EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS
RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX

COMMENTARY OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

June 2006

Le **Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux** a été mis sur pied par la Commission européenne (DG Justice, liberté et sécurité), 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 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 (suppléant Birgitte Kofod-Olsen) (Danemark), Henri Labayle (France), Rick Lawson (Pays-Bas), Lauri Malksoo (Estonie), Arne Mavcic (Slovénie), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (Royaume-Uni), François Moyse (Luxembourg), Bruno Nascimbene (Italie), Manfred Nowak (Autriche), Marek Antoni Nowicki (Pologne), Donncha O'Connell (Irlande), Ilvija Puce (Lettonie), Ian Refalo (Malte), Martin Scheinin (suppléant Tuomas Ojanen) (Finlande), Linos Alexandre Sicilianos (Grèce), Pavel Sturma (Rép. Tchèque), Edita Ziobiene (Lituanie). Le Réseau est coordonné par Olivier De Schutter, assisté par Valérie Van Goethem.
Les documents du Réseau peuvent être consultés via :
http://ec.europa.eu/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, Freedom and Security), 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 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 (substitute Birgitte Kofod-Olsen) (Denmark), Henri Labayle (France), Rick Lawson (the Netherlands), Lauri Malksoo (Estonia), Arne Mavcic (Slovenia), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (United Kingdom), François Moyse (Luxembourg), Bruno Nascimbene (Italy), Manfred Nowak (Austria), Marek Antoni Nowicki (Poland), Donncha O'Connell (Ireland), Ilvija Puce (Latvia), Ian Refalo (Malta), Martin Scheinin (substitute Tuomas Ojanen) (Finland), Linos Alexandre Sicilianos (Greece), Pavel Sturma (Czech Republic), and Edita Ziobiene (Lithuania).
The Network is coordinated by Olivier De Schutter, with the assistance of Valérie Van Goethem.
The documents of the Network may be consulted on :
http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm

TABLE OF CONTENTS

THE COMMENTARY OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE UNION : AN INTRODUCTION **15**

THE COMMENTARY OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE UNION : LIST OF AUTHORS **19**

ARTICLE 1. HUMAN DIGNITY **23**

I. SIGNIFICANCE AND CONTEXT OF THE HUMAN DIGNITY GUARANTEE 23
1. International Law *23*
2. Council of Europe *24*
3. Case Law of the European Court of Justice *24*
II. ARTICLE 1 AS THE FUNDAMENTAL VALUE 25
III. DEFINITION AND AREA OF PROTECTION OF HUMAN DIGNITY 26
1. Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court *26*
2. Area of protection in the Charter *27*
IV. ARTICLE 1 AS A FUNDAMENTAL RIGHT 28
V. OUTLOOK 29

ARTICLE 2. RIGHT TO LIFE **30**

I. SIGNIFICANCE OF THE RIGHT TO LIFE IN THE CHARTER AND OTHER HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS 30
II. RELATIONSHIP TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 31
III. PROHIBITION OF ARBITRARY DEPRIVATION OF LIFE BY STATE ORGANS 32
IV. POSITIVE OBLIGATIONS TO PROTECT THE RIGHT TO LIFE AGAINST PRIVATE INTERFERENCE 33
1. Protection by criminal law *33*
2. Abortion *33*
3. Euthanasia *34*
4. Positive obligations to fulfil the right to life *35*
5. Death penalty *35*

ARTICLE 3. RIGHT TO THE INTEGRITY OF THE PERSON **36**

I. THE SIGNIFICANCE AND CONTEXT OF THE RIGHT TO PERSONAL INTEGRITY 36
II. LIMITS TO CERTAIN PRACTICES IN THE FIELDS OF MEDICINE AND BIOLOGY 37
1. Principles of the European Convention on Human Rights and Biomedicine *37*
2. Principle of the free and informed consent of the person concerned *39*
3. Prohibition of eugenic practices *39*
4. Prohibition of financial gain *40*
5. Prohibition of the reproductive cloning of human beings *41*

ARTICLE 4. PROHIBITION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT **43**

I. SIGNIFICANCE OF THE PROHIBITION OF TORTURE IN THE CHARTER AND OTHER HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS 43
1. Introduction *43*
2. International humanitarian law *43*
3. Non-derogability *44*
4. Horizontal effect *44*
5. The protection from the risk of torture or inhuman or degrading treatment in the context of removal from the national territory *45*
6. Obligation to investigate *46*
7. Securing evidence *46*
II. DESCRIPTION OF REQUIREMENTS 47
1. Torture *47*
2. Inhuman and degrading treatment and punishment *48*
III. IDENTIFICATION OF MAIN PROBLEMATIC AREAS 49
1. Interrogation techniques *49*
2. Solitary confinement *50*

3. Prison conditions ... *51*
4. Vulnerable prisoners ... *52*
5. Physical or corporal punishment ... *52*
6. Medical or psychiatric treatment ... *52*
7. Physical or mental violence to children ... *53*
8. Impunity ... *53*

ARTICLE 5. PROHIBITION OF SLAVERY AND FORCED LABOUR ... 55

I. SIGNIFICANCE OF THE PROHIBITION OF TORTURE IN THE CHARTER AND OTHER HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS ... 55
II. SLAVERY OR SERVITUDE ... 56
III. FORCED OR COMPULSORY LABOUR ... 57
IV. TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS ... 59
1. Trafficking in human beings ... *59*
2. Trafficking in human beings and illegal immigration ... *64*

ARTICLE 6. RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY ... 67

I. THE SIGNIFICANCE OF PERSONAL LIBERTY AND SECURITY IN CONTEXT ... 67
II. CASES OF PERMISSIBLE ARREST AND DETENTION ... 69
1. Exhaustive list of cases of lawful arrest and detention ... *69*
2. Imprisonment after conviction by a court ... *70*
3. Non-compliance with the lawful order of a court or for the purpose of securing a legal obligation ... *70*
4. Detention on remand ... *71*
5. Detention of minors ... *72*
6. Detention for the purposes of health and social control ... *72*
7. Special detention of aliens ... *73*
III. PROCEDURAL GUARANTEES IN CASES OF DEPRIVATION OF PERSONAL LIBERTY ... 73
1. Right to be informed of the reasons for one's arrest ... *73*
2. Guarantees in case of detention on remand ... *74*
3. Right to habeas corpus proceedings ... *75*

ARTICLE 7. RESPECT FOR PRIVATE AND FAMILY LIFE ... 78

I. THE SCOPE OF PROTECTION OF ARTICLE 7 - GENERAL REMARKS ... 78
II. RESPECT FOR PRIVATE LIFE ... 79
1. Personal integrity, confidential data and public files ... *79*
1.1. Introduction ... 79
1.2. Problematic areas ... 81
2. Personal integrity / autonomy and bodily integrity ... *81*
3. Sexual privacy and sexual preferences ... *82*
4. Personal identity and gender re-assignment ... *83*
5. Personal identity and choice of name (surname) ... *83*
6. Respect for the home ... *83*
7. Respect for one's communication ... *84*
7.1. Respect for written correspondence ... 84
7.2. Other means of communication ... 85
III. FAMILY LIFE ... 85
1. Definition of the notion 'family' ... *86*
2. Affiliation ... *87*
3. Separation from parents ... *87*
4. Immigration ... *87*

ARTICLE 8. PROTECTION OF PERSONAL DATA ... 90

I. THE SIGNIFICANCE AND CONTEXT OF RIGHT OF ACCESS TO DOCUMENT ... 90
II. FUNDAMENTAL DATA PROTECTION PRINCIPLES ... 92
III. THE SCOPE OF PROTECTION OF PERSONAL DATA ... 93
IV. LEGISLATION FOR GIVING EFFECT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA ... 95

ARTICLE 9. THE RIGHT TO MARRY AND THE RIGHT TO FOUND A FAMILY ... 98

I. THE SCOPE OF THE RIGHT TO MARRY ... 98
1. General observations ... *98*

2. Conditions for the exercise of the right to marry *98*
2.1. Minimum age for marriage 100
2.2. The condition of free and full consent to marry 100
2.3. Same-sex couples 101
II. THE RIGHT TO FOUND A FAMILY 103
1. Cohabitation and other de facto family unions *103*
2. Procreation *104*
3. Adoption *104*
4. Protection of family unity or family reunification *104*

ARTICLE 10. FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIENCE AND RELIGION 106

I. GENERAL OVERVIEW OF ARTICLE 10 OF THE CHARTER 106
1. Contents and relation to other international instruments *106*
2. Relation to other fundamental rights *106*
3. The importance of the freedom of thought, conscience and religion *107*
4. The principle of neutrality and impartiality *108*
5. Positive obligations *108*
II. THE 'FORUM INTERNUM' 109
III. THE 'FORUM EXTERNUM' 109
1. Manifestations of religion or belief *109*
2. Proselytising *110*
3. Restrictions on the freedom to manifest one's religion or belief *110*
4. Requirements for any restriction on the freedom to manifest one's religion or belief *111*
5. Religious intolerance and 'fundamentalism' *111*
IV. THE COLLECTIVE DIMENSION 111
1. The principle of autonomy *112*
2. The principle of neutrality *112*
3. Religious minorities *112*
4. 'Sects' and 'cults' *112*
5. Registration of religious entities *113*
V. THE RIGHT TO CONSCIENTIOUS OBJECTION 113

ARTICLE 11. FREEDOM OF EXPRESSION AND INFORMATION 115

I. CORRESPONDING PROVISIONS IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS 115
1. Categories of expression *116*
2. Limitations on freedom of expression *117*
II. THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND COMMUNITY LEGISLATION 118
III. REQUIREMENTS OF THE PARTICULAR PROVISIONS 122

ARTICLE 12. FREEDOM OF ASSEMBLY AND OF ASSOCIATION 124

I. GENERAL OVERVIEW OF ARTICLE 12 OF THE CHARTER 124
1. Contents and relation to other international instruments *124*
2. Relation to other fundamental rights *124*
3. The importance of the freedom of assembly and of association *125*
4. Positive obligations *126*
5. The exercise of the rights protected by State officials *127*
II. THE FREEDOM OF ASSEMBLY 127
III. THE FREEDOM OF ASSOCIATION 128
1. Scope 'ratione materiae': the nature of the associations protected *128*
2. Private associations v. public-law institutions *128*
3. Scope 'ratione temporis': the creation and dissolution of associations *129*
4. The position of political parties *129*
5. The right not to join an association *130*

ARTICLE 13. LIBERTE DES ARTS ET DES SCIENCES 132

I. CONTEXTE JURIDIQUE INTERNATIONAL ET SOURCES D'INSPIRATION: LIBERTE D'EXPRESSION ET ETHIQUE EN MATIERE DE RECHERCHE SCIENTIFIQUE 132
1. Liberté d'expression *132*
1.1. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 19 § 2) 132
1.2. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales (art. 9 et 10) .. 134

2. Ethique en matière de recherche scientifique et médicale *136*
II. DROIT ET POLITIQUE DE L'UNION EUROPEENNE 138
1. Les débats relatifs à l'adoption de l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union *138*
2. Droit et politique de l'Union en matière artistique et culturelle *138*
3. Droit et politique de l'Union en matière de recherche : les programmes-cadres de recherche *139*
III. CONCLUSION 139

ARTICLE 14. RIGHT TO EDUCATION 141

I. SIGNIFICANCE AND CONTEXT OF THE RIGHT TO EDUCATION 141
1. The right to education under international law *141*
2. The right to education under EU primary legislation *143*
II. CONTENT OF ARTICLE 14 OF THE CHARTER 143
1. The right to education and to have access to vocational and continuing training *143*
1.1. Non-discriminatory access 144
1.2. Scope of the right of access to education 144
2. Possibility of free compulsory education *146*
3. Freedom to found educational establishments in accordance with national law *147*
4. Respect of parents' convictions in accordance with national law *148*

ARTICLE 15. LIBERTE PROFESSIONNELLE ET DROIT DE TRAVAILLER 149

I. INTRODUCTION 149
II. LE DROIT DE TRAVAILLER ET LE TRAVAIL 'LIBREMENT' ENTREPRIS 150
III. LES LIBERTES DE CIRCULER, DE S'ETABLIR ET DE PRESTER DES SERVICES 152
1. Les droits communautaire primaire et de l'Union européenne *152*
2. Le droit communautaire secondaire *153*
3. La jurisprudence *155*
IV. EGALITE DE TRAITEMENT DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS 156

ARTICLE 16. LIBERTE D'ENTREPRISE 158

I. INTRODUCTION 158
II. LA PLACE DE LA LIBERTE D'ENTREPRISE DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE 158
III. JURISPRUDENCE 161

ARTICLE 17. RIGHT TO PROPERTY 163

I. SUMMARY OF THE CORRESPONDING PROVISIONS IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS 163
II. CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE 164
III. DESCRIPTION OF THE REQUIREMENTS OF THE RIGHT TO PROPERTY 164
1. Paragraph 1 of Article 17 ..... *164*
2. Paragraph 2 of Article 17 ..... *168*

ARTICLE 18. DROIT D'ASILE 170

I. INTRODUCTION 170
II. LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT D'ASILE 172

ARTICLE 19. PROTECTION EN CAS D'ELOIGNEMENT, D'EXPULSION ET D'EXTRADITION 178

I. INTRODUCTION 178
II. L'INTERDICTION DES EXPULSIONS COLLECTIVES 178
III. LA PROTECTION CONTRE LES RISQUES LIES A L'ELOIGNEMENT 179

ARTICLE 20. ÉGALITE EN DROIT 183

I. INTRODUCTION 183
II. DISPOSITIONS CORRESPONDANTES DANS LES INSTRUMENTS UNIVERSELS ET EUROPEENS 183
III. DROIT COMMUNAUTAIRE ET JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES 185
IV. CONTENU ET LIMITES DU PRINCIPE 186

ARTICLE 21. NON-DISCRIMINATION 188

I. INTRODUCTION 188

II. DISPOSITIONS CORRESPONDANTES DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX ET EUROPEENS 188
1. Instruments internationaux *188*
2. Conseil de l'Europe *190*
III. ÉNONCE DU PRINCIPE ET CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 21 DE LA CHARTE 191
1. Les clauses de non-discrimination *191*
2. Champ d'application de l'article 21, paragraphe 1 de la Charte *192*
IV. CONTENU ET LIMITES DU PRINCIPE 193
1. La double exigence du principe de non-discrimination. *193*
2. Les limites découlant de l'article 21, paragraphe 2 de la Charte. *194*
3. Les ' mesures positives ' ne constituent pas des discriminations. *195*

ARTICLE 22. DIVERSITE CULTURELLE, RELIGIEUSE ET LINGUISTIQUE 197

I. CONTENU DE L'ARTICLE 22 DE LA CHARTE 197
II. LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME 198
III. LE DROIT COMMUNAUTAIRE 198

ARTICLE 23. EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES 200

I. INTRODUCTION 200
II. CHAMP D'APPLICATION GENERAL DU PRINCIPE DE L'EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES 200
1. Introduction *200*
2. Le 'gender mainstreaming' ou l'égalité transversale en droit international et européen *201*
3. L'interdiction des discriminations indirectes *201*
4. L'apport du Traité d'Amsterdam en matière d'égalité entre les sexes *202*
III. CHAMPS D'APPLICATIONS SPECIFIQUES DU PRINCIPE DE L'EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES 202
1. Le principe d'égalité pour les travailleurs salariés et indépendants. *202*
1.1. Le principe d'égalité en matière d'emploi et de travail en droit international et européen 202
1.2. L'interdiction du harcèlement et du harcèlement sexuel au travail 203
2. Le principe d'égalité en matière de rémunération. *203*
IV. AUTRES CHAMPS D'APPLICATION DU PRINCIPE D'EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES 204
1. Le principe d'égalité de traitement en matière sociale. *204*
2. Représentation des femmes dans les organes de décision. *205*
3. L'égalité dans l'éducation, la formation et la science *206*
4. L'égalité dans les fonds structuraux *206*
5. La protection de la grossesse et de la maternité *206*
6. La conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle *206*
7. Le travail à temps partiel *206*
8. L'égalité de droits et responsabilités dans le mariage *207*
V. LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES CAS DE DISCRIMINATION FONDEE SUR LE SEXE. 207
VI. LE MAINTIEN OU L'ADOPTION DE MESURES PREVOYANT DES AVANTAGES SPECIFIQUES EN FAVEUR DU SEXE SOUS-REPRESENTE (PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE 23 DE LA CHARTE). 207
VII. CONCLUSION. 208

ARTICLE 24. THE RIGHTS OF THE CHILD 209

I. THE RIGHTS-BASED, COMPREHENSIVE APPROACH – A NEW ATTITUDE TOWARDS CHILDREN 209
II. WHO IS A CHILD? 209
III. RESPECT FOR THE VIEWS OF THE CHILD – THE RIGHT TO PARTICIPATION (ART. 24(1)) 210
IV. THE CHILD-FOCUSED PERSPECTIVE – THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (ART. 24(2)) 211
V. THE RELATIONSHIP BETWEEN CHILDREN AND PARENTS (ARTICLE 24(3)) 213
VI. MULTIFORM MEANS OF IMPLEMENTATION FOR JOINT ACTION 215

ARTICLE 25. DROITS DES PERSONNES AGEES 216

I. INTRODUCTION 216
II. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 25 DE LA CHARTE 217
2. L'accès à l'emploi, le droit à l'éducation et à la formation *218*
3. Le droit de bénéficier de ressources suffisantes *220*
4. Le droit de demeurer le plus longtemps possible dans un environnement habituel *220*
5. L'accès aux services et aux soins de santé *221*
5.1. Accès et participation aux services 221
5.2. Accès aux soins de santé 221

5.3. Protection de la vie privée des personnes âgées vivant en institutions ... 222
5.4. Lutte contre la maltraitance des personnes âgées ... 222
III. CONCLUSION ... 223

ARTICLE 26. INTEGRATION DES PERSONNES HANDICAPEES ... 224

I. INTRODUCTION ... 224
I. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 26 DE LA CHARTE ... 225
1. L'interdiction de toute forme de discrimination sur la base du handicap ... 225
1.1. Le principe ... 225
1.2. Les 'aménagements raisonnables' ... 226
2. Droit à l'éducation ... 228
3. Accès à l'emploi et intégration professionnelle ... 229
II. CONCLUSION ... 231

ARTICLE 27. DROIT A L'INFORMATION ET A LA CONSULTATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DE L'ENTREPRISE ... 233

I. ANALYSE DE L'ARTICLE 27 DE LA CHARTE ... 233
II. APPORT DU DROIT INTERNATIONAL ... 234
III. LEGISLATION COMMUNAUTAIRE ... 235
1. Cadre général ... 236
2. Exercice du droit à l'information et à la consultation dans des domaines particuliers ... 236
2.1. Contrat de travail ... 236
2.2. Licenciements collectifs ... 237
2.3. Transferts d'entreprises ... 237
2.4. Protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'entreprise ... 238
3. Exercice du droit à l'information et à la consultation au niveau communautaire ... 238

ARTICLE 28. RIGHT OF COLLECTIVE BARGAINING AND ACTION ... 240

I. INTRODUCTION ... 240
II. THE MEANING OF THE RIGHT PROTECTED ... 241
III. DEVELOPMENTS IN THE EUROPEAN UNION AND NATIONAL LAWS ... 241
IV. THE LIMITATIONS TO THE RIGHT PROTECTED ... 242
V. THE LINKAGE TO NON-DISCRIMINATION ... 242

ARTICLE 29. DROIT D'ACCES AUX SERVICES DE PLACEMENT ... 244

I. INTRODUCTION ... 244
II. LA CONSECRATION AU RANG DE DROIT FONDAMENTAL AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE ... 244
III. LES SOURCES D'INSPIRATION : CONVENTIONS DE L'OIT ET CHARTE SOCIALE EUROPEENNE ... 245
1. Les Conventions de l'OIT ... 245
2. La Charte sociale européenne (révisée) ... 247
IV. LES EXIGENCES CONTENUES A L'ARTICLE 29 DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION 248

ARTICLE 30. PROTECTION EN CAS DE LICENCIEMENT INJUSTIFIE ... 250

I. INTRODUCTION ... 250
II. CONTEXTE JURIDIQUE INTERNATIONAL ET SOURCES D'INSPIRATION ... 250
1. Les Conventions de l'OIT ... 250
1.1. La Convention (n° 158) sur le licenciement de 1982 ... 250
1.2. La Convention (n°173) sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur de 1992 ... 252
2. La Charte sociale européenne (1961) ... 252
3. La Charte sociale européenne révisée (1996) ... 253
3.1. L'article 24 : droit à la protection en cas de licenciement ... 253
3.2. Les articles 25 et 29 : droit à l'information et à la consultation dans les procédures de licenciements collectifs et droit des travailleurs à la protection de leurs créances en cas d'insolvabilité de leur employeur ... 256
III. LA CONSECRATION AU RANG DE DROIT FONDAMENTAL AU SEIN DE L'UNION ... 256
1. Introduction ... 256
2. La protection contre les licenciements collectifs ... 258
3. L'information et la consultation du travailleur préalablement à la décision de licenciement ... 259

4. Protection contre le licenciement en application des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination dans l'emploi ... *260*
4.1. Protection contre toute forme de discrimination ... 260
4.2. Protection de la maternité et conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle ... 261
4.3. Protection contre le harcèlement sexuel ... 261
4.4. Protection contre les mesures de rétorsion ... 261
IV. L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ... 262
1. Les motifs de licenciement ... *262*
1.1. La réalité du motif de licenciement ... 262
1.2. Les motifs de licenciement non admis ... 262
2. Le recours en cas de licenciement injustifié ... *264*
2.1. Applicabilité de l'article 6 : la question particulière de la fonction publique ... 264
2.2. Le respect du délai raisonnable ... 264
V. CONCLUSION : LES EXIGENCES CONTENUES A L'ARTICLE 30 DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX ... 265

ARTICLE 31. CONDITIONS DE TRAVAIL JUSTES ET EQUITABLES ... 267

I. INTRODUCTION ... 267
II. LE CONTEXTE JURIDIQUE INTERNATIONAL ET LES SOURCES D'INSPIRATION ... 267
1. Les textes onusiens ... *267*
2. Les Conventions de l'Organisation internationale du travail ... *268*
3. La Charte sociale européenne et la Charte sociale européenne révisée ... *269*
3.1. Article 3 de la Charte sociale européenne révisée : Droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail ... 269
3.2. Article 26 de la Charte sociale européenne révisée : Droit à la dignité au travail : protection contre le harcèlement sexuel et le harcèlement moral ... 271
3.3. Article 2 de la Charte sociale européenne révisée : Droit à des conditions de travail équitables 271
III. LA CONSECRATION AU RANG DE DROIT FONDAMENTAL AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE ... 273
1. Evolution de la politique européenne ... *273*
2. Les réglementations communautaires ... *274*
3. Protection de la santé et de sécurité au travail ... *275*
4. Protection de la dignité au travail ... *276*
5. Temps de travail ... *277*
IV. CONCLUSION : LES EXIGENCES CONTENUES A L'ARTICLE 31 DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION ... 278

ARTICLE 32. PROHIBITION OF CHILD LABOUR AND PROTECTION OF YOUNG PEOPLE AT WORK ... 280

I. THE PROHIBITION OF CHILD LABOUR AND THE PROTECTION OF YOUNG PEOPLE AT WORK IN INTERNATIONAL LAW ... 280
II. APPLICATION *RATIONE PERSONAE* OF ARTICLE 32 OF THE CHARTER ... 282
1. Definition of a 'child' for the purpose of the prohibition of employment of children ... *282*
1.1. The requirement of a 'minimum age' for the purpose of prohibition of 'normal' employment ... 282
1.2. Applicability of the threshold of 18 years for harmful and exploitative work ... 283
2. The concept of 'young people' ... *283*
III. APPLICATION 'RATIONE MATERIAE' ... 283
1. 'Child labour' / 'child work' / 'employment of children' ... *283*
2. Exceptions to the prohibition of work by children ... *284*
2.1. Conflict of rights ... 284
2.2. The scope of 'limited derogations' ... 285
3. The best interest principle as a tool of interpretation ... *286*
IV. PROTECTION OF YOUNG PEOPLE AT WORK ... 286
1. Working conditions appropriate to their age ... *286*
1.1. Limitation of working hours, rest and annual vacations ... 287
1.2. Safeguarding the full benefit of compulsory education ... 287
1.3. Vocational training ... 288
1.4. Prohibition of night work ... 288
1.5. Regular medical control for persons under 18 ... 288
2. Exceptions provided by Directive 94/33/EC ... *288*
3. Protection against economic exploitation ... *289*

4. Protection against any work likely to harm their safety, health or physical, mental, moral or social development or to interfere with their education ... *290*
V. ARTICLE 32 AND EXTERNAL RELATIONS OF THE EU ... 291
VI. CONCLUSIONS ... 292

ARTICLE 33. VIE FAMILIALE ET VIE PROFESSIONNELLE ... 293

I. INTRODUCTION ... 293
II. LA PROTECTION DE LA FAMILLE. ... 293
III. LA CONCILIATION DE LA VIE FAMILIALE ET DE LA VIE PROFESSIONNELLE. ... 293
1. Introduction ... *293*
2. La protection de la grossesse et la maternité ... *294*
3. La protection contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité ... *295*
4. Le droit au congé de maternité ... *295*
5. Le droit à un congé parental suite à la naissance ou l'adoption d'un enfant ... *296*
6. L'aménagement du temps du travail ... *296*
7. L'organisation de services spécifiques de garde d'enfants. ... *297*

ARTICLE 34. SECURITE SOCIALE ET AIDE SOCIALE ... 298

I. INTRODUCTION ... 298
II. LES SOURCES TEXTUELLES ... 298
1. Le droit d'accès aux prestations sociales ... *298*
2. Le droit aux prestations sociales des travailleurs ... *299*
3. La lutte contre l'exclusion sociale ... *300*
III. LES SOURCES JURISPRUDENTIELLES ... 301
1. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ... *301*
2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ... *301*
IV. LE CONTENU DES DROITS ... 302

ARTICLE 35. PROTECTION DE LA SANTE ... 304

I. INTRODUCTION ... 304
II. UNE DEFINITION INTERNATIONALE DE LA SANTE ? ... 304
1. Instruments internationaux ... *304*
1.1. L'Organisation mondiale de la santé ... 304
1.2. L'Organisation des Nations-Unies ... 305
2. Sources européennes ... *306*
III. LA SITUATION DE DROIT, CONSECUTIVE A L'ADOPTION DE L'ARTICLE 35 SUR LA PROTECTION DE LA SANTE 306
1. La santé, une politique de l'Union ... *307*
2. La santé, droit fondamental? ... *308*

ARTICLE 36. ACCES AUX SERVICES D'INTERET ECONOMIQUE GENERAL ... 312

I. INTRODUCTION ... 312
II. LEGISLATION COMMUNAUTAIRE ET JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE ... 313

ARTICLE 37. PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ... 315

I. INTRODUCTION ... 315
II. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ... 316
III. LA LEGISLATION COMMUNAUTAIRE ... 317

ARTICLE 38. PROTECTION DES CONSOMMATEURS ... 318

I. ANALYSE DE L'ARTICLE 38 DE LA CHARTE ... 318
II. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ... 319
III. LA LEGISLATION COMMUNAUTAIRE ... 319

ARTICLE 39. DROIT DE VOTE ET D'ELIGIBILITE AUX ELECTIONS AU PARLEMENT EUROPEEN ... 322

I. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX ... 322
II. DROIT COMMUNAUTAIRE ... 323
1. Introduction ... *323*
2. Droit dérivé ... *325*

ARTICLE 40. DROIT DE VOTE ET D'ELIGIBILITE AUX ELECTIONS MUNICIPALES 326

ARTICLE 41. DROIT A UNE BONNE ADMINISTRATION 328

I. INTRODUCTION 328
II. LES CARACTERES DU DROIT A UNE BONNE ADMINISTRATION 328
III. LE CONTENU DU DROIT A UNE BONNE ADMINISTRATION 329
IV. LE DROIT A REPARATION 331
V. LE DROIT A LA DIVERSITE LINGUISTIQUE 331

ARTICLE 42. RIGHT OF ACCESS TO DOCUMENTS 334

I. THE SIGNIFICANCE AND CONTEXT OF RIGHT OF ACCESS TO DOCUMENT 334
II. THE RISE OF RIGHT OF ACCESS TO DOCUMENTS 334
III. LEGISLATIVE FRAMEWORK FOR GIVING EFFECT TO THE RIGHT OF ACCESS TO DOCUMENTS 335
IV. SCOPE OF RIGHT OF ACCESS TO DOCUMENTS 336
V. EXCEPTIONS TO RIGHT OF ACCESS TO DOCUMENTS 337

ARTICLE 43. OMBUDSMAN 339

I. LEGAL BASIS OF THE WORK OF THE OMBUDSMAN 339
II. THE RIGHT TO COMPLAIN TO THE OMBUDSMAN 339
III. GROUNDS FOR INQUIRIES AND ADMISSIBILITY CRITERIA 341
IV. CONCEPT OF MALADMINISTRATION 342

ARTICLE 44. RIGHT TO PETITION 344

I. LEGAL BASIS FOR PETITION THE EUROPEAN PARLIAMENT 344
II. ADMISSIBILITY CRITERIA 345
III. EXAMINATION OF PETITIONS 346
IV. A TOOL FOR DEMOCRATIC CONTROL 347

ARTICLE 45. LIBERTE DE CIRCULATION ET DE SEJOUR 348

I. INTRODUCTION 348
II. LE DROIT DES CITOYENS DE L'UNION DE CIRCULER ET DE SEJOURNER LIBREMENT 349
III. LA LIBERTE DE CIRCULATION ET DE SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS EN SITUATION REGULIERE 353

ARTICLE 46. PROTECTION DIPLOMATIQUE ET CONSULAIRE 356

ARTICLE 47. RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY AND TO A FAIR TRIAL 359

I. RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY 359
1. The scope of Article 47 of the Charter 359
2. The principle of effectiveness 360
3. Right to access to court 360
4. The 'General Framework' 362
5. Proceedings for annulment 363
6. The preliminary reference procedure 365
7. The right to an effective remedy 365
8. Proceedings that may amount to abuse of dominant position 366
II. RIGHT TO A FAIR HEARING IN ALL PROCEEDINGS OF CRIMINAL, CIVIL AND ADMINISTRATIVE NATURE 367
1. The effect on the institutions of the Community 367
2. 'Due Process' Rights 368
3. Proceedings before the Community Courts 369
4. 'Burden of Proof' 369
5. Proceedings under Article 95 (4) and (6) EC 370
III. RIGHT OF ACCESS TO LEGAL ADVICE 370

ARTICLE 48. PRESUMPTION OF INNOCENCE AND RIGHT OF DEFENCE 372

I. SUMMARY OF THE CORRESPONDING PROVISIONS IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS 372
1. Introduction 372
1.1. International instruments 372
1.2. Council of Europe 372
2. Presumption of innocence 373

3. Right of defence ... *374*
II. EUROPEAN COURT OF JUSTICE ... 376
1. Presumption of innocence ... *376*
2. Right of Defence ... *377*
III. DESCRIPTION OF THE REQUIREMENTS OF THE PROVISION / PROBLEMATIC AREAS ... 378
1. Presumption of innocence ... *378*
2. Right of defence ... *378*

ARTICLE 49. PRINCIPLES OF LEGALITY AND PROPORTIONALITY OF CRIMINAL OFFENCES AND PENALTIES ... 380

I. SUMMARY OF THE CORRESPONDING PROVISIONS IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS ... 380
1. International instruments ... *380*
2. Council of Europe ... *380*
II. EUROPEAN COURT OF JUSTICE ... 382
III. DESCRIPTION OF THE REQUIREMENTS OF THE PROVISION / PROBLEMATIC AREAS ... 383

ARTICLE 50. RIGHT NOT TO BE TRIED OR PUNISHED TWICE IN CRIMINAL PROCEEDINGS FOR THE SAME CRIMINAL OFFENCE ... 384

I. INTRODUCTION ... 384
II. SUMMARY OF THE CORRESPONDING PROVISIONS IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS ... 384
1. Introduction ... *384*
2. The ECHR and the scope of Article 50 ... *384*
2.1. The notions of 'criminal proceedings' and 'offence'. ... 385
2.2. The notion of 'final acquittal or conviction'. ... 385
III. INTERNATIONAL CONVENTIONS ON CO-OPERATION OF STATES ... 386
IV. THE EU *ACQUIS* ... 387

ARTICLE 51. CHAMP D'APPLICATION ... 389

I. L'INVOCABILITE DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX : L'ARTICLE 51 § 1 ... 389
II. LA NEUTRALITE DE LA CHARTE PAR RAPPORT A LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE L'UNION ET SES ETATS MEMBRES : L'ARTICLE 51 § 2 ... 392

ARTICLE 52. PORTEE DES DROITS GARANTIS ... 397

I. LA VERSION ORIGINELLE DE L'ARTICLE 52 DE LA CHARTE ... 397
1. Les restrictions admissibles aux dispositions de la Charte (article 52 § 1) ... *397*
2. Les dispositions de la Charte correspondant à des dispositions figurant dans les traités européens (article 52 § 2) ... *398*
3. Les dispositions de la Charte correspondant à des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels (article 52 § 3) ... *400*
II. LES ADJONCTIONS A L'ARTICLE 52 DE LA CHARTE OPEREES DANS LE CADRE DE LA NEGOCIATION DU TRAITE ETABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE ... 402
1. Les dispositions de la Charte qui sont inspirées par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (article 52 § 4) ... *404*
2. La distinction entre 'droits' et 'principes' (article 52 § 5) ... *405*
3. La prise en compte des législations et pratiques nationales (article 52 § 6) ... *408*

ARTICLE 53. NIVEAU DE PROTECTION ... 409

I. LE PRINCIPE ... 409
II. LA PROTECTION PLUS FAVORABLE DE L'INDIVIDU DANS LE DROIT DE L'UNION ... 409
III. LA PROTECTION PLUS FAVORABLE DE L'INDIVIDU DANS LES DROITS DES ETATS MEMBRES ET DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME AUXQUELS UN OU PLUSIEURS ETATS MEMBRES SONT PARTIES ... 411

ARTICLE 54. INTERDICTION DE L'ABUS DE DROIT ... 412

I. INTRODUCTION ... 412
II. JURISPRUDENCE ... 412

THE COMMENTARY OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE UNION : AN INTRODUCTION

The EU Charter of Fundamental Rights was prepared between December 1999 and October 2000 within a body – which decided to call itself 'Convention' – composed of representatives of the governments of the European Union Member States, members of national parliaments, the European Parliament, and the European Commission, and with observers from the European Court of Justice and from the Council of Europe. It was agreed upon by consensus within that body. It was then solemnly proclaimed on 7 December 2000 at the European Council meeting held in Nice, and published in the 'C' section of the Official Journal.[1]

Although the Charter of Fundamental Rights has no formal legal status within Union law, it has had a profound influence on the institutions since it was adopted. Even before its proclamation, the European Commission stated in a Communication of October 2000 that it would treat the Charter as if it were binding.[2] Only a few months later, on 13 March 2001, the Commission decided that any proposal for legislation and any draft instrument to be adopted by it would, as part of the normal decision-making procedures, first be scrutinised for compatibility with the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and that legislative proposals and draft instruments having a specific link to fundamental rights would incorporate a recital as a formal statement of compatibility.[3] In April 2005, the Commission adopted a Communication by which it seeks to further improve the compliance of its legislative proposals with the requirements of the Charter.[4] This more recent Communication defines the division of tasks between the lead department, the legal service of the Commission, the Directorate General Justice, Freedom and Security (DG JLS) and DG external relations (RELEX), in the verification of such compliance. Moreover, on 15 June 2005, the Commission adopted a new set of guidelines for the preparation of the impact assessments it appends to its legislative proposals. While retaining the classical division between economic, social and environmental impacts,[5] the revised guidelines now pay a much greater attention to the potential impact of different policy options on the rights, freedoms and principles listed in the EU Charter of Fundamental Rights.[6] All these developments illustrate the cultural shift which the adoption of the Charter of Fundamental Rights has produced, even before it is formally afforded constitutional status.

The European Parliament, too, has taken the Charter of Fundamental Rights into account in its practices. It has done so when acting as co-legislator with the Council in the fields governed by co-decision ; in the exercise of its right to seek the annulment of Community acts ; and finally, in exercising its political role in monitoring the institutions and the EU Member States, whom it seeks to make accountable for human rights violations. Rule 34 of the Rules of Procedure of the European Parliament stipulate that 'During the examination of a legislative proposal, Parliament shall pay particular attention to respect for fundamental rights and in particular that the legislative act is in conformity with the European Union Charter of Fundamental Rights (...)'. Since the entry into force of the Treaty of Nice[7] on 1 February 2003 moreover, the European Parliament has been recognized the competence to seek the annulment of Community acts, whether or not adopted in violation of its prerogatives. It may thus contribute to the preservation of legality in the Community legal order, and, in particular, to ensuring that all Community acts respect the requirements of fundamental rights. This

[1] OJ C 364 of 18.12.2000, p. 1.
[2] Communication on the Legal Nature of the Charter of Fundamental Rights of the Union, COM(2000) 644 final, of 11.10.2000.
[3] SEC(2001) 380/3.
[4] Communication from the Commission, Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals. Methodology for systematic and rigorous monitoring, COM(2005) 172 final of 27.4.2005.
[5] Communication on Impact Assessment, COM(2002)276 final, of 5.6.2005.
[6] SEC(2005)791, 15.6.2005.
[7] OJ C 180 of 10.3.2001.

role of the European Parliament is now growing in importance, as illustrated for instance by its actions in annulment of the Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification,[8] of the decisions of the Commission and of the Council to allow for the transmission of Passenger Names Records (PNRs) data to the United States Borders Authorities,[9] or of Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.[10] In the first of these cases, the Court of Justice delivered a judgment on 27 June 2006 where, for the first time[11] – and although it dismisses the action brought against the Family Reunification Directive –, it acknowledges explicitly that the Charter of Fundamental Rights may be invoked before the Court, insofar as it restates the *acquis* of fundamental rights recognized in the legal order of the Union.[12] It states in paragraph 38:

> The Charter was solemnly proclaimed by the Parliament, the Council and the Commission in Nice on 7 December 2000. While the Charter is not a legally binding instrument, the Community legislature did, however, acknowledge its importance by stating, in the second recital in the preamble to the Directive, that the Directive observes the principles recognised not only by Article 8 of the ECHR but also in the Charter. Furthermore, the principal aim of the Charter, as is apparent from its preamble, is to reaffirm 'rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the Treaty on European Union, the Community Treaties, the [ECHR], the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe and the case-law of the Court … and of the European Court of Human Rights'.

Finally, the European Parliament, through its Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, has been adopting reports on the situation of fundamental rights in the Union since 1999 – based, since 2000, on the template provided by the Charter of Fundamental Rights –; although it has abandoned this practice since 2003, it still regularly adopts reports on thematic issues under which the situation of fundamental rights in the different Member States is examined, and for which the Charter of Fundamental Rights constitutes an important reference.

In the resolution it adopted in July 2001 on the situation of fundamental rights in the European Union in 2000,[13] the European Parliament requested, and obtained from the Commission, that a network of legal experts be set up to ensure a more systematic and professional monitoring of fundamental rights in the Member States. This led, in September 2002, to the establishment of the EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights. This group of experts essentially took over from the rapporteur annually appointed within the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament the task of preparing an annual report on the situation of fundamental in the Union, and reports regularly back to that Committee.[14] Its mandate was further clarified, in the context of Article 7 EU, by the communication which the Commission presented to the Council and the

[8] OJ L 251 of 3.10.2003, p. 12. The European Parliament has sought the partial annulment of the Family Reunification Directive in Case C-540/03, which led to the judgment of 27 June 2006.
[9] Cases C-317/04, *Parliament v. Council* (annulment of Decision 2004/496 of the Council, of 17 May 2004, OJ L 183 of 20.5.2004), and C-318/04, *Parliament v. Commission* (annulment of Decision 2004/535 of the Commission, of 14 May 2004, OJ L 232 of 6.7.2004). These cases were joined and resulted in a judgment delivered on 30 May 2006 by the European Court of Justice, which annulled both decisions because it considered that the legal basis of Article 95 EC was not adequate.
[10] Case C-133/06.
[11] Of course, individual members of the Court have previously referred to the EU Charter of Fundamental Rights, which they presented as the most authoritative restatement of the fundamental rights recognized the status of general principles of law within the meaning of Article 6(2) EU. The first to do so were AG Tizzano, in his opinion of 8 February 2001 in Case C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, paras. 26-28; and AG Alber in his opinion of 1 February 2001 in Case C-340/99, *TNT Trac SpA*, para. 94.
[12] The invocation of the Charter in the context of an action for annulment of a legislative instrument whose Preamble explicitly referred to the Charter could also be seen as an application of the rule *patere legem quam ipse fecisti*. See, eg, for an application of this rule before the Community judicature, Case T-105/95, *WWF UK v. Commission* [1997] ECR II-313 (judgment of 5 March 1997), paras. 53-55.
[13] 2000/2231(INI).
[14] The documents of the EU Network of independent experts on fundamental rights are available at : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm

European Parliament on Article 7 EU, 'Respect for and promotion of the values on which the Union is based'.[15] The network consists of one expert per Member State and is chaired by a coordinator. Its objective is to ensure a high degree of expertise in relation to each of the Member States and the European Union as a whole. Each year the network produces a report on how fundamental rights are safeguarded in practice. It may also give opinions on specific questions upon the request of the European Commission.

*
* *

This group of independent experts took the initiative of preparing a Commentary of the Charter of Fundamental Rights. The main purpose of this commentary is to provide practical guidance to the Union institutions, as well as to the national authorities when they implement Union law, in order to facilitate compliance with the requirements of the Charter. The commentary therefore is not a doctrinal enterprise. Only in exceptional cases are works by legal scholars cited in the commentary : such references have been avoided as much as possible, and the emphasis has been, instead, on the case-law of international jurisdictions and human rights experts bodies, as well as on the existing international human rights instruments.

Moreover, this commentary does not represent the view of the Network as a whole. Since it has been established in 2002, the Network has been faced with a number of issues of interpretation of the Charter of Fundamental Rights : the views it has adopted are reflected in its opinions and thematic comments, as well as in the conclusions and recommendations it adopts annually in the synthesis report it presents to the institutions. The approach here has been different. Each commentary has been prepared either by an individual member of the Network or by a collaborator working under his or her supervision.[16] Although each commentary has been circulating in draft form among the other members before being finalized by the member of the Network to whom the provision was allocated, the final responsibility with the content lies with the individual member who authors the commentary.

At the same time, these commentaries have been prepared following certain guidelines, which seek to reflect the approach taken towards the Charter by the Network of independent experts since 2002. The interpretation of the EU Charter of Fundamental Rights is based on the explanations provided by the Presidium of the Convention entrusted with the elaboration of the Charter of Fundamental Rights,[17] where justified as updated under the responsibility of the Presidium of the European Convention[18], which the Network has always relied upon as a primary tool of interpretation intended to clarify the provisions of the Charter.[19] Moreover, in accordance with Article 52(3) of the EU Charter of Fundamental Rights, the Network reads the provisions of the Charter which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as having the same meaning and the same scope of those rights, as interpreted by the European Court of Human Rights ; in certain cases, the provisions of the Charter however are recognized a broader scope, as confirmed by the second sentence of Article 52(3) of the Charter. The Network also takes into account the fact that other provisions of the Charter are based on the rights guaranteed in instruments adopted in the field of human rights in the framework of the United Nations, the International Labour Organisation or the Council of Europe. Where this is the case, these provisions of the Charter are

[15] COM (2003) 606 final, of 15.10.2003.
[16] Two of the authors, Ms Ineta Ziemele and Mr Dean Spielmann, who were members of the Network of independent experts on fundamental rights when the work on this Commentary was initially launched, have since become judges at the European Court of Human Rights and have thus ceased to be members of the network.
[17] CHARTE 4473/00, CONVENT 49, 11 October 2000 (revised French version : CHARTE 4473/1/00 CONVENT 49 REV 1 of 19 October 2000).
[18] Declaration n°12 of the Declarations concerning Provisions of the Constitution, OJ C 310 of 16.12.2004, p. 424.
[19] On the status of these explanations, which the Intergovernmental Conference of 2003-2004 sought to reinforce when it prepared the Treaty establishing a Constitution for Europe part II of which would have contained the Charter of Fundamental Rights, see the commentary to Article 52 of the Charter.

interpreted by taking into account those instruments and the interpretation given to them in the international legal order. As already emphasized in the introduction to the first synthesis report presented by the Network,[20] the interpretation of the Charter in accordance with the existing *acquis* of international and European human rights law presents a number of advantages : it contributes to legal certainty, by facilitating an understanding of the requirements of the Charter based on the instruments in which the drafters of the Charter sought their inspiration ; it limits the risks of conflicting obligations being imposed on the EU Member States, respectively under Union law and under the international human rights treaties they are parties to ; and it ensures that, in the perhaps not so distant future when the Union itself will seek to accede to these instruments, in the framework of the United Nations, the International Labour Organisation or the Council of Europe, European legislation will generally be compliant with those instruments, thus facilitating such accession as any conflicts, in principle, will already have been identified and dealt with on the basis of the EU Charter of Fundamental Rights.

The work on this Commentary was launched in 2003. The commentaries have been completed in the course of 2005. Although most commentaries have been updated since, this has not been systematically the case. But the international law of human rights is a living being, and so should be the Charter. The reader should keep this in mind when consulting the indications provided under each article of the Charter.

Finally, while this has been a truly collective enterprise within the Network, this Commentary would never have been completed without the commitment and competence of Ms Valérie Van Goethem, who has been assisting the Network since 2004. We are most grateful to her for her superb input into this enterprise, which – as all tasks of this dimension are – was frought with many difficulties.

Olivier De Schutter

Coordinator, EU Network of Independent Experts on
Fundamental Rights

[20] Report on the situation of fundamental rights in the European Union and its Member States in 2002 (March 2003), para. IV of the Introduction.

