'UE, est-il justifié et acceptable pour tous les Etats membres ?
 - Les juridictions nationales ont-elles suivi la jurisprudence *Bosphorus* dans les affaires où les justiciables invoquent la CEDH ?²²
 - La présomption *Bosphorus* a-t-elle globalement pour effet de transférer de Strasbourg à Luxembourg la compétence ultime de répondre à la question de savoir s'il y a eu violation des droits de la CEDH ?
 - La présomption *Bosphorus* sera-t-elle défendable même à la lumière des objectifs de l'adhésion à la CEDH ?

²¹ Au moment de la rédaction de ce questionnaire, il n'y a qu'une ébauche provisoire des dispositions relatives à l'accord d'adhésion qui est celle du rapport provisoire établi lors de la réunion du groupe de travail sur l'adhésion CDDH-UE avec la Commission européenne, le 28 janvier (Strasbourg, le 28 janvier 2011, CDDH-UE(2011)03):

« 1. Avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne décide sur le fond d'une affaire dans laquelle l'Union Européenne est codéfendeur, la Cour de justice de l'Union européenne doit avoir l'opportunité, si elle ne l'a pas encore fait, de statuer sur la [validité/conformité] de l'acte de l'Union européenne [si la question de la validité/conformité a été soulevée par le requérant] à l'égard des droits fondamentaux [indiqués dans la notification de l'affaire aux parties] [notifiés aux parties dans l'affaire].

2. La Cour de justice de l'Union européenne doit rendre un tel jugement conformément aux règles internes de l'Union européenne, qui doivent, en particulier, assurer que le jugement sera rendu rapidement, de manière à ce que la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme ne soit pas indûment prolongée.

3. Il est entendu que la procédure de la Cour européenne des droits de l'homme tient compte du processus devant la Cour de justice de l'Union européenne tel que mentionné aux paragraphes 1 et 2. »

²² Le Collège *van Beroep voor het bedrijfsleven* des Pays-Bas [Jurisdiction d'appel en matière d'industrie], AWB 04/161, LJN: BD0646, *Socopa*, qui suggère que, en tant que conséquence de *Bosphorus*, un tribunal national a l'obligation d'accorder une immunité de juridiction à l'égard des mesures que prend un Etat membre pour l'exécution des obligations qui lui incombent au regard du droit de l'UE, à moins que la présomption soit exceptionnellement renversée.

Explication :

Dans l'affaire *Bosphorus*, la CourEDH a jugé que les actes des Etats membres qui ne sont que la mise en œuvre de leurs obligations communautaires, sont présumés être conformes à la CEDH tant que la CJUE assure une protection équivalente, c'est-à-dire comparable, à celle garantie par la CEDH. Cette présomption peut être renversée si, en fonction des circonstances d'un cas d'espèce, la protection des droits de la CEDH s'avère manifestement insuffisante.²³ Les Etats membres demeurent entièrement responsables des actes qu'ils accomplissent en dehors du cadre stricte de leurs obligations juridiques communautaires.²⁴

5. L'avenir de la protection nationale et européenne des droits fondamentaux dans l'UE en tant qu'« espace de droits fondamentaux »

L'Union européenne a été appelée « un espace de droits fondamentaux » (Viviane Reding). Afin de comprendre ce que cela signifie pour répondre à la question de savoir si l'UE est, ou devrait être, une « organisations des droits de l'homme », ²⁵ une réflexion devrait être menée sur les relations entre, d'une part, la protection garantie par les déclarations des droits nationales et les juridictions des Etats membres et d'autre part, celle accordée par le droit de l'UE et les Cours européennes, aussi bien à Strasbourg qu'à Luxembourg, à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte et l'adhésion à la CEDH.

Les dispositions générales portant sur ces relations sont contenues dans le titre VII de la Charte, ainsi qu'aux articles 2, 4 et 6 TUE qui, à leur tour, consacrent des règles et principes généraux dégagés par la jurisprudence de la CJCE.

Les dispositions relatives, notamment, à la *portée du droit de l'UE* qui assure la protection des droits fondamentaux de l'UE et celles relatives aux activités autonomes des Etats membres, qui ne sont pas régies par le droit de l'UE font l'objet de discussions aussi bien sur le plan théorique que pratique. Il s'agit ici de s'intéresser à la signification précise de l'article 51 de la Charte.

On peut également se poser la question de savoir si la phrase « dans leur champ d'application respectif » (article 53 de la Charte) est significative pour expliquer les différences dans la portée matérielle des dispositions relatives aux droits fondamentaux car cela peut conduire à la situation selon laquelle les autorités des Etats membres agissant dans le cadre du droit de l'UE soient obligées de s'abstenir de sauvegarder des droits qu'ils doivent protéger lorsqu'ils agissent de façon autonome. Ceci appelle donc la question de la nature fondamentale des droits en question.

Des questions complexes, dans la pratique, se profilent à l'horizon, à l'égard desquelles il appartiendra à la CJUE et aux juridictions nationales de trouver une réponse dans les jours qui viennent.

Un exemple particulier touchant à l'interaction entre les sources et la portée respective de l'application nous est donné dans le domaine de la discrimination à rebours qui est, pour l'essentiel, lié à des affaires se situant en dehors du champ d'application du droit de l'UE. Plusieurs autorités et juridictions nationales, semble-t-il, ont reconnu que constitue une discrimination au regard du droit national et une violation des dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité le fait de refuser un droit à leurs ressortissants, dans une situation purement interne, alors que ce même

²³ CourEDH, 30 juin 2005, Requête n° 45036/98, Affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, paragraphes 149-158; les thèses de la doctrine ont été confirmées et appliquées dans CourEDH, 29 janvier 2009, Requête n° 13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas* concernant le droit de répondre aux observations des avocats généraux, point qui faisait l'objet de controverses.

²⁴ C'était le cas en ce concerne le règlement « Dublin II » dans CourEDH, Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce, Requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, voir les paragraphes 338-340.

²⁵ L'expression vient de A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, 37CMLRev 2000, 1307-1338.

droit est reconnu aux nationaux d'un autre Etat membre de l'UE sur le fondement du droit de l'UE.²⁶

Il y a lieu également de tenir compte de l'activité croissante dans le domaine des droits fondamentaux par le fait des actes du législateur et des actions complémentaires de l'UE comme par exemple la création de l'Agence des droits fondamentaux.

Questions

- 11 L'interprétation des dispositions générale qu'a faite jusqu'à présent la CJCE concernant le champ d'application de la Charte, la relation de celle-ci aux droits constitutionnels nationaux et celle relative aux restrictions applicable à l'exercice des droits (titre VII de la Charte) est-elle perçue favorablement ?
- 12 Y a-t-il une compétence générale des droits de l'homme de l'UE ou une telle compétence devrait-elle exister ? Quelles sont les conséquences que cela peut avoir sur l'avenir du système de protection des droits de la CEDH ?
- 13 Quel rôle pourrait-on attribuer aux institutions de l'UE dans le domaine de la protection des droits fondamentaux au sein d'un système constitutionnel plus polycentrique de l'Europe ?
En tenant compte du développement du champ d'application toujours plus étendu du droit de l'UE et des activités en matière de droits fondamentaux et en vous basant sur votre analyse des questions précédentes de votre rapport, en concluriez-vous qu'un transfert progressif mais certain de la protection des droits de l'homme a eu lieu allant des Etats membres de l'UE et du Conseil de l'Europe vers l'Union européenne ?
- 14 Bien que la protection des droits fondamentaux ait été amorcée par les tribunaux des Etats membres, les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux n'ont pas joué un rôle de première importance dans la jurisprudence de la CJCE en tant que source directe de protection. Ceci soulève alors la question générale de savoir quel peut être le rôle actuel et futur des traditions constitutionnelles communes et individuelles.

²⁶ Ainsi le *Conseil d'Etat belge / Raad van State* et la *Cour constitutionnelle belge/ Grondwettelijk Hof* semble avoir reconnu effectivement cela, voir les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire 34-09, *Zambrano*, note de bas de page 17. Le *Raad van State* néerlandais a admis, dans une série d'avis consultatifs, que la fait de soumettre certains ressortissants néerlandais à des « exigences d'intégration », auxquelles les ressortissants des Etats membres de l'UE, dans une situation autrement identique, ne sont pas soumis sur le fondement du droit de l'UE constitue une violation des dispositions constitutionnelles sur l'égalité de l'article 1 de la *Grondwet*, de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du protocole 12 CEDH.

ANNEXE QUESTIONS

1. La nature et la portée des droits protégés

1. Y a-t-il toujours des lacunes (potentielles ou actuelles) dans la portée substantive et le niveau des droits fondamentaux ? Les lacunes (potentielles) dans une source de droits fondamentaux peuvent-elles être comblées par référence à d'autres sources de droits fondamentaux ?
2. Quel est le rôle des principes généraux du droit : peuvent-ils fonctionner comme des sources de la protection des droits fondamentaux ?
(Remarque : la distinction que fait la Charte de l'UE entre « les droits » et « les principes » sera abordée dans la point 3 ci-dessous)