THE COMMENTARY OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE UNION : LIST OF AUTHORS

CHAPTER I. DIGNITY

Article 1 – Human Dignity
by Wolfgang Heyde (Germany)
Article 2 – Right to life
by Manfred Nowak (Austria)
Article 3 – Right to the integrity of the person
by Manfred Nowak (Austria)
Article 4 – Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment
by Morten Kjaerum (Denmark)
Article 5 – Prohibition of slavery and forced labour
by Morten Kjaerum (Denmark)

CHAPTER II. FREEDOMS

Article 6 – Right to liberty and security
by Manfred Nowak (Austria)
Article 7 – Respect for private and family life
by Maja Eriksson (Sweden)
Article 8 – Protection of personal data
by Tuomas Ojanen, substitute of Martin Scheinin (Finland)
Article 9 – The right to marry and the right to found a family
by Maja Eriksson (Sweden)
Article 10 – Freedom of thought, conscience and religion
by Rick Lawson (Netherlands)
Article 11 – Freedom of expression and information
by Gabor Halmai (Hungary)
Article 12 – Freedom of assembly and association
by Rick Lawson (Netherlands)
Article 13 – Freedom of the arts and sciences
by Valérie Verbruggen, under the supervision of Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 14 – Right to education
by Viktoria Wagner, under the supervision of Manfred Nowak (Austria)
Article 15 – Freedom to choose an occupation and right to engage in work
by Dean Spielmann (Luxembourg, former expert)
Article 16 – Freedom to conduct a business
by Dean Spielmann (Luxembourg, former expert)
Article 17 – Right to property
by Pavel Sturma (Czech Republic)
Article 18 – Right to asylum
by Henri Labayle (France)
Article 19 – Protection in the event of removal, expulsion or extradition
by Henri Labayle (France)

CHAPTER III. EQUALITY

Article 20 – Equality before the law
by Linos-Alexandre Sicilianos (Greece)
Article 21 – Non-discrimination
by Linos-Alexandre Sicilianos (Greece)
Article 22 – Cultural, religious and linguistic diversity
by Florence Benoît-Rohmer (France)
Article 23 – Equality between men and women
by Teresa Freixes (Spain)
Article 24 – The rights of the child
by Maja Eriksson (Sweden)
Article 25 – The rights of the elderly
by Valérie Van Goethem, under the supervision of Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 26 – Integration of persons with disabilities
by Valérie Van Goethem, under the supervision of Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)

CHAPTER IV. SOLIDARITY

Article 27 – Workers' right to information and consultation within the undertaking
by Célia Belhomme, under the supervision of Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 28 – Right of collective bargaining and action
by Ian Refalo (Malta)
Article 29 – Right of access to placement services
by Valérie Verbruggen, under the supervision of Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 30 – Protection in the event of unjustified dismissal
by Valérie Verbruggen, under the supervision of Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 31 – Fair and just working conditions
by Valérie Verbruggen, under the supervision of Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 32 – Prohibition of child labour and protection of young people at work
by Iris Golden, under the supervision of Manfred Nowak (Austria)
Article 33 – Family and professional life
by Teresa Freixes (Spain)
Article 34 – Social security and social assistance
by Henri Labayle (France)
Article 35 – Health care
by François Moyse (Luxembourg)
Article 36 – Access to services of general economic interest
by Florence Benoît-Rohmer (France)
Article 37 – Environmental protection
by Florence Benoît-Rohmer (France)
Article 38 – Consumer protection
by Florence Benoît-Rohmer (France)

CHAPTER V. CITIZENS' RIGHTS

Article 39 – Right to vote and to stand as a candidate at elections to the European Parliament
by Bruno Nascimbene (Italy)
Article 40 – Right to vote and to stand as a candidate at municipal elections
by Bruno Nascimbene (Italy)
Article 41 – Right to good administration
by Henri Labayle (France)
Article 42 – Right of access to documents
by Tuomas Ojanen, substitute of Martin Scheinin (Finland)
Article 43 – Ombudsman
by Mats Lindfelt under the supervision of Tuomas Ojanen, substitute of Martin Scheinin (Finland)
Article 44 – Right to petition
by Mats Lindfelt under the supervision of Tuomas Ojanen, substitute of Martin Scheinin (Finland)
Article 45 – Freedom of movement and of residence
by Henri Labayle (France)
Article 46 – Diplomatic and consular protection
by Henri Labayle (France)

CHAPTER VI. JUSTICE

Article 47 – Right to an effective remedy and to a fair trial
by Leto Cariolou under the supervision of Achilleas Demetriades (Cyprus)
Article 48 – Presumption of innocence and right of defence
by Donncha O'Connell (Ireland)
Article 49 – Principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties
by Donncha O'Connell (Ireland)
Article 50 – Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence
by Ineta Ziemele (Latvia, former expert)

CHAPTER VII. GENERAL PROVISIONS

Article 51 – Scope
by Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 52 – Scope of guaranteed rights
by Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 53 – Level of protection
by Olivier De Schutter (Belgium, coordinator of the Network)
Article 54 – **Prohibition of abuse of rights**
by Dean Spielmann (Luxembourg, former expert)

Article 1. Human dignity

Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.

I. Significance and context of the human dignity guarantee

Article 1 relates directly to the Preamble of the Charter. It refers to human dignity as the first of the 'indivisible, universal values' – human dignity, freedom, equality, solidarity –, that the Union is founded on, with this programmatically announcing the following chapters. Article 1 is the foundation of all fundamental rights in the Charter[21]. In the Convention it was named several times the 'mother basic right'. The wording follows the formulation of Article 1 § 1 of the German Constitution of 1949 almost word-to-word[22]. Apart from that the expressive recognition of human dignity in the Charter has important examples in constitutions of other Member states[23] and in the international and European law.

1. International Law

The UN Charter of 1945 already reaffirmed in its Preamble the faith 'in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person'. The 1948 Universal Declaration of Human Rights then strengthened that idea in its Preamble: 'Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.' Article 1 of the Declaration of 1948, as a central provision regarding human dignity in international documents, emphasizes: 'All human beings are born free and equal in dignity and rights.'[24] Article 22 (.. entitled to realization, … of the… rights indispensable for his dignity …) and Article 23 (Everyone … has the right to … remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity.) contain distinct characteristics of human dignity. Also the Preamble of the UNESCO Charter of 1945 relates to human dignity. In all these documents human dignity becomes concrete as a response to the horrors and crimes in the Second World War, but also as a challenge for a future to be organized with human dignity.

In both Preambles of the International Human Rights Covenants of 1966 – binding the contracting states – the state parties emphasize the 'recognition of the inherent dignity … of all members of the human family' by the UN Charter, and they recognize that the inalienable rights 'derive from the inherent dignity of the human person.' The International Covenant on Civil and Political Rights [CCPR] in its Article 10 demands for persons, deprived of their liberty, 'respect for the inherent dignity of the human person'.[25] Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [CESCR] indicates as an educational goal 'the full development of the human personality and the sense of its dignity'. The International Convention on the Rights of the Child of 1989 [CRC] continues the latter idea in its Preamble (consideration ground 7) and in Article 28 (2).

Several other international conventions and declarations refer to human dignity: The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965 [CERD] (Preamble),

111[21] See Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, CONV 828/03, p. 4.
[22] Article 1 para. 1 German Basic Law reads: 'Human dignity is inviolable. To respect and protect it is the duty of all state authority.'
[23] Protection and importance of human dignity in the Constitutions of the Member States are recognised in a very different ways – expressively or implicitly.
[24] Article 1 goes back in content to Article 1, first sentence of the Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789, but supplemented the word 'dignity'.
[25] See also the Preamble of the Second Optional Protocol of 1989, aiming at the Abolition of Death Penalty.

the UN General Assembly Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination on the Basis of Religion or Conviction of 1981 (see Preamble and especially Article 3: 'The discrimination between human beings on the basis of religion or conviction constitutes an insult to human dignity'.), the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979 [CEDAW] (Preamble), the UN General Assembly Declaration on the Elimination of Violence against Women of 1993 (Preamble), the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984 [CAT] (Preamble).

2. Council of Europe

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [ECHR] of 1950 and its additional protocols do not contain – unexpectedly – any expressive rules regarding human dignity. But the Preamble of the ECHR goes back to the UN Declaration of 1948. Further, the catalogue of human rights and fundamental freedoms guarantees rights, among them not only the protection of private life (Article 8) and the prohibition of torture (Article 3) but in the end all of them with a basis in the recognition of human dignity. In so far there may be no doubt that the ECHR is founded on the basic idea of the protection of human dignity. Correspondingly, the European Court of Human Rights has, in its decisions, referred to human dignity several times. 'The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom,' the judgment regarding euthanasia declares.[26]

This idea is also expressed in the Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine – Convention on Human Rights and Biomedicine –, in force since 1 December 1999. In its Preamble the Convention refers amongst others to the Declaration of 1948 and to the ECHR. Developing the ECHR, it emphasizes human dignity three times[27]. Article 1 mentions as the purpose and object of the Convention: 'Parties to the Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.'

3. Case Law of the European Court of Justice

The European Court of Justice has mentioned human dignity several times.[28] The Court, however, acknowledged human dignity expressively as an objective principle of Community law very late (2001). In its decision regarding the Directive on the legal protection of biotechnical inventions[29] the Court[30] ruled: 'It is for the Court of Justice, in its review of the compatibility of acts of the institutions with the general principles of Community law, to ensure that the fundamental right to human dignity and integrity is observed.'[31] In the case *Omega* the Court, referring to the relevant comments in the

[26] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Pretty v. United Kingdom* (Appl. No. 2346/02), judgment of 29 April 2002, *Rep*. 2002-III, para. 65. In the same way : Eur.: Ct. H.R. (GC), *Goodwin v. United Kingdom* (Appl. No. 28957/95), judgment of 11 July 2002, *Rep*. 2002-VI, para. 90, regarding lack of legal recognition of transsexual. See also : Eur. Ct. H.R. (3rd sect.) *Valasinas v. Lituania* (Appl. No. 44558/98), judgment of 24 July 2001, *Rep*. 2001-VIII, para. 102, regarding the conditions of deprivation of liberty.

[27] 'The Member States … convinced of the need to respect the human being both as an individual and as a member of the human species and recognising the importance of ensuring the dignity of the human being ;Conscious that the misuse of biology and medicine may lead to acts endangering human dignity; …Resolving to take such measures as are necessary to safeguard human dignity and the fundamental rights and freedoms of the individual with regard to the application of biology and medicine.'

[28] ECJ, Case C-36/98, *Arben Kaba*, [2000] *ECR* I-2623 (judgment of 11 April 2000), para. 20. Regarding the discrimination of a transsexual, see : ECJ, Case C-13/94, *P. v. S*., [1996] *ECR*, I-2143 (judgment of 30 April 1996), para. 22: 'To tolerate such discrimination would be tantamount, as regards such a person, to a failure to respect the dignity and freedom to which he or she is entitled, and which the Court has a duty to safeguard.'

[29] Directive 98/44/EC of 6 July 1996 of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions, OJ L 213 of 30.07.1998, p.13.

[30] ECJ, Case C-377/98, *the Netherlands*, [2001] *ECR* I-07079 (judgment of 9 October 2001), para. 70.

[31] Advocate General Jacobs in his opinion of 14 June 2001 (para. 197): 'The right to human dignity is perhaps the most fundamental right of all fundamental rights, and is now expressed in Article 1 of the Charter...'.

opinion of the Advocate General, Mrs. Stix-Hackl, has pointed out that 'the Community legal order undeniably strives to ensure respect for human dignity as a general principle of law'[32]. The Advocate General in her opinion had emphasized the fundamental importance of human dignity also in Community law and given her detailed view on human dignity as a legal notion and its roots in the European civilization.[33]

II. Article 1 as the fundamental value

The focus on human dignity in the mentioned international documents by the Eur. Ct.H.R. and the European Court of Justice emphasizes the continuity of Article 1 of the Charter. It proves to be the most important acknowledgement of the charter as a fundamental value. It will also become the most important value provision of a future European Constitution. It has rightly been described as a basic pillar of the developing European identity[34].

Importance and the high value position are the results of the deliberate decision – not considering other suggestions – of the Convention:

- The recognition of human dignity has not only taken place in the Preamble, but the Convention has placed it as a real provision of the Charter, as a guiding rule at the beginning.
- In Article 1 human dignity stands alone. It is not bound with other rights (for instance the rights to freedom or to integrity), that might have weakened its absolute position.
- Furthermore, in the provision of Article 1 the Convention did not include other fundamental rights (for instance the prohibition of torture or of death penalty); those rights can be found in the following provisions.

In this way the recognition of human dignity is particularly pointed out in a central provision and this by an impressive and concise formulation. The words 'is inviolable' contain a statement which stresses the unrestricted recognition. 'Inviolable' means that human dignity cannot be taken away from any human being. It can be neither forfeited nor renounced.

Article 1 of the Charter is a declaration that clearly exceeds the regulations of the ECHR. Its importance as a fundamental value provision therefore can not be overrated. By this, it contains also a statement about the relationship of the European Union to the human being. The EU and its institutions exist for the sake of the human being, not the human being for the sake of the EU. All aims of the EU serve human beings. Further, a relationship exists between human dignity and democracy. The European Court of H. R. has pointed this out (on the basis of the ECHR): Tolerance and respect for human dignity for all people are in the same way the basis of a democratic and pluralistic society[35].

According to sentence 2, human dignity 'must be respected and protected'. This order is addressed to the institutions and bodies of the EU and to the Member States to which the Charter is addressed according to Article 51 § 1 sentence 1 (see also sentence 2). 'Must be respected' means, they are not allowed to impair human dignity. Correspondingly the individual has a fundamental right towards these organs to reject interferences with his dignity. It is a *right* for everyone, not only an expression of a fundamental conviction. With this, Article 1 is not only a fundamental right in itself, but it constitutes the real basis of fundamental rights. – The competent institutions are further obliged 'to protect' human dignity. Thus, in their sphere of influence they are ordered and obliged to protect people from interferences with human dignity by third parties.

---

[32] ECJ, Case C-36/02, *OMEGA ,* [2004] *ECR* I-9609 (judgment of 14 October 2004), para. 91.
[33] Opinion of 18 March 2004, paras. 74-94.
[34] J. Meyer, in Jürgen Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden 2003, Preambel, No.34 (p. 30).
[35] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Müslüm Gündüz v. Turkey* (Appl. No. 35071/97), judgment of 4 December 2003, para. 40 (unpublished).

III. Definition and area of protection of human dignity

1. Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court

Article 1 of the Charter follows the example of Article 1 § 1 German Basic Law (as mentioned above). Therefore it is helpful for the definition[36] and for the understanding of the protective area of human dignity, to take a look first at the case-law of the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). That should not depreciate relevant court decisions from other Member States[37]. Many decisions (more than 30) of the Federal Constitutional Court contain passages for the understanding of human dignity or for individual aspects of its guarantee; some of them taking a very principal position.

In 1992 the Court had to define the term human dignity in a case regarding Section 131 of the German Penal Code[38]. Section 131 rules the punishability of writings and films which present acts of violence and cruelties. It contains, inter alia, the element of an offence that the film represents the cruel or inhuman aspects of the event 'in a manner which injures human dignity'. The Court has explained: The term 'human dignity' means that the human being has a right to 'social value and respect'. Everyone possesses dignity as a human creature (as a 'generic being') 'regardless of his/her innate characteristics, achievements and social status'. Even through unworthy behaviour it cannot be lost. It cannot be taken away from any human being.

As the Federal Constitutional Court has worked out in many decisions, especially in a judgment regarding the constitutionality of the life-long prison sentence[39], this is based on the idea of the human being as a moral subject (*geistig-sittliches Wesen*) who, in freedom, can show responsibility for him/herself and develop independently. It is true, as the Court has explained, that in a free democracy the freedom of the human being is not unlimited. He/she is an individual related and tied to the community. But also an offender has to be recognised as a morally responsible person with his/her own value. He/she maintains his/her right to social value and respect and should not be made a mere object of the fight against criminality[40].Therefore, also with regard to an offender, 'the basic conditions of individual and social existence of the human being' must be respected. Human dignity demands that a person convicted to a life-long prison sentence will have the chance to regain freedom some time. The execution of the prison sentence has to be orientated towards this goal. The convicted is entitled to social adjustment. The Court has therefore ruled: The criminal provision for murder[41] in principal is constitutional. The legislator, however, is obliged to rule expressly under which conditions the execution of a life-long prison-sentence should be suspended and which procedure has to be applied[42].

[36] The – different – roots in the history of ideas lay in the Graeco-Latin (*dignitas humana*) and Judeo-Christian traditions and in the period of enlightenment; in this context the German Commentaries refer regularly to the Philosopher Immanuel Kant (*Metaphysik der Sitten*, 1797).

[37] See, for example, in France the decision of the Constitutional Court (*Cour Constitutionelle*) of 27 July 1994, *Journal Officiel* 1994, p. 100, regarding the law on reproductive medicine (the protection of human dignity as a constitutional principle against any form of subjugation and degradation); further decision of the Constitutional Court (*Cour Constitutionelle*) of 19 January 1995, *Journal Officiel* 1995, p. 1166 (constitutional order to grant an appropriate accommodation).

[38] Decision of 20 October 1992, BVerfGE 87, 209 [*Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* – Reports of the decisions of the Federal Constitutional Court, Volume, page].

[39] Judgment of 21 June 1977, BVerfGE 45, 187; similar decision of 11 October 1978, BVerfGE 49, 286 (Legal acknowledgment of a sex change according to medical standards).

[40] This statement is a general point being valid for all court procedures and punishment. Articles 4, 47 and 48 of the Charter take that into account.

[41] Section 211 of the German Penal Code reads : 'The murder shall be punished by imprisonment for life.'

[42] See Sections 57a and 57b of the German Penal Code.

Part of the moral self responsibility is also, as the Court has pointed out elsewhere[43], that the human being has to be entitled to an existence worthy of human dignity in case of material needs – a 'minimum of existence' –. One may find this the idea also in Article 34 § 3 of the Charter.

In its judgment of 3 March 2004, regarding eavesdropping operations, the Federal Constitutional Court again took a very significant position[44]. The case concerned an amendment of the Constitution passed in 1998[45], furthermore provisions of the Code of Criminal Procedure[46] that permit police, under special prerequisites, the acoustical surveillance of any home in order to prosecute major criminals. The Court ruled that several of the new procedural regulations are not compatible with the protection of human dignity. It began by referring to the so-called 'object formula' which was already used in former decisions: It would not be compatible with the dignity of a human being to make him/her a mere object of the state or to treat him in a way that principally doubts his quality as a subject[47]. The Court, however, pointed out as well that the 'object-formula' in its general expression only suggests the direction. The human being would often be treated as a mere object not only of the circumstances and of the social development, but also of the law with which he/she has to comply. – But human dignity is impaired, 'if, by the kind of the measure taken, the quality of the person concerned as a subject is questioned in principle', then 'the treatment by the public authority lacks the value which is due to every human being for his/her own sake'.[48] Therefore a 'last unimpeachable essence *unantastbarer Kernbereich* of private living' has to be preserved. It is absolutely removed from public authority's effect[49]. Even weighty interests of the public are not allowed to justify interference. Acoustical surveillance of a home by the police is prohibited if the people behave in absolute privacy. The Court, however, has declared that in each case this 'essence' has to be fixed according to formal and contentual components.[50] – In an earlier decision the Court had principally stated: That which the recognition of the dignity of human being demands in detail, should not be totally separated from the social circumstances.[51]

Regarding the beginning of human life with dignity, the Federal Constitutional Court ruled that 'developing life' (i. e. an embryo) is also included in the protection[52]. 'Where there is life, human dignity is due; it is not significant whether or not the bearer of life is conscious of this dignity and how to safeguard it him/herself.' The potential abilities in the human existence, designed from the beginning, would be sufficient to justify human dignity. – On the other hand, human dignity does not end with death[53]. The state is obliged to protect a dead person as well from being excluded, made contemptuous, ridiculed or degraded in any other way.

2. Area of protection in the Charter

[43] Decision of 18 June 1975, BVerfGE 40, 121 <133>. See i.a. also Decision of 10 November 1998, BVerfGE 99, 216 (limitation of taxation).
[44] Judgment of 3 March 2004, BVerfGE 109, 279.
[45] Article 13 para. 3-6 Basic Law, added to Article 13 by constitutional amendment of 26 March 1998.
[46] These provisions have been inserted by the Act for Improving the Fight against Organised Criminality of 4 May 1998.
[47] See footnote 26, p. 312.
[48] Footnote 26, p. 313. Like this, see already judgment of 15 December 1970, BVerfGE 30, 1 ('Surveillance judgment'. A first important decision regarding the constitutional barriers of surveillance of telephone calls).
[49] This argument is already found in former decisions. They regard the prerequisites to the utilization of a secret tape recording in a criminal procedure (Decision of 31 January 1973, BVerfGE 34, 238) and the prerequisites to the utilization of personal diary entries in a criminal procedure (Decision of 14 September 1989, BVerfGE 80, 367).
[50] See also Decision of 14 September 1989 (footnote 31), p. 374: One has to consider the specialities of the individual case.
[51] Decision of 12 November 1997, BVerfGE 96, 375. In that case the Federal Court of Justice decided that a child who was born after an ineffective sterilisation may course an obligation of the doctor for the material damage, for instance the support. The Federal Constitutional Court didn't consider this a violation of human dignity. – See already Judgment of 21 June 1977 (footnote 21), p. 229: 'The assessment what corresponds to the dignity of the human being can only be based on the present date of cognition, and cannot lay claim to timeless validity.'
[52] Judgment of 25 February 1975, BVerfGE 39, 1 (abortion case I); Judgment of 28 May 1993, BVerfGE 88, 203 (abortion case II). The Court, however, did not rule on the precise point of time in which human life starts.
[53] Judgment of 24 February 1971, BVerfGE 30, 173; Decision (chamber) of 5 April 2001, NJW 2001, 2957.

a) In the view of this German jurisprudence, Article 1 of the Charter gains dimension. This is the case for the content and area of protection of human dignity, especially the self-determination of the human being as one of the central characteristics of human being, as well as for its assignment to every human being. Every human person has his/her own value. He/she is not a mere object but a subject. This applies to the foreigner as well as a child, a mentally ill person or an offender. Human dignity is effective also beyond death (which the right of personality does not). Any measure impairs Article 1 if it brings into contempt the value which a human being has by his/her being a person. Measures of this kind would be humiliation, branding, outlawing or other behaviour which deprives the human person of the right to recognition as a human being[54]; special arbitrariness of public authorities may be included here as well.

b) In discussions on concrete facts regarding human dignity difficulties often arise because the term itself is used in different connections. There are ethical and theological reasons, legal interpretations and the use in colloquial language, which are not congruent. In Article 1, human dignity is a legal term. Its range, however, is connected with ethical assessments. This applies, for instance to the question whether developing life already has human dignity. In the Member States partly different traditions and ideas exist. Moreover the ideas can change regarding to what human dignity applies to. This especially happens if the ethical question is a subject of intensive public discussion. It always depends on the concrete issue. In rather problematic issues on the European level, therefore, it will be important to begin with looking for communication by ethical criteria.

Current problems, for instance, can be found in the support of research programmes in the area of Biomedicine. Support of research methods that violate human dignity is not allowed. See, for example, the legal, political and ethical discussion on the admissibility of utilizing embryonic stem cells for research purposes and its limits. The cloning of human beings, in any case, is a problem of the application of Article 3. – A very difficult question arises as to whether in the assessment of a violation of human dignity it is allowed to look at the concrete aim. May, for instance, an 'ethic to cure' justify special research methods, which are problematic in the light of human dignity, if these methods aim at finding ways to cure serious and incurable diseases?

IV. Article 1 as a fundamental right

According to general opinion the protection of human dignity is the source of the guarantee of human rights and fundamental freedom. Therefore, as a fundamental value, Article 1 influences the other rights of the Charter. The dignity of the human person is part of the substance of the rights laid down in the Charter.

According to the Convention, Article 1 shall also be an individual fundamental right. However, it is a question of whether Article 1, as an independent test standard, has practical significance at all[55]. For human dignity is concretely visible in many special rights of the Charter. It is – with different intensity – essential to these rights and develops them.[56] This applies, above all, to further rights in the first chapter (for instance life visible as human dignity, questions of Biomedicine as aspects of physical and mental integrity, prohibition of torture). But it applies as well to many other rights, for instance Article 6, 7, 8, especially 10, 19 (2) and 21, further Articles 47, 48, also 14, 25, 41 (1) and 34 (3). The commentaries to these fundamental rights will lay this out in detail. Differentiations, especially between Articles 1 and Articles 2 – 3, in the course of time have to be found in the light of concrete cases and topical questions.

[54] See also Constitutional Court (*Cour Constitutionelle*), Decision of 27 July 1994 (footnote 19).
[55] See not. Borowsky, in : J. Meyer (footnote 13), Article 1 para. 33, who considers Article 1 as a fundamental right only of small significance.
[56] It is remarkable that the German Federal Constitutional Court often considers special fundamental rights 'in combination with Article 1 Basic Law'.

For this reason, the specific fundamental right is applied principally in each case. It has priority as a test standard. In the case of an unworthy treatment of a person deprived of his/her liberty, for instance, Article 4 and not Article 1 would be considered. If a result states that the special basic right is not impaired, then there is regularly no impairment of Article 1, because the specific right contains an essence of human dignity. Very careful consideration, examination and explanation are needed to derive a legal position from Article 1 that does not yet result from a specific basic right.

As human dignity is not violable, the fundamental right of Article 1 may not be limited according to Article 52 § 1. And human dignity may, therefore, not be encroached upon if, in accordance with Article 52 § 1, limitations are placed on exercising another right. None of the rights established in the Charter may be used to violate another human being's dignity.[57] It is an absolute limitation for the use of other fundamental rights. On the other hand also has to be considered: Since the fundamental rights are all putting the principle of human dignity into concrete terms a careful consideration is always needed if it is to be supposed that the use of an (other) fundamental right of the Charter violates human dignity[58].

A balancing of human dignity with another fundamental right therefore may not take place. A so-called fundamental right's collision, however, is not out of the question between two human dignity positions (for instance that of an embryo, if dignity is awarded to it, and that of its mother in questioins of abortion). In such a case, careful consideration would have been attempted, aimed at finding a considerate balance. In a concrete case, however, this may result in one of the positions having to fully stand back.

V. Outlook

On the whole, there are many difficulties in the application of Article 1 of the Charter. The Charter, as a EU document, is subject to its own measures of interpretation in the light of the constitutional traditions common to the Member states and of the common international responsibilities of the Member States. Interpretations of content and area of protection of human dignity by courts of the Member States are helpful, but cannot give a complete answer on the arising questions. This also happens because of the special narrow connection of the notion with ethical assessments. Add to this the Charter, as said before, contains many special guarantees of the protection of human dignity. Generally therefore, if arguing with human dignity, we have to be cautious. It will only then keep its fundamental significance if it is not trivialised.

[57] See footnote 1 and, regarding Article 13 (freedom of scientific research), Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03, p. 16.
[58] See German Federal Constitutional Court, Decision of 11 March 2003, BVerfGE 107, 275, concerning a conflict between the freedom of press and human dignity in a case regarding an advertisement of the Benetton Company.

Article 2. Right to life

1. Everyone has the right to life.

2. No one shall be condemned to the death penalty, or executed.

I. Significance of the right to life in the Charter and other human rights instruments

The right to life is often characterized as the supreme or most fundamental of all human rights, since without an effective guarantee of this right, all other rights of the human being would be devoid of meaning. Article 2 of the European Convention of Human Rights (ECHR), which is the main source of inspiration for Article 2 of the Charter, therefore placed the right to life at the beginning of its catalogue of individual human rights, as did Article 6 of the UN Covenant on Civil and Political Rights (CCPR). In both treaties, the right to life is followed by two further fundamental human rights, the prohibition of torture and the prohibition of slavery. The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which has served as the main inspirational source for the European Convention and many later international, regional and domestic human rights instruments, starts with the principles of freedom, equality and dignity, and in Article 3 enlists the right to life together with the right to liberty and security of person, followed by the prohibitions of slavery and torture, and the right to recognition everywhere as a person before the law. In Article 6 of the Convention on Child (CRC), the right to life is supplemented by the explicit obligation of States to ensure, to the maximum extent possible, the survival and development of the child. In order to protect the right to life, the Statute of the International Criminal Court (ICC) lists murder and extermination, if committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population, as crimes against humanity. In addition, perpetrators of genocide, which aims at the systematic killing and destruction of an ethnic or religious group, and constitutes the most horrifying violation of the right to life, face individual criminal prosecution before the ICC.

The European Charter has grouped these most fundamental of all human rights together in the first chapter entitled 'Dignity', starting with the dignity of the human person, and followed by the rights to life and personal integrity, and the prohibition of torture and slavery. This special focus on human dignity seems to be based on the philosophical conviction, as expressed in the Universal Declaration and the German Constitution, that the inherent dignity, which distinguishes the human person from other creatures, constitutes the real basis of human rights. As the presidium of the Convention, which drafted the Charter, stated in its explanations on Article 1, 'the dignity of the human person is part of the substance of the rights laid down in this Charter. It must therefore be respected, even where a right is restricted.' This important principle of interpretation is of particular significance for the right to life, which is not an absolute right as, e.g., the prohibition of torture or the prohibition of slavery. In other words, whereas no exceptional circumstances whatsoever, not even a war or an imminent terrorist attack, can justify the use of torture methods, human beings might even be deliberately killed by soldiers during armed conflicts (provided these acts are aimed at combatants in accordance with international humanitarian law) or by police officers in order to defend a person against unlawful violence from another private person. These exceptional limitations of the right to life must, however, be interpreted in the most restrictive sense, taking into account the overriding principle of the inviolability of human dignity.

The most important consequence of the need to interpret the right to life in accordance with the principle of human dignity can be found in the explicit prohibition of the death penalty in paragraph 2 of Article 2. Whereas comparable provisions on the right to life in other human rights instruments (Article 2 ECHR, Article 6 CCPR) contain more or less detailed exceptions and conditions under

which the death penalty may be imposed and executed, and thereby have created extremely controversial discussions in both literature and jurisprudence on how to reconcile the 'lawful' execution of human beings with the absolute prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment, Article 2 of the Charter seems to be fairly clear on this issue. The only question that might remain disputed in this regard is whether member States of the EU are permitted to make provisions in their laws for the death penalty in respect of acts committed in time of war or imminent threat of war, as stipulated in Article 2 of Protocol No 6 to the ECHR.[59] Other questions arising in respect of the relationship between the right to life and the principle of human dignity, such as abortion, genetic engineering and euthanasia, are more difficult to resolve by means of legal interpretation, as the following discussion will show.

II. Relationship to the European Convention on Human Rights

Article 52 paragraph 3 of the Charter is intended to ensure the necessary consistence between the Charter and the ECHR by establishing the principle that, in so far as the Charter contains rights 'which correspond' to rights guaranteed by the ECHR, 'the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.' The wording of Article 52 paragraph 3 of the Charter is fairly unclear and gives rise to a number of difficult questions of interpretation.[60] If one compares the simple and fairly strict wording of Article 2 of the Charter with the extensive provisions of Article 2 ECHR, which not only contains in paragraph 1, in the original understanding, an almost unlimited carte blanche for the imposition and execution of the death penalty, but also in paragraph 2 a fairly broad power of law enforcement officials to kill human beings 'in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained', one might wonder whether these two provisions can be considered as 'corresponding'. The travaux préparatoires and the explanations of the Presidium, which according to its own interpretation 'have no legal value and are simply intended to clarify the provisions of the Charter',[61] provide assistance only to a certain extent. They explain, e.g., that the reference to the ECHR covers both the Convention and the protocols to it, and that the meaning and scope of the guaranteed rights are determined not only by the text of those instruments, but also by the case-law of the European Court of Human Rights and by the European Court of Justice. This might help to clarify the precise limits of the powers of law enforcement officials and, to a lesser extent, the parameters of the positive obligations of States to ensure the right to life by means of protecting human beings against private threats to their life and by means of creating the necessary legislative and other conditions for the enjoyment of this fundamental human right.

With respect to the death penalty, the jurisprudence of the European Court of Human Rights is less clear. While the Court, in *Soering v. UK*, established that certain conditions on death row in the United States amounted in the particular circumstances of the case to a violation of Article 3 ECHR,[62] it never found that the imposition or execution of capital punishment as such amounted to inhuman punishment. Even in the recent judgment in the case of the former PKK leader *Öcalan v. Turkey*, which for the first time addressed the death penalty in a State party to the ECHR, the Court showed a significant degree of hesitation until it reached the final conclusion that 'it can be said that capital punishment in peacetime has come to be regarded as an unacceptable, if not inhuman, form of punishment which is no longer permissible under Article 2.'[63] The reference to peacetime stems from the fact that the Court based this conclusion on the fact that all States parties to the ECHR had already signed and all but three had ratified Protocol No 6, which provides for the abolition of capital punishment in peace time but allows in Article 2 for retaining the death penalty 'in respect of acts

[59] On this question, see the Commentary on Article 2 of the Charter.
[60] See the commentary on Article 52 of the Charter.
[61] Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03, p. 16.
On the legal and practical significance of these explanations for the interpretation of the Charter in the context of the present Commentary see *supra*.
[62] Eur. Ct. H.R., *Soering v. United Kingdom* (Appl. No. 14038/88), judgment of 7 July 1989, *Ser.* A, No.161, para. 111.
[63] Eur. Ct. H.R., *Öcalan v. Turkey* (Appl. No. 46221/99), judgment of 12 March 2003, para. 196.

committed in time of war or of imminent threat of war'. Similarly, the explanations of the presidency in relation to Article 2 of the EU Charter explicitly refer to Article 2 of Protocol No 6 as 'also forming part of the Charter'. In the meantime, the Council of Europe has however adopted Protocol No 13, which abolishes the death penalty in all circumstances. Taking into account that Protocol No 13 has already been ratified by a total of 21 States (including 7 EU member States: Austria, Belgium, Denmark, Ireland, Portugal, Sweden and the United Kingdom) and that Article 52(3) of the Charter is to be interpreted as a dynamic clause,[64] one may conclude that Article 2(2) of the Charter corresponds to Article 2 ECHR as amended by both Protocols 6 and 13. In other words, the prohibition of the death penalty is absolute for EU member States and applies both in times of war and of peace.

III. Prohibition of arbitrary deprivation of life by State organs

The right to life belongs to the non-derogable rights even in times of war and public emergencies. The only exception is provided for in Article 15(2) ECHR in respect of deaths resulting from lawful acts of war. Since human rights continue to apply in times of armed conflict, States may only resort to the exceptions provided for under international humanitarian law if they declare a state of war and notify the Secretary General of the Council of Europe of any measures they have taken derogating from their obligations under Article 2. In times of peace as well as internal disturbances not amounting to a state of war, security forces may kill a person intentionally or non-intentionally only in the three instances enlisted in Article 2(2) ECHR: a) in defence of any person from unlawful violence; b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; and c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection. But in all these cases force, and in particular fire arms, may only be used if absolutely necessary, and the European Court of Human Rights applies a fairly strict requirement of proportionality. In the case of *McCann v. UK*, which relates to the killing by British security forces of three IRA members, who were suspected of having planned a terrorist attack in Gibraltar, the Court found a violation of Article 2 on the ground that the British Government had wrongly assessed the situation and had provided the soldiers with inadequate information for the preparation of their action.[65] A typical case, in which even intentional killings by the police in defence of a person from unlawful violence would be permitted, is the liberation of hostages, whose life is in acute danger.[66] But to kill a person for the sole purpose of protecting property would be in violation of the principle of proportionality. Similarly, the use of firearms for the purpose of effecting a lawful arrest or of preventing the escape of a detainee is only permitted in case of very dangerous persons. Most cases, in which the European Court of Human Rights has found a violation of the right to life relate to killings and enforced disappearances committed by Turkish security forces against the Kurdish population and suspected members of the PKK.[67] According to the UN Declaration on the Protection of Persons from Enforced Disappearance[68] and the respective case law of the UN Human Rights Committee[69] and the Inter-American Court of Human Rights,[70] the practice of enforced disappearance as such violates or at least constitutes a grave threat to the right to life.

[64] The explanations of the Presidium, when providing for an exhaustive list of corresponding rights, explicitly refer to this list 'at the present stage, without precluding developments in the law, legislation and the Treaties'.
[65] Eur. Ct. H.R., *Mc Cann v. United Kingdom* (Appl. No. 18984/91), judgment of 27 September 1995, *Ser.* A, No.324, para. 213.
[66] Cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, judgment of 9 October 1997, *Rep*. 1997-VI, para. 194.
[67] Cf., e.g., Eur. Ct. H.R. (GC), *Ogur and Orhan v. Turkey* (Appl. No. 21594/93), judgments of 20 May 1999 and 18 June 2002, *Rep.* 1999-III.
[68] General Assembly Resolution 47/133 of 18 December 1992.
[69] See, e.g., the decisions in Human Rights Committee, Views on Communication No. 30/1978, *Bleier v. Uruguay*, 29 March 1982 (CCPR/C/15/D/30/1978); Human Rights Committee, Views on Communication No. 449/1991, *Mojica v. Dominican Republic*, 15 July 1994 (CCPR/C/51/D/449/1991); Human Rights Committee, Views on Communication No. 563/1993, *Bautista v. Colombia*, 27 October 1995 (CCPR/C/55/D/563/1993), and Human Rights Committee, Views on Communication No. 540/1993, *Laureano v. Peru*, 25 March 1996 (CCPR/C/56/D/540/1993).
[70] See the jurisprudence since the landmark case of *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (Inter-Am. Ct. H.R., judgment of 29 July 1988).

IV. Positive obligations to protect the right to life against private interference

1. Protection by criminal law

In addition to their obligation to respect human rights, States also have an obligation to ensure human rights by protecting them against interference from private parties and by taking other positive measures to fulfil. Protection can be ensured by various means, but with the most fundamental human rights, States also have an obligation to enact and enforce specific criminal legislation. In case of the right to life, this obligation of protection 'by law' is explicitly underlined in the first sentence of Article 2(1) ECHR. This means that States must effectively implement legislation criminalizing the killing of human beings, such as murder or homicide. A State violates this positive obligation if certain forms of, in particular intentional, killings were not adequately protected by domestic criminal law or if the police and/or judiciary would fail in enforcing such legislation.[71] If such a situation leads to a rise of violent crime and a general situation of insecurity, also the right to security of the person might be violated.[72] Persons, whose life is under acute danger or death threats, have even the right to claim special protection by the State. As with all positive obligations, States enjoy, however, a fairly broad margin of appreciation as to the precise implementation. For example, the obligation of States to punish perpetrators of murder or homicide with appropriate prison sentences in order to protect society against similar crimes by these person in the future must be balanced against legitimate aim of a policy of social rehabilitation and reintegration of criminal offenders, as laid down in Article 10, paragraph 3 CCPR.[73] The lack of adequate criminal protection is usually most controversial in ethical and medical borderline cases, such as abortion and euthanasia.

Since terrorism constitutes one of the most serious violations of human rights, above all the right to life, by private persons and organized groups, States have a particular obligation to protect the victims of terrorism by means of criminal law and international cooperation. In recent years, and particularly after 11 September 2001, the EU has also adopted various instruments to combat terrorism in the broader framework of establishing a genuine area of freedom, security and justice. In addition to the Europol Convention, various joint actions and recommendations, the Council, in June 2002, adopted a framework decision which obliges EU member States to punish terrorist offences in an effective, proportionate and dissuasive manner, to apply criminal penalties also against legal persons, to ensure appropriate assistance for victims and their families, and to coordinate their action with other EU States.[74] In December 2002, the Council adopted a decision in order to strengthen police and judicial cooperation in the area of preventing and combating terrorist acts.[75]

2. Abortion

Whereas Article 4(1) ACHR protects the right of 'every person' to life 'in general, from the moment of conception', other comparable provisions, such as Article 6(1) CCPR and Article 2(1) ECHR, do not contain any definition when such protection should start. The European Court of Human Rights has not yet decided on this issue, but from the travaux préparatoires of Article 2 ECHR, from the practice of member States of the Council of Europe legalizing abortion and from the few decisions of the European Commission of Human Rights,[76] one might conclude that the full protection of the right to life starts only with the birth of the child. During the drafting of Article 2 of the Charter in the Convention, various attempts to provide explicit protection to the unborn child and the interpretation

[71] Cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Osman v. United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Rep*. 1998-VIII.
[72] See the Commentary on Article 6 of the Charter. The European Court of Human Rights applies, however, a very restrictive interpretation of Article 5 ECHR, which deprives the right to personal security of any independent scope of application.
[73] Cf. Eur. Ct. H.R. (GC), *Mastromatteo v. Italy* (Appl. No. 37703/97), judgment of 24 January 2002, *Rep.* 2002-VIII, para. 72.
[74] Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism, OJ L 164 of 22 June 2002.
[75] Council Decision 2003/48/JHA of 19 December 2002 on the implementation of specific measures for police and judicial cooperation to combat terrorism in accordance with Article 4 of Common Position 2001/931/CFSP, OJ L 16 of 22 January 2003.
[76] See, e.g., the report of the European Commission of Human Rights in *Brüggemann and Scheuten v. Germany* of 12 July 1977, DR 10, 100.

of the word 'personne' and 'Person' in the French and German versions instead of the English 'everyone' have led to very controversial discussions.[77] The presidium of the Convention decided, however, to keep the vague provision in Article 2(1) with the explanation that this provision corresponds to the first sentence of Article 2(1) ECHR. Until the European Court of Human Rights might decide differently, one can, therefore, conclude that any reasonable legalization of abortion does not amount to a violation of the positive obligation of States to protect the right to life. Whether a total criminalization of abortion, on the other hand, violates human rights, depends on the interpretation of other rights, such as the right to privacy and non-discrimination of the mother.

3. Euthanasia

In principle, the positive obligation to protect the right to life starts with birth and ends with the natural death of a human being. In view of recent discussions and legislation in EU member States aimed at the partial decriminalization of active voluntary euthanasia and assisted suicide,[78] this question was also subject of controversies during the drafting of Article 2 of the Charter. When the UN Human Rights Committee in July 2001 examined the third periodic State report of the Netherlands in accordance with Article 40 CCPR, it expressed serious concern at the relatively high number of cases of euthanasia and assisted suicide in 2000 and at the fact that the respective Dutch law is also applicable to minors who have reached the age of 12 years.[79] In the meantime, the European Court of Human Rights, in the landmark case of *Pretty v. UK*, decided on the question whether the penal prohibition of assisted suicide by the British Suicide Act of 1961 constituted a violation of the rights to life, privacy and other rights of the ECHR. The applicant was a 43-year-old woman suffering from a progressive neuro-degenerative disease of motor cells which leads to a slow, fully conscious and very painful death, usually as a result of weakness of the breathing muscles. As she was paralyzed and not any more able to commit suicide, she asked the Director of Public Prosecutions to give an undertaking not to prosecute her husband should he assist her to commit suicide in accordance with her wishes. Her request was dismissed by the Director of Public Prosecutions, British courts (including the House of Lords) and the European Court of Human Rights.[80] In relation to the right to life the Court concluded that 'no right to die, whether at the hands of a third person or with the assistance of a public authority, can be derived from Article 2 of the Convention'.[81] In respect to the right to privacy, the Court accepted that the refusal of the Director of Public Prosecutions constituted an interference with Article 8(1), but finally held that that this interference was justified as necessary 'for the protection of the rights of others',[82] without explaining, however, who was meant by the 'others' in the concrete case of Mrs. Pretty.

It follows from this case-law that a strict domestic criminal prohibition of euthanasia and assisted suicide is in accordance with the ECHR and, therefore, also with the EU Charter. Whether, on the other hand, such a criminal prohibition is required by the positive State obligation to protect the right to life was, however, not decided by the Court. There can be no doubt that all forms of non-voluntary euthanasia by State organs, such as those practiced in Nazi Germany, constitutes a violation of Article 2. Whether the partial decriminalization of active voluntary euthanasia and assisted suicide in the Netherlands and Belgium amounts to a human rights violation, depends, however, on a careful balancing of the positive obligation to protect the right to life and the obligation of States to respect the

[77] For the travaux préparatoires of the Charter see http://ue.eu.int/df/default.asp?lang. See also the German compilation of these documents in Norbert Bernsdorff/Martin Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, Baden-Baden, 2002, e.g. 170 et seq. For a summary of these discussions see also Martin Borowsky, in Jürgen Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003, 72 et seq.

[78] On the respective legislation in the Netherlands and Belgium see, e.g., the Report on the Situation of Fundamental Rights in the European Union and its Member States in 2002, prepared by the E.U. Network of Independent Experts in Fundamental Rights in 2003, 29 et seq.
This report is available on the following website: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm

[79] See the 2001 Annual report of the Human Rights Committee to the General Assembly (UN Doc. A/56/40, para. 82).

[80] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Pretty v. United Kingdom* (Appl. No. 2346/02), judgment of 29 April 2002, *Rep*. 2002-III.

[81] Ibid, para. 40.

[82] Ibid, para. 78.

right of human beings to die with dignity, which can be derived from the right to privacy in Article 8 ECHR and Article 7 EU Charter as well as from the strong emphasis on the inviolability of human dignity in Article 1 of the Charter.[83]

4. Positive obligations to fulfil the right to life

While the UN Human Rights Committee has derived far-reaching positive obligations from Article 6 CCPR, such as the obligation to take all possible measures to reduce infant mortality, to increase life expectancy, to eliminate malnutrition and epidemics, and to prohibit nuclear weapons,[84] the European Court of Human Rights has traditionally been much more cautious in accepting such far-reaching positive obligations. But in recent years, the Court has accepted certain obligations to protect persons against threats to their life emanating from serious environmental and similar health risks.[85] In respect to persons, for whom the State has a particular responsibility, such as detainees, persons with disabilities, the elderly or children, the positive obligation to protect the right to life and to prevent certain risks, naturally becomes stronger. The European Court of Human Rights has, for instance, found violations of Article 2 ECHR in cases where detainees were not effectively protected against violence by other inmates or did not enjoy sufficient medical support in case of suicidal tendencies.[86]

5. Death penalty

Article 2(2) of the Charter guarantees that 'No one shall be condemned to the death penalty, or executed'. In spite of highly controversial debates in the Convention[87] and although the explanations of the presidium indicate that the prohibition of capital punishment only extends to times of peace,[88] a systematic and dynamic interpretation of this provision in conjunction with Articles 1, 3, 4 and 19(2) of the Charter and in light of recent abolitionist developments in the Council of Europe, including the adoption of Protocol No 13 to the ECHR in 2002 and the judgment of the European Court of Human Rights in Öcalan v. Turkey of March 2003,[89] as well as the strict policy of the European Union in this respect,[90] lead to the conclusion that Article 2(2) of the Charter contains an absolute prohibition of the death penalty. This means that no human being who has been sentenced to death may be executed and that in the future no one shall be condemned to death, both in times of peace and war. It also means that no EU member State is permitted in the future to re-introduce capital punishment. Finally, Article 19(2) of the Charter prohibits in absolute terms any removal, expulsion or extradition of a person 'to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty'.[91] The EU Charter, therefore, constitutes a further important step in making Europe a 'death penalty free zone'

[83] See the Commentary on Article 1 of the Charter.
[84] cf**.** Human Rights Committee, General Comment 6, Article 6 (1982), UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 6 (1994) and General Comment 14, Article 6 (1984), UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 18 (1994).
[85] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *L.C.B. v. United Kingdom*, judgment of 9 June 1998, *Rep*. 1998-III and Eur. Ct. H.R. (GC), *Calvelli and Ciglio v. Italy* (Appl. No. 32967/96), judgment of 17 January 2002, *Rep*. 2002-I.
[86] cf., e.g., Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Edwards v. United Kingdom* (Appl. No. 46477/99), judgment of 14 March 2002, *Rep.* 2002-II; Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Anguelova v. Bulgaria* (Appl. No. 38361/97), judgment of 13 June 2002, *Rep*. 2002-I; Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Tanribilir v. Turkey* (Appl. No. 21422/93), judgment of 16 November 2000; Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Keenan v. United Kingdom* (Appl. No. 27229/95), judgment of 3 April 2001, *Rep*. 2001-III.
[87] See Martin Borowsky, in Jürgen Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003.
[88] Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03, p. 16.
[89] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Öcalan v. Turkey* (Appl. No. 46221/99), judgment of 12 March 2003.
[90] The European Union, in particular in the framework of the Common Foreign and Security Policy, actively pursues a policy aimed at the universal abolition of the death penalty.
[91] See the Commentary on Article19 of the Charter.

Article 3. Right to the integrity of the person

1. Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity.

2. In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular:

- the free and informed consent of the person concerned, according to the procedures laid down by law,
- the prohibition of eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons,
- the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain,
- the prohibition of the reproductive cloning of human beings.

I. The significance and context of the right to personal integrity

Traditionally, the human right to personal integrity is to be understood as the positive expression of the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment, as laid down in Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) or in Article 7 of the UN Covenant on Civil and Political Rights (CCPR). Other treaties have made this connection between the positive and negative sides of the same right more explicit. Article 5(1) of the American Convention on Human Rights (ACHR), for instance, grants to every person the right to have his physical, mental, and moral integrity respected, which is illustrated by the prohibition of torture and the respect of human dignity in the following paragraphs. Similarly, Article 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights combines the right to life with the right to personal integrity, and in Article 5 guarantees the right to respect for the dignity inherent in a human being together with the prohibition of slavery and torture.

The special provision of the right to physical and mental integrity in Article 3 of the EU Charter in addition to the prohibition of torture in Article 4 is, therefore, not as new as some members of the Convention during the drafting of the Charter thought.[92] What is new in a general human rights instrument are the specific principles in relation to the fields of medicine and biology, although Article 7 CCPR already contains a specific provision that no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

The right to personal (physical and mental) integrity is a fairly broad right, which includes the prohibition of physical and mental torture, inhuman and degrading treatment and punishment as well as a broad range of less serious forms of interference with a person's body and mind which have traditionally been covered by the right to privacy. One might think in this respect of mandatory treatment with psychoactive drugs and other forced psychiatric interventions, 'brain washing', body searches, strong noise and similar environmental risks, compulsory vaccinations, the forced taking of mandatory blood samples for the purpose of determining paternity or any form of medical treatment absent or against the will of the patient. Such interference with the right to physical and mental integrity as part of the right to privacy does not amount to a violation of Article 8 ECHR or Article 7 of the EU Charter if it is necessary in a democratic society in the interests of various public goals, including the protection of health and the protection of the rights of others. If the interference reaches

[92] On the travaux préparatoires of Article 3 of the Charter see http://ue.eu.int/df/default.asp?lang and the German compilation of the relevant documents in Norbert Bernsdorff/Martin Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, Baden-Baden, 2002, pp. 144, 173 and 272 et seq. See also Martin Borowski in Jürgen Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003, 90 et seq. In Doc. Convent 45 of 28 July 2000, the representative of the Swedish Government, Tarschys, e.g. commented as follows: 'The concept of 'mental integrity' remains a mystery to Swedish experts who cannot find it in either the Convention on Biomedicine and Human Rights or any other international instrument.'

a certain degree of intensity, pain and suffering, it amounts to degrading or inhuman treatment and is, therefore, absolutely prohibited by Article 3 ECHR and Article 4 EU Charter.

The question, therefore, arises whether Article 3(1) of the Charter adds anything to the existing rights in the ECHR or the other rights provided for in the Charter. As the general limitation clause in Article 52(1) of the Charter stresses the proportionality principle and is fairly similar to the one in Article 8(2) ECHR, and since any interference with the physical and mental integrity of a person also constitutes an interference with his or her privacy, this question might be answered in the negative. On the other hand, it seems important for symbolic and systematic reasons in the context of the first Chapter on Dignity, to provide for a specific right to personal integrity as a link between the inviolability of human dignity in Article 1 and the prohibition of torture in Article 4.

The main practical significance of the right to personal integrity consists, therefore, in the specific limitations on medicine and biology in Article 3(2). This corresponds to one of the aims expressed in the Preamble, namely to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments by making those rights more visible. Most principles enumerated in Article 3(2) in fact constitute a specific limitation on the freedom of scientific research, which is explicitly guaranteed in Article 13 of the Charter. Other provisions of the Charter, which shall be taken into account in the interpretation of Article 3(2), are the right to health in Article 35, the right to environmental protection in Article 37 and the prohibition of discrimination on the ground of genetic features, as stipulated in Article 21(1).[93]

Since the other aspects of the right to personal integrity will be dealt with in relation to the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment in Article 4,[94] and in relation to the right to privacy in Article 7, the following analysis will be restricted to the specific rights of human beings in the fields of medicine and biology, as laid down in Article 3(2).

II. Limits to certain practices in the fields of medicine and biology

1. Principles of the European Convention on Human Rights and Biomedicine

During the drafting of the Charter and in the explanations of the presidium it was repeatedly stated that 'The principles of Article 3 of the Charter are already included in the Convention on Human Rights and Biomedicine', and that 'The Charter does not set out to depart from those principles'. The full title of this Convention, which has been adopted by the Council of Europe on 4 April 1997 and entered into force on 1 December 1999, is 'Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine'.[95] On 12 January 1998, the Council of Europe adopted already a first Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings,[96] which entered into force on 1 March 2001 and which is also explicitly referred to in the explanations of the presidium. On 24 January 2002, a second Additional Protocol on Transplantation of Organs and Tissues of Human Beings has been opened for signature, but has not yet entered into force.[97] Although it could not yet have been taken into account during the drafting of the Charter, a dynamic interpretation, as foreseen in the explanations of the presidium to Article 52(3), should also refer to these new provisions. Similarly, reference will also be made to the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, adopted by the General Conference of UNESCO on 11 November 1997. Within the EU, negotiations are presently conducted with the aim of adopting a

[93] See the Commentary on Article 21 of the Charter.
[94] See the Commentary on Article 4 of the Charter.
[95] ETS No. 164.
[96] ETS No. 168.
[97] ETS No. 186.

Directive of the European Parliament and of the Council on 'setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, storage, and distribution of human tissues and cells'.[98]

The words 'in particular' in the first part of Article 3(2) show that the four principles guaranteed therein are not exhaustive. Other rights and principles laid down in the Biomedicine Convention and its two Protocols include the following:

- The right to equitable access to health care of appropriate quality (Article 3)[99]
- The principle that any intervention in the health field, including research, must be carried out in accordance with relevant professional obligations and standards (Article 4)
- The right to know any information collected about one's health (Article 10)
- Prohibition of discrimination on grounds of one's genetic heritage (Article 11)[100]
- Restriction of predictive genetic tests to health purposes or scientific research linked to health purposes (Article 12)
- Permission of an intervention to modify the human genome only for preventive, diagnostic or therapeutic purposes (Article 13)
- Absolute prohibition of any modification in the genome of any descendants (Article 13)
- Prohibition of using techniques of medically assisted procreation for the purpose of choosing a future child's sex, except where serious hereditary sex-related disease is to be avoided (Article 14)
- Protection of persons undergoing research (Article 16)
- Adequate protection of the embryo in case of lawful research on embryos in vitro (Article 18(1))
- Absolute prohibition of the creation of human embryos for research purposes (Article 18(2))
- Permission of the removal of organs or tissues from a living person for transplantation purposes solely for the therapeutic benefit of the recipient and where there is no suitable organ or tissue available from a deceased person and no other alternative therapeutic method of comparable effectiveness (Article 19(1) and Article 9 of Protocol 2)
- Permission of organ removal from a living donor only for the benefit of a recipient with whom the donor has a close personal relationship or with the approval of an appropriate independent body under conditions defined by law (Article 10 of Protocol 2)
- Principle of the disposal of a removed part of the human body (Article 22).

It is clear from these provisions that the Biomedicine Convention only represents an absolute minimum of guarantees as compared to the far-reaching dangers posed by the misuse of modern techniques of medicine and biology. On the other hand, the Convention is the first binding human rights treaty in this field, and the Steering Committee on Bioethics provided for in Article 32 has been entrusted to monitor scientific developments, to regularly re-examine the Convention in light of these developments and to propose respective amendments and Additional Protocols. This concern about the rapid development of biomedicine has led to two Additional Protocols within only five years after the adoption of the Convention. Most important in this respect is the first Protocol on the prohibition of cloning, which is also contained in the explicit list of Article 3(2) of the Charter.

[98] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, storage, and distribution of human tissues and cells, COM (2002) 319 of 19.06.2002; Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, storage, and distribution of human tissues and cells (presented by the Commission pursuant to Article 250, COM (2003) 340 final of 28.05.2003.

[99] This important social right is guaranteed in Article 35 of the Charter: see infra, the Commentary on Article 35 of the Charter.

[100] This prohibition is contained in Article 21(1) of the Charter.

The protection of the embryo against genetic engineering and other unlawful research and the absolute prohibition of any modification in the genome of any descendants illustrates that the protection of the right to personal integrity extends to the unborn child and even to future generations. This represents an important difference to the right to life in Article 2, which in principle is only protected as from birth.[101]

2. Principle of the free and informed consent of the person concerned

Any intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it. This important principle of medical ethics has been laid down in Article 5(1) of the Biomedicine Convention and taken over by Article 3(2) of the Charter. The principle of informed consent presupposes that the person concerned shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks. The principle of free consent implies that the person concerned may freely withdraw consent at any time. The principle applies to every intervention in the health field, i.e. for preventive, diagnostic and therapeutic purposes as well as scientific research (Article 16(v) of the Convention) and removal of organs or tissue for transplantation purposes (Article 19(2) of the Convention and Articles 13 and 17 of Protocol 2).

The principle of free and informed consent constitutes, however, only a general rule subject to many exceptions. While Article 3(2) of the Charter refers in this respect simply to the procedures laid down by domestic law, the Biomedicine Convention, in Articles 6, 7, 8, 9, 17 and 20, contains a number of detailed provisions for the protection of persons not able to consent, such as minors, persons with a disease, a mental disability or a mental disorder of a serious nature. When because of an emergency situation the appropriate consent cannot be obtained, any medically necessary intervention may, nevertheless, be carried out immediately for the benefit of the health of the individual concerned (Article 8). In contrast to Article 7 CCPR, which stipulates in absolute terms that 'no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation', Article 17 of the Biomedicine Convention also allows, in exceptional circumstances, research on a person without the capacity to consent. The European Court of Justice has also recognized the principle of free and informed consent, in particular in respect of the removal and transplantation of organs and tissue, as an element of the right to human integrity.[102]

3. Prohibition of eugenic practices

The prohibition of eugenic practices has been included in Article 3(2) on the initiative of the European Group on Ethics in Science and New Technologies. On the request of Commission President Prodi, this group has submitted in June 2000 a report on the draft Charter to the Convention, which included the proposal for an additional article on the 'prohibition of eugenics'.[103] According to this report, the original idea of eugenics in the 19th century was that 'society must foster the breeding of those who possessed favourable traits and to discourage the breeding of those who did not. At the time this seemed only common sense to many scientists and politicians in Europe. But after World War II and the fall of the Third Reich, eugenics as an acceptable social theory, appeared to be dead.' Nevertheless, the question of eugenics has been raised again in recent years, in particular in relation to pre-implantation genetic diagnosis (PGD). According to the explanations of the presidium on Article 3(2), the reference to eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons, relates to more serious situations in which selection programmes are organised and implemented, involving 'campaigns for sterilisation, forced pregnancy, compulsory ethnic marriage among others'.

[101] See the Commentary on Article 2 of the Charter.
[102] See ECJ, Case C-377/98, *the Netherlands v. European Parliament and Council of the European Union*, [2001] *ECR* I-07079 (judgment of 9 October 2001), para. 78.
[103] See Doc. CHARTE 4370/00 of 15 June 2000.

The prohibition of eugenic practices, as they have been carried out in Nazi Germany, but also more recently as part of the 'ethnic cleansing' policies in Bosnia and Herzegovina, is not contained in the Biomedicine Convention. But these practices constitute violations of various human rights, including the prohibition of inhuman and degrading treatment, the principle of free and full consent in relation to the right to marry, as laid down in Article 23(3) CCPR, the right to privacy and protection of the family, and the principle of non-discrimination on the ground of genetic features or heritage, as stipulated in Article 21(1) of the Charter and Article 11 of the Biomedicine Convention. The most serious forms of eugenic practices, such as forced pregnancy and enforced sterilization committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, also constitute crimes against humanity, as prohibited by Article 7(1)(g) of the Rome Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998. The reference to the ICC-Statute in the explanations of the presidium should not, however, lead to the conclusion that only such serious eugenic practices are covered by the explicit prohibition of eugenic practices in Article 3(2) of the Charter. This is also underlined by the words 'in particular'. The prohibition of eugenic practices applies to measures of State and non-State actors alike as, e.g., the policies of the Bosnian Serb military and paramilitary forces during the armed conflict between 1992 and 1995.[104]

4. Prohibition of financial gain

According to Article 21 of the Biomedicine Convention, the human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain. This prohibition, which primarily relates to the sale of human organs and tissue, and which was taken from a French law on the respect for the human body of 1994, was also adopted in Article 3(2) of the Charter. Closely related to the prohibition of financial gain is the provision of Article 22 of the Biomedicine Convention: When in the course of an intervention any part of a human body is removed, it may be stored and used for a purpose other than that for which it was removed, only if this is done in conformity with appropriate information and consent procedures. Although the prohibition of financial gain seems to be formulated in fairly absolute terms, certain exceptions should nevertheless be permissible in accordance with the general limitation clause in Article 52(1). One might think, for instance, about the sale of human hair. Article 21 of Protocol 2 to the Biomedicine Convention has specified the prohibition of financial gain by explicitly permitting certain payments in the context of organ transplantation, such as fees for legitimate medical or related technical services and compensation to the donor in case of undue damage resulting from the removal of organs or tissues. On the other hand, the alarming practice of poor people, in particular in the South, to sell organs and tissue to the rich for the sole purpose of financial gain needs to be prohibited by respective domestic criminal legislation in strict and absolute terms. This principle has been re-affirmed in Article 22 of Protocol 2, which contains an absolute prohibition of organ and tissue trafficking. Article 12 of the draft EU Directive on the donation of human tissues and cells mentioned above proposes to oblige member States to ensure that there is no trading in unmodified tissues and cells and that any donation is done without payment except compensation.[105]

Article 21 of the Biomedicine Convention, Article 4 of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, and Article 3(2) of the Charter do not prohibit the sale of or trade with parts of the human body, but only to make them 'a source of financial gain'. This means, in particular, that the acquisition of property rights on parts of the human body of another person, e.g. by the doctor or hospital in charge of an organ transplantation, is not excluded. In the case of The Netherlands v. European Parliament and the Council relating to the Directive 98/44 on the legal protection of biotechnological inventions, the European Court of Justice had to decide whether the patentability of isolated parts of the human body provided for by Article 5(2) of the Directive reduces, as the Dutch Government has argued, living human matter to a means to an end, undermining human dignity and integrity. The Court stressed that the human body at the various stages of its formation and development cannot constitute a patentable invention. Since, according to the Directive, only

[104] but see Martin Borowski in Jürgen Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003, p. 104 seq. who argues that eugenics by non-State actors would not fall under this prohibition.
[105] See supra.

'inventions which combine a natural element with a technical process enabling it to be isolated or produced for an industrial application can be the subject of an application for a patent', the Court held that 'the Directive frames the law on patents in a manner sufficiently rigorous to ensure that the human body effectively remains unavailable and inalienable and that human dignity is thus safeguarded'.[106]

5. Prohibition of the reproductive cloning of human beings

The Biomedicine Convention as such does not address the sensitive issue of cloning. But Protocol 1, which is also explicitly mentioned in the explanations of the presidium, prohibits all cloning of human beings, defined as 'Any intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being, whether living or dead'. In view of a strong tendency in the Convention against such an absolute prohibition of cloning, the presidium, in May 2000, agreed to restrict this prohibition to the mere reproductive cloning of human beings.[107] The European Group on Ethics in Science and New Technologies also was divided on the question of cloning.[108] In its Opinion on cloning techniques of 28 May 1997, the Group had firmly condemned reproductive cloning, defined as 'cloning aimed at the birth of identical individuals'. Distinguishing reproductive and non reproductive cloning (related for instance to human cells research), the Group stated that although 'many motives have been proposed' to justify human reproductive cloning, 'considerations of instrumentalization and eugenics render any such acts ethically unacceptable'. In its report to the Convention of 15 June 2000, the Group was no longer unanimous even on the prohibition of reproductive cloning in the Charter. It, therefore, proposed to either omit any reference to the cloning of human beings or to restrict it to reproductive cloning. This is also in line with Article 11 of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights.

The latter alternative was finally accepted in the Convention. The explanations of the presidium in this respect seem to be somewhat surprising. After stressing that the principles of Article 3 of the Charter are already included in the Biomedicine Convention and Protocol 1 and that 'the Charter does not set out to depart from those principles, and therefore prohibits only reproductive cloning. It neither authorises nor prohibits other forms of cloning. Thus it does not in any way prevent the legislature from prohibiting other forms of cloning.' By prohibiting only reproductive cloning, the Charter in fact departs from the general prohibition of cloning human beings contained in Article 1 of Protocol 1. The 'other forms of cloning' mentioned in the explanations of the presidium are not further defined but seem to refer, in particular, to therapeutic cloning and cloning for the purpose of scientific research. In this respect, Article 18(2) of the Biomedicine Convention, which prohibits the creation of human embryos for research purposes and which forms part of the right to personal integrity in Article 2 of the Charter, seems to limit the margin of appreciation of States. If one interprets the term 'human embryo' in Article 18(2) of the Biomedicine Convention in a broad sense, cloning of human beings for research purposes seems, in principle, to be prohibited. Insofar as therapeutic cloning can only be achieved by means of biomedical research, Article 18(2) might also prevent those techniques of therapeutic cloning. According to Article 4, paragraph 4 of the draft EU Directive on the donation of human tissues and cells mentioned above, member States shall at least prohibit research on human cloning for reproductive purposes as well as research designed to create human embryos solely for research purposes or to supply stem cells, including by means of the transfer of somatic cell nuclei.[109]

The right to personal integrity and all principles in Article 3(2) of the Charter, including the explicit prohibition of reproductive (and possible other forms of) cloning of human beings are, however, subject to the general limitation clause in Article 52(1) of the Charter. Limitations of the right to personal integrity, which are provided for under domestic law, might be permissible if they respect the essence of this right, are proportional, necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others. These rights and

[106] ECJ, Case C-377/98, *the Netherlands v. European Parliament and Council of the European Union*, [2001] *ECR* I-07079 (judgment of 9 October 2001), paras. 69 to 77.
[107] Doc Convent 28 of 5 May 2000.
[108] Doc Charte 4370/00 of 15 June 2000.
[109] See supra.

freedoms of others are not only the freedom of scientific research, but also, e.g. in case of therapeutic cloning, the right of everyone to have access to and to benefit from a high level of human health protection guaranteed in Article 35 of the Charter. In other words, States seem to continue to enjoy a fairly broad margin of appreciation in deciding on such sensitive and ethically controversial issues as the cloning of human beings. Finally, it will be up to the European Court of Justice, and to the European Court of Human Rights, which under Article 29 of the Biomedicine Convention may give advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of this Convention, to decide whether respective domestic laws are compatible with the right to personal integrity and human dignity or not.

Article 4. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

I. Significance of the prohibition of torture in the Charter and other human rights instruments

1. Introduction

The prohibition against torture is one of the most fundamental human rights along with the right to dignity, the right to life, the right to integrity and the prohibition against slavery, all which are mentioned in the same chapter of the Charter (chapter 1; entitled *Dignity*). These core rights all concern the dignity of the human being, and especially the prohibition against torture and the right to life certainly expresses some of the very core values of the Member States.

One should bear in mind the above mentioned context in the interpretation of the provision, and the reference to Article 52(3) of the Charter, since the article stipulates that a restrictive interpretation should be avoided. Furthermore, it indicates a positive attitude towards a dynamic interpretation of the article, developing the scope of the protection. The wording of article 4 of the Charter is identical to article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and the *Explanations* refer directly to the provision. The ECHR and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) should therefore be considered the primary source of interpretation.

The prohibition was introduced in the *UN Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), which lays down in Article 5 that 'No one shall be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment'.[110] Other international human rights instruments which subsequently reiterated this guarantee include the UN Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR),[111] Article 7 of which lays down the prohibition against torture, inhuman or degrading treatment or punishment, adding – as the UDHR itself, on which the ICCPR was based – cruelty to the list of qualifying criteria. Furthermore the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT),[112] exclusively deals with the issue.

In the ECHR a prohibition against torture or inhuman or degrading treatment or punishment is laid down in Article 3. This provision prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim's behaviour.[113] It therefore does not allow any restrictions to the protection of the individual against the imposition of pain or suffering : the author of such prohibited treatment therefore may not seek to justify inflicting torture or an inhuman or treatment by the need to realize a legitimate purpose.

2. International humanitarian law

Torture is prohibited in armed conflict, whether international or internal, against soldiers who have laid down their arms and against civilians. Thus, Article 75(2) of the 1977 Protocol (I) Additional to

[110] The UDHR was adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948.
[111] Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, the ICCPR entered into force 23 March 1976.
[112] Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984, the CAT entered into force on 26 June 1987.
[113] See, for example, Eur.Ct. H.R. (GC), *Labita v. Italy* (Appl. No.26772/95), judgment of 6 April 2000, *Rep.* 2000-IV, para. 119.

the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts[114] stipulates that 'murder; torture of all kinds, whether physical or mental; corporal punishment; and mutilation…are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents.' Furthermore, using force to obtain information is explicitly prohibited in Article 31 of the Fourth Geneva Convention[115] which stipulates that: 'No physical or moral coercion shall be exercised against protected persons, in particular to obtain information from them or from third parties.'

3. Non-derogability

Its non-derogable character provides another indication of the importance attached to the prohibition against torture and against inhuman and degrading treatment and punishment. Both the ECHR and the ICCPR contain, in Article 15(2) and Article 4(2) respectively, state that the prohibition against torture, inhuman, degrading or cruel treatment or punishment cannot be derogated from in times of war or in the presence of another public emergency threatening the life and existence of the nation.[116] In similar fashion, the CAT states in Article 2(2) that 'No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture'.

The text of article 4 of the Charter is itself silent on the question whether this provision may be derogated from. However, Article 52(3) states that 'Insofar as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention.' Article 4 of the Charter thus has to be interpreted in accordance with the ECHR, which does not allow for derogations to the prohibition against torture. Moreover, the absence of any provision relating to derogations from the rights, freedoms and principles listed in the Charter – and, indeed, the absence of any procedure through which the Union institutions could notify their intent to derogate from the guarantees of the Charter – suggests that in the view of the drafters of the Charter, no derogation to this instrument was envisaged, whatever the circumstances.[117]

4. Horizontal effect

The State may in certain circumstances have an obligation to actively intervene in order to ensure that a private party does not violate the human rights of another private party. Lack of measures initiated with the purpose of fulfilling this obligation may, eventually, lead to violations for which the State may be held responsible.[118]

The UN Human Rights Committee (HRC) has stated that it is the duty of public authorities to ensure protection by the law against prohibited acts '…whether inflicted by people acting in their official

[114] This Protocol was adopted on 8 June 1977 by the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armned Conflicts. It entered into force 7 December 1979.
[115] Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, adopted on 12 August 1949 by the Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War, held in Geneva from 21 April to 12 August, 1949. This instrument entered into force 21 October 1950.
[116] It will also be noted that Article 37 a) of the UN Convention on the Rights of the Child, which was adopted and opened for signature, ratification and accession by
General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 and entered into force on 2 September 1990, stipulates that ' No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment '. The Convention on the Rights of the Child contains no clause allowing for derogations to be adopted in times of war or public emergency. Under this instrument also, therefore, the prohibition of torture and ill-treatment are is non-derogable.
[117] This option has also been that of the drafters of the UN Convention on the Rights of the Child, as mentioned in the preceding note. Generally speaking, derogations from international human rights instruments have occurred only exceptionally in recent times, and may well in fact be falling into desuetude.
[118] Cf. Eur. Ct. H.R., *A. v. United Kingdom* (Appl. No. 25599/94), judgment of 23 September 1998, *Rep.* 1998-IV.

capacity, outside their official capacity or in a private capacity.'[119] Hereby, the HRC has recognized a horizontal effect of Article 7 of the ICCPR.

Article 4 of the Charter may therefore potentially also be recognized a horizontal effect, imposing on the Union an obligation to act in order to prevent acts prohibited under this provision from being committed. Whether the institutions of the EU may be held responsible for torture and related forms of prohibited treatment conducted by private parties, organizations or individuals within the member states (where such preventive measures have not been institutionalized or implemented otherwise), is an open question. However, it cannot be excluded a priori.

In contrast, CAT Article 1(1) stipulates expressly that the prohibition against torture in that instrument relates only to acts committed 'by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity'. This definition of torture excludes that it may be committed by private persons, without any form of state action.

5. The protection from the risk of torture or inhuman or degrading treatment in the context of removal from the national territory

The prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment have been interpreted as extending to a prohibition to put a person at risk of being subjected to such torture or ill-treatment, by placing that person under the jurisdiction of another State in the context of extradition or expulsion, or of refoulement of asylum-seekers whose claim to asylum has been rejected.[120] The European Court of Human Rights takes the view that 'expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 [ECHR], and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In these circumstances, Article 3 ECHR implies the obligation not to expel the person in question to that country'.[121] With respect to the risk of being subjected to torture, the prohibition of imposing a person to return is also stipulated in Article 3(1) of the 1984 UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

Article 33(1) of the 1951 Covention on the Status of Refugees also provides that 'No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion '. However, Article 3 CAT and Article 3 ECHR are much wider in the protection they afford than the non-refoulement clause contained in the Refugee Convention, which only apply to asylum seekers and refugees, and which contain an exception in Article 33(2), which denies the protection against refoulement of Article 33(1) to the refugee ' whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country '.[122] A person could very well not be persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion and still be at risk of torture.[123] The Committee againt Torture has confirmed on a number of occasions, the absolute nature of Article 3[124]. Article 3 should be applicable to all aliens not only to refugees[125] but also to others without such status[126] and including those who have not requested

[119] Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 30 (1994), para. 2.
[120] See also the developments in this regard under Article 19(2) of the Charter.
[121] Eur. Ct. HR, *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A No. 161, p. 35, para. 88, Eur. Ct. HR, *Chahal v. the United Kingdom* judgment of 15 November 1996 (Appl. No. 22414/93), para. 74.
[122] UN Docs. CAT/C/SR.13, §27; CAT/C/SR.12, §27; CAT/C/SR.52, §6; CAT/C/SR.65, §60; CAT/C/SR.79, §10.
[123] UN Docs. CAT/C7SR.65, §60; CAT/C/SR.91, § 54.
[124] UN Doc. CAT/C/SR.77, § 26.
[125] UN Doc. CAT/C/SR.28, § 77.
[126] UN Doc. CAT/C/SR.63, § 37.

asylum[127]. Common criminals cannot be excluded from the application of Article 3[128] nor can those persons considered to be 'threats to national security'.[129] However, the protection from being subjected to a risk of torture or ill-treatment under Article 3 ECHR is wider than that afforded under Article 3 CAT : in contrast with what follows from the definition of torture under Article 1 CAT, which excludes that torture may be committed by private parties, the European Court of Human Rights noted that the protection afforded by Article 3 ECHR extends to situations 'where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection'.[130]

The protection from the risk of ill-treatment in the context of removal finds is also most developed under Article 3 ECHR, since the European Court of Human Rights has ruled that the implementation of the removal order where the vital medical treatment he/she is following would be interrupted may, under certain exceptional circumstances, amount to an inhuman treatment.[131]

6. Obligation to investigate

The State has a positive obligation to conduct a timely and thorough investigation into allegations of the use of torture, inhuman and degrading treatment or punishment whether applied by agents of the State or non-state actors. While the failure to conduct an investigation may constitute a violation of various articles according to the case law of ECtHR (article 1, article 3, article 6 and article 13 of the ECHR), recent case law indicates that the 'procedural obligation' derives directly from article 3.[132] Also the Human Rights Committee underlines the State's duty to investigate allegations of ill-treatment and torture.[133]

7. Securing evidence

As a point of departure, the burden of proof of violation of the prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment rests on the victim.[134] In certain circumstances, however, the burden of proof may be shifted to the state. This may be the case in situations where it is clear that physical or mental pain or suffering is a result of treatment imposed on the person while in the hands of public authorities or other state organs – and the authorities cannot give adequate explanations of such effects or wounds.[135]

Generally, there is a high requirement to the burden of proof, since the use of torture is a serious allegation. However, it should be kept in mind that some means of torture leave little or no trace at all if skilfully administered. If the allegation is supported by some evidence (e.g. injuries after a detention) by the police, the State will be required to put forward a plausible explanation. The State is obviously in the best position to secure the evidence in relation to any allegation of any exposure to ill-treatment while in the custody of State agents.[136] If the State fails to provide any reasonable explanation for the injuries received by e.g. detainees, and fails to conduct a timely and thorough

[127] UN Doc. CAT/C/SR.52, § 62.
[128] UN Doc. CAT/C/SR.32, § 15.
[129] UN Docs. CAT/C/SR.12, § 21; CAT/C/SR.126, § 51.
[130] Eur. Ct. HR, *H.L.R. v. France*, judgment of 29 April 1997 (Appl. No. 24573/94), para. 40.
[131] Eur. Ct. HR, *D. v. the United Kindgom* judgment of 2 May 1997 (Appl. No. 30240/90); *Bensaïd v the United Kingdom* judgment of 6 February 2001 (Appl. No. 44599/98).
[132] Eur. Ct.H.R. (2nd sect.), *Sevtap Veznedarodlu v. Turkey* (Appl. No. 32357/96), judgment of 11 April 2000.
[133] See Human Rights Committee, Communication No. 328/1988, *Zelaya Blanco v. Nicaragua*, final views of 18 April 1994 (CCPR/C/51/D/328/1988).
[134] Eur. Ct. HR, *Klaas v. Germany* (Appl. No. 15473/89), judgment of 22 September 1993, para. 30.
[135] See, among many others, Eur. Ct. H.R., *Tomasi v. France* (Appl. No. 12850/87), judgment of 27 August 1992, *Rep.* 1993-I, paras. 108-115.
[136] Eur. Ct. H.R. (GC), *Labita v. Italy* (Appl. No. 26772/95), judgment of 6 April 2000, *Rep.* 2000-IV.

investigation, these combined factors will indicate that the state in question has violated the provision.[137]

The Optional Protocol to the United Nations Convention Against Torture (OPCAT)[138] foresees the establishment of a system of regular visits by independent international and national bodies to places of detention in order to prevent torture and other forms of ill-treatment. All States parties have an obligation to create or, if it already exists, to maintain such a national system within one year after the date of ratification or accession. The OPCAT sets out specific guarantees and safeguards which must be respected by States parties in order to guarantee the effective and independent functioning of these bodies and to ensure that they will be free from undue interference. For instance, States must make available the necessary resources. States are left free to establish the form that these mechanisms will take whilst at the same time paying due regard to the Paris Principles on the national institutions for the promotion and protection of human rights.[139]

The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)[140] has pointed out that electronic audio or video recording of police interviews is a safeguarding mechanism in relation to ill treatment of prisoners during interrogation.[141] A positive obligation to introduce such mechanisms is not stated by the ECtHR, but may be seen as inherent in the state's obligation to ensure efficient protection.

II. Description of requirements

The list of qualifying criteria attached to Article 4 has been subjected to review by both regional and international monitoring organs. It seems clear from case law from these organs, that – as a point of departure – a specific classification of actions is not decisive for the assessment of violation of the prohibition of torture, inhuman, degrading treatment or punishment. Instead, the list of qualifying criteria should be seen as describing an increase in the intensity of the suffering imposed on the victim, starting with degrading treatment, to inhuman and cruel treatment or punishment, and ending with torture.[142] The assessment of whether the ill-treatment amounts to torture, inhuman or degrading treatment is relative and should take every relevant factor into account such as e.g. the context of the punishment, the duration and the physical and mental effects of the treatment together with the age, the health and gender of the victim. Generally, it is not necessary to make a distinction between *treatment* and *punishment* since they are not referred to separately. The term 'treatment', however, is a broader term than punishment and 'represents an act or an omission of an individual, one done at his request, or one done that can at least be attributed to him or her.'[143]

1. Torture

[137] For an example of the Human Rights Committee approach in issues related to the burden of proof see: Human Rights Committee, Communication No. 277/1988, *Juan Fernando Terán Jijón v. Ecuador*, final views of 8 April 1992 (CCPR/C/44/D/277/1988).

[138] The Optional Protocol was adopted on 18 December 2002 at the fifty-seventh session of the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/57/199.

[139] See Part IV OPCAT on national preventive mechanisms http://www.ohchr.org/english/law/cat-one.htm. See also, the Principles relating to the Status of National Institutions (Paris Principles) http://www.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm.

[140] The Convention provides non-judicial preventive machinery to protect detainees. It is based on a system of visits by Committee for the Prevention of Torture.
cf. Article 1 of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, opened for signature in Strasbourg on 29 November 1987 (ETS 126).

[141] cf. the 12th General Report 2001 of 3 September 2002 of the Committee for the Prevention of Torture, para. 36.

[142] See e.g. Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Mahmut Kaya v. Turkey* (Appl. No. 22535/93), judgment of 28 March 2000, *Rep.* 2000-III and Eur. Ct. H.R. (GC), *Salman v. Turkey* (Appl. No. 21986/93), judgment of 27 June 2000, *Rep.* 2000-VII.

[143] M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Engel. Publisher, Kehl-Strasbourg-Arlington, 1993.

Concerning the term torture, interpretative guidance regarding content and area of application may be derived from CAT Article 1(1), which states that 'the term 'torture' means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind.'

Although the definition prescribes that torture should be inflicted for a purpose, the list is not exhaustive.

According to the Statute of the International Criminal Court (ICC) 'Torture means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions'.[144] Most notably, this definition does not require a specific purpose or the involvement of public officials. Contrary to CAT, the ICC introduces personal responsibility rather than State responsibility.

According to HRC General Comment No. 20[145] the provision protects both the dignity and the physical and mental integrity of the individual. Furthermore, the General Comment stipulates that ill-treatment '…relates not only to acts that cause physical pain but also to acts that cause mental suffering to the victim...' (para. 5). Examples could be mock executions, solitary confinement, threats of violence, threats of sexual violence, threats to family members, etc.

2. Inhuman and degrading treatment and punishment

According to ECtHR case law there is a difference between torture and inhuman and degrading treatment.[146] In order for treatment to qualify as 'torture' it has to be deliberately inflicted and be of the most cruel and serious nature. The distinction is without legal significance as the categories of treatment constitute a violation of the article in question, even though the term 'torture' carries more of a moral stigma. Ill-treatment, both in this assessment and in the assessment of the minimum level of severity for the constitution of a violation, should be interpreted in light of present-day conditions.[147] Although the purpose of the act may be taken into consideration, inhuman and degrading treatment does not – contrary to torture – have to be deliberately inflicted. Hence, ill-treatment has to be seen in the context in which it is applied, and degrading and humiliating treatment must go beyond the suffering of what must be considered an inevitable result of a legitimate act or punishment. If the treatment is not considered inhuman but only degrading, the requirement for the treatment to be in violation of article 4 seems to be severe humiliation. Examples of humiliation encompass exposure to sexual humiliation e.g., forced nudity etc.[148]

For instance, whether or not it was motivated by a discriminatory intent or by a positive intention to debase or to humiliate, placing persons with disabilities in certain situations which, due to their particular condition, will be particularly degrading, may amount to treatment prohibited under Article 3 ECHR. In *Price v. the United Kingdom*, the applicant, who suffered from phocomelia due to thalidomide, was committed to prison for seven days for contempt of court. She was allegedly prohibited from taking with her the battery charger for her wheelchair, because this was considered to be a luxury item. Before she was brought to prison however, she spent a night in a cell at a police

[144] ICC Statute Article 7 (2) (E) Crimes against humanity (Rome Statute of the International Criminal Court, adopted on 17 July 1998).
[145] Human Rights Committee, General Comment No. 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 30 (1994).
[146] See e.g. Eur. Ct. H.R., *Ireland v. United Kingdom* (Appl. No. 5310/71), judgment of 18 January 1978, *Rep.* 1978-25.
[147] Eur. Ct. H.R. (GC), *Selmouni v. France* (Appl. No. 25803/94), judgment of 28 July 1999, *Rep.* 1999-V.
[148] See also Human Rights Committee, 25803/94, Views on Communication No. 577/1994, *Victor Alfredo Polay Campos c. Peru*, 9 January 1998 (CCPR/C/61/D/577/1994), para. 85: displayed to the press in a cage, failure to respect inherent and individual human dignity – violation of Article 7 ICCPR.

station. According to the description given in the judgment of the European Court of Human Rights : 'This cell, which contained a wooden bed and a mattress, was not specially adapted for a disabled person. The applicant alleges that she was forced to sleep in her wheelchair since the bed was hard and would have caused pain in her hips, that the emergency buttons and light switches were out of her reach, and that she was unable to use the toilet since it was higher than her wheelchair and therefore inaccessible'[149]. Despite the fact that their attention was drawn upon this situation by a doctor who was called during the night at the request of Ms Price, the police officers responsible for the custody did nothing to ensure that she was removed to a more suitable place of detention. When Ms Price was moved to the prison the next day, she was detained in the prison's health care centre, because of her limited mobility. Her cell had a wider door for wheelchair access, handles for the disabled in the toilet recess and a hydraulic hospital bed. The nursing staff however expressed its concern upon her admission over the problems that were likely to be encountered during her detention, including reaching the bed and toilet, hygiene and fluid intake, and mobility if the battery of her wheelchair ran down. When, after these concerns were expressed, the transfer of Ms Price to an outside hospital was envisaged, this could not be done because although her mobility was limited, she was not suffering from any particular medical complaint. The European Court of Human Rights found this situation to amount to a violation of Article 3 ECHR : despite the absence of any 'positive intention to humiliate or debase the applicant'[150], the Court considered that

> to detain a severely disabled person in conditions where she is dangerously cold, risks developing sores because her bed is too hard or unreachable, and is unable to go to the toilet or keep clean without the greatest of difficulty, constitutes degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention[151].

III. Identification of main problematic areas

Article 4 of the Charter is applicable in a variety of instances, covering arrest and interrogation by the police, prison conditions, physical or corporal punishment, medical or psychiatric treatment, physical or mental violence to children and impunity.

As is evident from case law from the ECtHR and from the European Committee for the Prevention of Torture (CPT) reports, the paramount number of cases and examinations concentrate on the treatment of detainees and prisoners.

1. Interrogation techniques

The case law of the European Court of Human Rights is rich with cases which illustrate the application of the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment is applicable in the treatment of accused persons in connection with their arrest and interrogation, although the ill-treatment must attain a minimum level of severity.[152] The principle of proportionality must be respected in connection with arrest and interrogation, which has as a result that the state is responsible for ensuring that a fair balance is struck between the purpose of the arrest or interrogation and the means applied to fulfil this purpose.[153]

---

[149] Eur. Ct. HR (3rd section), *Price v. the United Kingdom* (Appl. No. 33394/96), judgment of 10 July 2001.

[150] Although the presence of such an intention is one of the factors the Court takes into account in consider whether a particular treatment is 'degrading' within the meaning of Article 3 ECHR, 'the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3' (*Price*, para. 24, citing Eur. Ct. HR, *Peers v. Greece*, Appl. No. 28524/95, para. 67-68 and 74, ECHR 2001-III).

[151] *Price*, para. 30.

[152] Cf. Eur. Ct. H.R., *Ireland v. United Kingdom* (Appl. No. 5310/71), judgment of 18 January 1978, *Rep.* 1978-25 ; Eur. Ct. H.R., *Tomasi v. France* (Appl. No. 12850/87), judgment of 27 August 1992, *Rep.* 1993-I ; Eur. Ct. H.R., *Ribitsch v. Austria* (Appl. No. 18896/91), judgment of 4 December 1995, Serie A No. 336.

[153] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Berlinski v. Poland* (Appl. Nos. 27715/95 and 30209/96), judgment of 20 June 2002.

Some states are known to have used so-called 'stress and duress' interrogation techniques or similar techniques. These interrogation techniques include sensory deprivation, lengthy sleep deprivation, prolonged maintenance of painful body positions and selective use of painkillers for injured detainees and other forms of physical or psychological discomfort.[154] The idea often is to 'soften up' detainees for interrogation, to intimidate or encourage them into compliance or to punish them for non-compliance. A lengthy interrogation does not in itself constitute torture and interrogation always implies a certain amount of psychological pressure. However, a high risk exists, that such pressure may lead to a violation of the absolute prohibition against torture, cruel and degrading treatment.

The Committee against Torture has for example stated that sleep deprivation 'may in some cases constitute torture.'[155] If applied as an interpretive measure, this statement may lead to acceptance of sleep deprivation as an incidental and legitimate side effect of the interrogation process, but also to the conclusion that it constitutes prohibited treatment if applied with the purpose of breaking the will of the victim. Furthermore, the 'stress and duress' interrogation techniques can easily develop into so-called 'moderate physical pressure'[156]. Such interrogation techniques – either alone or in combination – constitute torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.[157]

Within the ambit of a positive obligation to improve the treatment of suspects during interrogation, it may, moreover, be considered whether the state will have to initiate training of police staff in order to ensure that the questioning of criminal suspects pursues exclusively the aim of obtaining accurate and reliable information.[158]

2. Solitary confinement

As mentioned above, the circumstances and the behaviour of the victim cannot justify the use of torture, inhuman or degrading treatment or punishment, since complete sensory isolation, combined with total social isolation can destroy the personality.[159] It is, however, clear from case law of the ECHR organs concerning use of solitary confinement during custody or imprisonment that Article 3 leaves room for striking a balance between the length and character of the isolation and the seriousness of the alleged criminal acts leading to isolation.[160] Use of prolonged solitary confinement, even if used as a preventive measure for the protection of security, the maintenance of order or to guarantee the safety of the prisoner, may constitute a violation.[161]

The requirements for establishing torture, inhuman or degrading treatment or punishment have been developed mainly by ECtHR in its case law. Furthermore, the reviews of cases and country reports from the UN Committee against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment are useful tools of interpretation. Finally, article 7 in ICCPR has given rise to a considerable body of case law and is, moreover, complemented by positive requirements in article 10 in ICCPR, stipulating the need for treating detainees humanly and with respect for the individual's

[154] See Eur. Ct. H.R., *Ireland v. United Kingdom* (Appl. No. 5310/71), *op. cit*. In this case, the Court describes 'five techniques' used for interrogation purposes, including hooding, painful posture for prolonged periods, continuous and monotonous noise, sleep deprivation and scarce diet, and concludes that Article 3 ECHR has been violated. Although the Court did not find that the techniques amounted to 'torture', it would most probably arrive at this qualification today, as the case of *Selmouni*, cited above, makes clear.
[155] Concluding observations of the Committee against Torture: Republic of Korea. 13.11.96, para. 56.
[156] i.e. handcuffing, hooding, shaking and sleep deprivation cf. Human Rights Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee : Israel, 18 August 1998 (CCPR/C/79/Add.93).
[157] *Ibid.*, para. 19 (1998).
[158] cf. Recommendation made by the Committee for the Prevention of Torture in its 12th General Report 2001 of 3 September 2002, para. 34.
[159] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Ocalan v. Turkey* (Appl. No. 46221/99), judgment of 12 March 2003, para. 232.
[160] Cf. Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Erdem v. Germany* (Appl. No. 38321/97), judgment of 9 December 1999, *Rep.* 2001-VI.
[161] Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.93, *op. cit.,* para. 20 and General Comment No. 20 (44), *op. cit*.

dignity. The General Comment No. 21 adopted in 1992 by the Human Rights Committee offers further clarifications.[162]

The treatment of prisoners during solitary confinement, including solitary confinement during pre-trial detention, has been considered under Article 3 ECHR in a number of cases presented to the former European Commission of Human Rights and to the ECtHR. The approach has been restrictive and especially focused on the physical surroundings and the possibility of social contact during isolation.