2. Effet horizontal et collision des droits

3. Dans quelle mesure « l'effet horizontal » des droits fondamentaux est-il accepté dans les Etats membres ? Comment la jurisprudence de la Cour de justice est-elle reçue à cet égard ?
4. Comment les Etats membres dans leurs domaines de compétence et les institutions de l'UE traitent-ils des affaires de conflit de droits, en ce qui les concerne tous deux
 - a. les conflits entre droits classiques (ex. la non-discrimination et la liberté d'expression ou de religion, etc.), et
 - b. les conflits entre d'une part les droits classiques et d'autre part les droits socio-économiques et culturels (ex. les droits de libre circulation et la liberté d'expression, de religion),
 - c. les conflits entre les droits socio-économiques et les droits culturels (ex. le droit de grève et la libre circulation) ?
5. Comment l'équilibre se fait-il ou devrait-il se faire dans le contexte de la multiplicité des ordres juridiques de l'UE, de la CEDH et des Etats (ordre juridique multi-niveaux) ?
6. Quel rôle le Parlement joue-t-il dans l'attribution d'un effet horizontal aux droits fondamentaux ? Quel est son rôle dans la hiérarchisation et le classement par ordre de priorité des droits qui peuvent entrer en collision ? Quelle est notamment l'influence des directives de non-discrimination sur l'exercice d'autres droits fondamentaux au sein des Etats membres

3. Les conséquences de l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

7. La Charte est-elle perçue simplement comme un prolongement et une consolidation des sources antérieures (c'est-à-dire avant Lisbonne) de protection des droits fondamentaux ; ou bien apporte-t-elle une protection (ou des prérogatives) supplémentaire (-s) comparée à la situation qui existait avant Lisbonne, si l'on observe la jurisprudence de diverses juridictions nationales depuis son entrée en vigueur ?
8. La distinction établie dans la Charte, et plus précisément dans les explications officielles relatives à la Charte des droits fondamentaux (OJ 2007/C 303/02), entre, d'une part, « les droits et les libertés » et d'autre part « les principes », a-t-elle eu des répercussions

dans la pratique des tribunaux et des parlements des Etats membres ainsi que dans la doctrine ?

4. Les conséquences de l'adhésion de l'UE à la CEDH

- 9 Les citoyens bénéficieront-ils d'une plus grande protection de leurs droits fondamentaux du fait de l'adhésion de l'UE à la CEDH ? : Cette adhésion surpassera-t-elle les complications procédurales qu'elle sera susceptible de créer, par exemple lorsque l'UE aura la possibilité d'être co-défendresse et plus encore, lorsqu'un recours préjudiciel pourra être introduit devant la CJUE concernant une affaire en instance devant la CourEDH
- 10 Selon la jurisprudence *Bosphorus* de la CourEDH, les actions réalisées par un Etat membre dans le cadre du droit de l'UE sont exemptes d'un contrôle sur la présomption irréfragable de conformité générale à la CEDH des mesures de l'UE.
- Ce « double niveau » de contrôle des mesures prises par les Etats membres selon qu'elles l'ont été de façon indépendante ou sur le fondement du droit de l'UE, est-il justifié et acceptable pour tous les Etats membres ?
 - Les juridictions nationales ont-elles suivi la jurisprudence *Bosphorus* dans les affaires où les justiciables invoquent la CEDH ?
 - La présomption *Bosphorus* a-t-elle globalement pour effet de transférer de Strasbourg à Luxembourg la compétence ultime de répondre à la question de savoir s'il y a eu violation des droits de la CEDH ?
 - La présomption *Bosphorus* sera-t-elle défendable même à la lumière des objectifs de l'adhésion à la CEDH ?

5. L'avenir de la protection nationale et européenne des droits fondamentaux dans l'UE en tant qu'« espace de droits fondamentaux »

- 11 L'interprétation des dispositions générale qu'a faite jusqu'à présent la CJCE concernant le champ d'application de la Charte, la relation de celle-ci aux droits constitutionnels nationaux et celle relative aux restrictions applicable à l'exercice des droits (titre VII de la Charte) est-elle perçue favorablement ?
- 12 Y a-t-il une compétence générale des droits de l'homme de l'UE ou une telle compétence devrait-elle exister ? Quelles sont les conséquences que cela peut avoir sur l'avenir du système de protection des droits de la CEDH ?
- 13 Quel rôle pourrait-on attribuer aux institutions de l'UE dans le domaine de la protection des droits fondamentaux au sein d'un système constitutionnel plus polycentrique de l'Europe ?
En tenant compte du développement du champ d'application toujours plus étendu du droit de l'UE et des activités en matière de droits fondamentaux et en vous basant sur votre analyse des questions précédentes de votre rapport, en concluriez-vous qu'un transfert progressif mais certain de la protection des droits de l'homme a eu lieu allant des Etats membres de l'UE et du Conseil de l'Europe vers l'Union européenne ?
- 14 Bien que la protection des droits fondamentaux ait été amorcée par les tribunaux des Etats membres, les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux n'ont pas joué un rôle de première importance dans la jurisprudence de la CJCE en tant que source directe de protection. Ceci soulève alors la question générale de savoir quel peut être le rôle actuel et futur des traditions constitutionnelles communes et individuelles.