On this basis, requirements regarding physical conditions, including the size of rooms, light, sanitary conditions, food, etc., social conditions, including contact to staff, use of library, media, shopping, etc., and health conditions, including access to exercise, medical treatment, supervision of mental health, etc., during solitary confinement, may be imposed on state authorities as part of their positive obligation to ensure the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment.[163] Moreover, the CPT has stressed the negative effects of isolation on the mental health of prisoners.

The interpretation of Article 4 of the Charter in this light may give rise to consider the need for regulation on solitary confinement in order to reduce the risk of exposing prisoners or detainees to treatment with a negative impact on mental health and – as such – to treatment of inhuman or degrading character.

3. Prison conditions

Measures depriving a person of his liberty may often involve an element of suffering or humiliation by their very nature; however, measures should be taken to avoid humiliation or debasement of the prisoner.[164] A standard for a minimum level of protection of inmates during imprisonment is laid down by the ECtHR and includes specific requirements for physical as well as mental and health conditions in prisons. Also, the application of the principle of proportionality has been stressed by the court in connection with assessments of adequate prison conditions.

In the case of *Kalashnikov v. Russia*[165], the Court had the opportunity to consider ECHR Article 3 in relation to the conditions under which a prisoner is detained. On that occasion the Court stated that 'the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured'.

A set of more specific standards have been laid down in the Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture, in its 11th General Report on Activities published in 2000. The Committee highlights a number of issues of concern with respect to imprisonment covering e.g. staff-prisoner relations, inter-prisoner violence, overcrowding, large capacity dormitories, physical and health conditions and high security units. The

[162] Human Rights Committee, General Comment No. 21, Article 10 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 33 (1994).

[163] See Human Rights Committee, Communication No. 577/1994, *Polay Campos v. Peru*, final views of 9 January 1998 (CCPR/C/61/D/577/1994), para 8 (six violations of ICCPR Articles 7 and 10 were found, based on the total isolation for the first year of detention and severe restrictions placed on the correspondence between the detainee and his family ; very poor general conditions of detention constituted also a violation of ICCPR Articles 7 and 10, paras. 8.7.).

[164] 'the purpose of such treatment is a factor to be taken into account' (Eur.Ct. H.R. (1st sect.), *Mouisel v. France* (Appl. No. 67263/01), judgment of 14 November 2002, *Rep.* 2002-IX, para. 67.).

[165] Eur.Ct. H.R. (3rd sect.), *Kalashnikov v. Russia* (Appl. No. 47095/99), judgment of 15 July 2002, *Rep.* 2002-VI and Eur.Ct. H.R. (GC), *Kudla v. Poland* (Appl. No. 30210/96), judgment of 26 October 2000, *Rep.*2000-XI .

standards thus set forth may serve as interpretive guidance when assessing the content and area of application of Article 4 of the Charter and, especially, in the process of identifying positive obligations embedded in the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment.

4. Vulnerable prisoners

Specific requirements may be set up vis-à-vis prisoners with a special need for protection due to various kinds of vulnerability. Thus, going further in that respect than Article 10(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights, the UN Convention on the Rights of the Child (CRC) contains in Article 37 and Article 40 specific requirements concerning juvenile delinquents, including separation from adult inmates during detention, special programs initiated with the purpose of resocializing juvenile delinquents and offering special care, supervision, education, vocational training and consideration of alternatives to detention. The state may also have an obligation to ensure that pregnant women and mothers of infants enjoy conditions that meet their needs for special care, including access to medical supervision and treatment, information about nutrition and child care, support by staff specialised in post-natal care and nursing.

In the light of the increased focus on the rights of disabled persons both within the EU and internationally, an obligation to ensure people with disabilities access to services appropriate to their disabilities may be derived from Article 4 of the Charter. This may include aids and appliances, accessible social facilities such as a library, sports, canteen, working facilities and sanitary facilities.[166]

Concerning mentally ill prisoners, accessible adequate medical and psychiatric treatment, therapy and/or supervision may be covered by said obligation, together with treatment and care in a hospital facility which is adequately equipped and possesses appropriately trained staff.

Similarly, prisoners with drug-addiction problems should – on the basis of Article 4 – be given access to non-compulsory detoxification and treatment programmes and to adequate medical and other forms of treatment, e.g. psycho-therapy.

5. Physical or corporal punishment

According to human rights case law, physical or corporal punishment falls within the scope of the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment.[167] In certain circumstances the prohibition also covers physical and mental suffering resulting from threats of physical punishment.[168]

The protection stipulated in Article 4 also prohibits judicial corporal punishment and corporal punishment in schools, as well as parental corporal punishment, the latter being a result of the horizontal effect of the provision as mentioned above.

6. Medical or psychiatric treatment

Medical or psychiatric treatment, including forcibly administered food and neuroleptics, isolation, attaching handcuffs to a security bed etc. during detention, represent measures that have been considered under the prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment by the ECtHR.[169] On the issue of medical intervention and consent, the Council of Europe Convention on

[166] See also the case of *Price v. the United Kingdom* decided by the European Court of Human Rights, referred to above (Eur. Ct. HR (3rd section), *Price v. the United Kingdom* (Appl. No. 33394/96), judgment of 10 July 2001).
[167] cf . Eur. Ct. H.R, *Tyrer v. United Kingdom* (Appl. No. 5856/72), judgment of 25 April 1978 and Eur. Ct. H.R, *Costello-Roberts v. United Kingdom* (Appl. No. 13134/87), judgment of 25 March 1993. It is the approach of the Human Rights Committee that corporal punishment and already the imposition of the punishment constitute a violation of ICCPR Article 7, see Human Rights Committee, Views on Communication No. 759/1997, *George Osbourne v. Jamaica*, UN Doc. CCPR/C/68/D/759/1997 (2000).
[168] cf. Eur. Ct. H.R*., Campbell and Cosans v. United Kingdom* (Appl. No. 7511/76), judgment of 25 February 1982, A 48 (1982), 4 EHRR. 293.
[169] See Eur. Ct. H.R., *Herczegfalvy v. Austria* (Appl. No. 10533/83), judgment of 24 September 1992, (1992) 15 EHRR 437.

Human Rights and Biomedicine lays down in Article 5 that 'An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it.'[170]

7. Physical or mental violence to children

The UN Convention on the Rights of the Child contains in Article 19, an obligation for the states to protect children against all forms of physical or mental violence. Moreover, Article 34 contains an obligation to undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. In that light, Article 4 of the Charter may be applied horizontally in cases concerning violence to and abuse of children both within and outside the family, including in particular sexual abuse. Female genital mutilation, which Article 24(3) of the Convention on the Rights of the Child alludes to, should also be combated,[171] preferably through the criminal law.

The Union has contributed to combating the sexual exploitation of children by adopting Council framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography.[172] This Framework Decision complements Joint Action 97/154/JHA of the Council of 24 February 1997 concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children,[173] which it abolishes, and Council Decision 2000/375/JHA of 29 May 2000 to combat child pornography on the Internet,[174] by defining the sexual exploitation of children, including coercing or recruiting a child into prostitution, and child pornography as serious criminal offences the constituent elements of which in the criminal law of all Member States shall be harmonized through the Framework Decision, which shall also oblige States to provide for effective, proportionate and dissuasive sanctions. While the Framework Decision makes it possible for each State not to establish its jurisdiction over the offences of sexual exploitation of children and child pornography, including the instigation of, or aiding or abetting of these offences, where the offence has not been committed on its territory, even if it is committed by one of its nationals or for the benefit of a legal person established in the territory of that Member State (Article 8(2)), the Network of Independent Experts on Fundamental Rights has adopted the view that the implementation of the Framework Decision should take place in conformity with the UN Convention on the Rights of Child, including the requirement – formulated by the Committee on the Rights of the Child – of extraterritorial incrimination of sexual exploitation of children. Indeed, it should be noted that, according to the Committee on the Rights of the Child, the States parties to the Convention on the Rights of the Child should make their citizens liable to criminal prosecution for child abuse committed abroad.[175] This is also the position of the Council of Europe's Committee of Ministers, as expressed in its Recommendation (2001) 16 on the Protection of Children against Sexual Exploitation also encourages extraterritoriality of offences.

8. Impunity

The prohibition of torture and, especially, the provisions of the CAT Article 4, according to which the states shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law, are important instruments in the fight against impunity.

Read in this light and in addition to the general positive obligation to prevent violation of the prohibition against torture, Article 4 of the Charter imposes an obligation to criminalize acts equivalent to torture, inhuman or degrading treatment or punishment and to ensure that impunity for such acts is abolished, whether committed by state or non-state agents. Ideally an explicit definition

[170] Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, signed in Oviedo on 4 April 1997.
[171] Article 24(3) CRC refers to the need to abolish 'traditional practices prejudicial to the health of children'.
[172] OJ L 013 of 20.1.2004, p. 44.
[173] OJ L 63, 4.3.1997, p. 2.
[174] OJ L 138, 9.6.2000, p. 1.
[175] Committee on the Rights of the Child, 35th session, Consideration of reports submitted by State parties under Article 44 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Slovenia), CRC/C/15/Add.230).

and prohibition of the crime of torture should be implemented in the criminal legislation.[176] No excuse for a violation of the prohibition against torture can be invoked for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority.[177]

Moreover, Article 4 may be read in conjunction with CAT Article 5, according to which the states shall take necessary measures to establish jurisdiction on offences of torture. This obligation is extended to cases where an alleged offender is present in any territory under that state's jurisdiction and the state chooses not to extradite him or her.

[176] CAT/C/CR/28/1, Concluding Observations : Denmark. 28 May 2002, paras. 6(a) and 7(b).
[177] Human Rights Committee, General Comment No. 20 on ICCPR Article 7, *op. cit.,* at para. 3.

Article 5. Prohibition of slavery and forced labour

1. No one shall be held in slavery or servitude.

2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour.

3. Trafficking in human beings is prohibited.

I. Significance of the prohibition of torture in the Charter and other human rights instruments

Numerous international treaties govern the prohibition of slavery and servitude and there is today a wide recognition that they form one of the peremptory norms of international law. This means that it constitutes a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation by treaty is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.; any treaty conflicting with this norm would be void.[178]

The right to freedom from slavery was the first human right to be protected by an international treaty, The Berlin Treaty from 1885. The Treaty was followed by the 1926 Slavery Convention,[179] which was adopted by the League of Nations. The Convention entered into force in March 1927 and requires the states to prevent and suppress the slave trade in all its forms in any territory subject to their jurisdiction. The term slavery is defined in the Convention as 'the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised'.

Furthermore, the 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) prohibited slavery. UDHR Article 4 states that 'No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms'. The Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, adopted on 30 April 1956,[180] was intended to intensify international efforts towards the abolition of slavery as well as to identify forms of exploitation analogous to slavery, such as debt bondage. This instrument intended to impose on the States parties to take all practicable and necessary legislative and other measures to bring about the complete abolition or abandonment of the following institutions and practices, whether or not they are covered by the definition of slavery contained in article 1 of the 1926 Slavery Convention:

> (a) Debt bondage, that is to say, the status or condition arising from a pledge by a debtor of his personal services or of those of a person under his control as security for a debt, if the value of those services as reasonably assessed is not applied towards the liquidation of the debt or the length and nature of those services are not respectively limited and defined;
> (b) Serfdom, that is to say, the condition or status of a tenant who is by law, custom or agreement bound to live and labour on land belonging to another person and to render some determinate service to such other person, whether for reward or not, and is not free to change his status; (...)
> (c) Any institution or practice whereby:

[178] See Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969.
[179] Signed in Geneva on 25 September 1926. This was followed by the Protocol amending the Slavery Convention signed at Geneva on 25 September 1926, approved by UN General Assembly resolution 794 (VIII) of 23 October 1953, which entered into force on 7 December 1953.
[180] 226 U.N.T.S. 3.

(i) A woman, without the right to refuse, is promised or given in marriage on payment of a consideration in money or in kind to her parents, guardian, family or any other person or group; or
(ii) The husband of a woman, his family, or his clan, has the right to transfer her to another person for value received or otherwise; or
(iii) A woman on the death of her husband is liable to be inherited by another person;

(d) Any institution or practice whereby a child or young person under the age of 18 years, is delivered by either or both of his natural parents or by his guardian to another person, whether for reward or not, with a view to the exploitation of the child or young person or of his labour.

II. Slavery or servitude

According to the explanations relating to the text of the Charter of the Praesidium to the Convention[181]:

> The right in Article 5(1) and (2) corresponds to Article 4(1) and (2) of the ECHR, which has the same wording. It therefore has the same meaning and scope as the ECHR Article, by virtue of Article 52(3) of the Charter. Consequently no limitation may legitimately affect the right provided for in paragraph 1.

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) states in Article 8 the general principle of freedom from slavery, which to a large extent is a repetition of the provision in UDHR Article 4. As to the distinction between 'slavery' and 'servitude' which is made in Article 8 (1) and 8 (2),[182] the drafters of the ICCPR stressed that these were two different concepts and therefore should be dealt with in two different paragraphs. Slavery was considered a relatively limited and technical notion, which implied the destruction of the juridical personality of the victim, and servitude a more general idea covering all possible forms of one person's domination over another.

Despite this, the right in Article 5(1) of the Charter combines slavery and servitude in one paragraph and therefore mainly corresponds to Article 4(1) of the European Convention of Human Rights (ECHR), which has the exact same wording.[183]

In regard to the concept 'servitude' the Commission stated in its report on the case of *Van Droogenbroeck v. Belgium* that, 'in addition to the obligation to provide another with certain services, the concept of servitude includes the obligation on the part of the 'serf' to live on another's property and the impossibility of changing his condition.'[184] In the *Van Droogenbroeck* case[185] the complainant was said to have been held in servitude because the punishment amounted to placing him 'at the Government's disposal'. The Court stated that Article 4(3) ECHR authorises 'work required to be done in the ordinary course of detention which has been imposed, as was the case, in a manner that does not infringe paragraph 1 of Article 5'. The Court added that, Article 5(1) ECHR (arbitrary detention) not having been breached, 'Accordingly, it could have been regarded as servitude only if it involved a 'particular serious' form of 'denial of freedom' (…), which was not the case'.

---

[181] Updated explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03, Article 5.
[182] Article 8 ICCPR reads:
1. No one shall be held in slavery; slavery and the slave trade in all their forms shall be prohibited.
2. No one shall be held in servitude.
(...)
[183] Updated explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03, Article 5 and Article 52(3).
Article 5(1) and (2) correspond to Article 4 of the European Convention on Human Rights.
[184] Commission report in Eur. Ct. H.R., *Van Droogenbroeck v. Belgium* (Appl. No.7906/77), judgment of 24 June 1982, *Ser.* A, No.50, 4 EHRR 443.
[185] Eur. Ct. H.R., *Van Droogenbroeck v. Belgium* (Appl. No.7906/77), *op.cit.*.

In *Siliadin v. France*, the European Court of Human Rights inferred from Article 4 of the European Convention on Human Rights a positive obligation incumbent on the States parties to adopt criminal law provisions to penalize the practices referred to in that provision and to apply them in practice.[186] That case concerned an adolescent girl, in a foreign land, unlawfully staying in France, and in constant fear of being arrested by the police, and therefore in a particular vulnerable position, a situation from which her 'employers' abused. The Court concluded in her judgment of 26 July 2005 that the applicant had been held in servitude within the meaning of Article 4 ECHR. Recalling that 'servitude' in the case-law of the ECHR means ' an obligation to provide one's services that is imposed by the use of coercion, and is to be linked with the concept of 'slavery' ',[187] the Court noted that in addition to the fact that the applicant was required to perform forced labour, 'this labour lasted almost fifteen hours a day, seven days per week ', and that she had not consented to this situation : ' Brought to France by a relative of her father's, she had not chosen to work for Mr and Mrs B. As a minor, she had no resources and was vulnerable and isolated, and had no means of subsistence other than in the home of Mr and Mrs B., where she shared the children's bedroom as no other accommodation had been provided. She was entirely at Mr and Mrs B.'s mercy, since her papers had been confiscated and she had been promised that her immigration status would be regularised, which had never occurred'. In order to conclude that Ms Siliadin was placed under 'servitude' in the meaning of Article 4 ECHR, the Court also took into account the fact that 'the applicant, who was afraid of being arrested by the police, was not in any event permitted to leave the house, except to take the children to their classes and various activities. Thus, she had no freedom of movement and no free time' and was in a situation of complete dependency of Mr and Mrs B.

III. Forced or compulsory labour

Article 2(1) of the ILO Convention No. 29 on Forced or Compulsory Labour[188] defines forced or compulsory labour as : *'all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily'*. According to the explanations relating to the text of the Charter of the Praesidium to the Convention however, the leading definition of forced labour should be found in the European Convention on Human Rights:[189]

The right in Article 5(1) and (2) corresponds to Article 4(1) and (2) of the ECHR, which has the same wording. It therefore has the same meaning and scope as the ECHR Article, by virtue of Article 52(3) of the Charter. Consequently (…) in paragraph 2, 'forced or compulsory labour' must be understood in the light of the 'negative' definitions contained in Article 4(3) of the ECHR.

The prohibition of forced or compulsory labour in Article 5(2) is thus guaranteed in the same way as in ECHR Article 4(2) and must be understood in light of the 'negative' definitions contained in ECHR Article 4(3), which excludes from the definition of 'forced or compulsory labour' : any work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of this Convention or during conditional release from such detention; any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service; any service exacted in case of an emergency or calamity threatening the life or well-being of the community; any work or service, which forms part of normal civic obligations. The same definition is to be found in Article 11(4) of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (1990) and in Article 8(3) of the ICCPR.

Article 5(2) in the Charter prohibits forced or compulsory labour, and is intended to protect people who are at liberty. In contrast to slavery and servitude, which are continuing states, forced labour may arise incidentally or on a more temporary basis.

[186] Eur. Ct. H.R. (GC), *Siliadin v. France* (Appl. No. 73316/01), judgment of 26 July 2005, para. 89.
[187] Eur. Ct. H.R., *Seguin v. France* (dec.) (Appl. No. 42400/98), 7 March 2000.
[188] Convention concerning Forced or Compulsory Labour (ILO No. 29), 39 U.N.T.S. 55, entered into force May 1, 1932.
[189] Updated explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03, Article 5.

In the case of *Karlheinz Schmidt v. Germany*[190] the European Court of Human Rights noted that paragraph 3 of Article 4 'is not intended to 'limit' the exercise of the right guaranteed by paragraph 2, but to 'delimit' the very content of that right, for it forms a whole with paragraph 2 and indicates what the term 'forced or compulsory' shall not include. This being so, paragraph 3 serves as an aid to the interpretation of paragraph 2. The four sub-paragraphs of paragraph 3, notwithstanding their diversity, are grounded on the governing ideas of the general interest, social solidarity and what is normal in the ordinary course of affairs'.

Article 4(3) ECHR does not contain any guidance on the conditions or limits on how forced or compulsory labour is to be defined in these cases. However, the ILO Convention (No. 29) on Forced or Compulsory Labour Article 11 states that: *'only able-bodied males who are of an apparent age of not less than 18 years and not more than 45 years may be called upon for forced or compulsory labour'.*

Although its case-law is relatively limited on this subject, the UN Human Rights Committee had the opportunity to analyse on the extent of these exceptions in the case of *Wolf v. Panama*.[191] The Committee stated in particular that the exception regarding prison labour does not apply until a sentence has been pronounced against a prisoner.

Moreover, the European Committee of Social Rights considers that Article 1 (2) of the European Social Charter prohibits forced labour. This provision states that 'With a view to ensuring the effective exercise of the right to work, the Contracting Parties undertake: […] 2. to protect effectively the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon […]'.[192] In the case of *Quaker Council for European Affairs v. Greece,*[193] concerning an act that permits conscientious objectors to perform civil service instead of military service, the complainant alleged that the terms of the law and its application in practice are punitive, due to the conditions under which civil service is performed: a duration which exceeds the duration of normal military service by eighteen months, long working hours and denial of weekly rest period or holidays. The European Committee of Social Rights stated that Article 4(3) of the ECHR must be taken into account when interpreting Article 1(2), and accordingly, the obligation for conscientious objectors to perform civil service instead of military service cannot, as such, be considered a form of forced labour, contrary to Article 1(2). However, the Committee considered that civilian service may amount to a restriction on the freedom to earn one's living in an occupation freely entered upon that could constitute a violation of Article 1(2). The Committee finally concluded that the fact that the duration of the civilian service was 18 months longer than that of the corresponding military service, constituted a disproportionate restriction on the freedom by Article 1 (2) of the Charter.[194]

In addition, Article 12 and 13 of the ILO Forced Labour Convention (No. 29) provides rules for the maximum period for forced or compulsory labour. Furthermore, Article 1 of ILO Abolition of Forced Labour Convention (No. 105) prohibits making use of any form of forced or compulsory labour: (a) As a means of political coercion or education or as a punishment for holding or expressing political views or views ideologically opposed to the established political, social or economic system; (b) As a method of mobilising and using labour for purposes of economic development; (c) As a means of

[190] Eur. Ct. H.R., *Karlheinz Schmidt v. Germany* (Appl. No. 13580/88), judgment of 18 July 1994, *Ser.* A, No.291-B (1994)
[191] Human Rights Committee, Communication No. 289/1988, *Dieter Wolf v. Panama*, final views of 8 April 1992 (CCPR/C/44/D/289/1988).
[192] This provision is unchanged in the 1996 Revised European Social Charter.
[193] ECSR, *Quaker Council for European Affairs v. Greece*, (coll. compl. No. 8/2000), dec. (merits) of 25 April 2001.
[194] In the State report on Portugal in 2002, the Committee did on the other hand not consider that the duration of the imposed absence from the labour market was manifestly excessive, nor disproportionate in comparison with the duration of military service even though conscientious objectors were to undergo three months of extra training. However, in *Frédéric Foin v. France*, the Human Rights Committee decided that the double amount of time doing alternative civilian service as compared to military service constituted a violation of Article 26 ICCPR (equality before the law), since the differential treatment was not based on reasonable and objective criteria (Human Rights Committee, Views on Communication No. 666/1995, *Frédéric Foin (represented by François Roux, lawyer in France) v. France*, 9 November 1999 (CCPR/C/67/D/666/1995)).

labour discipline; (d) As a punishment for having participated in strikes; (e) As a means of racial, social, national or religious discrimination.[195]

In the interpretation of Article 4(2) ECHR, the European Commission on Human Rights and, later, the Court, have in several cases imported the definitions provided in the ILO conventions mentioned above. It has identified two key elements in the application of the concepts of forced or compulsory labour : firstly, the work must be carried out involuntarily ; secondly, the demand to do the work must be unjust or oppressive or the work itself must involve avoidable hardship.[196]

In the case of *Van der Mussele,*[197] the applicant, a pupil avocat, claimed that having been appointed to represent a remand prisoner without pay and without reimbursement of costs was contrary to Article 4(2) ECHR. The European Court of Human Rights took as its starting point the issue of consent in order to determine whether there was forced labour, rather than first considering conditions or the intent of the exactor of the labour.[198] The Court held that by entering into the profession, the applicant had given prior consent to the fact that the work demanded of him was not unjust or oppressive.

This raises the general question whether a voluntary undertaking would exclude the applicability of Article 4(2). As stated above, one of the key elements in the application of the concepts of forced or compulsory labour is performance by workers against their will, but the question remains whether a person who has voluntarily accepted an obligation can be compelled to continue in circumstances which, objectively viewed, would constitute forced or compulsory labour. The Court stated in this connection that, *'a considerable and unreasonable imbalance between the aim pursued – to qualify as an advocate – and the obligations undertaken in order to achieve that aim would alone be capable of warranting the conclusion that the services exacted of Mr Van der Mussele in relation to legal aid were compulsory despite his consent'.*[199] As a consequence, the question must be litigated on a case-by-case basis.

Finally, forced or compulsory labour must not violate any other provisions in the international human rights instruments, e.g. the protection against inhuman or degrading treatment as defined in Article 3 of the ECHR and ICCPR Article 7.

IV. Trafficking in human beings

1. Trafficking in human beings

According to the explanations relating to the text of the Charter of the Praesidium to the Convention:[200]

[195] See Abolition of Forced Labour Convention (ILO No. 105) (25 June 1957), 320 U.N.T.S. 291 (in force Jan. 17, 1959).
[196] In the case *Iversen v. Norway*, the majority of the European Commission of Human Rights said as follows: 'The concept cannot be understood solely in terms of the literal meaning of the words, and has in fact come to be regarded in international law and practice, as evidence in part by the provisions and application of ILO Conventions and Resolutions on Forced Labour, as having certain elements…[namely] that the work or service performed by the worker against his will and, secondly, that the requirement that the work or service be performed is unjust or oppressive or the work or service itself involves avoidable hardship*'.* (Eur. Comm. H.R., *Iversen v. Norway* (dec.), No. 1468/62, 8 october 1974, NRt 1974, p. 935).
[197] Eur. Ct. H.R., *Van der Mussele v. Belgium* (Appl. No. 8919/80), judgment of 23 November 1983, *Ser.* A, No. 70 (1984).
[198] The Court stated that : 'It remains to be ascertained whether there was 'forced or compulsory' labour. The first of these brings to mind the idea of physical or mental constraint, a factor that was absent in the present case. As regards the second adjective, it cannot refer just to any form of legal compulsion or obligation. For example, work to be carried out in pursuance of a freely negotiated contract cannot be regarded as falling within the scope of Article 4 on the sole ground that one of the parties has undertaken with the other to do that work and will be subject to sanctions if he does not honour his promise. What there has to be is work 'exacted … under the menace or any penalty' and also performed 'against the will of the person concerned', that is work for which he 'has not offered himself voluntarily'.
[199] Eur. Ct. H.R., *Van der Mussele v. Belgium* (Appl. No. 8919/80), *op.cit.*, para. 40.
[200] Updated explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03, Article 5.

> Paragraph 3 stems directly from human dignity and takes account of recent developments in organised crime, such as the organisation of lucrative illegal immigration or sexual exploitation networks. The annex to the Europol Convention contains the following definition which refers to trafficking for the purpose of sexual exploitation: 'traffic in human beings: means subjection of a person to the real and illegal sway of other persons by using violence or menaces or by abuse of authority or intrigue with a view to the exploitation of prostitution, forms of sexual exploitation and assault of minors or trade in abandoned children'. Chapter VI of the Convention implementing the Schengen Agreement, which has been integrated into the Union's acquis, in which the United Kingdom and Ireland participate, contains the following wording in Article 27(1) which refers to illegal immigration networks: 'The Contracting Parties undertake to impose appropriate penalties on any person who, for financial gain, assists or tries to assist an alien to enter or reside within the territory of one of the Contracting Parties in breach of that Contracting Party's laws on the entry and residence of aliens.' On 19 July 2002, the Council adopted a framework decision on combating the trafficking in human beings (O.J. L 203/1) whose Article 1 defines in detail the offences concerning trafficking in human beings for the purposes of labour exploitation or sexual exploitation, which the Member States must make punishable by virtue of that framework decision.

Article 5 (3) stems directly from the principle of human dignity and takes account of recent developments in organised crime, such as the organisation of lucrative illegal immigration or sexual exploitation networks. Every year a huge amount of women, children and men fall victim to trafficking for the purposes of sexual or other exploitation, both within and across borders. This phenomenon has reached such unprecedented levels that it can truly be called a modern form of slavery-like practices.[201]

One of the first international conventions to deal with trafficking in human beings was the UN Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, approved by General Assembly resolution 317(IV) of 2 December 1949.[202]. In Article 1 concerning trafficking it is stated that:

> The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passion of another:
> 1. Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person;
> 2. Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person.

The 1979 UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women[203] states in Article 6 that : 'State Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of women'.

Recent international awareness about trafficking in human beings have resulted in further international agreements. The United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially women and children, were adopted by the General Assembly on 15 November 2000.[204] The Trafficking Protocol defines trafficking in persons as 'the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation.

[201] These modern forms of slavery and forced labour are primarily focused on prostitution, domestic slavery and clandestine working.
[202] This convention entered into force on 25 July 1951.
[203] This convention was adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979. It entered into force on 3 September 1981.
[204] The Convention and the Protocol were adopted by Resolution A/RES/55/25 of 15 November 2000.

Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs' (Article 3(a)). Article 3(b) specifies that the consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in this definition shall be irrelevant where any of the means described have been used. Finally the specific vulnerability of children is taken into account by Article 3 of the Protocol, which provides that 'The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered trafficking in persons even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article'.

On 16 May 2005, the Convention on Action against Trafficking in Human Beings was opened for signature and ratification under the auspices of the Council of Europe. This convention seeks to prevent and combat trafficking in human beings, while guaranteeing gender equality ; to protect the human rights of the victims of trafficking, design a comprehensive framework for the protection and assistance of victims and witnesses, while guaranteeing gender equality, as well as to ensure effective investigation and prosecution; and to promote international cooperation on action against trafficking in human beings (Article 1). It applies to all forms of trafficking in human beings, whether national or transnational, whether or not connected with organised crime (Article 2). Article 4 a) of the Convention defines 'trafficking in human beings' in line with the Trafficking Protocol to the UN Convention on Transnational Crime, as constituted by ' the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs'. Moreover, ' the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered 'trafficking in human beings' even if this does not involve any of the means set forth [in this definition]'.[205] The Convention contains provisions on the prevention of trafficking in human beings, on the co-operation between the States parties, and on the protection of the rights of victims of trafficking, including the compensation and redress they should be afforded and the granting of a residence permit to such victims. It also provides that the States parties to the Convention shall establish trafficking of human beings as a criminal offence, when committed intentionally. The Convention also establishes a Group of experts on action against trafficking in human beings in order to monitor compliance with the convention.

In the EU, the Council adopted the Joint Action 97/154/JHA on 24 February 1997 concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children.[206] The objective was to establish common rules for action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children in order to contribute to the fight against certain forms of unauthorised immigration and to improve judicial cooperation in criminal matters. The Joint Action contained the following definitions:

> 'trafficking': any behaviour which facilitates the entry into, transit through, residence in or exit from the territory of a Member State for gainful purposes with a view to the sexual exploitation or abuse of the adults or children involved;
>
> 'sexual exploitation' in relation to a child: the inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity; the exploitative use of a child in prostitution or other unlawful sexual practices; the exploitative use of children in pornographic performances and materials, including the production, sale and distribution or other forms of trafficking in such materials, and the possession of such materials;

[205] Article 4, c).
[206] Joint Action (97/154/JHA) of 24 February 1997 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children, OJ L 63 of 4.3.1997, p. 2.

> 'sexual exploitation' in relation to an adult: at least the exploitative use of the adult in prostitution.

The Joint Action was superseded by the Council Framework Decision on combating trafficking in human beings as agreed upon by the European Council on 19 July 2002.[207] According to Article 1, which is closely inspired by the Trafficking Protocol to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime :

> 1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the following acts are punishable: the recruitment, transportation, transfer, harbouring, subsequent reception of a person, including exchange or transfer of control over that person, where:
> use is made of coercion, force or threat, including abduction, or
> use is made of deceit or fraud, or
> there is an abuse of authority or of a position of vulnerability, which is such that the person has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved, or
> payments or benefits are given or received to achieve the consent of a person having control over another person
> for the purpose of exploitation of that person's labour or services, including at least forced or compulsory labour or services, slavery or practices similar to slavery or servitude, or for the purpose of the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, including in pornography.
> 2. The consent of a victim of trafficking in human beings to the exploitation, intended or actual, shall be irrelevant where any of the means set forth in paragraph 1 have been used.
> 3. When the conduct referred to in paragraph 1 involves a child, it shall be a punishable trafficking offence even if none of the means set forth in paragraph 1 have been used [[208]].
> 4. For the purpose of this Framework Decision, 'child' shall mean any person below 18 years of age.

The adoption of Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography,[209] should be seen as an important contribution to implementing the value of Article 5 of the Charter. This Framework Decision complements Council Decision 2000/375/JHA of 29 May 2000 to combat child pornography on the Internet,[210] by defining the sexual exploitation of children, including coercing or recruiting a child into prostitution, and child pornography[211] as serious criminal offences the constituent elements of which in the criminal law of all Member States shall be harmonized through the Framework Decision, which shall also oblige States to provide for effective, proportionate and dissuasive sanctions. Article 2 of the Framework Decision, which concerns sexual exploitation of children, provides that :

> Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct is punishable:
> (a) coercing a child into prostitution or into participating in pornographic performances, or profiting from or otherwise exploiting a child for such purposes;

[207] Council Framework Decision 2002/629/JHA of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings, OJ L 203 of 1.8.2002.
[208] Moreover, children who are victims of trafficking as defined in Article 1 of Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings should be considered as particularly vulnerable victims pursuant to Article 2(2), Article 8(4) and Article 14(1) of Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (OJ L 82, 22.3.2001, p. 1).
[209] OJ L 13, 20.1.2004, p. 44.
[210] OJ L 138, 9.6.2000, p. 1.
[211] 'Child pornography ' for the purposes of the Framework Decision is defined in Article 1, b). It is noteworthy that, according to Article 1(b)(iii), realistic images of a non-existent child involved or engaged in sexually explicit conduct also falls within the definition of 'child pornography'. This extension indicates that the protection, not only is aimed at the specific child risking abuse, but also include a broader protection of morals, which raise issues of the balance of the protection's of morals vis-à-vis the freedom of expression. The reason for the extension of the definitions of offences can also be explained by the technological development, where a photograph of a real person can easily be transformed into a drawing.

(b) recruiting a child into prostitution or into participating in pornographic performances;
(c) engaging in sexual activities with a child, where
(i) use is made of coercion, force or threats;
(ii) money or other forms of remuneration or consideration is given as payment in exchange for the child engaging in sexual activities; or
(iii) abuse is made of a recognised position of trust, authority or influence over the child.

Under Article 3 of the Framework Decision, the Member States should moreover define as a criminal offence the following intentional conduct whether undertaken by means of a computer system or not, when committed without right:

(a) production of child pornography;
(b) distribution, dissemination or transmission of child pornography;
(c) supplying or making available child pornography;
(d) acquisition or possession of child pornography.

In its Thematic Comment n°4 on the protection of the rights of the Child in the Union, the Network of Independent Experts on Fundamental Rights emphasized that, with respect to the dissemination of child pornography through a computer system, the effectiveness of the national measures implementing the Framework Decision 2004/68/JHA shall be enhanced by an adequate implementation of Article 19 of Title 4 of the Council of Europe Cybercrime Convention, which relates to the search and seizure of stored computer data. To this extent the two instruments should be seen as complementary. The protection of the right to respect for private life should not be considered as an obstacle to such searches, provided these are regulated by law with a sufficient degree of precision and remain strictly tailored to the needs of combating child pornography on the internet.

The Network also noted that the implementation of the Framework Decision 2004/68/JHA should take into account the conclusions adopted by the European Committee on Social Rights on the basis of Article 7(10) of the European Social Charter.[212] Under this provision, the States parties undertake to ensure special protection against physical and moral dangers to which children and young persons are exposed, particularly against those resulting directly or indirectly from their work. According to the European Committee on Social Rights, the States parties 'must take specific measures to prohibit and combat all forms of sexual exploitation of children, in particular their involvement in the sex industry. This prohibition shall be accompanied with an adequate supervisory mechanism and sanctions. An effective policy against commercial sexual exploitation of children shall cover the following three primary and interrelated forms: child prostitution, child pornography and trafficking in children. To implement such a Policy, Parties shall adopt legislation, which criminalise all acts of sexual exploitation, and a national action plan combating the three forms of exploitation mentioned above'.[213] A national action plan such as recommended by the European Committee of Social Rights could facilitate addressing issues such as, for instance, the means service providers have at their disposal in order to control the material they host, the identification of the circumstances which lead to child prostitution in order to combat the phenomenon at its roots, or the cultural attitude towards the availability of child pornography on the internet.

In addition to the UN and EU instruments, the annex to the Europol Convention[214] contains the following definition of trafficking: 'traffic in human beings: means subjection of a person to the real and illegal sway of other persons by using violence or menaces or by abuse of authority or intrigue with a view to the exploitation of prostitution, forms of sexual exploitation and assault of minors or trade in abandoned children'. The definition refers solely to different forms of sexual exploitation, which today, especially in Europe, must be considered to be the main problem in connecting with

[212] This provision has been replicated in the Revised European Social Charter without modification.
[213] See, e.g., Conclusions 2004 on Cyprus.
[214] Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention on the Establishement of a European Police Office (European Convention), OJ C 316 of 27.11.1995.

trafficking in human beings. As regards the question of consent to trafficking the same considerations as in the UN and EU instruments must apply.

2. Trafficking in human beings and illegal immigration

Furthermore, it is important to draw a distinction between trafficking in human beings and smuggling of illegal immigrants, since there is no victim in a strict sense, when it comes to smuggling. Article 3(a) of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the UN Convention against Transitional Organized Crime defines 'smuggling of migrants' as 'the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident'.

As stated by the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council in the report 'Recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking'[215]: 'Trafficking means much more than the organized movement of persons for profit. The critical additional factor that distinguishes trafficking from migrant smuggling is the presence of force, coercion and/or deception throughout or at some stage in the process – such deception, force, or coercion being used for the purpose of exploitation.'

Furthermore, elements of labour or sexual exploitation are essential parts of the definition of trafficking, which distinguishes it from smuggling. But some overlaps do occur. In many cases police investigations have revealed, that the organized criminal networks that are responsible for trafficking in human beings also participate in the illegal smuggling of human beings to Europe.[216]

A general problem is that the victims of trafficking often are perceived by the authorities as illegal migrants, because they are illegally residing on the territory. The difference between the exploited victim of trafficking and the illegal immigrant is often not understood, and they will often be treated the same way, i.e. detained and deported once their status is confirmed. This not only creates difficulties regarding the complaints procedures. It also raises the issue of what humane positive measures should be initiated to treat the victims of trafficking residing on the territory, which essentially should be considered victims of a crime. Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities, should be seen in this light.[217] The purpose of the Directive – which influenced the text of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings of 16 May 2005, referred to above[218] – is to allow third country nationals who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration or victims of trafficking in human beings to be granted a short-term residence permit in return for their cooperation in combating those activities by testifying against the traffickers. It introduces a residence permit intended for victims of trafficking in human beings or – though only if a Member State decides to extend the scope of the present Directive, whereas the initial proposal included this extension *ipso jure* (Article 3(2)) – to third-country nationals who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, to whom the residence permit offers a sufficient incentive to cooperate with the competent authorities, while including certain conditions to safeguard against abuse. The Directive applies to all victims of trafficking in human beings, although originally it appeared to apply principally to women and children.

[215] Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking – Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council, 20 May 2002 (E/2002/68/Add.1).
[216] The Chapter VI of the Convention that implements the Schengen Agreement, contains the following wording in Article 27 (1) which refers to illegal immigration networks : 'The Contracting Parties undertake to impose appropriate penalties on any person who, for financial gain, assists or tries to assist an alien to enter or reside within the territory of one of the Contracting Parties in breach of that Contracting Party's laws on the entry and residence of aliens.'
[217] OJ L 261 of 6.08.2004, p. 19.
[218] See Article 14 of the Convention.

Although the text itself emphasizes the sole objective of combating illegal immigration by dismantling criminal networks, the Council having only alluded to the Charter,[219] this text constitutes an important contribution to the realization of Article 5 of the Charter of Fundamental Rights. The mechanism of the Directive provides that the potential beneficiaries of a provisional residence permit are informed of the possibility that is thus opened up to them. They are granted a 'reflection period', the duration of which is determined by each Member State concerned, allowing them 'to recover and escape the influence of the perpetrators of the offences so that they can taken an informed decision as to whether to cooperate with the competent authorities' (Article 6(1)). During that period, they will have access to measures of protection and no expulsion order may be enforced against them while awaiting the decision of the competent authorities. The protective measures are intended to ensure that the third-country nationals concerned who do not have sufficient resources are granted 'standards of living capable of ensuring their subsistence and access to emergency medical treatment'. Member States shall in addition 'attend to the special needs of the most vulnerable, including, where appropriate and if provided by national law, psychological assistance' (Article 7(1)). Member States 'shall take due account of the safety and protection needs of the third-country nationals concerned when applying this Directive, in accordance with national law' (Article 7(2)). They may provide translation and interpreting services as well as free legal aid, under the conditions set by national law, without this being an obligation (Article 7(3,4)).

During that same period, the investigating and prosecuting authority will determine whether the presence of the victim is useful to the investigations or to the institution of judicial proceedings against the suspected perpetrators. It will therefore have to consider the opportunity presented by prolonging the victim's stay on the territory, whether he/she has shown a real intention to cooperate, and whether he/she has severed all relations with the suspected perpetrators (Article 8(1)). The victim's cooperation may take various forms, from the simple provision of information or the filing of a complaint to giving evidence in court. If those three conditions are satisfied and if the victim poses no threat to public order and national security, a short-term residence permit will be issued that is valid for at least six months, and may be renewed if the conditions set out in Article 8(1) continue to be satisfied (Article 8(3) and, concerning non-renewal, Article 13(1)).

A provisional residence permit may grant access to the labour market, to vocational training and education, under the conditions defined by national law (Article 11). The Directive also provides that Member States shall provide 'necessary medical or other assistance to the third-country nationals concerned, who do not have sufficient resources and have special needs, such as pregnant women, the disabled or victims of sexual violence or other forms of violence' (Article 9(2)). Member States may let the persons concerned participate in a programme for integration in the Member State with a view to their establishment or their assisted return to their country of origin (Article 12). The residence permit is renewed under the same conditions as for its issue. It will not be renewed if a judicial decision has terminated the proceedings. At that moment, ordinary aliens' law shall apply, and if the victim applies for another type of residence permit, the Member State shall take into account the victim's cooperation in the criminal proceedings when examining this application (chapter IV).

Directive 2004/81/EC is founded on Article 63(3) EC, which provides for the adoption by the Council of measures on illegal immigration. It should be underlined that, in the implementation of this Directive, Member States are obliged to respect fundamental rights. Moreover, the Directive does not prevent Member States from adopting or maintaining more favourable provisions for the persons covered by the Directive (Article 4). This means that, where other international obligations are binding on a Member State, this State cannot rely upon the Directive to depart from those obligations. In particular, as emphasized by the EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, the Member States are not released from the obligations imposed on them by the Geneva Convention of

[219] Recital 6 of the Preamble indicates that the text 'respects fundamental rights and complies with the principles recognized for example by the Charter of Fundamental Rights of the European Union'. Recital 7 expresses the wish of the Council that the Member States give effect 'to the provisions of this Directive without discrimination on the basis of sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic characteristics, language, religion or belief, political or other opinions, membership of a national minority, fortune, birth, disabilities, age or sexual orientation'.

28 July 1951 relating to the status of refugees and the other international instruments on the protection of human rights.

Article 6. Right to liberty and security

Everyone has the right to liberty and security of person

I. The significance of personal liberty and security in context

Personal liberty is one of the oldest human rights to be found already in the Magna Carta Libertatum of 1215. At the same time, deprivation of personal liberty in the form of imprisonment or detention on remand has long represented the most common means used by the State to fight crime and maintain public order and security. With the gradual abolition of other penalties, such as corporal and capital punishment, imprisonment as the most severe penalty has even gained in significance over the last centuries and will also in the future remain one of the legitimate means for exercising sovereign State authority in the future.

In contrast to most other human rights which aim at the ideal of a society without torture, arbitrary executions, hunger etc., personal liberty does not strive toward the ideal of a society without prisons, but merely represents a procedural guarantee. It is not the deprivation of personal liberty in and of itself that is disapproved of but rather arbitrary arrest and detention, as stated in Article 9 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), Article 9(1) of the UN Covenant on Civil and Political Rights (CCPR), Article 7(3) of the American Convention on Human Rights (ACHR) or Article 6 of the African Charter on Human and Peoples' Rights. Article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR) follows, however, a different model by providing an exhaustive list of legitimate forms of arrest and detention.

The reference to arrest and detention illustrates that the term 'personal liberty' is quite narrow and must not be confused with the general notion of freedom or liberty. All human rights ultimately serve the realization of human freedom, and Article 6 of the Charter is the first provision in Chapter II entitled 'Freedoms', which also contains other human rights based on liberal and democratic ideals, such as privacy, property, the right to marry and found a family, as well as freedoms of thought, conscience, religion, expression, information, assembly, association, arts and sciences, education, employment and business. Liberty of person, on the other hand, relates only to a very specific aspect of human liberty, the freedom of bodily movement in the narrowest sense of arrest and detention. All less serious forms of restrictions on freedom of bodily movement, such as limitations on domicile or residency, banishment, exile, expulsion, curfews or the supervision of prisoners on parole do not fall within the scope of the right to personal liberty but instead under freedom of movement, as guaranteed to Union citizens only in Article 45 of the Charter.

More difficult, however, is the definition of the meaning and scope of the right to personal security. The Human Rights Committee interprets the right to security of person in Article 9 CCPR, since the landmark case of *Delgado Paéz v. Colombia* of 1990, as an independent right with the corresponding State obligation to take reasonable and appropriate measures to protect individuals, who are subject to death threats and other serious threats to their personal safety.[220] Although this interpretation

[220] Human Rights Committee, Views on Communication No. 195/1985, *Delgado Paéz v. Colombia,* 23 August 1990 (CCPR/C/39/D/195/1985). This case-law has been confirmed in later decisions, such as : Human Rights Committee, Views on Communication No.. 314/1988, *Peter Chiiko Bwalya v. Zambia*, 27 July 1993 (CCPR/C/48/D/314/1988); Human Rights Committee, Views on Communication No. 468/1991, *Angel N. Oló Bahamonde v. Equatorial Guinea*, 10 No.vember 1993 (CCPR/C/49/D/468/1991); Human Rights Committee, Views on Communication No. 449/1991, *Barbarín Mójica v. Dominican Republic*, 10 August 1994 (CCPR/C/51/D/449/1991); Human Rights Committee, Views on Communication No. 542/1993, *Katombe L Tshishimbi v. Zaire*, 16 April 1996 (CCPR/C/56/D/542/1993), and Human Rights Committee, Views

corresponds to the usual meaning of the right to personal security, as understood since the early human rights documents during the French Revolution,[221] the European Court of Human Rights has never attributed any independent significance beyond personal liberty to the right to personal security in Article 5 ECHR,[222] notwithstanding the increasing significance of security issues in the modern human rights discourse.[223] During the drafting of Article 6 of the Charter in the Convention, the term 'security' has repeatedly led to controversial discussions, and some members proposed to simply delete it, as it might give rise to different interpretations in some EU member States, such as France, Italy and Germany.[224] The Convention, however, decided to maintain the term in the restrictive understanding of the Strasbourg case-law under Article 5 ECHR.

Although the right to personal liberty relates to arbitrary arrest and detention, its scope does not cover minimum conditions of detention apart from certain procedural guarantees, such as the right to be informed promptly of the reasons for the arrest and the right to judicial review of the lawfulness of detention. The right to humane prison conditions can be derived from special human rights provisions, such as Article 10 CCPR and corresponding international soft law standards,[225] or from other human rights, such as the right to physical and mental integrity, the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment, the right to privacy, freedom of religion and the right to education. Since most cases of arrest and detention are effected in the interests of the administration of criminal justice, the right to personal liberty is also closely related to the procedural guarantees of the right to a fair trial and other rights enlisted in Chapter VI of the Charter entitled 'Justice' (Articles 47 to 50).

Article 52(3) of the Charter stipulates that in so far as the Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the ECHR, 'the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention'.[226] In fact, Article 6 of the Charter corresponds literally to the first sentence of Article 5 ECHR, which in the following, however, contains an exhaustive list of legitimate cases of arrest and detention as well as comparatively detailed procedural rights and guarantees. According to the travaux préparatoires and the explanations of the presidium of the Convention on Article 52, 'Article 6 corresponds to Article 5 of the ECHR'. Although these explanations, in the words of the presidium, 'have no legal value and are simply intended to clarify the provisions of the Charter', we proceed on the assumption that the meaning of Article 6 of the Charter is identical with the meaning of Article 5 ECHR as developed by the dynamic interpretation of the (former) European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights. As the presidium stated in the explanations on Article 6, the limitations which may legitimately be imposed on the right to liberty and security of person 'may not exceed those permitted by the ECHR, in the wording of Article 5'. The general limitation clause in Article 52(1) of the Charter is, therefore, not applicable.

The identical meaning of Article 6 of the Charter and Article 5 ECHR also has the consequence that as long as the European Court of Human Rights will not revise its restrictive interpretation of the right to personal security, this right will also not be accorded an independent meaning under Article 6 of the

---

on Communication No. 613/1995, *Anthony Leehong (Represented by Ronald McHugh of Clifford Chance, London) v. Jamaica*, 12 August 1999 (CCPR/C/66/D/613/1995).

[221] cf., e.g., Article 8 of the Republican Constitution of 24 June 1793: 'La sureté consiste dans la protection, accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés.'

[222] See, e.g., Eur. Ct. H.R., *Bozano. v. France* (Appl. No. 9990/82), judgment of 18 December 1986, *Ser.* A, No. 111; Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Öcalan v. Turkey* (Appl. No. 46221/99), judgment of 12 March 2003.

[223] cf., e.g., the comprehensive security concept of the OSCE or the human security network, both of which accord human rights a central role in the broader context of security issues.

[224] For the travaux préparatoires of Article 6 see http://ue.eu.int/df/default.asp?lang. See also the compilation of most documents in German by N. Bernsdorff and M. Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, 145, 175 and 275 et seq. See also N. Bernsdorff in J. Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, No.mos Verlagsgesellschaft, 2003, 140 et seq.

[225] cf., e.g., the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners of 30 August 1955, the UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty of 14 December 1990, the Council of Europe European Prison Rules of 12 February 1987 and the standards developed by the European Committee for the Prevention of Torture (CPT).

[226] On the interpretation of Article 52(3) see the Commentary on Article 52 of the Charter.

Charter.[227] The question arises, however, whether Article 1 of Protocol No. 4, which stipulates that 'No one shall be deprived of his liberty merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation', is also covered by the right to personal liberty in Article 6 of the Charter. Although the explanations of the presidium on Article 52(3) state that 'The reference to the ECHR covers both the Convention and the protocols to it', the list of rights which may be regarded as corresponding to the rights of the ECHR does not include a reference to Article 1 of Protocol 4. Since the prohibition of detention for debt is a fairly uncontroversial right, which at the level of the United Nations is even guaranteed as a non-derogable right,[228] and which in fact forms an essential part of the right to personal liberty,[229] the missing reference to Article 1 of Protocol 4 in the explanations of the presidium might be simply interpreted as an oversight. Article 1 of Protocol 4 will, therefore, be regarded as an amendment to Article 5 ECHR and, consequently, as part of the right to personal liberty under Article 6 of the Charter.

In view of the identical nature of the two provisions, the richness of Strasbourg case-law on Article 5 ECHR and the existence of many commentaries on this central provision of the European Convention in legal literature, the following analysis will restrict itself to a very general survey of the meaning and scope of Article 5 and the most important jurisprudence of the European Court of Human Rights.

II. Cases of permissible arrest and detention

1. Exhaustive list of cases of lawful arrest and detention

Article 5(1) ECHR contains an exhaustive list of cases, in which States may legitimately deprive an individual of his or her personal liberty.[230] Some provisions relate to criminal law and procedure, as detention on remand and imprisonment after conviction, other provisions apply in the context of civil and administrative law, such as the detention of minors and the specific detention of aliens pending expulsion, extradition and deportation procedures. In view of the increasingly restrictive asylum and immigration laws in Europe, the specific detention of aliens poses a major human rights problem in the EU member States. If a specific type of arrest or detention cannot be subsumed under any of the six categories specified in Article 5(1), it constitutes a violation of the right to personal liberty. This applies, in particular, to all forms of preventive detention that are not covered by sub-paragraphs (c), (e) and (f) of Article 5(1), such as the preventive detention of alleged terrorists by the United States at Guantanamo Bay on the island of Cuba. Police custody, as provided for under Article 5(1)(c), is only permissible for the purpose of bringing the person concerned promptly before a judge in accordance with Article 5(3).[231] Preventive detention of prisoners of war, as authorised under international humanitarian law, is not permitted under Article 5(1) ECHR and can, therefore, only be applied after a respective derogation has been made in accordance with the procedures prescribed in Article 15 ECHR. A particularly serious form of arbitrary arrest and detention is the practice of enforced disappearance and prolonged incommunicado detention, as defined in the UN Declaration on the Protection of Persons from Enforced Disappearances[232] and in the respective case law of the UN Human Rights Committee,[233] the Inter-American Court of Human Rights[234] and the European Court of Human Rights.[235]

---

[227] On the controversial issue of the notion of personal security see supra.
[228] See Articles 4 and 11 ICCPR.
[229] In Article 7(7) of the American Convention on Human Rights, the prohibition of detention for debt is guaranteed as one paragraph of the article dealing with the right to personal liberty.
[230] See the constant jurisprudence of the European Court of Human Rights since: Eur. Ct. H. R., *Ireland v. United Kingdom* (Appl. No. 5310/71), judgment of 18 January 1978, *Rep.* 1978-25.
[231] See infra.
[232] UN General Assembly Res. 47/133 of 18 December 1992.
[233] See, e.g., Human Rights Committee, Views on Communication No. 30/1978, *Bleier v. Uruguay*, 29 March 1982 (UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 109 (1985)); Human Rights Committee, Views on Communication No. 107/1981, *Quinteros v. Uruguay*, 21 July 1983 (UN Doc. CCPR/C/OP/2 at 11 (1990)); Human Rights Committee, Views on Communication No. 563/1993, *Bautista v. Colombia*, 13 November1995 (UN Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995)); and Human Rights Committee, Views on Communication No. 540/1993, *Laureano. v. Peru*, 16 April 1996 (UN Doc. CCPR/C/56/D/540/1993 (1996)).

In addition to the requirement of being subsumed under one of the six categories listed in Article 5(1), deprivation of personal liberty is only permissible 'in accordance with a procedure prescribed by law'. In order to qualify as a law within the meaning of the ECHR, the respective parliamentary statute or equivalent norm of common law must be sufficiently precise, accessible and foreseeable in order to enable the individual to regulate his or her conduct in accordance with legal requirements and to foresee the consequences of unlawful behaviour.[236] Since Article 5(1) explicitly refers to the procedure prescribed by domestic law, the European Court of Human Rights applies a fairly strict standard of examining whether domestic authorities have in fact complied with their respective domestic laws and procedural requirements.[237] The domestic procedure must, of course, be in conformity with the detailed procedural guarantees laid down in Article 5(2) to (5).

2. Imprisonment after conviction by a court

The most obvious example of a legitimate deprivation of personal liberty is the 'lawful detention of a person after conviction by a competent court', as specified in Article 5(1)(a) ECHR. Conviction by a competent court relates to both criminal and disciplinary proceedings, as long as the guilt of the accused has been established and the decision taken by a competent judicial body that operates independently of the executive branch of government and of the parties to a given case.[238] Imprisonment may start already after conviction by a court of first instance even when an appeal is pending.[239]

The European Court of Human Rights examines only whether a person has been convicted by a competent court, but not whether this conviction was justified.[240] This applies even in cases, in which the accused has been convicted in a non-European State and the prison sentence is implemented in Europe.[241] It is a controversial question, whether a life-long prison sentence without any realistic chance of earlier release is compatible with the inviolability of human dignity in Article 1 of the Charter, the prohibition of inhuman punishment in Article 4 of the Charter and the right of prisoners under Article 10 CCPR to be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person, which includes the principle that the essential aim of the penitentiary system shall be 'the reformation and social rehabilitation' of prisoners.

3. Non-compliance with the lawful order of a court or for the purpose of securing a legal obligation

Article 5(1)(b) ECHR permits 'the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law'. The first part of this provision requires a lawful order of a court aimed at ensuring that a witness attends a trial, that a man undergoes paternity testing, that someone undergoes a psychiatric examination, etc.

The second part is more problematic, as it permits detention also by administrative authorities in order to ensure the fulfilment of a legal obligation. In order to prevent misuse by the legislative power, the European Court of Human Rights has held that any such obligation must be specific and concrete, not

---

[234] See the jurisprudence since the landmark case of Inter-Am. Ct. H.R., *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, judgment of 29 July 1988, Serie C, No. 4 (1988).
[235] Eur. Ct. H.R., *Kurt v. Turkey* (Appl. No. 24276/94), judgment of 22 January 1997, *Rep*. 1998-III.
[236] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Steel et al v. United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, *Rep*. 1998-VII.
[237] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Winterwerp v. the Netherlands* (Appl. No. 6301/73), judgment of 24 October 1979, *Ser.* A, No.33 ; Eur. Ct. H.R., *Bozano. v. France* (Appl. No. 9990/82), judgment of 18 December 1986, *Ser.* A, No.111.
[238] Constant jurisprudence of the European Court of Human Rights since the Belgian vagrancy case, Eur. Ct. H. R., *De Wilde, Ooms and Versyp ('Vagrancy') v. Belgium* (Appl. Nos 2832/66, 2835/66 and 2899/66), judgment of 18 June 1971, *Ser.* A, No.12 ; Eur. Ct. H.R., *Engel v. the Netherlands* (Appl. Nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72), judgment of 23 November 1976, *Ser.* A, No.22.
[239] See already Eur. Ct. H.R., *Wemhoff v. Germany* (Appl. No. 2122/64), judgment of 27 June 1968, *Ser.* A, No.7.
[240] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Weeks v. United Kingdom* (Appl. No. 9787/82), judgment of 2 March 1987, *Ser.* A 114.
[241] See Eur. Ct. H.R., *Drozd and Janousek v. France and Spain* (Appl. No. 12747/87), judgment of 26 June 1992, *Ser.* A, No.240.

just a general obligation to observe the law.[242] In addition, the possibility of detention for the sole purpose of ensuring the fulfilment of such obligation must be clearly stipulated in the respective domestic law. As soon as the person concerned fulfils the respective legal obligation, he or she must be released. Typical examples of such legal obligations, the compliance of which might be enforced by means of detention, are the obligation to undergo military service or, in case of conscientious objectors, alternative civilian service, the obligation to perform other compulsory work or services permitted under Article 4(3) ECHR or Article 5 of the Charter, the obligation to undergo a police search, border/security checks etc. The mere inability to fulfil a contractual obligation cannot be a lawful reason for detention, as detention for debt is explicitly prohibited by Article1 of Protocol 4.[243]

4. Detention on remand

In the practice of the Strasbourg organs, detention on remand gave rise to a high number of applications, which seems to be caused by the great variety of legal procedures in the member States of the Council of Europe. Article 5(1)(c) ECHR permits 'the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so'. This type of preventive detention, which usually is referred to as detention on remand, and which covers police custody, pre-trial detention authorized by a court and detention pending trial until conviction by a court of first instance, is only permissible in the context of criminal law and procedure.

Detention on remand is permitted on three different grounds: if a person is suspected of having committed a criminal offence, if a person is suspected of going to commit an offence in the immediate future, or if a person is suspected of wishing to flee after having committed an offence. Although no offence has yet been committed in the second case (which, therefore, represents a purely preventive form of detention) the explicit purpose of detention on remand is always to bring the suspected person 'before the competent legal authority'. This provision must be read together with Article 5(3) ECHR, which stipulates that everyone arrested or detained in accordance with Article 5(1)(c) shall be brought promptly before a judge. If the judge authorizes pre-trial detention, the accused is entitled to trial within a reasonable time or release pending trial. Detention for the purpose of preventing somebody from committing an offence in the future is only permitted in case of a concrete and specific threat of, for example, a terrorist attack.[244] As soon as the suspected person is brought before a judge, the authorization of preventive detention usually ends. Whether a court is entitled under Article 5(1)(c) to order preventive detention is disputed.[245]

The arrest of a person suspected of having committed an offence should usually be effected by law enforcement officials on the basis of an arrest warrant issued by a competent court.[246] In urgent cases, the police are entitled to arrest a suspected person even without an arrest warrant for the purpose of bringing him or her promptly before a court.[247] In both cases, the relevant standard of proof is a 'reasonable suspicion' that the person concerned has in fact committed an offence. A 'reasonable suspicion' exists where there is an objective basis for linking the suspect to the offence. Whether a suspicion is reasonable is primarily for the domestic courts to assess, subject to the control by the European Court of Human Rights. In cases involving suspected terrorists, the Court takes due account

[242] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Lawless v. Ireland* (Appl. No. 332/57), judgment of 1 July 1961, *Ser.* A, No.3 ; Eur. Ct. H.R., *Engel v. the Netherlands* (Appl. Nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72), judgment of 8 June 1976, *Ser.* A, No.22 ; Eur. Ct. H.R., *Guzzardi v. Italy* (Appl. No. 7367/76), judgment of 6 November 1980, *Ser.* A, No.39 ; Eur. Ct. H.R., *Ciulla v. Italy* (Appl. No. 11152/84), judgment of 22 February 1989, *Ser.* A, No.148.

[243] On the applicability of this provision in relation to Article 6 of the Charter see supra.

[244] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Guzzardi v. Italy* (Appl. No. 7367/76), *op. cit.* ; Eur. Ct. H.R., *Ciulla v. Italy* (Appl. No. 11152/84), *op. cit.*.

[245] But see Eur. Ct. H.R., *Guzzardi v. Italy* (Appl. No. 7367/76), *op. cit.*, para. 102.

[246] On the European arrest warrant and the surrender of procedures between Member States see : Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States, OJ L 190 of 18/07/2002.

[247] On the permissible duration of police custody see infra.

of the special nature of terrorist crimes, the threat it poses to democratic society and the exigencies of dealing with it.[248] In these cases, a lower standard of proof might be permissible, but the police or intelligence authorities must provide the court with at least some facts to prove a reasonable suspicion.[249]

In addition to a reasonable suspicion, detention on remand must also be lawful, i.e. in accordance with the relevant provisions of domestic law, which usually are stricter than the minimum guarantees of the European Convention. Typical legal requirements for the courts to order pre-trial detention are, in addition to the danger of flight explicitly mentioned in Article 5(1)(c), the danger of obscuring evidence and the danger of a repetition of the offence.[250]

5. Detention of minors

Article 5(1)(d) ECHR permits 'the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority'. The term 'minors' includes both children and juveniles and should be interpreted in line with the term 'children' in Article 1 of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), i.e. in principle, every human being below the age of eighteen years. Educational supervision may be imposed on minors for the purpose of juvenile justice or for the social welfare of the child, for instance when the child is separated from his or her parents for reasons of abuse or neglect, as provided for in Article 9 CRC. In both cases, it is the responsibility of State authorities to provide children and juveniles with proper educational facilities and supervision,[251] as is also required by Article 20 CRC and the overriding principle of the child's best interests, as laid down in Article 3 CRC and Article 24(2) of the Charter.

In addition, Article 37(b) CRC provides that the arrest, detention or imprisonment of a child 'shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time'. Finally, according to Article 10(2)(b) CCPR, accused juvenile persons shall be separated from adults and brought as speedily as possible for adjudication.[252]

6. Detention for the purposes of health and social control

Article 5(1)(e) permits the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants'. Since this provision does not require a detention order by a court, it may be misused by administrative authorities in order to protect the society against persons with a socially deviant behaviour, such as persons with mental disabilities,[253] drug addicts, alcoholics[254] and vagrants.[255] The European Court of Human Rights has, therefore, developed certain minimum standards, which States must comply with, in particular the existence of an appropriate medical certificate as a precondition for deprivation of liberty in cases of

[248] Ccf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Murray v. United Kingdom* (Appl. No. 14310/88), judgment of 28 October 1994, *Ser.* A, No.300-A ; Eur. Ct. H.R., *Brogan v. United Kingdom* (Appl. Nos 11209/84, 11234/84, 11266/84 and 11386/85), judgment of 28 November 1988, *Ser. A,* No. 145-B.

[249] See Eur. Ct. H.R., *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom* (Appl. No. 12244/86, 12245/86 and 12383/86), judgment of 30 August 1990, *Ser. A,* No. 182.

[250] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Kemmache v. France* (Appl. No. 17621/91), judgment of 24 November 1994, *Ser. A,* No. 296-C.

[251] See Eur. Ct. H.R., *Bouamar v. Belgium* (Appl. No. 9106/80), judgment of 29 February 1988, *Ser. A,* No. 129.

[252] See also the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice of 29 November1985 (*Beijing Rules*), the UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency of 14 December 1990 (*Riyadh Guidelines*) and the UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty of 14 December 1990.

[253] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Winterwerp, van der Leer, Wassink and Koendjbiharie v. the Netherlands* (Appl. No. 6301/73), judgments of 24 October 1979, 21 February 1990, 27 September 1990 and 25 October 1990, *Ser.* A, Nos 33, 170-A, 185-A and 185 ; Eur. Ct. H.R*., Herczegfalvy v. Austria* (Appl. No. 10533/83), judgment of 24 September 1992, *Ser.* A, No.244.

[254] cf., e.g., Eur. Ct. H.R. (2nd section), *Litwa v. Poland* (Appl. Nos 26629/95), judgment of 4 April 2000.

[255] See already the Eur. Ct. H.R., *De Wilde, Ooms and Versyp ('Vagrancy') v. Belgium* (Appl. No. 2832/66, 2835/66 and 2899/66), judgment of 18 June 1971, *Ser.* A, No.12.

infectious diseases and mental disorders.[256] The State may confine a person of 'unsound mind' to a psychiatric hospital only as long as the mental disorder persists. This also means that persons detained in a psychiatric hospital or in special institutions for alcoholics and drug addicts have a right to periodic review of the lawfulness of their detention in accordance with Article 5(4).[257] The detention for purposes of health and social control covered by Article 5(1)(e) can be ordered for the protection of the public, but also for the protection of the respective persons themselves. In *Litwa v. Poland*, the European Court of Human Rights has decided, for example, that a drunk person may be detained by the police in accordance with Article 5(1)(e) without a medical diagnosis or a court order, if such detention is necessary for the prevention of dangers arising for the person himself or for the public.[258]

7. Special detention of aliens

Article 5(1)(f) permits 'the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition'. Neither the European Convention nor the EU Charter grant a right of aliens to enter another country and reside therein. The right to liberty of movement and residence is restricted in Article 2 of Protocol 4 to everyone 'lawfully within the territory of a State' and in Article 45 of the Charter even to citizens of the Union. On the other hand, Article 18 of the Charter grants a right to asylum to refugees in the sense of the Geneva Refugee Convention,[259] which is not contained in the ECHR. Subject to the conditions laid down in Article 1 of Protocol 7, as well as the principle of non-refoulement derived from Article 3 ECHR and the protection of privacy and family life in Article 8 ECHR, aliens may be expelled or extradited from the territory of a State party to the ECHR. If an alien is entering the territory of a State party without a valid visa or other authorization, or if an expulsion or extradition proceeding is pending, he or she may be detained in accordance with Article 5(1)(f). But the authorities must ensure that the detention was ordered exclusively for one of these three purposes.[260]

Although these aliens constitute one of the largest groups of detainees in present day Europe, only relatively few cases have been brought to the European Court of Human Rights in relation to Article 5(1)(f). The Court can only find a violation of this provision, if the detention has been ordered in obvious violation of domestic law or if any of the procedural guarantees in the following paragraphs of Article 5 have been neglected. In the case of *Amuur v. France*, for example, the Court found a violation on the ground that several asylum seekers had been detained in the international departures area in a French airport for almost three weeks without any possibility of challenging their detention.[261] Only in extreme cases did the length of detention pending extradition proceedings lead to a finding of a violation.[262]

III. Procedural guarantees in cases of deprivation of personal liberty

1. Right to be informed of the reasons for one's arrest

[256] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Winterwerp v. the Netherlands* (Appl. No. 6301/73), *op. cit.* ; Eur. Ct. H.R., *X v. United Kingdom* (Appl. No. 7215/75), judgment of 5 November 1981, *Ser.* A, No.46 ; Eur. Ct. H.R., *Luberti v. Italy* (Appl. No. 9019/80), judgment of 23 February 1984, *Ser.* A, No.75 ; Eur. Ct. H.R., *Ashingdane v. United Kingdom* (Appl. No. 8225/78), judgment of 28 May 1985, *Ser.* A, No.93.
[257] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Winterwerp v. the Netherlands* (Appl. No. 6301/73), *op. cit.* ; Eur. Ct. H.R., *Koendjbiharie v. the Netherlands* (Appl. No. 11487/85), judgment of 25 October 1990, *Ser.* A, No.185-B.
[258] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Litwa v. Poland* (Appl. No. 26629/95), *op.cit.*.
[259] See the Commentary on Article 18 of the Charter.
[260] See Eur. Ct. H.R., *Bozano. v. France* (Appl. No. 9990/82), judgment of 18 December 1986, *Ser.* A, No.111 and Eur. Ct. H.R., *Chahal v. United Kingdom* (Appl. No. 22414/93), judgment of 15 November 1996, *Rep*. 1996-V.
[261] Eur. Ct. H.R., *Amuur v. France*, judgment of 25 June 1996, *Rep*. 1996-III.
[262] Eur. Ct. H.R., *Quinn v. France* (Appl. No. 18580/91), judgment of 22 March 1995, *Ser.* A, No.311. See also Eur. Ct. H.R., *Kolompar v. Belgium* (Appl. No. 11613/85), judgment of 24 September 1992, *Ser.* A, No.235-C.

According to Article 5(2) ECHR, 'Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him'. Although this provision contains a reference to a (criminal) charge, it applies to all categories of deprivation of personal liberty listed in Article 5(1).[263] The person arrested shall be informed of the factual and legal reasons for his or her arrest in order to be able to challenge the detention in accordance with the habeas corpus proceedings under Article 5(4). If the arrest is based on the suspicion of having committed a criminal offence, the detainee has also a right to be informed of the charge against him or her. This information does not have to be as detailed as the information to which an accused person is entitled under Article 6(3)(a) ECHR.

The information shall be provided in a language, which the detainee understands, which in the case of aliens who enter the territory of a State party unlawfully usually requires the assistance of interpreters. The right to be informed 'promptly' means as quickly as possible, i.e. usually at the time of the arrest, but certainly not later than a few hours after the arrest.[264]

2. Guarantees in case of detention on remand

Article 5(3) ECHR provides as follows: 'Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.' In principle, this provision guarantees two important rights for everyone detained on the suspicion of having committed a criminal offence: the right to be brought promptly before a judge and the right to trial within a reasonable time.

The right to be brought promptly before a judge or another independent judicial officer is an important guarantee for the lawfulness and reasonableness of detention on remand. It limits the period of police custody, which is usually the period with the highest risk of ill-treatment, to a duration of not more than 24 or 48 hours. Even in exceptional circumstances of terrorism must the period of police custody not be longer than four days.[265] The detainee must be brought personally before the judicial authority, who shall review all issues relating to the detention question, and who shall take an independent decision on pre-trial detention by reference to objective legal criteria.[266] The existence of a reasonable suspicion that the detainee has committed a criminal offence remains an essential requirement for ordering pre-trial detention. After a certain period of detention, also other requirements, such as the likelihood of flight from the jurisdiction, the risk of the committal of further offences, the risk of absconding evidence or the severity of the crime involved, must be present in order to justify a continuation of the detention.[267]

The second important guarantee is the right of pre-trial detainees to a trial within a reasonable time or to release pending trial. The purpose of this provision is to avoid long periods of detention while State authorities investigate the case. As is explicitly laid down in Article 9(3) CCPR, it shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody. A pre-trial detainee is entitled to

[263] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *X v. United Kingdom* (Appl. No. 7215/75), judgment of 5 November 1981, *Ser.* A, No.46 ; Eur. Ct. H.R., *van der Leer v. the Netherlands* (Appl. No. 11509/85), judgment of 21 February 1990, *Ser.* A, No.170-A.
[264] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom* (Appl. Nos 12244/86, 12245/86 and 12383/86), judgment of 30 August 1990, *Ser.* A, No.182 ; Eur. Ct. H.R., *Murray v. United Kingdom* (Appl. No. 14310/88), judgment of 28 October 1994, *Ser.* A, No.300-A.
[265] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Brogan v. United Kingdom* (Appl. Nos 11209/84, 11234/84, 11266/84 and 11386/85), judgment of 29 November 1988, *Ser.* A, No.145-B ; Eur. Ct. H.R., *Aksoy v. Turkey* (Appl. No. 21987/93), judgment of 18 December 1996, *Rep*. 1996-VI ; Eur. Ct. H.R., *Sakik et al. v Turkey* (Appl. Nos. 23878/94;23879/94;23880/94;...), judgment of 26 November 1997, *Rep*. 1997-VII ; Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Öcalan v Turkey* (Appl. No. 46221/99), judgment of 12 March 2003.
[266] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Schiesser v. Switzerland* (Appl. No. 7710/76), judgment of 4 December 1979, *Ser.* A, No.34.
[267] cf. the rich case-law of the European Court of Human Rights since the early judgments of Eur. Ct. H.R., *Neumeister, Stögmüller and Matznetter v. Austria* (Appl. No. 1936/63), judgments of 27 June 1968 and 10 November 1969, *Ser.* A, Nos 8, 9 and 10.

have his or her case given a higher priority than that of someone who is at liberty.[268] The maximum length permissible for pre-trial detention or detention pending trial depends, of course, on the complexity of the case, the severity of the charge and many other factors which the Court must take into account in order to assess the 'reasonable time' requirement. In *Muller v. France*, for example, a period of four years of pre-trial detention in spite of the fact that the accused had voluntarily admitted to having committed the offences at issue at the beginning of the investigation, was found to be unreasonable.[269] If guarantees to appear for trial, in particular bail, minimise the danger of flight in the absence of other compelling reasons for continuing pre-trial detention, the accused has a right to be released. Whatever grounds may exist to justify continued detention, State authorities must conduct the proceedings with special diligence.[270] The legal presumption that any individual charged with a serious offence is at risk of absconding is certainly not justified, as the Court held in some cases against Turkey.[271]

3. Right to habeas corpus proceedings

Article 5(4) ECHR contains one of the oldest human rights, the procedural guarantee of habeas corpus: 'Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.' According to the Anglo-American legal tradition, habeas corpus means the right of a detained person to challenge his or her detention before an independent court irrespective of who is responsible for the deprivation of personal liberty (State and non-State actors) and why the person was arrested. In principle, the right to habeas corpus proceedings under Article 5(4) ECHR applies to all categories of deprivation of liberty enlisted in Article 5(1). In practice, one should distinguish, however, between deprivation of liberty ordered by a court and that ordered by an administrative authority. While a prison sentence of a criminal court, in principle,[272] is not subject to habeas corpus proceedings,[273] and detention on remand is subject to periodic court review in accordance with Article 5(3), the real significance of habeas corpus proceedings relates to cases of deprivation of personal liberty by an administrative authority, i.e. the detention of minors, aliens, vagrants, alcoholics, drug addicts, persons with mental disabilities and persons with infectious diseases.[274] All these detainees have a right that an independent court decides speedily about the lawfulness of their detention and, in case of unlawful detention, orders their release.

The right to habeas corpus proceedings is an independent right: Even if the detention as such is lawful under Article 5(1) ECHR, Article 5(4) is nevertheless violated if the detainee does not have the opportunity to challenge the lawfulness of his or her detention before a court. The scope of the judicial investigation under Article 5(4) depends, of course, on the type of the detention, but a simple review of the formal legality of the detention is insufficient. The court must examine all the facts which are put forward to justify the detention. Although such a court does not have to fulfil all the requirements of a court in the sense of Article 6(1), it must be independent, impartial and must apply a procedure with minimum guarantees of a fair trial, such as the right to be heard in person and the principle of equality of arms.[275] Minors should be entitled to legal assistance.[276]

---

[268] Eur. Ct. H.R., *Wemhoff v. Germany* (Appl. No. 2122/64), judgment of 27 June 1968, *Ser.* A, No. 7.
[269] Eur. Ct. H.R., *Muller v. France* (Appl. No. 21802/93), judgment of 17 March 1997, *Rep*. 1997-II.
[270] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Letellier v. France* (Appl. No. 12369/86), judgment of 26 June 1991, *Ser.* A, No.207 ; Eur. Ct. H.R., *van der Tang v. Spain* (Appl. No. 19382/92), judgment of 13 July 1995, *Ser.* A, No.321.
[271] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Yagci and Sargan v. Turkey* (Appl. No. 16419/90), as well as *Mansur v. Turkey* (Appl. No. 16026/90), judgments of 8 June 1995, *Ser.* A, Nos 319-A and 319-B.
[272] For exceptions to this rule see, e.g., Eur. Ct. H.R., *Hussain v. United Kingdom* (Appl. No.21928/93), judgment of 21 February 1996, *Rep*. 1996-I; Eur. Ct. H.R., *Singh v. United Kingdom* (Appl. No. 23389/94), judgment of 21 February 1996, *Rep*. 1996-I; Eur. Ct. H.R., *van Droogenbroeck v. Belgium* (Appl. No. 7906/77), judgment of 24 June 1982, *Ser.* A, No.50.
[273] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Iribarne Pérez v. France* (Appl. No. 16462/90) judgment of 24 October 1995, *Ser.* A, No.325-C.
[274] cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *De Wilde, Ooms and Versyp ('Vagrancy') v. Belgium* (Appl. Nos 2832/66, 2835/66 and 2899/66), *op.cit.* ; Eur. Ct. H.R., *Engel v. the Netherlands* (Appl. Nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72), judgment of 8 June 1976, *Ser.* A, No.22 ; Eur. Ct. H.R., *Luberti v. Italy* (Appl. No. 9019/80), judgment of 23 February 1984, *Ser.* A, No. 75.
[275] cf. Eur. Ct. H.R., *Winterwerp v. the Netherlands* (Appl. No. 6301/73), *op.cit.* ; Eur. Ct. H.R., *Sanchez-Reisse v. Switzerland* (Appl. No. 9862/82), judgment of 21 October 1986, *Ser.* A, No. 107 ; Eur. Ct. H.R., *Lamy v. Belgium* (Appl. No.

While persons who are detained on the suspicion of having committed an offence shall be brought promptly before a court in accordance with Article 5(3), i.e. within one or two days, habeas corpus proceedings under Article 5(4) shall only be decided 'speedily', i.e. within a few weeks. In *Winterwerp v. The Netherlands*, the European Court of Human Rights held that a person detained in a psychiatric hospital has a right to request a review of the legality of his detention at reasonable intervals.[277] In *Bezicheri v. Italy*, the Court clarified that the intervals for review of decisions to detain on remand must be relatively short, whereas the intervals for review in psychiatric detention cases might be somewhat longer,[278] albeit no more than four months.[279]

4. Right to compensation

As Article 3 of Protocol 7 in case of a miscarriage of justice, Article 5(5) ECHR provides for a special domestic remedy in addition to the general right of victims of violations of the Convention under Article 13 to have an effective remedy before a national authority. It reads: 'Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.' In States in which the Convention is directly applicable, the right to compensation under Article 5(5) can be directly enforced by the domestic courts.

The right to compensation only arises, if a domestic authority or the European Court of Human Rights have established that any of the provisions of Article 5 have been violated, and if the applicant has exhausted the respective domestic remedies.[280] If a person has been arrested in violation of the respective provisions of domestic law, this constitutes at the same time a violation of Article 5(1) and, therefore, entitles the victim to compensation. If the national courts, for whatever reason, find a violation of the right to personal liberty but deny the right to compensation, they violate the substantive right of the victim to compensation under Article 5(5). If the violation of Article 5(1) or of any of the procedural guarantees in Article 5(2) to 5(4) is only established by the European Court of Human Rights, and the applicant has unsuccessfully claimed compensation before the domestic authorities, the Court can also find a violation of Article 5(5). In the case of *Sakik v. Turkey*, the Court found a violation of Article 5(5) on the grounds that the Turkish Government could not show that anyone had ever been compensated under the domestic legal provisions the government had cited as applicable.[281]

National laws on compensation in cases of deprivation of liberty often go beyond the right to compensation provided for in Article 5(5). If a person has, for instance, been held in pre-trial detention on the suspicion of having committed a crime, and the courts afterwards establish that he or she was innocent, such detention on remand constituted, in principle, no violation of Article 5.[282] But the person may have spent many months in detention despite his or her innocence, which caused considerable pecuniary and non-pecuniary damages. National laws often provide compensation for these types of deprivation of personal liberty, even in the absence of any negligent behaviour by the competent authorities. If an applicant claims compensation in such a case before the domestic courts,

---

10444/83), judgment of 30 March 1989, *Ser.* A, No. 151 ; Eur. Ct. H.R., *Wassink v. the Netherlands* (Appl. No. 12535/86), judgment of 27 September 1990, *Ser.* A, No. 185-A.

[276] Eur. Ct. H.R., *Bouamar v. Belgium* (Appl. No. 9106/80), *op.cit.*.

[277] Eur. Ct. H.R., *Winterwerp v. the Netherlands* (Appl. No. 6301/73), *op.cit.*.

[278] Eur. Ct. H.R., *Bezicheri v. Italy* (Appl. No. 11400/85), judgment of 25 October 1989, *Ser.* A, No. 164 : an interval of 5 months for examination of a second application for release from detention on remand was considered too long.

[279] Cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Koendjbiharie v. the Netherlands* (Appl. No. 11487/85), judgment of 25 October 1990, *Ser.* A, No. 185-B ; Eur. Ct. H.R., *E. v. Norway* (Appl. No. 11701/85), judgment of 29 August 1990, *Ser.* A, No. 181-A.

[280] Cf., e.g., Eur. Ct. H.R., *Brogan v. United Kingdom* (Appl. Nos 11209/84, 11234/84, 11266/84 and 11386/85), *op.cit.* ; Eur. Ct. H.R., *Wassink v. the Netherlands* (Appl. No. 12535/86), *op.cit.* ; Eur. Ct. H.R., *Keus v. the Netherlands* (Appl. No. 1228/86), judgment of 25 October 1990, *Ser.* A, No. 185-C ; Eur. Ct. H.R., *Tsirlis and Kouloumpas v. Greece*, judgment of 29 May 1997, *Rep*. 1997-III.

[281] Eur. Ct. H.R., *Sakik et al. v. Turkey*, judgment of 26 November1997, *Rep*. 1997-VII.

[282] A violation of detention on remand would, however, arise if the suspicion was not reasonable within the meaning of Article 5 (1)(c) or if the person concerned was not released as soon as the reasons for his or her continued detention under Article 5 (3) had disappeared.

which arbitrarily deny such a request, the European Court may also find a violation of Article 5(5) on the ground that the domestic right to compensation under Article 5(5) has been violated.

If the European Court finds a violation of Article 5(5), it cannot itself grant compensation under this provision, which only establishes a right to a specific domestic remedy. But, as with respect to any other violation of the Convention found, the Court can afford just satisfaction in accordance with its general competence under Article 41 ECHR. On the other hand, the fact that domestic authorities have granted compensation in accordance with Article 5(5) does not preclude the European Court to afford additional compensation for the same or other violations of the right to personal liberty.

Article 7. Respect for private and family life

Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.

I. The scope of protection of Article 7 - General remarks

Article 7 of the Charter of Fundamental Rights corresponds to Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and it focuses primarily on individual autonomy. It provides: 'Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications'. The phrasing of the provision (Article 7 of the Charter) is, however, different. The notion 'correspondence', which is an element of private life, has been replaced with the expression 'communications'. This indicates an intention to take into account the contemporary technological development.[283] In other words, the right to respect for communications is now guaranteed regardless of the means of the communications employed. It is noteworthy that the right to protection of personal data in the context of the Charter of Fundamental Rights (Article 8) is distinct from the right to respect for private life.

Various types of situations may involve the application of Article 7 of the Charter of Fundamental Rights. The rich case-law of the Strasbourg Court of Human Rights and until 1998 of the Commission, relating to the respect of the privacy of the individual as well as of family life (Article 8) may serve as examples to illustrate the scope of the provisions in question. The general expressions of private and family life, both containing a certain degree of contingency, seem to make a wide field of application possible.[284] The provision embraces a wide variety of matters (comprising various spheres of life such as physical and mental integrity and the sphere of intimate relationships) ranging from the social[285] and professional sphere to the protection of the environment.[286]

The umbrella term 'privacy' as protected by contemporary international law norms encompasses first of all 'the right to be left alone'. The corresponding obligations devolving upon the state are thus in most cases negative, *i.e.,* they prescribe non-interference. The European Court of Human Rights acknowledged in *Malone v. UK* that the recognition of the applicant's right to be 'left alone, is

[283] According to the revised explanations of the Praesidium of the European Convention : 'To take account of developments in technology the word 'correspondence' has been replaced by 'communications'. Treaty establishing a Constitution for Europe-Final Act -A. Declaration concerning the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights. OJ C 310 of 16.12.2004, pp. 0424-0459.
(Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03).

[284] See, for example, the commentaries on Article 2, Article 3 and Article 19(2) of the Charter.
Moreover, Article 7 must be read in accordance with the requirements formulated by Article 16 of the UN Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989.

[285] As the European Court of Human Rights observed in *Botta v. Italy,* the guarantees afforded by Article 8 ECHR are intended, *inter alia* 'to ensure the development of each individual in his relations with other human beings'. However, the Court found in the mentioned case no violation of Article 8 ECHR since 'there can be no conceivable direct link between the measures the State was urged to take in order to make good the omissions of private bathing establishment and the applicant's private life'. Eur. Ct. H.R., *Botta v. Italy* (Appl. No. 21439/93), judgment of 24 February 1998, *Rep*. 1998-I 412, paras. 32 and 35.

[286] In *Guerra and Others v. Italy* the European Court of Human Rights considered the direct effect of toxic substances and inflammable gases emissions within the realm of the applicants'right to respect for their private and family life. The Court ruled that the State has obligations to notify the affected residents of the risks associated with the operation of a fertilizer plant. Eur. Ct. H.R, *Guerra and Others v. Italy,* (Appl. No. 14967/89), judgment of 19 February 1998, *Rep*. 1998-I 210, para. 57. In another case, *McGinley and Egan v. United Kingdom*, the European Court of Human Rights found that Article 8 ECHR can be applied in situations involving hazardous governmental activities (exposure to radiation during tests of nuclear weapons), which might have hidden adverse consequences on the health of those involved in the activities (Eur. Ct. H.R., *McGinley and Egan v. United Kingdom* (Appl. Nos. 21825/93 and 23414/94), judgment of 9 June 1998, *Rep*. 1998-III 1334, para. 101).

inherent in Article 8', and that this is an essential object of Article 8.[287] The notion of privacy could be defined as freedom from unwarranted and arbitrary interference – *i.e.* contrary to established legal principles - from public authorities or private actors or bodies independent of the state, such as private electronic data banks, into activities that society recognizes as belonging to the realm of individual autonomy (the private sphere). On the other hand, it emerges quite clearly from the text of Article 8 that respect for private and family life does not simply imply 'hands off'. The public order provision in Article 8(2) of the ECHR provides the reasons for which interference is legitimate and may become necessary in a democratic society, *i.e.*, 'in the interest of national security and public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health and morals, or for the protection of the rights and freedoms of others'.

Furthermore, Article 8 of the ECHR also confers positive obligations on the State Parties (*i.e*., a duty to act in order to comply with the Convention) in protecting the rights of individuals. Taking into account the Court's view, Article 8 'does not merely compel the state to abstain from (i)nterference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life'.[288] In other words, this provision imposes positive obligations on the state to facilitate the normal development of family and private life. In the *Marckx* case the Court ruled that the Government of Belgium failed in its positive obligations under the ECHR by neglecting to legislate in a manner, which would allow the child born outside marriage to integrate into his family from the moment of birth.

Although family life is mentioned together with private life and home, so as to suggest mainly a protection of the physical framework of personal life against, for example, separation of the family, the vast jurisprudence where Article 8 of the ECHR has been invoked makes it possible to discern that the protection extends to a person's inner life as well, *e.g.,* philosophical, religious or moral beliefs, emotional life, etc.

II. Respect for private life

The expression 'private life' covers a wide range of issues.[289] Respect for private life requires among other things non-interference with an individual's decisions (*i.e.,* personal life choices) on ways to live his or her own life.

1. Personal integrity, confidential data and public files

1.1. Introduction

The disclosure or improper discovery by third persons of facts relating to physical condition, health or personality may undoubtedly interfere with one's privacy and private life.[290]

The question of privacy may also arise in the context of the working place, *e.g.,* not to be monitored by computer programs tracking performance levels or by cameras. In addition, some forms of identification such as DNA profiling of employees, finger print identification, etc., can, depending on the circumstances, constitute a violation of the right of privacy/personal integrity.

[287] Eur. Ct. H.R., *Malone v. United Kingdom* (Appl. No. 8691/79), judgment of 2 August 1984, *Ser.* A, No. 82, para. 51.
[288] Eur. Ct. H.R., *Marckx v. Belgium* (Appl. No. 6833/74) judgment of 13 June 1979, *Ser.* A, No. 31, para. 31.
[289] See, e.g. Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the application of Biology and Medicine, which establishes a right to know any information collected about one's health. The European Court ruled in the *Von Hanover v. Germany* case that 'anyone, even if they are known to the general public, must be able to enjoy a 'legitimate expectation' of protection of and respect for their private life'. Thus, the publication of photos relating to the private life of Princess Caroline of Monaco, who does not occupy any official function, in a number of German magazines did not contribute to a debate of general interest (Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Von Hannover v. Germany* (Appl. No. 59320/00), judgment of 24 June 2004.
[290] Eur. Comm. H.R., *DVO v. Belgium* (Appl. No. 7654/76), *Rep.* of 1st March 1979.

In a few cases the European Court has decided that surveillance did not constitute a violation of Article 8. In *Leander v. Sweden* the applicant had been denied employment on the basis of information held in the secret files of the security police to the effect that he was a threat to the national security.[291] Notwithstanding the conclusions that the requirements of Article 8(2) had been fulfilled, the Court ruled that both the storage and the passing on of information about private circumstances of the complainant amounted to an interference with his private life.

Advances in technology in the area of covert surveillance, *e.g.,* electronic surveillance performed by public authorities or private actors constitutes a new type of interference with privacy and presents potential threats to the private life of the individual. It should, however, be pointed out that the right to protection of personal data is secured in a separate provision of the Charter of Fundamental Rights (Article 8).

The European Court of Human Rights had the occasion – in *Rotaru v. Romania* - to state that the existing domestic rules on the filing and processing of security intelligence in Romania were too vague in order to be deemed as sufficient safeguards (*i.e.,* constituting 'law') against abuse by the public authorities.[292]

The *Gaskin v. UK* case concerned an applicant who was an orphan in the care of administrative authorities until he came of age, and who was refused access to his entire case records/files relating to his childhood while he was in the children's home, because some of the contributors had requested confidentiality. The European Court accepted that this was a legitimate consideration for withholding access, but subsequently found the UK in breach of Article 8 on the grounds that there was no independent authority to decide finally whether access to records relating to one's private and family life has to be granted in cases where a contributor fails to answer (is not available) or improperly withholds consent.[293]

In addition, the revealing of confidential information has been the subject of a number of cases before the Strasbourg Court. In *Z v. Finland*[294], which concerned a criminal trial of a man accused of having deliberately exposed several women to the risk of being infected with HIV, the Court found that the seizure of the accused wife's journals and her name and the short length of period during which her identity would remain secret, were not necessary in a democratic society and thereby constituted a violation of Article 8 of the ECHR.

The wide application of the principle of privacy necessitates protection of personal data used, for example, for social security purposes, in the police sector, etc. The European Court of Justice (ECJ) has recognized that the right to respect for private life secured under Article 8 of the ECHR includes a person's right to keep his state of health secret.[295]

Very important regulations concerning data security are to be found in the Council Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications, *i.e.,* the protection of individuals in connection with the treatment of personalized data.[296] The Preamble - paragraphs 11 and 24 - refers explicitly to Article 8 of the ECHR and the case-law of the European Court. Main points in the Directive that emphasize the right to privacy include Article 4, which obliges the provider of a public available electronic communication service to take appropriate measures to protect the security of its services. If there is a particular risk of a breach of the security of the network, the provider must inform the subscribers of such a risk.

---

[291] Eur. Ct. H.R., *Leander v. Sweden* (Appl. No. 9248/81), judgment of 27 March 1987, *Ser.* A, No. 116.
[292] Eur. Ct. H.R.(GC), *Rotaru v. Romania* (Appl. No. 28341/95), judgment of 4 May 2000.
[293] Eur. Ct. H.R., *Gaskin v. United Kingdom* (Appl. No. 10454/83), judgment of 7 July 1989, *Ser.* A, No. 160, para. 49. See also *McGinley and Egan v. United Kingdom*, supra.
[294] Eur. Ct. H.R., *Z. v. Finland* (Appl. No. 22009/93), judgment of 25 February 1997, *Rep*. 1997-I.
[295] ECJ, Case C-404/92 P, *X. v. Commission of the European Communities*, [1994] *ECR* I-4737 (judgment of 5 October 1994).
[296] See the Commentary on Article 8 of the Charter.

Another important point in the Directive is the protection of the privacy of callers as established in Article 8(1). It provides that where the presentation of calling line identification is offered, the service provider must give the calling user the opportunity to prevent the identification. This must be available by the use of simple means and be free of charge. However, Member States do have the possibility to override the privacy of callers on a temporary basis when a subscriber requests the tracing of malicious or nuisance calls or for organizations dealing with emergency calls, as laid down in Article 10. Following the introduction of the Directive, the use of automatic calling machines, fax or e-mail for direct marketing purposes will only be allowed to subscribers who have given prior consent, in accordance with Article 13(1). The Member States are also obliged to ensure that unsolicited communications for marketing through other means than mentioned will require prior consent as stated in 13(3).

1.2. Problematic areas

Measures adopted on the domestic level in the course of the on-going global struggle against terrorism and organized crime may increasingly threaten the right to privacy.[297] There is a risk that legal requirements on, for example, airlines and other transports to provide access to, or transfer data from, comprehensive passenger data stored in reservation systems could conflict with international data protection principles (*i.e.,* adequate and non-excessive data collection, limited data retention time, information provision to data subjects and independent supervision[298]) or those providers' obligations under national data protection laws.

In addition, privacy challenges may occur in connection with the way public and private sector organizations communicate information about their handling and processing of personal (privacy) information.

Another area of concern with regard to privacy and autonomy rights is the increased use of non-transparent techniques to transfer software updates to users' computers by software manufacturers, whereby they can read and collect personal information stored on the user's computer without the user being able to notice, influence or prevent it. This may cause problems especially in governmental institutions and private companies, since they are under legal obligations for the manner in which they process personal information.

Moreover, international and supra-national bodies that hold or process personal data are still lacking internal, operationally independent supervisory authorities with control powers to ensure compliance with the applicable data protection principles.

With regard to the private life aspect linked to the issue of abortion it should be mentioned that some unesolved legal matters concerning access to abortion services remain a cause of concern.

2. Personal integrity / autonomy and bodily integrity

Procedures such as involuntary examination of the human body[299] and taking of body samples (blood, urine tests, etc.), which are often employed in police or customs investigations, involve issues related

[297] See EU Network of Independent Experts in Fundamental Rights, Thematic Comment 1, *The Balance Between Freedom and Security in the Response by the European Union and Its Member States to the Terrorist Threats*, http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm

[298] See the Resolution to improve the communication of privacy information to individuals, adopted by the accredited Data Protection and Privacy Commissioners during their 25th International Conference in Sydney, 17 September 2003. http://www.privacygov.au/news/media/03_13.html

[299] The European Court of Human Rights came to the conclusion in the *Y.F. v. Turkey* case concerning forcible gynaecological examination of the applicant while in custody, that there had been a violation of Article 8 ECHR since 'any interference with a person's physical integrity must be prescribed by law and requires the consent of that person' and this has not been the case according to the circumstances under review. Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Y.F. v. Turkey* (Appl. No. 24209/94), judgment of 22 July 2003, para. 43.

to the right to privacy and may under certain circumstances threaten this fundamental right. The same is valid for the initiatives to add biometrics to passports as well as, for example, sport drug testing and the sharing of information about individual athletes' whereabouts.

Furthermore, since the 1990s the European states have introduced measures attempting to speed up the processing of asylum applications, such as taking fingerprints of the applicants. This may, nonetheless, result in a violation of privacy rights. That kind of interference may, however, at the same time be found legitimate according to the criteria in Article 8(2) of the ECHR.

The ECJ found in a landmark decision that an HIV-test imposed against the will of a job applicant prior to employment constitutes a violation of the right to privacy.[300]
The issue of corporal punishment in schools has been considered by the European Court of Human Rights in a number of cases dealing with violations of Article 3 of the ECHR. However, the Court's reasoning in the *Costello-Roberts v. UK*[301] case suggests that certain aspects of school discipline might fall within the realm of protection under Article 8, even though in this concrete case the disciplinary regime at the independent preparatory boarding school did not come within the prohibition in Article 8.

Nothwithstanding the fact that the international human rights institutions have not yet produced jurisprudence of relevance to certain particular issues such as the prohibition of drugs, smoking as well as the requirement of safety helmets etc., it can be maintained that they should be regarded as falling within the ambit of private life.

3. Sexual privacy and sexual preferences

Individuals have a right to private life, which includes protection of the most intimate areas, *i.e.,* sexuality. Domestic regulations of sexual behavior that takes place in private may, under certain circumstances, be regarded as an interference with privacy.

The European Court acknowledged in *Dudgeon v. UK* that sexual life is part and parcel of private life, *i.e.,* the Court considered the homosexual acts between two consenting males over the age of 21 'a most intimate aspect of private life'. Making these acts criminal offences, thus, constituted unjustified interference with the applicant's right to respect for his private life.[302] The European Court has also ruled that the exclusion and discharge of homosexuals from the armed forces in the UK on the sole ground of their sexual orientation constituted interference with their private lives and violated Article 8 of the ECHR.[303] The Court stressed that there must exist 'particularly serious reasons' before such interference can satisfy the requirements of Article 8(2) of the ECHR (§ 89).
While the ECHR does not recognize a right to family life for homosexual couples, the European Court found prohibition on consensual homosexual conduct in the criminal law of Cyprus to be in violation with Article 8.[304]

Nevertheless, there are some limits to the personal sphere. The existing prohibition of certain sadomasochistic practices, for example, in the UK was found by the European Court to be compatible with the guarantee of privacy found in the ECHR and that the conviction of several individuals for such practices involving a significant degree of injury and wounding between consenting adults was

[300] ECJ, Case C-404/92 P, *X v. Commission of the European Communities,* [1994] *ECR* I-4737 (judgment of 5 October 1994).
[301] Eur. Ct. H.R., *Costello-Roberts v. United Kingdom* (Appl. No. 13134/87), judgment of 25 March 1993, *Ser.* A, No. 247-C.
[302] Eur. Ct. H.R., *Dudgeon v. United Kingdom* (Appl. No. 7525/76), judgment of 22 October 1981, *Ser.* A, No. 45, para. 52.
[303] Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Smith and Grady v. United Kingdom* (Appl. Nos. 33985/96 and 33986/96), judgment of 27 September 1999 ; Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Lustig-Prean & Beckett v. United Kingdom* (Appl. Nos. 31417/96 and 32347/96), judgment of 27 September 1999.
[304] Eur. Ct. H.R., *Modinos v. Cyprus* (Appl. No. 15070/89), judgment of 22 April 1993, *Ser.* A, No. 259.

consequently not in violation with Article 8. States are consequently entitled to criminalize the infliction of physical harm albeit the acts take place in privacy.[305]

4. Personal identity and gender re-assignment

The European Court ruled in *Christine Goodwin v. United Kingdom*[306] that the UK Government's stance in refusing to allow the amendment of Ms Goodwin's birth certificate to reflect her new (post-operative) gender and the refusal to allow her to marry as a female person, violated the applicant's right to respect for private life (Article 8), and her right to marry (Article 12). In other words, departing from its earlier case-law[307] and in light of the current international trend towards legal recognition of transsexuals, the Court came to the conclusion that a test of congruent biological factors was no longer decisive in determining the gender of a post-operative transsexual. More importantly, in the view of the Court, 'A failure by the court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement' (§ 74). In consequence, the State Parties to the ECHR are now expected to introduce legislation permitting the amendment of birth certificates of transsexuals and recognizing gender change.

Among the other aspects of the right to identity mention should be made of such issues related to, *e.g.* dress codes, wearing of headscarfs etc.

5. Personal identity and choice of name (surname)

The Strasbourg institutions have in a few cases taken the position that regulation of names falls within the ambit of family and private life,[308] since a person's name constitutes a means of personal identification and of linking the bearers of a given name to a family.[309]

In the absence of a common ground between the domestic systems of the State Parties to the ECHR, as to the conditions on which a change of name may be legally effected, the European Court ruled, however, in *Stjerna v. Finland*[310] that in this legal area contracting states may enjoy a wide margin of appreciation. The Court reached a similar conclusion in *Guillot v. France*.[311]

6. Respect for the home

The expression 'home' has a broad meaning[312] and it has been regarded to cover residence and business premises. Respect for the home includes the right to access and occupation as well as protection against eviction. In *Gillow v. UK* the European Court found that the applicants' estate was their home notwithstanding that they had been away for 18 years. In the view of the Court, the well-being of the island of Guernsey, which necessitated a law to prevent its overpopulation, must be balanced against the applicants' right to respect for their home, a right which is pertinent to their own

[305] Eur. Ct. H.R., *Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom*, (Appl. Nos. 21627/93, 21826/93 and 21974/93), judgment of 19 February 1997, *Rep*. 1997-I.
[306] Eur. Ct. H.R. (GC), *Christine Goodwin v. United Kingdom* (Appl. No. 28957/95), judgment of 11 July 2002, para. 79.
[307] Eur. Ct. H.R., *Rees v. United Kingdom* (Appl. No. 9532/81), judgment of 17 October 1986, *Ser.* A, No. 106 ; Eur. Ct. H.R., *Cossey v. United Kingdom* (Appl. No. 10843/84), judgment of 27 September 1990, *Ser.* A, No. 184 and Eur. Ct. H.R., *Sheffield and Horsham v. United Kingdom* (Appl. Nos. 22985/93 and 23390/94), judgment of 30 July, *Rep.* 1998-V.
[308] See, in addition : Human Rights Committee, Views on Communication No. 453/1991, *Coeriel et al v. the Netherlands*, 9 December 1994 (CCPR/C/52/D/453/1991 (1994).
[309] Eur. Ct. H.R., *Burghartz v. Switzerland* (Appl. No. 16213/90), judgment of 22 February 1994, *Ser.* A, No. 280-B, para. 24.
[310] Eur. Ct. H.R., *Stjerna v. Finland* (Appl. No. 18131/91), judgment of 25 November 1994, *Ser.* A, No. 299-B, paras. 38 and 39.
[311] Eur. Ct. H.R., *Guillot v. France* (Appl. No. 22500/93), judgment of 24 October 1996, *Rep*. 1996-V.
[312] Eur. Ct. H.R. (GC), *Chapman v. United Kingdom* (Appl. No. 27238/95), judgment of 18 January 2001, para. 73, *Rep.* 2001-I. In the Court's view certain measures, which affect the stationing of caravans by a person belonging to a minority (Roma), have a 'wider impact than on the right to respect for home' since occupation of a caravan may constitute an integral part of one's ethnic identity. States have, therefore, positive obligations to facilitate the minorities' way of life, including a wide interpretation of the notion 'home'.

personal security and well-being.[313] Intrusions into a home or the intentional destruction of a dwelling house embrace a presumptive violation of Article 8 of the ECHR.[314]

The European Court has also held that respect for the home does not include a duty for State Parties to see that each family has its own home.[315]

In *Lopez Ostra v. Spain* the European Court ruled that severe environmental pollution may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, *i.e.,* in contradiction to Article 8 of the ECHR.[316]

The European Court ruled in *Karner v. Austria* that the statutory right of family members to succeed to a tenancy also applied to persons in a homosexual relationship. The difference in treatment on the enjoyment of the applicant's right to respect for his home amounted to a violation of Article 14 taken together with Article 8 of the ECHR.[317]

The European Court has stated that 'home' can under certain circumstances extend to business premises. In *Niemietz v. Germany*[318] , which concerned the search of a lawyers' office and seizure of documents, the Court ruled that state interference with such premises must be justified on the basis of Article 8(2) notwithstanding the fact that the state may have a wide margin of appreciation, which depending on the circumstances would be wider in the case of professional or business activities or premises than in the case for interference with a private home. Also, in *Sté Colas and Others v. France* the Court was of the opinion that under certain circumstances, the rights guaranteed under Article 8 may be interpreted as to include the right to respect for the registered office of a company, agency or business premises.[319]

While the ECJ in its earlier jurisprudence, *e.g.,* the *Hoechst* case[320] has taken the position that the protection of the home in Article 8 of the ECHR does not extend to business premises, in the *Roquette Frères* case[321] the ECJ came to the conclusion that business premises are also covered by the protection of the home provided for in Article 8 of the ECHR, even though in such a case the interference may be more far-reaching.

7. Respect for one's communication

States are obliged to take all necessary measures to restrict unlawful obtaining of information by public authorities as well as by other private parties. Advances in modern technology have rendered certain forms of communication, such as cellular telephones and electronic mail, particularly susceptible to improper surveillance by state authorities.

7.1. Respect for written correspondence

Notwithstanding that the notion 'correspondence' is a broad one, it may be established that it encompasses mainly communications in writing and by telephone. Limitations on the right to confidentiality of correspondence, *i.e.,* when letters are opened or withheld, must be justified under Article 8(2) of the ECHR. This interpretation of the provision was clearly stated by the European

[313] Eur. Ct. H.R., *Gillow v. United Kingdom* (Appl. No. 9063/80), *op.cit.*.
[314] Eur. Ct. H.R., *Mentes & Others v. Turkey* (Appl. No. 23186/94), judgment of 27 November 1997, *Rep*. 1997-VIII.
[315] Eur. Ct. H.R., *Velose Baretta v. Portugal* (Appl. No. 18072/91), judgment of 21 November 1995, *Ser.* A, No. 334.
[316] Eur. Ct. H.R., *Lopez Ostra v. Spain* (Appl. No. 16798/90), judgment of 9 December 1994, *Ser.* A, No. 303 C, para. 51.
[317] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Karner v. Austria* (Appl. No. 40016/98), judgment of 24 July 2003*, Rep*. 2003-IX.
[318] Eur. Ct. H.R., *Niemietz v. Germany* (Appl. No. 13710/88), judgment of 16 December 1992, *Ser.* A, No. 251-B, paras. 27-33.
[319] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Stés Colas and Others v. France* (Appl. No. 37971/97), judgment of 16 April 2002 (final 16 July 2002), *Rep*. 2002-III, para. 41.
[320] ECJ, Cases C-46/87 and 227/88, *Hoechst AG v. Commission*, (1988) *ECR* I-2859.
[321] ECJ, Case C-94/00 ,*Roquette Frères SA v. Directeur général de la concurrence, de la consummation et de la répression des fraudes, and the Commission of the European Communities*,(2002) *ECR* I-9011 (Judgment of 22 October 2002).

Court in *Silver and Others v. UK*.[322] In the view of the Court only letters which contain threats of use of violence or planning of criminal acts could legitimately be stopped in accordance with the requirements in Article 8(2).

The European Court, furthermore, found a violation of Article 8 in *A.B. v. the Netherlands* since the applicant's correspondence with his lawyer and the European Commission for Human Rights was intercepted by the prison authority.[323] The Court arrived at a similar conclusion in the case of *Puzinas v. Lithuania*[324] which dealt with censorship of an inmates' letters. The applicant, a remand prisoner, complained of censorship of his letters to his wife and the European Commission for Human Rights and argued that this constituted a violation of his right to privacy in relation to correspondence.[325]

7.2. Other means of communication

Experience demonstrates that the number of different forms of subtle interference with privacy through, for example, electronic surveillance performed by state agents or private actors, has increased during the last few years. The comprehensive computerized file systems and data banks are but a few examples of modern technology, which may entail risks for the effective protection of private matters. States use telephone tapping and other means of gathering information as a legitimate way of controlling modern forms of crime, espionage and terrorism. Therefore, Article 7 of the Charter is closely connected with the protection of telephone, e-mail and other electronic means of communications from interception.

Nevertheless, secret surveillance, *i.e.* the interception of telephone calls and the tracking of other communications, may be found to be legitimate according to the criteria established in Article 8(2) of the ECHR. In *Klass and Others v. Germany,* for example*,* the European Court accepted the recourse to surveillance measures by the German authorities as legitimate because of its aim at protecting national security and preventing disorder or crime. However, the Court underlined that the powers of secret surveillance of citizens are tolerable only insofar as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions. In its view, 'Whatever system of surveillance is adopted, there (should) exist adequate and effective guarantees against abuse'.[326]

In *Malone v. UK*[327] the European Court ruled that a system authorizing communications to be intercepted to assist judicial police authorities was necessary to prevent disorder or crime. However, such measure can only be deemed to be lawful and legitimate under the ECHR if the following requirements are met: a) the interference is in accordance with the law and b) it is necessary in a democratic society for the legitimate aim pursued.[328]

III. Family life

[322] Eur. Ct. H.R., *Silver and Others v. United Kingdom* (Appl. Nos. 5947/72, 6205/73 and 7052/75), judgment of 25 March 1983, *Ser.* A, No. 61.

[323] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *A.B. v. the Netherlands* (Appl. No. 37328/97), judgment 29 January 2002. Also in *Messina v. Italy* (No. 2) the Court came to the conclusion that monitoring of the complainants' correspondence with his family and with the European Commission by the Pianosa prison authorities constituted a violation of Article 8 (Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Messina v. Italy* (Appl. No. 25498/94), judgment of 28 September 2000, *Rep*. 2000-X, para. 83).

[324] Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Puzinas v. Lithuania* (Appl. No. 44800/98), judgment of 14 March 2002.

[325] The European Court of Human Rights came to the conclusion in the *Cotlet v. Romania* case that the penitentiary authorities had failed to respect their positive obligations to provide the applicant who was a prisoner with the supplies needed for his correspondence with the European Commission (Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Cotlet v. Romania* (Appl. No. 24209/94), judgment of 3 June 2003, para. 59).

[326] Eur. Ct. H.R., *Klass and Others v. Germany* (Appl. No. 5029/71), judgment of 6 September 1978, *Ser.* A, No. 28, para. 50.

[327] Eur. Ct. H.R., *Malone v. United Kingdom* (Appl. No. 8691/79), judgment of 2 August 1984, *Ser.* A, No. 82.

[328] Eur. Ct. H.R., *Kruslin v. France* and *Huvig v. France* (Appl. Nos. 11801/85 and 11105/84), judgments of 24 April 1990, *Rep*. 1997-II.

Reality consists of a diversity of family life and a multiplicity of constellations may be included in this notion. Thus, family life may vary within different social, cultural, religious and geographical conditions as well as over time. Therefore, respect for family life means respect for diversity.

The respect for family life assumes, however, first and foremost the protection of the family in its unity. In other words, what is protected is the actual living together (*i.e., de facto* family life) of *inter alia* spouses and parents with their children. The European Court has ruled that in order to make a determination of whether a particular situation constitutes 'family life', a number of factors may be relevant, among others 'whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means'.[329] In other words, the Court examines the degree of consanguinity between individuals and the existence of effective family life between them.

The extensive case-law of the Strasbourg institutions on the right to family life shows that the respect extended to family life varies and that the protection is related to a kind of hierarchy of relationships. Within a heterosexual marriage there is always 'family life'. Thereafter follow cohabiting heterosexual relationships gaining some respect and protection under Article 8 of the ECHR. In between, family relations also include the mother-child relationship irrespective of the mother's marital status (the *Marckx* case) as well as to a certain extent the relationship between unmarried fathers and their children.[330] Other dimensions of family life are relationships between siblings[331] and in some cases, between grandparents and grandchildren.[332] Same-sex couples are so far confined to the lesser protection afforded under 'private life'of the ECHR.

Since Article 13 TEU prohibits any form of discrimination on the basis of sexual orientation, Article 7 of the Charter requires an interpretation, which is more in line with the contemporary legal developments.

Finally, it is important to note that Article 7 of the Charter as well as Article 8 of the ECHR provide protection for family life rather than for the family itself as a unit.

1. Definition of the notion 'family'

The case-law of the institutions under the ECHR reveals a construction of the notion 'family' in the context of the ECHR in a restrictive and traditional manner, albeit with some recognition of relationships outside marriage, particularly where they are closely assimilated to marriage.[333] In *Keegan v. Ireland* the European Court ruled, for example, that the notion 'family' is not confined solely to marriage-based relationships. It may encompass other *de facto* family ties where the parties are living together outside of marriage.[334] Therefore, where a child is born outside of marriage, there may still be a 'family unit' even where the father had established no personal relationship with the child. The adoption of an infant without the knowledge or consent of the natural father thus constitutes a violation of Article 8.

The ECJ has, so far, privileged heterosexual marriage in its case-law, thereby excluding relationships within the protective frame of the Community law to other forms of family life.[335] In *Netherlands v.*

329 Eur. Ct. H.R., *X, Y and Z v. United Kingdom* (Appl. No. 21830/93), judgment of 22 April 1997, *Rep*. 1997-II, para. 36. See also Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Al Nashif v. Bulgaria* (Appl. No. 50963/99), judgment of 20 June 2002, para. 112.

330 Eur. Ct. H.R., *Berrehab v. the Netherlands* (Appl. No. 10730/84), judgment of 21 June 1988, *Ser.* A, No. 138 ; Eur. Ct. H.R., *Kroon v. the Netherlands* (Appl. No. 18535/91), judgment of 27 October 1994, *Ser.* A, No. 297 C.

331 Eur. Ct. H.R., *Moustaquim v. Belgium* (Appl. No. 12313/86), judgment of 18 February 1991, *Ser.* A, No. 193.

332 Eur. Ct. H.R., *Marckx v. Belgium* (App. No. 6833/74), *op. cit.*, para. 45.

333 See the Commentaries of Articles 9 and 33 of the Charter.

334 Eur. Ct. H.R., *Keegan v. Ireland* (Appl. No. 16969/90), judgment of 26 May 1994, *Ser.* A, No. 290, para. 43.

335 ECJ, Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd.*, [1998] *ECR* I-00621 (judgment of 17 February 1998) and ECJ, Case C-122/99 P and C-125/99 P, *D. and the Kingdom of Sweden v. Council of the European Union*, [2001] *ECR* II-1 (judgment of 31 May 2001).

Reed the Court held that a 'spouse', for the purpose of granting free movement rights to family members, is to be limited to married persons, and does therefore, not include cohabitees (heterosexual and homosexual).[336]

Nevertheless, more recently the equal treatment of *de facto* couples and married couples and their children has been recognized in the Council Directive 2003/86/EC on the right to family reunification of 22 September 2003 (Article 4(3)).[337] Moreover, one of the progressive elements of the Directive is the wide, modernized concept of family, which comprises also registered partners for the purpose of family reunification (Article 4(3)).

Also, according to Article 4 of the 1990 Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, the term 'family members' refers not only to spouses and dependent minor children but is extended to 'persons who have with the migrant workers a relationship that, according to applicable law, produces effects equivalent to marriage'.

2. Affiliation

Cases concerning acknowledgment of paternity have, in addition, been considered by the European Court under Article 8 of the ECHR. The Court has underlined, for example, that Article 8 cannot 'be taken to imply an obligation for the respondent State formally to recognize as the father of a child a person who is not the biological father'.[338]

3. Separation from parents

Among the guiding principles upheld by the European Court in cases of curtailment of family relationship is, *inter alia*, that the mutual enjoyment by a parent and a child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, and domestic measures hindering that amounts to interference with Article 8 of the ECHR. The European Court has, however, accepted in several cases that an initial removal of a child from his/her family environment is proportionate, *i.e.,* within the requirements of Article 8(2) of the ECHR to the aim of protecting the child in a situation of risk. In other words, the unity of the family loses its importance, when intervention by public authorities becomes necessary in the interest of the individual member. On the other hand, the Court assesses the removals closely and in *K and T v. Finland* it condemned the situation where the child was removed immediately after birth from the mother because of concerns in respect of the parent's care of other siblings. Thus, this was in the view of the Court a disproportionate interference with the applicants' (the parents') right to respect for their family life.[339]

Finally, family life subsists between parents and children after divorce or separation. In *Ignaccolo-Zenide v. Romania* the European Court ruled that national authorities have to make adequate and effective efforts to secure the right to return of the children to the applicant as set out in Article 7 of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.[340] The European Court emphasised in the *Sylvester v. Austria* case that the effective respect for family life requires that future family relations between a parent and a child not be determined by effluxion of time alone.[341]

4. Immigration

In the light of current international law, sovereign states have the right to control and to restrict the entry of third country nationals entering their territory. Preservation of family life is at the same time a

[336] ECJ, Case C- 59/85, *State of the Netherlands v Ann Florence Reed*, [1986] *ECR* I- 1283 (judgment of 17 April 1986).
[337] Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ L 251 of 3.10.2003, p. 12.
[338] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *X, Y and Z v. United Kingdom* (Appl. No. 21830/93), judgment of 22 April 1997, *Rep*. 1997 II-619, para. 52.
[339] Eur. Ct. H.R. (GC), *K and T v. Finland* (Appl. No. 25702/94), judgment of 12 July 2001.
[340] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Ignaccolo-Zenide v. Romania* (Appl. No. 31679/96), judgment of 25 January 2000, para. 113.
[341] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Sylvester v. Austria* (Appl. Nos. 36812/94 and 40104/98), judgment of 24 April 2003.

basic value within European societies. State action may disrupt family ties and thus fail to uphold the right to respect for family life, when, *e.g*., public authorities seek to deport individuals from its territory, regardless of the fact that they have established family relationships.

While the European Court of Human Rights has held back from setting out a concrete right to family reunification for migrants, it has not completely ruled out that Article 8 may, on a case by case basis, impose an obligation upon a State Party to allow the entry of a non-national for the purpose of family reunification.[342] In other words, the discretionary power of a state on admitting (or expulsing) foreign family members is not unlimited under the European Convention. Family members residing for a long time in a State Party to the ECHR, should not be forced to choose between staying in that country and seek reunification with their child who has been left initially in the country of origin. By emphasizing the significance of the family bonds between parents and children, as well as the best interests of the couples' other two children, who were born in the Netherlands, the European Court ordered the admission and granting of a residence right to a nine year old daughter - a foreign national - on family grounds in the Netherlands. The denial of a right to family reunification was held to violate Article 8 of the ECHR.[343]

Furthermore, the European Court has on many occasions pronounced its opinion in the matter of expulsion and extradition of foreigners, where the right to family life could be threatened.[344] In examining the merits in *Gül v. Switzerland*, which related to a decision taken by the Swiss authorities not to allow the entry of a six year old boy, whose father and mother had lawfully resided in the country for seven/respectively four years, the Court focused on the following elements: the gravity of the crime committed by the father, whether there was a sufficiently close relationship between the alien/father to be expulsed and his family in the country of residence as well as whether it was possible for the family to develop family life elsewhere, *i.e.,* in Turkey.[345] In the view of the Court, whether Article 8 enables an applicant to claim a right to family reunification would to a great extent depend on the difficulties the individual would face in establishing his/her family life outside the contracting party. In the case at hand, the Court found that family reunification could take place in Turkey in spite of the serious difficulties the applicant had shown, *i.e.,* his wife's medical conditions (she suffered from severe epilepsy) (§ 41). It is worth pointing out that the Court did not refer to the Government's claim that the applicant did not have the sufficient housing, income or health to care for the boy.

In another case, *Boultif v. Switzerland*[346] , the Court rejected the above approach and took a stricter view with respect to splitting up close family members. It ruled that there had been a breach of Article 8 on the basis that the Swiss authorities expected the applicant's wife to move to his home country (Algeria) after his deportation from Switzerland and ignoring the fact that she never had been in Algeria and that she was unfamiliar with the language and culture of that country. In the *Jakupovic v. Austria* case the European Court concluded that the Austrian authorities had overstepped their margin of appreciation under Article 8 (the right to family life) of the ECHR by imposing on the applicant prohibitionto reside in the country for a period of 3 years because of his criminal record (convictions of burglary). In the view of the Court the reasons in support of the necessity of the residence prohibition were not sufficiently weighty.[347]

---

342 Eur. Ct. H.R., *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* (Appl. Nos. 9214/80, 9473/81 and 9474/81), judgment of 24 April 1985, *Ser.*A, No. 94, para. 67.

343 Eur. Ct. H.R., *Sen v. Netherlands* (Appl. No. 31465/96), judgment of 21 December 2001, paras. 40-41.

344 Eur. Ct. H.R., *Moustaquim v. Belgium* (Appl. No. 12313/86), *op. cit.* ; Eur. Ct. H.R., *Beldjoudi v. France* (Appl. No. 12083/86), judgment of 26 March 1992, *Ser.* A, No. 234-A and Eur. Ct. H.R., *Nasri v. France* (Appl. No. 19465/92), judgment of 13 July 1995, *Ser.* A, No. 320 B. One should take note of the fact that the jurisprudence of the European Court relates to different types of cases, *e.g.* expulsion and extradition may be the result of the application of immigration law or the conviction of a crime. See, in addition the Commentary on Article 19(2) of the Charter.

345 Eur. Ct. H.R., *Gül v. Switzerland* (Appl. No. 23218/94), judgment of 19 February 1996, *Rep*. 1996- I-159, para. 39.

346 Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Boultif v. Switzerland* (Appl. No. 54273/00), judgment of 20 December 2001.

347 Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Jakupovic v. Austria* (Appl. No. 36757/97) judgment of 6 February 2003. Similarly, in the *Yilmaz v. Germany* case the Court came to the conclusion that the unlimited prohibition to reside in the territory of Germany was disproportionate due to the applicant's young age (Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Yilmaz v. Germany* (Appl. No. 52853/99), judgment of 17 July 2003).

There is little in the jurisprudence of the ECJ to suggest whether it would favour this kind of application of the European Convention. The ECJ has, however, ruled that refusal of a request, based on the Association Agreement, for authorization to remain in a Member State, because of false representation/non-disclosure of relevant facts for the purpose of obtaining initial leave to entry, can under certain circumstances prejudice the right to respect for family life and property as guaranteed by the ECHR.[348] Moreover, the ECJ concluded in the *Givane* case that 'It is in the interest of the worker and his family that, should that worker die prematurely, his family members, should as a rule, be entitled to reside in the territory of the host Member State'.[349]

The EU receives a great number of immigrants admitted on family grounds. The Council Directive on the right to family reunification applies, where the sponsor (*i.e.,* third-country national residing lawfully in a EU Member State and applying or whose family members apply for family reunification to be joined with him or her) holds a residence permit 'for a period of validity of one year or more (a)nd has reasonable prospects of obtaining the right of permanent residence' (Article 3(1)). Those, who are entitled to reunification are the minor children of the sponsor (Article 4(1)(c)) and the spouse (Article 4(1)(b)).

Article 12 in the preamble enables the Member States to limit the right to family reunification of children by the way of requiring the child to pass an integration ability assessment in case the child is over the age of 12. Noteworthy is the absence in the Directive of a definition of the integration criterion, which leaves a broad margin of maneuver to the Member States. It should also be recalled that the Convention on the Rights of the Child requires States Parties to preserve the child's family relations as 'recognized by law without unlawful interference' (Article 8(1)). The Convention also imposes the obligation to ensure that a child '(s)hall not be separated from his or her parents against their will (Article 9(1)). Moreover, Article 10(1) provides that '(a)pplications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner'.

Member States, in addition, enjoy a wide margin of appreciation under the Directive in making decisions as to whether to allow the entry and residence of relatives in the direct ascending line of third-country nationals (Article 4(2)(a)). There is, noticeably, incongruence between the 1968 Regulation and the Directive, in view of the fact that the Regulation imposes obligations on Member States to allow for the family reunification of a worker with his or her spouse's dependent relatives in the ascending line. (Article 10(1)(b))

In addition to adequate housing and sufficient resources requirement, Member States can oblige third-state nationals to undergo integration programs as a prerequisite for family reunification.
While the refugee's right to family unity or family reunification is not included in the 1951 Refugee Convention, the Directive comprises provisions, which are of significance for the treatment of refugees. Article 10(3)(a) provides, for example, that unaccompanied minors are entitled to have their parents join them. No child of a refugee's family may be required to take an integration test. On the other hand, the rules allow Member States to limit refugees to reuniting only with their spouses and minor children. States are, thus, not obliged to admit adult children, elderly parents or other close relatives, who may be entirely dependent on the refugee.

While the Directive simplifies the procedure on family reunification for refugees, persons with subsidiary protection status are exempted from the possibility of family reunification under this instrument.

[348]ECJ,Case C-235/99, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora IvanovaKondova*,(2001).*ECR* 2001 I-06427, Judgment of 27 September 2001.
[349] The Case concerned the refusal to grant the applicants who were Indian nationals and who were members of the family of a deceased worker, a Portuguese national, leave to remain in the United Kingdom. ECJ, Case C-257/00, *N.Givane and Others v Secretary of the State for Home Department,* [2003] *ECR* 2003 I-00345, paras. 47-48, judgment of 9 January 2003.

Article 8. Protection of personal data

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.

2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.

3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

I. The significance and context of right of access to document

The new information and communication technologies have led to the automatic processing of personal data from both the public and private spheres and used – or usable – without regard to frontiers. Currently, special challenges for the protection of personal data arise in the context of employment where the challenge is to strike the right balance between the legitimate interests of employers and the protection of employees' privacy. Similarly, the increasing processing of personal data by the police and national security forces in the name of fight against organised crime and terrorism raises serious concerns and so, too, does the phenomenon of video surveillance which is generally considered as constituting a form of processing applied to personal data. Aside with all these especial risks posed by automatic processing of data, there continue to be risks from manual processing to which Article 8 of the Charter is also applicable.

These phenomena create entirely new and unprecedented risks of infringement of respect for private life. However, since Article 7 of the Charter on respect for private and family life covers a particularly wide range of issues, extending from private life and family life to inviolability of the home and secrecy of communications, the compilers of the Charter devoted a specific article to the protection of personal data in order to give it an appropriate treatment. As a consequence, Article 8 of the Charter recognizes the right to the protection of personal data as a new fundamental right, distinct from the right to respect for private and family life, home and communications set out in Article 7 of the Charter.

Article 8 of the Charter is inspired by, and is based on, a variety of legal instruments although the protection of personal data is not recognized as a specific right in the framework of existing international instruments on the protection of human rights. To begin with, it derives from Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), including the case law of the European Court on Human Rights, on the protection of privacy and private life, although the protection of personal data is not, as such, explicitly mentioned in the ECHR. D'emblée pourtant, il faut attirer l'attention sur deux questions d'interprétation. Premièrement, les explications de la Charte établies sous la responsabilité du Praesidium ne font pas figurer l'article 8 de la Charte parmi celles qui, aux fins de l'application de l'article 52 § 3 de la Charte ('Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention'), sont considérés comme ayant le même sens et la même portée que les articles correspondants de la Convention européenne des droits de l'homme[350]. Ceci naturellement ne signifie pas que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, déjà riche en ce domaine et appellée à se

[350] Voy. le doc. CHARTE 4473/00 CONVENT 49 du 11 octobre 2000, version révisée pour le français CHARTE 4473/1/00 CONVENT 49 REV 1 du 19 octobre 2000. Les explications mises à jour dans le cadre du Groupe de travail II de la Convention européenne (doc. CONV 828/03, 9 juillet 2003) n'apportent sur ce point aucune modification.

développer encore à l'avenir, puisse être ignorée dans la lecture de l'article 8 de la Charte : si un doute devait subsister sur ce point, il serait aussitôt levé par la référence à la 'clause de protection' de l'article 53 de la Charte, dont l'effet est d'exclure toute interprétation de celle-ci qui aboutirait à diminuer le niveau de protection déjà acquis en vertu, notamment, des instruments internationaux de protection des droits de l'homme qui sont obligatoires à l'égard de l'ensemble des Etats membres.

Furthermore, Article 8 of the Charter is inspired by the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (1981). As with the ECHR, this Convention has been ratified by all the Member States of the EU. By virtue of amendments to the Convention, adopted by the Committee of Ministers on 15 June 1999, the European Communities have been allowed to accede to the Convention. Aux termes du Préambule de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, cet instrument vise à 'to extend the safeguards for everyone's rights and fundamental freedoms, and in particular the right to the respect for privacy, taking account of the increasing flow across frontiers of personal data undergoing automatic processing' 'étendre la protection des droits et liberés fondamentales de chacun, notamment le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel faisant l'objet de traitements automatisés'. En effet, lorsqu'au milieu des années 1970 des préoccupations commencèrent à se faire jour quant aux menaces que faisaient peser sur la vie privée le développement des systèmes informatiques, facilitant le traitement automatisé des données, et dès lors également les échanges de telles données et les comportements discriminatoires pouvant s'y trouver liés, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme paraissait n'offrir qu'une protection relativement insuffisante. Cette disposition garantit l'individu contre les atteintes à la *vie privée*. Il n'était pas acquis à l'époque – il n'est acquis que depuis peu – que cet article de la Convention européenne des droits de l'homme offre également une protection à l'individu à l'égard du *traitement des données à caractère personnel le concernant*, que ces données soient relatives à sa vie privée ou à des activités publiques. La Convention n°108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel n'a en effet été englobée que par touches successives au sein de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et d'une manière qui demeure incomplète : ceci sans doute justifie que les explications adjointes à la Charte des droits fondamentaux ne considèrent pas que les clauses figurant respectivement à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux soient 'correspondantes' l'une à l'autre, ainsi qu'on l'a noté plus haut.

In addition, there is the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding Supervisory Authorities and Transborder Dataflow (2001). Several other European and international instruments also feature as sources of inspiration for Article 8 of the Charter. A reference can here be made to the Convention on Human Rights and Biomedicine (1997), especially its Article 10 on 'Private life and right to information'.[351] Similarly, Article 8 corresponds to requirements formulated by Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, 1966) and the General Comment No. 16 on Article 17 ICCPR (especially its paragraph 10 on personal data). Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), and the Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files adopted by a resolution of the General Assembly of the United Nations on the 14th December 1990 also add to the existing international instruments dealing with data protection.

The protection of personal data must be reconciled with freedom of expression and information which includes 'the freedom to receive and impart information and ideas without interference by public

[351] The full title of this Convention, which has been adopted by the Council of Europe on 4 April 1997 and entered into force on 1st December 1999, is *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*. On 12 January 1988, the Council of Europe adopted a first Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings, which entered into force on 1 March 2002. On 24 January 2002, a second Additional Protocol on Transplantation of Organs and Tissues of Human Beings has been opened for signature, but has not yet entered into force. For rights and principles laid down in the Biomedicine Convention and its two Protocols, see Commentary on Article 3 of the Charter.

authority and regardless of frontiers' (Article 10 of the ECHR), set out in Article 11 of the Charter. Attention must also be paid to the type of tension which may arise, in certain cases, between right of access to documents (see Article 42 of the Charter) and the right of individuals to protection with respect to the processing of personal data concerning them. While the EU institutions are under obligation to refuse totally or partly access to a document where disclosure would undermine the protection of personal data, this exception should not be interpreted so as not to disproportionately limit the right of access to documents. Hence, the crucial issue is to define the weight of the respective rights and to optimize the application of each of them, and even so that the right which loses in the process of weighing remain as far as possible relevant in the concrete case.

II. Fundamental data protection principles

Article 8 includes no definition of personal data. However, one illuminating definition appears in Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.[352] According to this Directive, personal data 'shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity' (Article 2, paragraph a of Directive 95/46/EC). La nature de la directive 95/46/CE, en tant qu'instrument de droit dérivé visant à assurer la protection des droits fondamentaux, expliquera l'interprétation dont elle a pu faire l'objet par la Cour de justice des Communautés européennes. Celle-ci a confirmé que ses dispositions 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.

Ainsi, comme la Convention n°108 du Conseil de l'Europe, la Directive 95/46/CE vise à préserver l'individu des risques que comporte le traitement de données à caractère personnel qui le concernent en lui offrant des garanties à la fois d'ordre substantiel et d'ordre procédural. L'article 8 § 2 de la Charte offre un résumé de ces garanties, dont il faut aller rechercher l'explicitation dans le texte de la directive. Indeed, to ensure a high level of protection for personal data, Article 8 of the Charter lays down a number of criteria for the processing of personal data. To start with, personal data must be processed fairly and lawfully. The processing of personal data should also take place on the basis of legislation defining in sufficient detail appropriate data protection conditions and requirements. Moreover, the requirement is that personal data must be collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. La directive 95/46/CE énumère limitativement les fins que peut légitimement vouloir poursuivre le traitement de données à caractère personnel. Parmi les fins reconnues comme légitimes[353] figurent, notamment, l'hypothèse où la personne concernée a indubitablement donné son consentement, celle où le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci, ou encore celle où le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis. Par ailleurs, le traitement des données dites 'sensibles', 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, ne sont autorisés que dans des cas limitativement énumérés, et moyennant des garanties particulières[354]. The processing of personal data must also be adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they were collected and/or further processed. Finally, one of the requirements is that personal data must also be accurate and, where necessary, kept up to date. To guarantee the observance of all these requirements, individuals enjoy legally enforceable rights, notably the right to access and rectify personal data

[352] Directive 95/46/EC of 24 October 1995 of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281 of 23.11.1995, p. 31.
[353] La liste complète figure à l'article 7 de la directive, énonçant les principes relatifs à la légitimation des traitements de données.
[354] Article 8 de la directive.

relating to them. Ces garanties substantielles sont complétées par des garanties procédurales qui visent à s'assurer leur respect effectif. La personne concernée par le traitement doit être informée de celui-ci (articles 10 et 11 de la Diirective 95/46/CE). Elle se voit reconnaître un droit d'accès et de rectification, c'est-à-dire le droit d'obtenir du responsable du traitement la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, et si ces données s'avèrent incomplètes ou inexactes ou le traitement illégal pour d'autres motifs, la rectification ou l'effacement de ces données, ou leur verrouillage (article 12). La personne concernée peut encore sous certaines conditions exercer un droit d'opposition, c'est-à-dire s'opposer au traitement des données à caractère personnel qui la concernent (article 14); et elle est placée à l'abri de l'adoption à son égard de décisions individuelles automatisées (article 15). Enfin, le responsable du traitement doit garantir la confidentialité des données ainsi que leur sécurité afin de protéger les données contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisés (articles 16 et 17).

The European Union and its Member States have set up independent authorities responsible for the control and application of the personal data protection rules. The EU authority responsible for monitoring application of data protection provisions by Union institutions and bodies is the *European Data Protection Supervisor*. It deals with complaints related to the alleged violation of rights protected by Regulation 45/2001/EC (see below). Furthermore, the Article 29 Data Protection Working Party has been set up to provide, for instance, expert opinions from Member State level to the Commission on questions of data protection.[355]

III. The scope of protection of personal data

As with the interpretation of all other fundamental rights and freedoms, it is also necessary to take a broad, rather than narrow, approach to the concept of personal data.[356]

Aside from the definition of personal data (see above), several other factors combine to define the scope of application of Article 8 of the Charter. One of the key terms is 'processing of personal data'. According to Directive 95/46/EC, processing of personal data means 'any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organization, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction' (Article 2, paragraph b of Directive 95/46/EC).[357]

The case law of the European Court on Human Rights on the interpretation of Article 8 ECHR offers a number of insights into what the protection of personal data can be all about.[358] In the case of *Leander*, the Court confirmed that the storing of information relating to an individual's private life in a secret register and the release of such information come within the scope of Article 8 § 1 of the ECHR.[359] In the case of *Z. v. Finland*, the European Court on Human Rights noted that the protection of personal data, in particular the protection of medical data, is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the

[355] See http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workingroup_en.htm
[356] This approach is also justified in light of the broad approach by the organs of the European Court of Human Rights to the concept of private life.
[357] Directive 95/46/EC of 24 October 1995 of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *op. cit.*.
[358] See Eur. Ct. H.R., *Leander v. Sweden* (Appl. No. 9248/81), judgment of 26 March 1987, *Ser.* A, No. 116, para. 48; Eur. Ct. H.R. (GC), *Amann v. Swizerland* (Appl. No. 27798/95), judgment of 16 February, *Rep*. 2000-II and Eur. Ct. H. R. (GC), *Rotaru v. Romania* (Appl. No. 28341/95) judgment of 4 May 2000, Rep. 2000-V.
[359] Eur. Ct. H.R., *Leander v. Sweden* (Appl. No. 9248/81), *op.cit.*, para. 48.
See also Eur. Ct. H.R., *Gaskin v. United Kingdom* (Appl. No. 10454/83), judgment of 7 July 1989, *Ser.* A, No. 160. In that case, the Court distinguishes between the access to data, the use of data and the storing of data. In addition, the Court decided that Article 8 does not provide for a general right to access data but only a right to access when the person at stake has an 'intérêt primordial' to it.

ECHR. According to the Court, respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the European Convention of Human Rights, and it is crucial not only to respect the sense of privacy of a patient but also to preserve his or her confidence in the medical profession and in the health services in general[360]. Ce n'est toutefois que relativement récemment, dans l'arrêt *Rotaru c. Roumanie* rendu le 4 mai 2000, que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été inteprété par la Cour européenne des droits de l'homme comme englobant les garanties de la Convention n°108 du 28 janvier 1981[361]. L'affaire avait sa source dans une information erronée transmise par le service roumain des renseignements, l'erreur ayant été commise en raison de l'homonymie du requérant avec une personne ayant milité dans les rangs du mouvement 'légionnaire' d'extrême droite. L'information selon laquelle Aurel Rotaru avait eu un passé fasciste avait dans un premier temps conduit à le priver d'un décret-loi accordant certains droits aux personnes ayant été persécutées par le régime communiste. Lorsque la vérité fut rétablie, M. Rotaru n'en avait pas moins subi une atteinte grave à sa réputation, dont il rechercha sans succès réparation devant les juridictions roumaines. La Cour européenne des droits de l'homme constate l'applicabilité de l'article 8 § 1er de la Convention à cette situation : faisant référence à l'arrêt *Leander* précité, elle rappelle 'que la mémorisation dans un registre secret et la communication de données relatives à la 'vie privée' d'un individu entrent dans le champ d'application de l'article 8 § 1'. Rejetant l'argument du gouvernement selon lequel les informations transmises par le services roumain des renseignements sont relatives à des activités publiques imputées au requérant – sortant, par conséquent, du champ de la protection que confère le droit au respect de la vie privée –, la Cour réitère que 'le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de 'vie privée' (arrêts *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 33, § 29, et *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, *Recueil* 1997-III, pp. 1015-1016, §§ 42-46)'. Elle note en outre avoir déjà souligné la concordance entre cette interprétation extensive et celle de la Convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1er octobre 1985, dont le but est 'de garantir (...) à toute personne physique (...) le respect (...) notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant' (article 1), ces dernières étant définies dans l'article 2 comme 'toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable' (*Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, § 65, CEDH 2000-...). En outre, des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics. Cela vaut davantage encore lorsque ces données concernent le passé lointain d'une personne'. More recently, the same Court has also decided that the fact that the applicant's birth had been kept secret with the result that it was impossible for her to find out her origins amounted to a violation of her rights guaranteed by Article 8 of the Convention and discrimination contrary to Article 14 of the Convention.[362]

The scope of the protection of personal data remained relatively unexplored in the case-law of the European Court of Justice and the Court of First Instance. In 2003, however, the Court of Justice dealt with for the first time on the scope of the data protection directive and on the free movement of personal data on the internet in the case of *Lindqvist*.[363] In that case, the Court ruled that referring to various persons on an internet page and identifying them either by name or by other means constitutes the processing of personal data by automatic means within the meaning of Article 3(1) of the Directive 95/46/EC. Similarly, the European Court of Justice has ruled that the inclusion of the data concerning the salaries of employees of public bodies in the annual report constitutes the processing of personal data.[364] The Court of Justice has also confirmed the capacity of certain Articles of the Directive

[360] Eur. Ct. H.R., *Z. v. Finland* (Appl. No. 22009/93), judgment of 25 February 1997, *Rep*. 1997-I.
[361] Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie* (req. n° n° 28341/95) du 4 mai 2000.
[362] Eur. Ct. H.R. (GC), *Odièvre v. France* (Appl. No. 42326/98), judgment of 13 February 2003, *Rep.* 2003-III.
[363] ECJ, Case C-101/01, *Bodil Lindqvist*, [2003] *ECR* I-12971 (judgment of 6 November 2003).
[364] ECJ, joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, *Österreichischer Rundfunk and Others*,[2003] *ECR* I-4989 (judgment of 20 May 2003).

95/46/EC to produce direct effect, i.e. that they may be relied on by an individual before the national courts to oust the application of rules of national law which are contrary to those provisions.[365]

The object of Article 8 of the Charter is essentially that of protecting personal data against arbitrary interference by institutions and bodies of the Union, as well as by the Member States when they are implementing Union law. However, the judgment by the European Court of Justice in the case of *Lindqvist* shows how the protection of personal data may also relevant in the sphere of relations between individuals.[366]

IV. Legislation for giving effect to the protection of personal data

As a fundamental right, the protection of personal data does not merely require that the EU institutions or the Member States bodies abstain from illegal interferences in the personal data. There also exists a positive obligation to secure the protection of personal data. In essence, the positive obligation presupposes the adoption of legislation laying down more precise rules and principles concerning the protection of personal data. In accordance with the provisions of Article 8, paragraph 2, of the Charter the protection of personal data shall be exercised in accordance with the conditions and limits defined by the measures adopted to give effect to it. Il faut noter à cet égard que, même avant de faire l'objet d'une incorporation au moins partielle dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention n°108 précitée du Conseil de l'Europe avait profondément influencé le développement du droit de l'Union européenne. Non seulement les Etats membres ayant adhéré à la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990, ont dû ratifier la Convention n°108 du Conseil de l'Europe afin de rassurer leurs partenaires quant aux garanties entourant le traitement des données à caractère personnel, mais en outre le rapprochement des législations nationales dans ce domaine s'est imposée comme une mesure d'accompagnement indispensable de l'établissement du marché intérieur.

The basic measure prescribing conditions and limitations for the exercise of the right to the protection of personal data is Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.[367] La directive a pour base juridique l'article 100 A du traité CE (devenu l'article 95 CE), disposition relative au rapprochement des législations nationales en vue de l'établissement du marché intérieur. En effet, ainsi que l'exprime le Préambule de la Directive, 'les différences entre États membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard des traitements de données à caractère personnel peuvent empêcher la transmission de ces données du territoire d'un État membre à celui d'un autre État membre; [...] ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l'exercice d'une série d'activités économiques à l'échelle communautaire, fausser la concurrence et empêcher les administrations de s'acquitter des responsabilités qui leur incombent en vertu du droit communautaire'[368]. This Directive aims at guaranteeing the processing of data while strongly protecting the right to private life. It sets up a complaint procedure in cases of illegal data processing and a right to refuse the data processing under certain conditions. Moreover, it imposes a stronger protection of sensitive data, such as health and medical data.

En effet, en ce qui concerne la Directive 95/46/CE, trois avancées importantes sont à relever. Premièrement, la Directive ne porte pas exclusivement sur les traitements 'automatisés', auxquels se limite la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement

[365] ECJ, Case C-465/00, *Rechnungshof v. Österreischer Rundfunk and Others,* [2003] ECR I- 4989 (judgment of 20 May 2003).
[366] ECJ, Case C-101/01, *Bodil Lindqvist,* [2003] *ECR* I-12971 (judgment of 6 November 2003).
[367] Directive 95/46/EC of 24 October 1995 of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281 of 23.11.1995, p. 31.
[368] Préambule, septième considérant.

automatisé des données à caractère personnel. Elle s'applique au contraire à tout 'traitement' d'une donnée à caractère personnel, qu'il s'agisse ou non d'un traitement 'automatisé', pourvu seulement que le traitement non automatisé porte sur des données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier[369]. Deuxièmement, la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 prévoit que chaque Etat membre doit mettre sur pied une autorité de contrôle indépendante. L'article 8 § 3 de la Charte des droits fondamentaux doit s'interpréter en tenant compte des exigences que formule à cet égard la directive (voy. en particulier l'article 28 de la Directive). Troisièmement, la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 prévoit des règles spécifiques relatives à la transmission vers des Etats tiers de données à caractère personnel[370]. Un tel transfert n'est en principe autorisé que si le pays tiers en question assure un niveau de protection 'adéquat', le caractère 'adéquat' du niveau de protection devant s'apprécier 'au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données'. Enfin, une quatrième particularité de la directive 95/46/CE réside dans le mécanisme de suivi qu'elle institue. La directive met sur pied un Groupe de travail – dit 'Groupe de travail *Article 29'* – de caractère consultatif et indépendant, chargé de contribuer à la mise en oeuvre homogène des instruments communautaires relatifs à la protection des données à caractère personnel[371] et de formuler des avis et recommandations à l'intention de la Commission européenne.

Another important measure is the Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications which aims at securing the right to privacy in electronic communications.[372] Succédant à la Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications[373], à laquelle elle vient se substituer afin de tenir compte de l'évolution des marchés et des technologies des services de communications électroniques, 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[374] – dite 'directive vie privée et communications électroniques' – vise à entourer de certaines garanties le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté[375]. Une des particularités de la Directive 2002/58/CE est en outre qu'elle vise à protéger les intérêts légitimes des abonnés aux services de communications électroniques qui sont des personnes morales (article 1 § 2), alors que la Directive 95/46/CE ne protège que la vie privée des personnes physiques (article 1 § 1er). The Preamble of Directive 2002/58/EC refers explicitly to Article 8 of the ECHR and the case-law of the European Court on Human Rights. According to Article 5 (1) of this Directive, Member States shall ensure the confidentiality of communications and the related traffic data by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, through national legislation. In particular, they shall prohibit listening, tapping, storage or other kinds of interception or surveillance of communications and the related traffic data by persons other than users, without the consent of the users concerned. Cependant, parmi les questions qui, du point de vue du respect des droits fondamentaux, ont été le plus vivement débattues non seulement au cours de la préparation de la directive mais également par la suite, figure celle de la conservation des données de trafic en vue de faciliter des enquêtes et poursuites pénales (voy. en particulier l'article 15 § 1er de la Directive).

[369] Article 3 § 1er de la directive.
[370] Sur ce point également, la Convention n°108 du 28 janvier 1981 conclue au sein du Conseil de l'Europe sera complétée par le Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontaliers de données, qui s'inspire étroitement de la Directive 95/46/CE.
[371] Ce groupe de travail a vu ses compétences étendues à la Directive 2002/58/CE, par l'effet de l'article 15 § 3 de celle-ci. Sur la directive 2002/58/CE, voy. ci-dessous.
[372] Directive 2002/58/EC of 12 July 2002 of the European Parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector. (Directive on privacy and electronic communications), OJ L 201 of 31.07.2002, p. 37.
[373] JO n° L 24 du 30.1.1998, p. 1.
[374] JO n° L 201 du 31.7.2002 p. 37. La date limite de transposition par les Etats membres était le 31 octobre 2003.
[375] Article 3 § 1er de la directive 2002/58/CE.

Directive 95/46/EC and Directive 2002/58/EC are addressed to the Member States and, accordingly, they do not apply as such to the EU institutions and bodies. However, it is the Regulation 45/2001/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the institutions and bodies of the Community and on the free movement of such data that has been adopted to set out data protection rules for the EU institutions.[376] In addition, the existing legal framework for giving effect to the protection of personal data includes several other measures.[377]

The above-mentioned EC measures do not apply to the police and judicial cooperation in criminal matters which is outside the Community's powers. However, the general standards of data protection are applicable to matters of police and judicial cooperation even if the special EC measures are not. In addition, such conventions concluded under the third pillar as the Europol Convention, the Schengen Agreements and the Schengen Information System (SIS) Convention contain their own data protection measures. These conventions have also established an independent survey authority responsible for data protection.

Enfin, la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 prévoyait que les principes énoncés par elle 'pourront être complétés ou précisés, notamment pour certains secteurs, par des règles spécifiques conformes à ces principes'[378]. L'ouvrage du législateur européen reste, sur ce plan, inachevé. Il serait hautement souhaitable qu'une directive sectorielle soit adoptée, en particulier, dans le domaine des relations d'emploi, tant ce domaine présente des spécificités par rapport à l'approche générale prise par la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995.

[376] Regulation 45/2001/EC of 18 December 2000 of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data Official, OJ L 8 of 12.1.2001.

[377] Directive 97/66/EC of 15 December 1997 of the European Parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, OJ L 24 of 30.1.1998 ; Directive 98/48/EC of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations, OJ L 217 of 5.8.1998 ; Council Act of 12 March 1999 adopting the rules governing the transmission of personal data by Europol to third States and third bodies, OJ C 088 of 30.3.1999, p. 1 ; Council Decision of 17 October 2000 establishing a secretariat for the joint supervisory data-protection bodies set up by the Convention on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention), the Convention on the Use of Information Technology for Customs Purposes and the Convention implementing the Schengen Agreement on the Gradual Abolition of Checks at the Common Borders. (Schengen Convention), OJ L 271 of 24.10.2000, p. 1 ; Commission Decision 2001/497/EC of 15 June 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries, under Directive 95/46/EC, OJ L 181 of 4.7.2001, p.19 ; Commission Decision 2002/16/EC of 27 December 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries, under Directive 95/46/EC (notified under document number C(2001) 4540), OJ L 006 of 10.1.2002, p. 52 ; Council Resolution of 28 January 2002 on a common approach and specific actions in the area of network and information security, OJ C 043 of 16.02.2002, p. 2 ; Decision 1247/2002/EC of 1st July 2002 of the European Parliament, of the Council and of the Commission on the regulations and general conditions governing the performance of the European Data-protection Supervisor's duties, OJ L 183 of 12.7.2002 p. 1; Decision 2256/2003/EC of 17 November 2003 of the European Parliament and of the Council adopting a multiannual programme (2003-2005) for the monitoring of the eEurope 2005 action plan, dissemination of good practices and the improvement of network and information security (MODINIS), OJ L 336 of 23.12.2003 p. 1 ; Decision 2004/55/EC of 22 December 2003 of the European Parliament and of the Council appointing the independent supervisory body provided for in Article 286 of the EC Treaty (European Data Protection Supervisor), OJ L 012 of 17.01.2004 p. 47; and Regulation (EC) No. 460/2004 of 10 March 2004 of the European Parliament and of the Council establishing the European Network and Information Security Agency, OJ L 077 of 13.03.2004 p. 1.

[378] Préambule, 68ième considérant.

Article 9. The right to marry and the right to found a family

The right to marry and to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights.

I. The scope of the right to marry

1. General observations

Article 9 of the Charter contains particularly dynamic and variable concepts. Different societies have dissimilar views regarding marriage, the family and its functions. The European Court of Human Rights stated in *F. v. Switzerland* that '(m)atrimony is so closely bound up with the cultural and historical traditions of each society and its deep-rooted ideas about the family unit'.[379] Nevertheless, since the European Convention on Human Rights (ECHR) is a 'living instrument', *i.e.,* it is interpreted in the light of present-day conditions, it may be inferred that the family as an institution is in a state of transition in structure, functions and values.

Article 9 provides that the right to marry 'shall be guaranteed in accordance with the national laws' governing its exercise. This provision is modeled on the corresponding Article 12 of the ECHR, but the reference to men and women has been sidelined.[380] In other words, Article 9 of the Charter is formulated in a gender neutral manner, which is a contribution of the Charter to the relevant legal area since it provides more extensive protection than other human rights instruments. The scope of Article 9 may thus be extended to comprise other forms of marriage than the traditional, if these are established by national legislation. Domestic laws have consequently a crucial role under Article 9 and the national legislature is offered broad latitude in the elaboration of the domestic rules on marriage in accordance with the respective social and cultural concepts. On the other hand, the fact that the right to marry is included in the central human rights instruments[381] supports the idea that the exercise of the right cannot be wholly governed by national law. The relevant international provisions, thus, guarantee a certain minimum of human rights standard irrespective of the domestic regulations. The European Court of Human Rights established in *e.g. F. v. Switzerland* that, notwithstanding the reference to national law in Article 12 of the ECHR, a state may not restrict or reduce the right to marry in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired.[382] The Court has, furthermore, indicated that restrictions on marriage within European societies relate only to the aspects of marriage, which deal with procedures, the legal capacity or consent to marry.

2. Conditions for the exercise of the right to marry

Article 9 of the Charter does not enumerate any permissible restrictions on the right to marry. This does not suggest that the right as such is absolute in the sense that every couple, when they wish, may

[379] Eur. Ct. H.R., *F. v. Switzerland* (Appl. No. 11329/85), judgment of 18 December 1987, *Ser.* A, No. 128, para. 33.
The EU Council has, in addition, expressed the view that family law is 'very heavily influenced by the culture and tradition of national (or even religious) legal systems, which could create a number of difficulties in the context of harmonization'. Council report on the need to approximate Member States' legislation in civil matters of 16 November 2001(13017/01 justciv 129).
[380] In fact, this alteration in the Charter has been invoked by the European Court of Human Rights in *Christine Goodwin v. United Kingdom* when arguing for the recognition of transsexuals' right to marry (Eur. Ct. H.R. (GC), *Christine Goodwin v. United Kingdom* (Appl. No. 28957/95), judgment of 11 July 2002, para. 101). The Court argued in similar terms in the *I. v. United Kingdom* case (Eur. Ct. H.R. (GC), *I. v. United Kingdom* (Appl. No. 25680/94), judgment of 11 July 2002).
[381] See e.g. Article 23(2) of the ICCPR, Article 10(1) of the ICESCR, Article 16(2) of the CEDAW and Article 5d(iv) of the CERD.
[382] Eur. Ct. H.R., *F. v. Switzerland* (Appl. no. 11329/85), *op.cit.*, para. 32.

claim the right from the authorities responsible for the celebration of marriage to be married immediately without fulfilling any legal requirements at all.

It is generally agreed that if states establish restrictions on the right to marry, they should be based only on rational, reasonable, and non-arbitrary grounds. Some restrictions are universal, others are atypical. Legal restrictions in domestic laws that have been considered generally accepted in international law relate, among other things, to the marriageable age and the requirement to uphold monogamy.

The Council Directive 2003/86/EC on the right to family reunification for third-country nationals of 22 September 2003[383] makes it clear that in the event of polygamous marriage, where the sponsor already has a spouse living with him in the territory of a Member State, the Member State concerned shall not authorize the family reunification of a further spouse (Article 4 §4).

Furthermore, according to international law, domestic laws must not prohibit or discriminate against marriages across racial, religious or national borders, *i.e.,* there should be no restrictions on inter-religious marriages, inter-racial marriages or marriages between a national of a country and a foreigner.

A relevant question with regard to the right to marry is whether statutory prohibition on divorce constitutes a violation of the right of spouses or third parties to (re)marry. Article 9 of the Charter does not refer to a 'right to divorce', which is thus still governed by domestic laws. The European Court has, so far, refused to recognize a right to dissolve a marriage as included under the protection of the ECHR.[384] However, a temporary prohibition on remarriage within three years of a divorce imposed under Swiss law applicable at the time to the spouse considered responsible for the breakdown of the marriage was held by the European Court in *F. v. Switzerland* to violate Article 12 of the ECHR, which 'secures for divorced persons the right to remarry without unreasonable restrictions' if the national legislation allows divorce.[385] The Court ruled that the measure (the three year ban on remarriage) affected the very essence of the right to marry and was disproportionate to the very aim pursued, namely protecting the institution of marriage and the rights of others.

Marriage impediments that are absolute and permanent could be considered as violations of the right to marry. Furthermore, a change has been brought about in the jurisprudence of the European Court through an alteration in the understanding of who can marry, *i.e.,* post-operative transsexuals have a right to marry in their new sex.[386] Departing from its earlier decisions in *Rees v. UK*[387], *Cossey v.* UK[388] and *Sheffield and Horsham v.* UK[389] and invoking of the living instrument doctrine, the Court acknowledged that the rights of transsexuals ought to be viewed in the light of medical progress and social changes in the attitudes towards transsexual persons. According to the Court 'the stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognize the change of gender, cannot be regarded as a minor inconvenience arising from a formality. In other words, a conflict between social

[383] Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification for third-country nationals, OJ L 251 of 3 October 2003, p. 12.
[384] Eur. Ct. H.R., *Johnston and Others v. Ireland* (Appl. No. 9697/82), judgment of 18 December 1986, *Ser.* A, No. 112. Noteworthy is that Article 16 of the UDHR provides for the entitlement to 'equal rights as to marriage, during marriage and its *dissolution*' (italics added). Article 5 of Protocol No. 7 to the ECHR guarantees a few rights to spouses, including in the event of dissolution of marriage. Furthermore, the UN Human Rights Committee has established in its General Comment No. 28 that 'States must also ensure equality in regard to the dissolution of marriage, and this excludes the possibility of repudiation' (para. 26).
[385] Eur. Ct. H.R., *F. v. Switzerland* (Appl. No. 11329/85), *op.cit.*, para. 38.
[386] Eur. Ct. H.R. (GC), *Christine Goodwin v. United Kingdom* (Appl. No. 28957/95), *op.cit.*.
[387] Eur. Ct. H.R., *Rees v. United Kingdom* (Appl. No. 9532/81), judgment of 17 October 1986, *Ser.* A, No. 106.
[388] Eur. Ct. H.R., *Cossey v. United Kingdom* (Appl. No. 10843/84), judgment of 27 September 1990, *Ser.* A, No. 184.
[389] Eur. Ct. H.R., *Sheffield and Horsham v. United Kingdom* (Appl. No. 22985/93 and no. 23390/94), judgment of 30 July 1998*, Rep.* 1998-V.

reality and law arises which places the transsexual in an anomalous position, in which he/she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety' (§ 77).

Considering the right to marry, the Court observed that 'Article 12 secures the fundamental right of a man and a woman to marry and to found a family. The second aspect is not, however, a condition of the first and the inability of any couple to conceive....a child cannot be regarded as *per se* removing their right to enjoy the first limb of this provision'. (§ 98) The European Court ruled, furthermore, that a total prohibition for a transsexual person after he/she has undergone gender re-assignment to marry with somebody of the opposite sex, would be in violation of Article 12 of the ECHR. It determined that allocating sex to that registered at birth was a limitation impairing the very essence of the right to marry, where the applicant lived as a woman, was in a relationship with a man, would only wish to marry a man and was legally unable to do so.

Nevertheless, this case has not opened the door for same-sex marriages, since the Court solely relied on the 'social gender' as a decisive factor for the assignment of gender. The two persons aspiring to marry must still are regarded as being of the opposite sex. Thus, a male-to-female transsexual can marry a man and a female-to-male transsexual can marry a woman.

Recalling the above mentioned case, the ECJ ruled in *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health* that Article 141 EC, in principle, precludes legislation which fails to recognise transsexuals' new sexual identity and thereby denies them the right to marry, and if its effect is to deprive them of any entitlement to a survivor's pension.[390]

2.1. Minimum age for marriage

An individual's legal eligibility to marry may be restricted on the grounds of age. Most of the rules in international law that are relevant to the right to marry stipulate that men and women of 'full age' or 'marriageable age' have a right to marry. This requirement presupposes physical maturity as well as an individual's mental awareness and ability to make his or her own decisions.

Although Article 9 of the Charter removes any reference to minimum age for marriage, such a legal requirement should be considered relevant. Thus, the requirement of a certain minimum age for marriage stands in close relation to the requirement for the mutual and free consent to marry of the prospective spouses. According to the Council Directive 2003/86/EC on the right to family reunification, Member States may require 'in order to prevent forced marriages' and to 'ensure better integration', the sponsor and his/her spouse to be of a 'minimum age', before the spouse is able to join him/her' (Article 4 §5).

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) established in its General Recommendation No. 21 (§ 36) the minimum age for marriage for both sexes at 18 years of age. The General Comment No. 28 (§ 23) of the Human Rights Committee (HRC) requires that the minimum age for marriage should be set by states on the basis of equal criteria for men and women. In other words, domestic laws prescribing lower legal age of marriage for females than for males are inconsistent with contemporary international law, since they reinforce oppressive cultural assumptions that girls do not need the same preparation for adult life as boys.

2.2. The condition of free and full consent to marry

A very important precondition for a valid marriage stated in several international treaties, among others in Article 23(3) of the ICCPR and in Article 10(1) of the ICSECR, is that each party to a marriage shall give his/her free consent to marry. The consent is understood as the actual will of each of the future spouses in the affirmative. The purpose of this basic principle is to ensure that marriage is entered into completely voluntarily and to prevent marriages contracted under duress, threats, fraud

[390] ECJ, Case C-117/01, *K.B.*, [2004] *ECR* –I 541 (judgment of 7 January 2004), paras. 34-36.

and any other illegal coercion or domination of the will of one of the intending spouses. The purpose of guaranteeing free consent to marry on a legal basis is the elimination of compulsion by anyone (the parents, administrative authorities, or anyone else). A marriage entered into under coercion leads to the submission of one party to the marriage (usually the woman) to the other. Forced marriages constitute enslavement as defined by the International Criminal Court (ICC)-Statute (Article 7(1)(c)) and they may also be comprised in the prohibition of torture or other cruel, inhuman and degrading treatment.[391]

The marriage of minors is often accompanied by the girl's virtual sale. Involuntary marriages have, therefore, been defined as a contemporary form of slavery.[392] Such marriage may result in the sexual abuse of the person who opposes it, thereby comprising a risk of servitude.[393]

Trafficking in girls and women, involving sexual or labor exploitation in conditions similar to slavery, is an abhorrent global phenomenon as well as increasingly becoming a problem within European societies.[394] The Protocol to Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children to the UN Convention against Transnational Organized Crime of December 2000 is much wider than earlier international instruments on the same topic, since it covers trafficking situations such as forced/fraudulent marriage as well as child marriage. Persons or companies are prohibited from promoting, profiting from or engaging in any business involving the matching of women in marriage to foreign nationals. In other words, this would prevent the mail order bride industry, which is aided by Internet technology and which has found a significant market in European countries.

Fictitious (simulated) marriages are, furthermore, part of the problematic areas in today's Europe. The Council Directive 2003/86/EC on the right to family reunification of 22 September 2003 envisages in Article 16 §2 (b) that Member States may reject an application for entry and residence for the purpose of family reunification, or withdraw or refuse to renew the family member's residence permits, where it is shown that: 'the marriage, partnership or adoption was contracted for the sole purpose of enabling the person concerned to enter or reside in a Member State'.[395]

2.3. Same-sex couples

The majority of the relevant provisions in universal and regional human rights instruments establishing the right to marry are formulated in terms of 'men' and 'women' (*e.g.* Article 16 of the UDHR, Article 23(2) of the ICCPR and Article 12 of the ECHR). Only Article 10(1) of the ICESCR makes use of the expression 'intending spouses', that is, a term not related to the biological sex. On the other hand, in the same provision, the traditional family, 'the natural and fundamental group unit of society', is subject to state protection. Apparently, the drafters of those international instruments meant the concept 'marriage' to imply a heterosexual character to the relationship.

Modern trends and developments in the domestic laws in a number of countries toward greater openness and acceptance of same-sex couples[396] notwithstanding, a few states still have public policies

[391] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/30, para. 87. See also the Commentary on Article 3 of the Charter.
[392] UN Doc. E/CN.4/2001/73, paras. 4 and 14.
[393] Article 1(c) of the 1956 UN Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery requires State Parties to take all practicable and necessary legislative and other measures to abolish or abandon institutions whereby 'a woman, without the right to refuse, is promised or given in marriage on payment of a consideration in money or in kind to her parents, guardian, family, or any other person or group'.
[394] See the Council of Europe Convention of 3 May 2005 on action against trafficking in human beings.
[395] The European Court of Justice ruled in the *Akrich* case that: 'there would be an abuse if the facilities afforded by Community law in favour of migrant workers and their spouses were invoked in the context of marriages of convenience entered into in order to circumvent the provisions relating to entry and residence of nationals of non-Member States' (ECJ, Case C-109/01, *Hacene Akrich*, [2003] *ECR* I-09607 (judgment of 23 September 2003), para. 57).
[396] See the Opinion of 30 June 2003 of the EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights on the possibility for each Member State to recognize the same-sex marriage open in Belgium and the Netherlands and the role of the public policy exception of the private international law of each Member State. See also the Report on the Situation of Fundamental Rights in the European Union in 2003, p. 97. Both the Opinion and the Report are available on the following website : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

and/or regulations that explicitly forbid the notion that same-sex couples have the right to marry. At present there is very limited legal recognition of same-sex relationships in the sense that marriage is not available to same-sex couples. The domestic laws of the majority of states presuppose, in other words, that the intending spouses are of different sexes. Nevertheless, in a few countries, *e.g*., in the Netherlands and in Belgium, marriage between people of the same-sex is legally recognized. Others, like the Nordic countries have endorsed a registered partnership legislation, which implies, among other things, that most provisions concerning marriage, *i.e.,* its legal consequences such as property distribution, rights of inheritance, *etc*., are also applicable to these unions. At the same time it is important to point out that the name 'registered partnership' has intentionally been chosen not to confuse it with marriage and it has been established as an alternative method of recognizing personal relationships. This new institution is, consequently, as a rule only accessible to couples, who cannot marry, and the same-sex partnership does not have the same status and the same benefits as marriage.

In order to take into account the diversity of domestic regulations on marriage, Article 9 of the Charter refers to domestic legislation. As it appears from its formulation, the provision is broader in its scope than the corresponding articles in other international instruments. Since there is no explicit reference to 'men and women' as the case is in other human rights instruments, it may be argued that there is no obstacle to recognize same-sex relationships in the context of marriage. There is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages. International courts and committees have so far hesitated to extend the application of the right to marry to same-sex couples.

The European Court of Justice (ECJ) stressed in *D. and the Kingdom of Sweden v. Council*[397], by advocating the generally accepted and traditional view of marriage, that 'Community notions of marriage and partnership exclusively address a relationship founded on civil marriage in the traditional sense of the term' (§ 26). That is, marriage means a union between two persons of the opposite sex. The ECJ pointed out that it could not interpret the Staff Regulations in such a way that situations distinct from marriage be construed as, for example, allowing a 'registered partnership' to be treated as being equivalent to marriage (§§ 5 and 6).

It should be mentioned, however, that Article 21 of the Charter, which prohibits discrimination on grounds of sexual orientation, is of special importance with respect to the interpretation of Article 9, and it may be invoked in relation to the exercise of the right to marry. It can be argued that the exclusion of same-sex couples from marriage would constitute discrimination on the basis of sexual orientation in violation of Article 21.

At present, however, for want of legal norms, the ECJ has found itself prevented from granting rights based on same-sex bonds as, for example, in *Lisa Jacqueline Grant v. South-West, Ltd*.[398] The Court showed that it was not prepared at the relevant time to interpret the prohibited grounds for discrimination (read sexual orientation) independently, if Member States have not exactly specified EC law in such a way. The applicant, Lisa Grant, who lived in a same-sex partnership, was consequently refused the standard employment benefit (reduced fare train tickets) to the employees of the British rail road company (South-West Ltd.) and their spouses/heterosexual cohabitees.

The institutions for human rights under the ECHR have been careful to regulate the area dealing with discrimination on the basis of sexual orientation until late 1990s. In 1999 the European Court came to the conclusion in *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*[399] that the denial of custody rights of the applicant - a man living in a homosexual relationship - over his daughter solely on the basis of his sexual orientation was an issue involving discrimination. The Court held that there had been a violation of Article 8 in connection with Article 14 of the ECHR. It stated that despite the legitimate aim to protect the interests of the child, the different treatment at issue was to be regarded

[397] ECJ, Case C-122/99 P and C-125/99 P, *D. and the Kingdom of Sweden v. Council,* [2001] *ECR* I-4319 (judgment of 31 May 2001).
[398] ECJ, Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Ltd*, [1998] *ECR* I-621 (judgment of 17 February 1998).
[399] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (Appl. No. 33290/96), judgment of 21 December 1999 (final 21 March 2000), para. 36.

discriminatory, since there was no objective or reasonable justification for that. The applicant's sexual orientation was the decisive factor for the Portuguese Court to grant him only visitation rights.

The Judgment in *Karner v. Austria*[400] elucidates moreover the European Court's contemporary position as to discrimination on the grounds of sexual orientation. In its view the case involved a subject matter of importance and of general interest not only for Austria but also for other states that have ratified the ECHR. The Court ruled subsequently that the statutory right of a family member to succeed to a tenancy also applied to a surviving same-sex partner and that there had been a violation of Article 14 (prohibition of discrimination) taken together with Article 8. The Court reiterated that differences based on sexual orientation required particularly serious reasons by way of justifications and that it also had to be shown that it was necessary to exclude homosexual couples from the scope of the legislation in question in order to achieve the aim (the Government of Austria had submitted that the aim of the relevant domestic provision was the protection of the traditional family unit).

Notwithstanding the recent developments in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the necessity of being of opposite sex for the persons aspiring to exercise their right to marry has not been adjusted.

II. The right to found a family

Article 9 of the Charter approaches the rights at stake, *i.e*. the right to found a family and the right to marry as two different and separate rights, suggesting that the former is not necessarily connected with the latter. Apparently, it seems from the wording, *i.e.,* the usage of the plural form 'these rights', that a disconnection between the right to marry and to found a family has been envisaged. In other words, a marriage does not necessarily imply procreation. This in itself signals a broader approach to Article 9 compared to *e.g.* Article 16 of the UDHR, Article 12 of the ECHR[401] and Article 23 of the ICCPR.

1. Cohabitation and other de facto family unions

Current legislative and judicial developments within Europe indicate that it is relatively common for men and women to cohabit, with or without children, instead of getting married. Formal, legally recognized marriage is consequently no longer a legal precondition for family foundation, *i.e.,* it is not the only way to establish family life with a right to be protected against state interference. This tendency suggests that the concept of 'family' should be perceived in a flexible, broad way, as to include the multiplicity of family forms, including *de facto* family unions. In order to reflect rapidly shifting social conditions, Article 9 of the Charter upholds a diversity of family arrangements (through the reference to domestic law), in which the nuclear family centered on marriage is only one among many. It comprises in other words founding of a family other than within marriage.[402] Member States of the EU are encouraged by the European Parliament to mutually recognize legally recognized non-marital relationships (between persons of the same sex or of different sexes) and to adopt measures, which provide the same judicial protection for long term cohabitants as for married couples.[403]

One of the characteristics of a family, besides affective bonds, is life in common. The Council Directive 2003/86/EC on the right to family reunification of 22 September 2003 is based on a contemporary conceptualization of the family, *i.e.,* family members eligible under it covers the

[400] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Karner v. Austria* (Appl. No. 40016/98), judgment of 24 July 2003, *Rep*. 2003-IX.
[401] On the other hand, the European Court of Human Rights made a distinction between the right to marry and the right to found a family in *Goodwin v. United Kingdom, op. cit.*, para. 98 (see above). Of relevance in this regard is also the judgment of the ECJ, Case C-117/01, *KB v. Health Service Pensions Agency et al.,* [2004] *ECR*-I 541 (judgment of 7 January 2004).
[402] According to the revised Explanations of the Praesidium of the European Convention having drafted the Charter 'The wording of the Article has been modernised to cover cases in which national legislation recognises arrangements other than marriage for founding a family' (Treaty establishing a Constitution for Europe-Final Act-A.Declaration concerning the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights. OJ C 310 of 16.12.2004).
[403] Resolution of the European Parliament of 5 July 2001 (2000/2231(INI))(A5-0223/2001).

applicant's spouse or cohabitant, including same-sex cohabitants (Article 4 §3). In other words, the tie between same-sex persons is considered family entity, which is legally protected regardless of the celebration of marriage.[404]

2. Procreation

The foundation of a family may imply childbearing.[405] The right to found a family thus provides for some aspects of reproductive choice including the use of new procreative technologies. It appears that there is a diversity of domestic legislation on this subject. While some European countries guarantee access to treatment for infertility and to various means of assistance to reproduction (conception by medical intervention) - and public authorities are expected to fully or partially fund such services - other countries omit regulations on such a rights-based approach, *i.e.,* that medical technology should be made available to persons who are not able to have children because of infertility or sexual orientation.

Restricting the right to found a family through forced sterilization[406] and forced abortion for certain groups of people (for example, people with mental disabilities, people with AIDS, people belonging to a certain minority group, such as the Roma/Sinty people, *etc*.), coercive use of contraceptives can not be considered consistent with contemporary international human rights law.

3. Adoption

The right to adopt a child, who is not the natural child of the person concerned, is not *per se* included in Article 9 of the Charter. Nevertheless, the right to found a family may be interpreted as to include a state obligation to provide couples who are not able to have children adoption procedures.
By stressing the margin of appreciation of Member States when it comes to the application of the ECHR, the European Court ruled in *Fretté v. France*[407] that Article 12 of the ECHR does not contain a right to adopt a child as such.

4. Protection of family unity or family reunification

In order to found a family, the right of the spouses to have their family life secured (including being able to live together) is of paramount importance. While there is no right under the ECHR for an alien to enter or reside in a particular country, removal (deportation under certain circumstances) of a person from a country where close members of his/her family are living may according to the case-lawof the European Court of Human Rights[408] infringe the right to respect for family life.

Importantly, the ECJ has confirmed that there is a right of residence for the spouses of migrant workers.[409] Furthermore, the ECJ held in *Baumbast and R* [410] that children of migrant workers are entitled to reside on the territory of the host EU Member State in order to attend general education courses. This right applies even in situations where the parents have divorced or where they have ceased to be migrant workers.

The Council Directive 2003/86/EC on the right to family reunification of 22 September 2003 stipulates in its preamble § 4 that 'Family reunification is a necessary way of making family life

[404] See in addition the Commentaries on Articles 7 (private life) and 33 (protection of the family) of the Charter.
[405] See Eur. Comm. H.R., *X & Y v. Switzerland* (Appl. No. 7289/75 and 7349/76), decision of 14 July 1977, D & R 13, p. 244.
[406] Article 2(d) of the Convention of 9 September 1948 on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide condemns measures such as involuntary sterilization, imposed to prevent births, with the goal of limiting the number of racial, ethnic or religious groups.
[407]Eur. Ct. H.R.(3rd sect.), *Fretté v. France* (Appl. No. 36515/97), judgment of 26 February 2002, para. 32.
[408] Eur. Ct. H.R.(2nd sect.), *Boultif v. Switzerland* (Appl. No. 54273/00), judgment of 2 August 2001.
[409] ECJ, Case C-356/98, *Arben Kaba v. Secretary of State for the Home Department*, [2000] *ECR* I-2623 (judgment of 11 April 2000).
[410] ECJ, Case C-413/99, *Baumbast and R,* [2002] *ECR* I-7091 (judgment of 17 September 2002).

possible. It helps to create socio-cultural stability facilitating the integration of third country nationals in the Member State, which also serves to promote economic and social cohesion, a fundamental Community objective stated in the Treaty'. Notwithstanding this general position, the Directive allows Member States to restrict the right to family reunification (see *e.g.* Article 4 (d)).

Article 10. Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. This right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. The right to conscientious objection is recognised in accordance with the national laws governing the exercise of this right.

I. General overview of Article 10 of the Charter

1. Contents and relation to other international instruments

In protecting the right to freedom of thought, conscience and religion, Article 10 (1) of the EU Charter is virtually identical to Article 9 (1) ECHR. The official explanations of the EU Charter confirm that the two provisions correspond. This means, in accordance with Article 52 (3) of the Charter, that limitations may not exceed those considered legitimate by virtue of Article 9 (2) ECHR.

The right to conscientious objection to military service, which is recognised in Article 10 (2) of the EU Charter, has no equivalent in the ECHR but it is increasingly accepted in international human rights law. According to the official explanations of the Charter, Article 10 (2) reflects national constitutional traditions and developments in domestic law.

At the international level, Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights (1948) – which is again identical to Article 9 (1) ECHR and Article 10 (1) of the EU Charter – is relevant, just as Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, 1966) and Article 14 of the Convention on the Rights of the Child (1989). Another significant text is the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief which was adopted in 1981 by the United Nations General Assembly,[411] and which has led, *inter alia*, to a series of resolutions by the UN Commission on Human Rights.[412]

2. Relation to other fundamental rights

The freedom of thought, conscience and religion is closely connected to the *freedom of expression* (Article 11 of the Charter) and to the *freedom of assembly and association* (Article 12 of the Charter). The former rights would be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being able to share one's beliefs or ideas in community with others, particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests. Thus the European Court of Human Rights has underlined the close link between the freedom of religion and the freedom of association: 'the believers' right to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention'.[413]

The freedom of religion is also clearly linked to the *right to education*. Article 2 of Protocol No. 1 to the ECHR provides that the State, in so far as it assumes functions in relation to education and teaching, shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own 'religious and philosophical convictions'; Article 18 (4) ICCPR contains a similar guarantee.

[411] UNGA Resolution 36/55.
[412] See, e.g., Resolution 2003/54, Elimination of All Forms of Religious Intolerance.
[413] Eur. Ct. H.R., *Hasan & Chaush v. Bulgaria* (Appl. No. 30985/96), judgment of 26 October 2000, *Rep.* 2000-XI, para. 62.

The Strasbourg Court has observed that this provision does not prevent States from imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind. Yet the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner: 'The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions'.[414]

The *prohibition of discrimination* is of great importance for the effective enjoyment of the right to freedom of thought, conscience and religion. In this respect Articles 21 and 22 of the EU Charter ('Non-discrimination' and 'Cultural, religious and linguistic diversity') are relevant. Article 13 EC provides for a legal basis to adopt measures to combat discrimination based, *inter alia*, on religion or belief. On this basis Directive 2000/78/EC was adopted, which prohibits discrimination based, among others, of religion and belief.[415] On several occasions discrimination on the basis of religion has been found to breach Article 14 in conjunction with Article 9 ECHR.[416] But the freedom of religion and the prohibition of discrimination do not always coincide: tensions between these concepts may arise, for instance where a particular religion rejects gender equality. The question as to how to balance the competing interests of freedom and equality in this case, remains a matter of controversy.

Finally the *right of access to court* and the *right to a fair trial* are relevant, since it may be vital for a religious community to be able to ensure effective judicial protection of itself, its members and its assets.[417] Likewise, proceedings concerning re-registration of a religious association that might potentially result in its being stripped of its legal entity status have been found to determine that association's 'civil rights and obligations' in the meaning of Article 6 ECHR; this entails that the proceedings must satisfy the requirements of the right to a fair trial.[418]

3. The importance of the freedom of thought, conscience and religion

The freedom of thought, conscience and religion is widely regarded as one of the foundations of a democratic society. The Strasbourg Court has repeatedly underlined its importance:

> As enshrined in Article 9 [ECHR], freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.[419]

In a nutshell, this right has three dimensions: *an internal dimension* (the freedom to have certain ideas, to adhere to a religion, et cetera), *an external dimension* (the freedom to manifest one's religion or beliefs, for instance by wearing certain clothes or performing rites) and *a collective dimension* (which includes the formation of religious entities such as churches). We will deal with each of these dimensions in turn, but one may note at the outset that as a rule the internal dimension tends not to lead to much controversy. Activities relating to the external and collective dimensions are more likely to attract attention and may lead to a call for public regulation. Whereas no limitations on the 'internal'

[414] Eur. Ct. H.R., *Kjeldsen a.o. v. Denmark* (Appl. No. 5095/71), judgment of 7 December 1976, *Ser.* A, vol. 22, para. 53. On objections, based on philosophical convictions, against the use of corporal punishment at schools, see: Eur. Ct. H.R., *Campbell & Cosans v. United Kingdom* (Appl. No. 7511/76), judgment of 25 February 1982, *Ser.* A, vol. 48, para. 36.
[415] Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation , OJ L 303 of 2.12.2000.
[416] See, e.g., Eur. Ct. H.R., *Hoffmann v. Austria* (Appl. No. 12875/87), judgment of 23 June 1993, *Ser.* A, vol. 255-C.
[417] Eur. Ct. H.R., *Metropolitan Church of Bessarabia a.o. v. Moldova* (Appl. No. 45701/99), judgment of 13 December 2001, *Rep.* 2001-VII, para. 118.
[418] Eur. Ct. H.R., *Moscow branch of the Salvation Army v. Russian Federation* (Appl. No. 72881/01), Adm. decision of 24 June 2004, .
[419] See for the first pronouncement : Eur. Ct. H.R., *Kokkinakis v. Greece* (Appl. No. 14307/88), judgment of 25 May 1993, *Ser.* A, vol. 260-A, para. 31.

right to *have* a belief or religion are permitted, the latter two dimensions are not absolute: not every act motivated or inspired by a religion or belief is protected. Moreover, in exercising this freedom to manifest his religion or belief, an individual may need to take his specific position into account.

4. The principle of neutrality and impartiality

National traditions in the area of religion and belief vary strongly. In some countries a State religion exist; other countries operate a strict separation between church and State. In view of the lack of uniform European standards in this area, the European Court of Human Rights tends to leave a fairly wide margin of appreciation to the States Parties, for instance when defining financial arrangements with churches or religions, or when regulating manifestations of religion and belief.[420]

Yet the power of the authorities to restrict religious manifestations is not unlimited. The conditions set by Article 9 (2) ECHR will be discussed below, but it should be pointed out here that the European Court of Human Rights has repeatedly stressed the State's duty of neutrality and impartiality when it comes to the regulation of religious life in society. The State cannot hide behind any margin of appreciation in order to avoid this duty: '[t]he right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate'. Accordingly, the Court has frequently emphasised the State's role as the 'neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs'.[421]

If a religion is recognised as a State religion or if it is established as official or traditional or if its followers comprise the majority of the population, then this must not result in any discrimination against adherents to other religions or non-believers. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe observed in this respect:

> Democratic states, whether secular or linked to a religion, must allow all religions that abide by the conditions set out in the European Convention on Human Rights to develop under the same conditions, and enable them to find an appropriate place in society. Problems arise when the authorities try to use religion for their own ends, or when religions try to abuse the state for the purpose of achieving their objectives.[422]

The UN Human Rights Committee noted that measures restricting eligibility for government service to members of the predominant religion or giving economic privileges to them or imposing special restrictions on the practice of other faiths, are not in accordance with the prohibition of discrimination based on religion or belief and the guarantee of equal protection.[423]

5. Positive obligations

At first sight, the right to freedom of thought, conscience and religion may appear to be a classic example of a 'negative' right: a norm introducing a 'State free zone' where the individual may expect, in principle, to be left alone by the authorities. However, Article 9 ECHR imposes 'positive obligations' on the part of the authorities too. The Strasbourg Court has highlighted the State's responsibility to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 to the holders of those beliefs and doctrines. The Court pointed out that in extreme cases the effect of particular methods of opposing or denying religious beliefs can be such as to inhibit those who hold such beliefs from exercising their freedom to hold and express them.[424]

---

[420] See, e.g., Eur. Ct. H.R., *Fernandez & Caballero v. Spain* (Appl. No. 53072/99), adm. decision of 14 June 2001 and Eur. Ct. H.R., *Murphy v. Ireland* (Appl. No. 44179/98), judgment of 10 July 2003, para. 67.
[421] Eur. Ct. H.R. (GC), *Refah Partisi a.o. v. Turkey* (Appl. No. 41340/98 a.o.), judgment of 13 February 2003, para. 91.
[422] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Religion and democracy* (Recommendation 1396), paras. 6-7.
[423] Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (1993), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, para. 9.
[424] Eur. Ct. H.R., *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (Appl. No. 13470/87), judgment of 20 September 1994, *Ser.* A, vol. 295-A, para. 47.

II. The 'forum internum'

The internal dimension of the right to freedom of thought, conscience and religion is absolute. Obviously this freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion.[425]

Whether the right to *change* one's religion or belief is part of the overall right to freedom of religion, is a matter of some controversy. Article 18 ICCPR does not refer to this right but rather guarantees the right 'to have or to adopt' a religion. However, both Article 10 of the EU Charter and Article 9 ECHR expressly state that one does have the right to change religion or belief. At the global level the UN Human Rights Committee and the UN Commission on Human Rights have adopted the same position.[426]

The term 'belief' ('conviction' in the French text) appears in Article 9 ECHR in the context of the right to freedom of thought, conscience and religion. The concept of 'religious and philosophical convictions' appears in Article 2 of Protocol No. 1 to the ECHR, which protects the right to education. When applying that provision, the Court has held that in its ordinary meaning 'convictions', taken on its own, is not synonymous with the words 'opinions' and 'ideas'. It denotes 'views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'.[427]

III. The 'forum externum'

1. Manifestations of religion or belief

The freedom to manifest one's religion or belief encompasses a broad range of acts. It is not only exercisable in community with others, 'in public' and within the circle of those whose faith one shares, but can also be asserted 'alone' and 'in private'. As the UN Human Rights Committee noted, it extends to ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts, including the building of places of worship, the use of ritual formulae and objects, the display of symbols, and the observance of holidays and days of rest. The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also such customs as the observance of dietary regulations, the wearing of distinctive clothing or headcoverings, participation in rituals associated with certain stages of life, and the use of a particular language customarily spoken by a group. In addition, the practice and teaching of religion or belief includes acts integral to the conduct by religious groups of their basic affairs, such as the freedom to choose their religious leaders, priests and teachers, the freedom to establish seminaries or religious schools and the freedom to prepare and distribute religious texts or publications.[428]

It is clearly impossible to give an exhaustive list of all manifestations of religion or belief. By way of example it may be noted that the Strasbourg Court observed that ritual slaughter, as indeed its name indicates, constitutes a '*rite*' (the word in the French text of the Convention corresponding to 'observance' in the English), and is covered by the right to manifest one's religion in observance.[429] Along the same lines the Court of Justice of the European Communities (ECJ) has held that the EU

[425] Eur. Ct. H.R., *Buscarini a.o. v. San Marino* (Appl. No. 24645/94), judgment of 18 February 1999, *Rep.* 1999-I, para. 34.
[426] See Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (1993), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, para. 5 and UNCHR, Resolution 2003/54, *Elimination of All Forms of Religious Intolerance*, para. 4.
[427] Eur. Ct. H.R., *Campbell and Cosans*, cited above, para. 36.
See also Eur. Ct. H.R., *Chassagnou a.o. v. France* (Appl. No. 25088/94 a.o.), judgment of 29 April 1999, *Rep.* 1999-III, para. 114.
[428] Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (1993), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, para. 4.
[429] Eur. Ct. H.R., *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* (Appl. No. 27417/95), judgment of 27 June 2000, *Rep.* 2000-VII, 195, para. 73.

institutions must seek to avoid organising a *concours* on religious holidays, thereby preventing adherents of that religion to take part in it.[430]

Conversely, requiring elected representatives of the people to take the oath on the Gospels is not compatible with Article 9 ECHR: 'it would be contradictory to make the exercise of a mandate intended to represent different views of society within Parliament subject to a prior declaration of commitment to a particular set of beliefs'.[431]

At the same time Article 9 ECHR does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief, and not all opinions or convictions constitute 'beliefs' in the sense protected by Article 9 (1) of the Convention. In the case of *Pretty* the Strasbourg Court, whilst not doubting the firmness of the applicant's views concerning assisted suicide, found that her claims did not involve a form of manifestation of a religion or belief, through worship, teaching, practice or observance as described in the second sentence of the first paragraph.[432] Earlier the Strasbourg Court decided that one cannot derive a right to divorce form Article 9 ECHR.[433]

Similarly, the Court has rejected several dozens of complaints against Turkey concerning the discharge of individuals from the army on grounds of 'immoral conduct'.[434] The decision to discharge the applicants was based, *inter alia*, on their membership of Islamic sects said to have fundamentalist tendencies. The European Court observed that although the Convention applies in principle to members of the armed forces, one should bear in mind the particular characteristics of military life. States may adopt for their armies disciplinary regulations forbidding this or that kind of conduct, in particular an attitude inimical to an established order reflecting the requirements of military service. According to the Court, these limitations may include 'a duty for military personnel to refrain from participating in the Islamic fundamentalist movement, whose aim and programme is to ensure the pre-eminence of religious rules'. The Court noted that it was not disputed that members of the Turkish armed forces could perform their religious duties within the limits imposed by the requirements of military life. It appeared from the evidence that the discharge of the applicants was based on their conduct and activities in breach of military discipline and the principle of secularism. The Court concluded that the applicants'discharge did not amount to an interference with the rights guaranteed by Article 9 of the Convention.

2. Proselytising

The freedom of religion also includes in principle the right to try to convince one's neighbour, for example through 'teaching' – if this were not the case, then the freedom to change one's religion or belief, enshrined both in Article 10 of the EU Charter and Article 9 ECHR, 'would be likely to remain a dead letter', as the Strasbourg Court put it.[435] This does not mean, of course, that any method to gaining new members for a Church is permissible. 'Improper proselytism', such as 'the offering of material or social advantage or the application of improper pressure', is not protected by the freedom of religion.[436]

3. Restrictions on the freedom to manifest one's religion or belief

In exercising this freedom to manifest his religion, 'an individual may need to take his specific position into account'.[437] More in general in democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom 'in order to reconcile

[430] ECJ, Case 130/75, *Prais*, [1976] *ECR* 1589 (judgment of 27 October 1976).
[431] Eur. Ct. H.R., *Buscarini*, cited above, para. 31.
[432] Eur. Ct. H.R., *Pretty v. United Kingdom* (Appl. No. 2346/02), judgment of 29 April 2002, para. 82.
[433] Eur. Ct. H.R., *Johnston v. Ireland* (Appl. No. 9697/82), judgment of 18 December 1986, *Ser.* A, vol. 112, para. 63.
[434] See, e.g., Eur. Ct. H.R., *Baspinar v. Turkey* (Appl. No. 45631/99), adm. decision of 3 October 2002.
[435] Eur. Ct. H.R., *Kokkinakis*, cited above, para. 31.
[436] Eur. Ct. H.R., *Larissis v. Greece*, (Appl. No. 23372/94), judgment of 24 February 1998, para. 45.
[437] Eur. Ct. H.R., *Kalaç v. Turkey* (Appl. No. 20704/92), judgment of 1 July 1997, para. 27.

the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected'.[438] Thus, anti-abortion activists could not derive from Article 9 a right to demonstrate in front of a clinic.[439] In 2005 the Court rejected a complaint brought by a Sikh who was forced to take off his turban at Strasbourg airport with a view to passing a security check. The Court accepted that the situation amounted to an interference with his freedom of religion, but accepted that the security measures were justified under Article 9 (2).[440]

Recently the question whether teachers, pupils and public officials can wear the Islamic headscarf has been the subject of fierce debate in several European countries. The Strasbourg Court accepted a Swiss rule which prevented a female teacher at a primary school, who had converted to Islam, to wear such a scarf.[441] In 2004 the Court, taking into account the specific circumstances prevailing in Turkey, accepted the Turkish ban on wearing the Islamic headscarf in higher-education institutions.[442]

4. Requirements for any restriction on the freedom to manifest one's religion or belief

It follows from the text of Article 9 ECHR that any restriction or limitation on the exercise of the right to freedom manifest one's religion or belief must be (a) prescribed by law, (b) serve on of the aims mentioned in Article 9 (2) ECHR (which does *not* mention national security, unlike some other provisions of the Convention), and (c) be 'necessary in a democratic society'.
In connection to the latter requirement, the Court has consistently found that 'any such restriction must correspond to a 'pressing social need' and must be 'proportionate to the legitimate aim pursued'.[443] An interference with the internal organisation of a religious community will not be considered 'prescribed by law' – and will thus be incompatible with the Convention – if it is arbitrary and based 'on legal provisions which allowed an unfettered discretion to the executive and did not meet the required standards of clarity and foreseeability'.[444]

5. Religious intolerance and 'fundamentalism'

In its recent judgment concerning the Turkish 'Welfare party', the Grand Chamber found that *shari'a* is incompatible with the fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention. The Court noted that principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in *shari'a*: 'It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on *sharia*, which clearly diverges from Convention values'. In that connection it observed:

> The Court must not lose sight of the fact that in the past political movements based on religious fundamentalism have been able to seize political power in certain States and have had the opportunity to set up the model of society which they had in mind. It considers that, in accordance with the Convention's provisions, each Contracting State may oppose such political movements in the light of its historical experience.[445]

IV. The collective dimension

[438] Eur. Ct. H.R., *Kokkinakis,* cited above, para. 33.
[439] Eur. Comm. H.R., *Van Schijndel a.o. v. the Netherlands* (Appl. No. 30936/96), adm. decision of 10 September 1997.
[440] Eur. Ct. H.R., *Phull v. France* (Appl. No. 35753/03), adm. decision of 11 January 2005.
[441] Eur. Ct. H.R., *Dahlab v. Switzerland* (Appl. No. 42393/98), adm. decision of 15 February 2001, *Rep.* 2001-V, p. 429.
[442] Eur. Ct. H.R., *Leyla Sahin v. Turkey* (Appl. No. 44774/98), judgment of 29 June 2004. This judgment was delivered by a Chamber. See also the judgment of the Grand Chamber : Eur. Ct. H.R. (GC), *Leyla Sahin v. Turkey* (Appl. No. 44774/98), judgment of 10 November 2005.
[443] See, e.g., Eur. Ct. H.R., *Wingrove v. United Kingdom* (Appl. No. 17419/90), judgment of 25 November 1996, *Rep.* 1996, para. 53.
[444] Eur. Ct. H.R., *Hasan & Chaush*, cited above, para. 86.
[445] Eur. Ct. H.R., *Refah Partisi*, cited above, para. 124.

1. The principle of autonomy

It has been accepted in the Strasbourg case-law that an ecclesiastical or religious body may, as such, exercise on behalf of its adherents the rights guaranteed by Article 9 of the Convention.[446] The principle of autonomy plays an important role here: a community should be allowed to function peacefully free from arbitrary State intervention.[447] It follows that, in democratic societies, the State need not to take measures to ensure that religious communities remain or are brought under a unified leadership. Clearly it is possible that tension occurs in situations where a religious or any other community becomes divided, but this is one of the unavoidable consequences of pluralism. The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other.[448]

2. The principle of neutrality

As was mentioned above, the authorities are at all times expected to operate in a neutral fashion. In 2003 the Strasbourg Court accepted the Irish ban on religious advertising. It considered it reasonable for the State to consider it likely that even a limited freedom to advertise would benefit a dominant religion more than those religions with significantly less adherents and resources. Such a result, the Court observed, would jar with the objective of promoting neutrality in broadcasting and, in particular, of ensuring a 'level playing field' for all religions in the medium considered to have the most powerful impact.[449]

In another case the Court accepted that the conclusion of agreements between the State and a particular Church establishing a special tax regime in favour of the latter does not, in principle, contravene the requirements of Articles 9 and 14 of the Convention, provided that there is an objective and reasonable justification for the difference in treatment and that similar agreements may be entered into by other Churches wishing to do so.[450]

3. Religious minorities

Religion may be one of the key features distinguishing minorities from the rest of the population. Various international instruments guarantee the members of religious minorities to manifest their own religion or belief and to establish religious institutions: see especially Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Article 30 of the Convention on the Rights of the Child (1989), and Article 8 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995).

4. 'Sects' and 'cults'

Considerable attention has been paid to the activities of so-called 'sects' and 'cults'.[451] Part of the explanation may be that some of these groups are allegedly carrying out dangerous or illegal activities or are said to engage in improper forms of proselytism, such as brainwashing. Another factor might be that new religious movements are regarded with suspicion or even hostility by religious communities traditionally present. In dealing with this issue, the public authorities must combat any illicit or criminal activities that may occur – but at the same time they have to secure the freedom of thought, conscience and religion and maintain their position of neutrality. As the UN Human Rights Committee observed in its General Comment on Article 18 ICCPR,

[446] Eur. Ct. H.R., *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, cited above, para. 72.
[447] Eur. Ct. H.R., *Hasan & Chaush*, cited above, para. 62.
[448] Eur. Ct. H.R., *Serif v. Greece* (Appl. No. 38178/97), judgment of 14 December 1999, *Rep.* 1999-IX, para. 52 and Eur. Ct. H.R., *Agga v. Greece* (Appl. No. 50776/99), judgment of 17 October 2002, para. 60.
[449] Eur. Ct. H.R., *Murphy*, cited above, para. 78.
[450] Eur. Ct. H.R., *Fernandez & Caballero,* cited above.
[451] See, e.g., European Parliament, 29 February 1996, *Resolution on cults in Europe*;
Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 22 June 1999, *Illegal activities of sects* (Recommendation 1412).

> Article 18 is not limited in its application to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions. The Committee therefore views with concern any tendency to discriminate against any religion or belief for any reason, including the fact that they are newly established, or represent religious minorities that may be the subject of hostility on the part of a predominant religious community.[452]

5. Registration of religious entities

In a number of situations, national arrangements for the *registration* of religious entities were challenged by groups whose registration had been denied. The Court has recognised that the States are entitled to verify whether a movement or association carries on, ostensibly in pursuit of religious aims, activities which are harmful to the population.[453]

However, where registration is required to enable entities to engage in certain activities, the law must specify the substantive criteria on the basis of which registration will be granted or withheld. In the absence of any criteria, it is highly doubtful whether a refusal would be considered 'prescribed by law' as required by Article 9 ECHR. In addition there must be procedural safeguards, such as adversarial proceedings before an independent body, to prevent any arbitrary exercise of the discretion left to the executive.[454]

Where the exercise of the right to freedom of religion or of one of its aspects is subject under domestic law to a system of prior authorisation, involvement in the procedure for granting authorisation of a recognised ecclesiastical authority cannot be reconciled with the requirements of paragraph 2 of Article 9.[455]

Often it is not very clear what the position is of those entities that do *not* have the status of legal persons, that is: those entities that have not been recognised. It follows from the case-law that the more serious the consequences of non-recognition are, the more likely the Court is to find a violation of Article 9 ECHR where the registration procedure itself is defective.

V. The right to conscientious objection

The right to conscientious objection to military service, which is recognised in Article 10 (2) of the EU Charter, has no equivalent in the ECHR. Article 4 § 3 (b) ECHR indicates that the term 'forced or compulsory labour' shall not include 'any service of a military character or, in case of conscientious objectors *in countries where they are recognised*, service exacted instead of compulsory military service'. It has been argued, following an *a contrario* interpretation of this provision, that the ECHR does not require the States Parties to recognise a right to conscientious objection. In 2000 the European Court of Human Rights expressly avoided to address the question 'whether, notwithstanding the wording of Article 4 § 3 (b), the imposition of such sanctions on conscientious objectors to compulsory military service may in itself infringe the right to freedom of thought, conscience and religion guaranteed by Article 9 § 1'.[456]

On the other hand, the UN Human Rights Committee accepted the right already in 1993.[457] Likewise the UN Commission for Human Rights has recognized the right of everyone to have conscientious

[452] Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (1993), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.para.
[453] Eur. Ct. H.R., *Manoussakis a.o. v. Greece* (Appl. No. 18748/91), judgment of 26 September 1996, *Rep.* 1996.
[454] See, e.g., Eur. Ct. H.R., *Hasan & Chaush*, cited above, paras. 84-89.
[455] Eur. Ct. H.R., *Metropolitan Church of Bessarabia*, cited above, para. 117.
[456] Eur. Ct. H.R., *Thlimmenos v. Greece* (Appl. No. 34369/97), judgment of 6 April 2000, para. 43.
[457] Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (1993), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

objections to military service as a legitimate exercise of the right to freedom of thought, conscience and religion.[458]

In 2001 the European Committee of Social Rights reviewed a situation where alternative civilian service lasted 18 months longer than the corresponding military service. The Committee found that this additional duration was excessive and amounted to a disproportionate restriction of the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon (Article 1(2) of the European Social Charter). [459]

[458] See for instance UN Commission on Human Rights, Resolution 2002/45 of 23 April 2002.
[459] ECSR, *Quaker Council for European Affairs v. Greece* (coll. compl. No. 8/2000), dec. (merits) of 25 April 2001.

Article 11. Freedom of expression and information

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.

2. The freedom and pluralism of the media shall be respected.

I. Corresponding provisions in international and European human rights instruments

According to the explanations of the Praesidium Article 11 corresponds to Article 10 of the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) guaranteeing everyone's right to freedom of expression, which includes the freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority. However Article 10 does not prevent states from requiring the licensing of broadcasting or television. According to paragraph 2 the exercise of these freedoms may be subject to different restrictions in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, etc.

The European Court of Human Rights (Eur.Ct.H.R.) has stated unequivocally, that '(F)reedom of expression constitutes one of the essential foundations of … a [democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to Article 10(2), it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society''[460]

Freedom of expression, information and media of Article 11 is even more broadly protected by the similar provisions of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), and of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), than by Article 10 of the ECHR.

Article 19 of the UDHR guarantees everyone's right to freedom of opinion and expression, which includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media, regardless of frontiers.

Article 19 of the ICCPR speaks about freedom of expression, which may be restricted for respect of the rights or reputation of others, for the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals. In addition to these limits on the broader freedom of different kind of communications, Article 20 prohibits any propaganda for war, and any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.[461]

There are special provisions also in some sectoral agreements both adopted by the UN and the Council of Europe regulating freedom of expression. Article 12 of the UN Convention on the Rights of the

[460] Eur. Ct. H.R., *Handyside v. United Kingdom* (Appl. No. 5493/72), judgment of 7 December 1976, *Ser.* A, No. 24. para. 49. See also Eur. Ct. H.R., *Sunday Times v. the United Kingdom* (Appl. No. 6538/74), judgment of 26 April 1979, *Ser.* A, No. 30, para. 64.

[461] In the case *Faurisson v. France,* the UN Human Rights Committee ruled that the restriction of Mr. Faurisson's freedom of expression, who stated that there were no homicidal gas chambers for the extermination of Jews in Nazi concentration camps, was necessary within the meaning of Article 19, Paragraph 3, and Article 20 Paragraph 2 of the ICCPR (Human Rights Committee, Views on Communication No. 550/1993, *Faurisson v. France,* 8 November 1996, (CCPR/C/58/D/550/1993)).

Child guarantees freedom of expression for the child who is capable of forming his or her views, while Article 9 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities provides the same freedom for minorities in the public sphere.

Forms of expression, which are entitled to particular protection in a broader sense include freedom of thought, consciences and religion, freedom of assembly and of association, as well as freedom of the arts and sciences. These special forms of communication (also known as 'communicative rights') are guaranteed by Articles 10, 12 and 13 of the Charter.

Pursuant to Article 52(3) of the Charter, the meaning and scope of the right to freedom of expression is the same as those guaranteed by the ECHR. The limitations which may be imposed on it may therefore not exceed those provided by Article 10(2) of the Convention, without prejudice to any restrictions which Community competition law may impose on Member States' rights to introduce the licensing arrangements referred to in the third sentence of Article 10(1) of the ECHR – the Praesidium's explanation states.

Paragraph 2 of Article 11 spells out the consequences of paragraph 1 regarding freedom of the media. According to the explanations, it is based in particular on Court of Justice case-law regarding television, especially in case *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others*[462], on the Protocol on the System of Public Broadcasting in the Member States annexed to the EC Treaty, and on Council Directive 89/552/EC.

The Preamble also emphasises that the Charter reaffirms the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States. As regards the former, although not mentioned explicitly by the Praesidium, Article 11 also corresponds to the constitutional provisions of the Member States, all guaranteeing freedom of expression as one of the key fundamental human rights. With some exceptions the Member States' constitutions do not mention freedom of information, but on one hand the constitutional interpretation treats it as a condition and part of freedom of expression, on the other hand it became the part of national law through the ratification of the ECHR. Concerning freedom of the media there are also some constitutional and/or statutory provisions in the national legal systems.

Besides the Preamble, Article 53 of the Charter also states that the interpretation of its provisions is determined by international law and by international agreements to which all the Member States are party. According to the Praesidium's explanations this provision is intended to maintain the level of protection currently afforded within their respective scope by Union law, national law, as well as international law. Owing to its importance, mention is made of the ECHR. The level of protection afforded by the Charter may not, in any instance, be lower than that guaranteed by the ECHR, with the result that the arrangements for limitations may not fall below the level acceptable by the ECHR.
The case law of the European Court of Human Rights. on Article 10 is vast in scope and rich in details, and has set standards for the implementation of many other rights and has articulated the underlying principles of the rights in the Convention. The standards, which have evolved are highly relevant to the interpretation of other international instruments as well as of national Constitutions and legal statutes in Europe.

1. Categories of expression

Article 11 – just like Article 10 of the ECHR – specifies freedom of expression generally without specifying particular forms or categories of expression, and as more or less deserving of protection. The case-law of the European Court of Human Rights shows that there is a kind of categorization of expression according to the importance of its content for the purpose of determining the extent of protection afforded. Forms of expression, which are entitled to particular protection include

[462]ECJ, Case C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others,* [1996] *ECR* I-4007 (judgment of 25 July 1991).

'information and ideas concerning matters ... of public interest'[463]; 'information and ideas on political issues'[464]; and artistic expression. Freedom of expression applies both to the traditional printed press and electronic media (radio and televison), as well as the new media (e.g. publishing on Internet). Freedom of artistic expression consists of freedom not only to create works of art but also to disseminate them through exhibitions.[465] Information of a commercial nature is also protected although the Court has granted governments a wider margin of appreciation to restrict commercial speech than other forms of expression.[466] This hierarchical model of expression that has evolved in the jurisprudence of the Strasbourg organs, places commercial expression on a lower rank than other, most importantly political forms of expression as primary concerns for Article 10. Since political expression enjoys a special significance a far more stringent test of justification of interferences is called for than in the case of e.g. commercial expression. The lower level of protection means that the Strasbourg organs find restrictions in the interest of consumers, and others' rights necessary and therefore in accordance with the ECHR.[467]

Article 10 contains no explicit right to seek information[468], but the failure of attempts to add such a right, suggests that it is implicit in the right to receive information (However, it is worth to mention that Article 42 of the Charter guarantees right of access to documents of the European Parliament, Council and Commission by any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having it registered office in a Member State) There are two aspects to the right to seek and receive information and ideas. First, as a right in itself, an aspect of individual autonomy, and second, as a prerequisite of the effective exercise of one's right to freedom of expression. In a case the European Commission of Human Rights took the view that the objective of freedom to impart information is to keep the public informed rather than to protect the commercial interests of media organisations.[469] In similar cases the Commission and the Court stating that commercial expression includes far more than 'pure' direct advertising of products or services, have resolved that a profit motive is irrelevant and that Article 10(1) is applicable to commercial expression.[470]

Broadcasting as well as Internet also enjoy the protection of Article 10. While 'states are permitted to control by a licensing system the way in which broadcasting is organised in their territories, particularly in its technical aspects', any restrictions on content must comply with the requirements of paragraph 2 of Article 10.[471] The question as to the legality of a government broadcasting monopoly, which includes mechanisms for the airing of diverse views was decided in the Lentia case against the Austrian Government's broadcasting monopoly (the only complete broadcasting monopoly in Western Europe).

2. Limitations on freedom of expression

Freedom of expression, as enshrined in Paragraph 1 of Article 10, is subject to a number of limitations described in Paragraph 2. The European Court of Human Rights has stressed that the values set forth in Paragraph 2 are to be viewed as exceptions, which must be strictly interpreted and not as principles to be balanced against the freedom of expression. The respondent State must establish that any

[463] Eur. Ct. H.R., *Sunday Times v. United Kingdom* (Appl. No. 6538/74), judgment of 26 April 1979, *Ser.* A, No. 30, para. 65; Eur. Ct. H.R., *Barfod v. Denmark* (Appl. No. 11508/85), judgment of 22 February 1989. *Ser.* A, No. 149

[464] Eur. Ct. H.R., *Lingens v. Austria* (Appl. No. 9815/82), judgment of 8 July 1986, *Ser.* A, No. 103; Eur. Ct. H.R., *Oberschlick v. Austria* (Appl. No. 11662/85), judgment of 23 May 1991, *Ser.* A, No. 204, paras. 57-61.

[465] Eur. Ct. H.R., *Müller and others v. Switzerland* (Appl. No. 10737/84), judgment of 24 May 1988, *Ser.* A, No. 133, para. 27.

[466] Eur. Ct. H.R., *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* (Appl. No. 10572/83), judgment of 20 November 1989, *Ser.* A, No. 165, para. 33.

[467] Eur. Ct. H.R., *X and Church of Scientology v. Sweden* (App. No. 7805/77), decision of 5 May 1979, *D. R.* 16.

[468] Unlike Article 19 of the International Covenant of Civil and Political Rights to be mentioned later.

[469] Eur. Ct. H.R., *De Geillustreerde Pers N.V. v. the Netherlands,* report of 6 July 1976, *D. R.* 8.

[470] Eur. Ct. H.R., *Jacubowski v. Germany* (Appl. No. 15088/89), judgment of 23 June 1994, *Ser.* A, No. 291-A and Eur. Ct. H.R., *Casado Coca v. Spain* (Appl. No. 15450/89), judgment of 24 February 1994, *Ser.* A, No. 285-A.

[471] Eur. Ct. H.R., *Groppera Radio AG and others v. Switzerland* (Appl. No. 10890/84), judgment of 28 March 1990, *Ser.* A, No. 173, para. 62; Eur. Ct. H.R., *Autronic AG v. Switzerland* (Appl. No. 12726/87), judgment of 22 May 1990. *Ser.* A, No. 178

restriction: (1) is 'prescribed by law', (2) has a legitimate aim (namely, one of those enumerated in Paragraph 2), and (3) is 'necessary in a democratic society' to promote that aim.[472]

To be 'prescribed by law' a restriction must be 'adequately accessible' and foreseeable, that is, 'formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct'.[473] The restriction may be included in the common law; it does not have to be codified. In order to have a 'legitimate aim', a restriction must be in furtherance of, and genuinely aimed at protecting, one of the permissible grounds set forth in Article 10(2).

To be 'necessary' a restriction does not have to be 'indispensable' but it must be more than merely 'reasonable' or 'desirable'. A 'pressing social need' must be demonstrated, the restriction must be proportionate to the legitimate aim pursued, and the reasons given to justify the restriction must be relevant and sufficient.[474] The Contracting States have a certain margin of appreciation in determining whether such a need exists, but this margin 'goes hand in hand with a European supervision'. This supervision must be strict and is not limited to ascertaining whether the state has exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; rather, the necessity of any restriction 'must be convincingly established'.[475] The scope of the margin of appreciation varies according to the aim at issue. For example, protection of morals is accorded a wide margin because national authorities are considered to be in a better position than the Convention organs to assess the need of interference.[476] An aim, which is more objective in nature, such as maintaining the authority of the judiciary, is accorded a narrower margin of appreciation.[477]

In contrast to the practice of the UN Human Rights Committee[478] in cases of Holocaust denial the European Court of Human Rights instead of using the necessity test, declared the applications inadmissible on the basis of Article 17 of the ECHR, because the applicant had used the Convention as a tool to obtain protection for actions which, in their essence, threatened the rights and freedoms guaranteed by the Convention. The Court reminded that the freedom of expression represents one of the most protected values under the Convention. Nevertheless, the judges also laid down its limits: 'The Court has held, among other things, that there is no doubt that, like any other remark directed against the Convention's underlying values, the justification of a pro-Nazi policy could not be allowed to enjoy the protection afforded under Article 10' and there is 'a category [of] clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17.'[479]

II. The case-law of the European Court of Justice and community legislation

While the mechanism of the Council of Europe is responsible for the general safeguarding of human rights in the continent, the European Community and its institutions, including the Charter are primarily concerned with economic integration among Member States, and the fulfilment of free

[472] Eur. Ct. H.R., *Observer and Guardian v. United Kingdom* (Appl. No. 13585/88), judgment of 26 November 1991, *Ser.* A, No. 216.
[473] Eur. Ct. H.R., *Sunday Times v. United Kingdom* (Appl. No. 6538/74), judgment of 26 April 1979, *Ser.* A, No. 30, para. 49.
[474] Eur. Ct. H.R., *Handyside v. United Kingdom* (Appl. No. 5493/72), judgment of 7 December 1976, *Ser.* A, No. 24, paras. 48-50; Eur. Ct. H.R., *Sunday Times v. United Kingdom* (Appl. No. 6538/74), judgment of 26 April 1979, *Ser.* A, No. 30, para. 62.
[475] Eur. Ct. H.R., *Observer and Guardian v. United Kingdom* (Appl. No. 13585/88), judgment of 26 November 1991, *Ser.* A, No. 216, para. 59(c).
[476] e.g., Eur. Ct. H.R., *Müller and others v. Switzerland* (Appl. No. 10737/84), judgment of 24 May 1988, *Ser.* A, No. 133, paras. 33-35.
[477] Eur. Ct. H.R., *Handyside v. United Kingdom* (Appl. No. 5493/72), judgment of 7 December 1976, *Ser.* A, No. 24, para. 48 ; Eur. Ct. H.R., *Sunday Times v. United Kingdom* (Appl. No. 6538/74), judgment of 26 April 1979, *Ser.* A, No. 30, paras. 79-81.
[478] See footnote above.
[479] See Eur. Ct. H.R. (GC), *Lehideux and Isorni v. France* (Appl. No. 24662/94), judgment of 23 September 1998, *Rep.* 1998-VII, paras. 47 and 53 ; and Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Garaudy v. France* (Appl No. 65831/01), decision of 24 June 2003, *Rep.* 2003-IX.

movement of goods and services. The free movement of goods and services provisions in the Treaty of Rome (Articles 30-36 and 59-66 EC Treaty respectively) were deemed to have two aspects: the protection of the right to engage in trade, as well as the corollary right of consumers, or potential consumers, to have access to information that might lead them to buy a particular product. That is why in the community legal order freedom of expression should extend beyond its historical concern for the political and religious dissenter, more important for the ECHR organs, into the wider arena of commercial activity. Therefore the European Court of Justice (ECJ) deals primarily with freedom of expression for commercial actors.

In one of the leading freedom expression cases of the ECJ, in *Grogan*[480], the Court faced with a freedom of services question that presented a combination of political and commercial speech. The political aspect was that the student unions providing information on abortion services available in the United Kingdom were motivated by civil libertarian concerns, while the fact that the information advertised abortion facilities constituted a service within the scope of Article 60 EEC Treaty represented the commercial aspect. The tenuous nature of the economic link between the student unions and the service providers concerned meant that according to the ECJ's decision the Government's restriction on the former's expression did not fall for consideration under Article 59 EEC Treaty. The ruling of the ECJ in *Grogan* is subject to severe criticism, and the case was subsequently before the European Court of Human Rights, which ruled that Ireland had violated Article 10 of the ECHR[481]

The duty of allegiance to the Communities imposed on officials in the Staff Regulations is interpreted by the Court in such a way as to conflict with freedom of expression. In the case of *Bernard Connolly v. Commission*[482] the Court held that the duty of confidentiality, as prescribed by Article 17, paragraph 1, of the Regulations, requires all officials 'exercise the greatest discretion with regard to all facts and information coming to his knowledge the course of or in connection with the performance of his duties'. It follows, in principle, the administration should, on the one hand, avoid providing the press with information regarding disciplinary proceedings that could prejudice the official concerned and, on the other hand, take all necessary measures to prevent within the institution, any form of dissemination of information that could have a defamatory effect as regards the official concerned. In another case of civil servants' loyalty, the Court ruled that officials and other employees of the European Communities enjoy the right of freedom of expression, even in areas falling within the scope of the activities of the Community institutions.[483] This freedom extends to the expression, orally in writing, of opinions that dissent from those held by the employing institution. The Court stated however that it is also legitimate in a democratic society to subject public servants, on account of their status, to obligations, the scope of which must vary according to the nature of the duties performed by the person concerned in the hierarchy.

As mentioned earlier, the Praesidium's explanations states that freedom of the media enshrined in Paragraph 2 of Article 11 is based in particular on ECJ case-law regarding television, especially in case *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v. Commissariaat voor de Media*.[484] The Administrative Appeal Section of the Netherlands State Council referred to the ECJ for a preliminary ruling three questions on the interpretation of the provisions of the EEC Treaty concerning the freedom to provide services, in order to assess whether the national legislation laying down conditions for the transmission by cable or radio and television programmes broadcast from other Member States which contain advertising specifically intended for the Dutch public is compatible with the Community law. The questions were raised in proceedings between ten operators of cable

[480] ECJ, Case C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd,* [1991] *ECR* I-4685 (judgment of 4 October 1991).
[481] See Eur. Ct. H.R., *Open Door Counselling and Dublin Well Women and Others v. Ireland* (Appl. No. 14234/88 and 14235/88), judgment of 29 October 1992, *Ser.* A, No. 246-A.
[482] Case T-203/95R, *Connolly v. Commission*, [1999] *ECR* II-443 (judgment of 19 May 1999).
[483] ECJ, Case C-274/99P, *Connolly v. Commission*, [2001] *ECR* I-1611 (judgment of 6 March 2001).
[484] ECJ, Case C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and Others v. Commissariat voor de Media*, [1991] *ECR* I-4007 (judgment of 25 July 1991).

networks and the Commissariat voor de Media, the institution responsible for supervising the operation of cable networks, regarding conditions imposed by the Dutch law. The cable network operators considered that the conditions regulated in the law are contrary to Article 59 of the EEC Treaty. According to the Dutch law, if programmes concerned contain advertisements, they may be transmitted solely provided that the advertisements are produced by a separate legal person, that they are clearly identifiable as such and clearly separated from other parts and are not broadcast on Sundays, that the duration of such advertisements does not exceed 5% of the total air time utilised, that the broadcasting bodies which have obtained air time may not be used to enable a third party to make a profit, and that the entire revenue is used for the production of programmes. Nevertheless, if those conditions are not fulfilled, such a programme may also be transmitted provided that the advertisements contained therein are not specifically intended for the Dutch public.

In the reasoning of the judgment the ECJ referred to its consistent jurisprudence that Article 59 of the Treaty entails, in the first place, the abolition of any discrimination against a person providing services on account of his nationality or the fact that he is established in a Member State other than the one in which the service is provided.[485] The Court noted that the conditions prescribed by the Dutch law contain two-fold restriction on freedom to provide services. First, they prevent operators of cable networks established in a Member State from transmitting radio or television programmes supplied by broadcasters established in other Member States, which do not satisfy these conditions. Secondly, they restrict the opportunities afforded to those broadcasting bodies to include in their programmes for the benefit in particular of advertisers established in the State, in which the programmes are received advertising intended specifically for the public in that State. Accordingly, the reply to the national court's first question was that conditions such as those set out in the Dutch law constitute restrictions on the freedom to provide services covered by Article 59 of the Treaty.

In order to answer the national court's second and third question, the ECJ pointed out that the conditions at issue fall in two different categories. First, there are those relating to the structure of the broadcasters, and secondly there are conditions relating to the advertisements themselves. The Court emphasized that there is no necessary connection between the cultural policy of the Dutch Government to maintain pluralism and the conditions relating to the structure of foreign broadcasting bodies. Consequently, the Court found that the conditions affecting the structure of foreign broadcasting bodies could not be regarded as being objectively necessary in order to safeguard the general interest in maintaining a national radio and television system securing pluralism. Accordingly, the reply given to the national court's second and third question was that restrictions of the kind at issue are not justified by overriding requirements relating to the general interest.

Another important case concerning pluralism of the media represents the case of *Vereingte Familiapress*[486], which deals with the legal prohibition to sell magazines containing competition offering prizes, and with the allowable restriction on the free movement of goods in the name of press diversity. The Court stated in its judgment that the maintenance of press diversity may constitute an overriding requirement justifying a restriction of free movement of goods. Such diversity helps to safeguard freedom of expression, as protected by Article 10 of the ECHR, and by the Community legal order as well. However, the Court held that the provisions of national law in question must be proportionate to the objective pursued and that objective must not be capable of being achieved by measures, which are less restrictive of intra-Community trade. According to the Court's ruling, a prohibition on selling publications, which offer the chance to take part in prize games competitions may detract from freedom of expression. Article 10 of the ECHR does however, permit derogation from that freedom for the purposes of maintaining press diversity, in so far as they are prescribed by law and are necessary in a democratic society.

[485] The referred judgments were as follows: ECJ, Case C-154/89, *Commission v. France*, [1991] *ECR* I-659, (judgment of 26 February 1991), para. 12 ; ECJ, Case C-180/89, *Commission v. Italy*, [1991] *ECR* I-709, (judgment of 26 February 1991), para. 15; ECJ, Case C-198/89, *Commission v. Greece*, [1991] *ECR* I-727, (judgment of 26 February 1991), para. 16.

[486] ECJ, Case C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, [1995] *ECR* I-3689 (judgment of 26 June 1995).

The other basic source of interpreting freedom of the media enshrined in paragraph 2 of Article 11 is the Protocol on the system of public broadcasting in the Member States annexed to the EC Treaty.[487] The Protocol states that the provisions of the Treaty shall be without prejudice to the competence of Member States to provide for the funding of public service broadcasting insofar as such funding is granted to broadcasting organisations for the fulfilment of the public service remit as conferred, defined and organised by each Member State, and insofar as such funding does not affect trading conditions and competition in the Community to an extent which would be contrary to the common interest, while the realisation of the remit of that public service shall be taken into account.[488]

Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the co-ordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities[489] represents another source of interpreting freedom of the media. According to the preamble this directive lays down the minimum rules needed to guarantee freedom of transmission in broadcasting, therefore it does not affect the responsibility of the Member States and their authorities regarding the organisation – including the systems of licensing, administrative authorisation or taxation – financing and determining the content of programmes. Therefore Article 3 of the Directive states that Member States shall remain free to require television broadcasters under their jurisdiction to lay down more detailed or stricter rules in the areas covered by the Directive.

The Directive serves largely to curtail commercial expression. It has specific prohibitions related to the advertising of tobacco products and prescription medication as well as restriction on alcohol advertising.[490] Article 11(5) of the Directive provides that political and religious broadcasts of less than 30 minutes duration shall not be interrupted by advertisement and broadcasts of religious services are to be advertisement-free. Furthermore, advertising is to be readily identifiable to be kept distinct from other programmes, and advertising which 'offends' religious or political beliefs or encourages conduct prejudicial to the environment is not to be permitted.[491] These restrictions of commercial speech seem to be stronger than the different scrutiny of the ECHR in the commercial arena.

Chapter V of the Directive protecting minors contains another usual restriction of freedom of expression, in relation to pornography and violence. According to Article 22, Member States shall take appropriate measures to ensure that television broadcasts by broadcasters under their jurisdiction do not include programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, in particular those that involve pornography or gratuitous violence. This provision shall extend to other programmes, which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors, except, where it is ensured, by selecting the time of the broadcast or by any technical measure, that minors in the area of transmission will not normally hear or see such broadcasts.[492]

Among the restrictions there is a special one, which at the same time limits commercial expression, and guarantees freedom of the media. This provision is Article 17 of the Directive, which sets the requirements to be met by sponsored television programmes. The most important requirement is that the content and scheduling of sponsored programmes may in no circumstances be influenced by the sponsor in such a way as to affect the responsibility and editorial independence of the broadcaster in

[487] Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, Protocol on the system of broadcasting in the Member States (11997 D/PRO/09) OJ C 340 of 10.11.1997, p. 109.

[488] Council Resolution of 21 January 2002 on the development of the audiovisual sector reaffirms the importance of public broadcasting and encourages it to continue making its significant contribution to promoting the audiovisual sector, among other things by taking an active part in the development of new digital services which afford all citizens easier access to the information society (Council Resolution of 21 January 2002 on the development of the audiovisual sector, OJ C 032, 05.02.2002).

[489] Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the co-ordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 298, 17.10.1989.

[490] Articles 13-15 of the Directive.

[491] Articles 10-12 respectively.

[492] Serving a similar aim : Council Recommendation 98/560/EC of 24 September 1998 on the development of the competitiveness of the European audiovisual and information services industry by promoting national framework aimed at achieving a comparable and effective level of protection of minors and human dignity, OJ L 270 of 7.10.1998.

respect of programmes. News and current affairs programmes may not be sponsored according to the text of the Directive. Council Directive 97/36/EC, and Directive 98/43/EC amending Directive 89/552/EEC prescribed for the Member States to prohibit any sponsorship by tobacco producers in television programmes. Later on the ECJ annulled Directive 98/43/EC, not excluding prohibition of tobacco advertisements in harmony with fundamental rights guaranteed within EU.[493]

III. Requirements of the particular provisions

Although Article 11 corresponds to Article 10 of the ECHR, in a sense that, with the separation of the freedom to hold opinion and to receive and impart information, and the freedom of the media in Paragraph 2 it is at the same time innovative as well. With this separation of the different parts of freedom of expression the Charter follows the new tendencies of the Member States' constitutions and the development in the media field, as well as the new dogmatic of 'communicative' basic rights within legal studies.

Paragraph 1 protects not only the freedom to express (or not to express) an opinion, irrespective of its content, but the whole process of forming and expressing opinions, i.e. the process of free communication as an individual behaviour and social process. To receive and impart information that is to say freedom of information belongs to this process, as condition of freedom of expression. The term 'opinion' means every kind of statement, true or false communication of facts, value judgments, expressing them through various means of communication. In a broader sense, the freedom of expression besides free speech and free press includes artistic and literary freedoms, the freedom to distribute and disseminate works of art, the freedom of scientific research and the freedom to teach scientific knowledge.

The freedom of information enshrined in Paragraph 1 Sentence 2 contains not only the passive aspect of this freedom, namely the right to receive any kind of information, but also the active aspect of it, the right to impart and – without explicit mentioning – any use of the received appropriate requested information as well.

As mentioned earlier, according to the non-binding explanation of the Praesidium, pursuant to Article 52(3) of the Charter, the meaning and scope of this right are the same as those guaranteed by the ECHR. Therefore the limitations which may be imposed on it, shall not exceed those provided for in Article 10(2) of the Convention, without any prejudice to any restrictions which Community law may impose on Member States' rights, for instance on the right to introduce the licensing arrangements referred to in Article 10(1) of the ECHR.

In Paragraph 2 the freedom and pluralism of the media was made independent from other parts of freedom of expression. Media as an overall category includes here both printed and electronic press (radio and television), as well as Internet, as a new medium. This emancipation of the freedom of the media is reflected in the fact that in the Praesidium's explanation reference was not made to the jurisprudence of the European Court of Human Rights. but to the ECJ's practice. In the previously mentioned judgment of 25 July 1991 in the case of *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* the Court tried to work out the protection of the freedom of the media on the basis of freedom to provide services (Article 49 EEC Treaty), and the free movement of goods principle (EEC Treaty Article 28). The same interpretation is reflected in the discussed Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989, which is referred also by the explanation of the Praesidium. This reference means that Article 11 Paragraph 2 follows the concept of the Directive that Member States shall ensure freedom of reception and shall not restrict retransmission on their territory of television broadcasts from other Member States, because limitations of freedom to provide services between Member States should be removed.

[493] ECJ, Case C-376/98, *Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, [2000] *ECR* I-8419 (judgment of 5 October 2000).

Besides this economic interpretation Article 11 Paragraph 2 contains another interpretation of a communicative basic right, which is reflected by the Praesidium's reference to the mentioned Protocol on the System of Public Broadcasting in the Member States annexed to the EC Treaty.

The principle of pluralism enshrined in Paragraph 2 is of great importance, because it contains the aspect of an institutional guarantee of freedom of the media. The ECJ in the *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gounda* case observed that the maintenance of the pluralism, which the Dutch policy was seeking to safeguard, is connected with freedom of expression, as protected by Article 10 of the ECHR, which is one of the fundamental rights guaranteed by the Community legal order.[494] The dual broadcasting system can also be justified by the principle of pluralism.

Similar to Article 7, Article13 Sentence 2, and Article 14 Paragraph 3 the freedom and pluralism of media shall be respected, instead of being guaranteed. The term chosen by the Convent is due to the limited jurisdiction of the EU in the audio-visual sector. According to Article 151 Paragraph 2 EEC Treaty the Union is only authorised to promote the co-operation of Member States. This means that the guaranteeing pluralism remains the duty of the Member States as well.

As mentioned earlier in the explanation of the Praesidium relating to Paragraph 2 that this Paragraph spells out the consequences of Paragraph 1 regarding freedom of the media. Therefore Article 52(3) concludes that the whole Article 11 of the Charter corresponds to Article 10 of the ECHR, without applying the limitations of Paragraph 2. Because of the mentioned independence of the freedom of the media in Article 11(2) of the Charter, also the specific limitation of Article 52(3) Sentence 1 cannot be used, neither can Article 52(2), since the right is not based on the treaties mentioned there. Consequently, for the limitations of the freedom of media the general provisions of Article 52(1) are to be applied, that is to say, any limitation on the exercise of this right must be provided for by law and respect the essence of the freedom of the media. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others. The mentioned Council Directive, and the Protocol annexed to the EC Treaty as well as the above discussed case-law of the ECJ prove the use of the proportionality principle in the limitation of the freedom of the media.

[494] Here the European Court of Justice referred to Case C- 4/73, *Nold KG v. Commission*, [1977] *ECR* 491 (judgment of 11 January 1977), para. 13. Other judgments of the ECJ are: Case C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, [1993] *ECR* I-487 (judgment of 3 February 1993); Case C-353/89 *the Netherlands v. Commission*, [1991] *ECR* I-4069 (judgment of 25 July 1991). Similar judgments of the European Court of Human Rights: Eur. Ct. H.R, *Informationsverein Lentia v. Austria* (Appl. No. 13914/88 a.o.), judgment of 24 November 1993, *Ser.* A, No. 276; Eur. Ct. H.R., *Radio ABC v. Austria* (Appl. No. 19736/92), judgment of 20 October 1997, *Rep.* 1997-VI.

Article 12. Freedom of assembly and of association

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association at all levels, in particular in political, trade union and civic matters, which implies the right of everyone to form and join trade unions for the protection of his or her interests.

2. Political parties at Union level contribute to expressing the political will of the citizens of the Union.

I. General overview of Article 12 of the Charter

1. Contents and relation to other international instruments

Article 12 (1) of the EU Charter protects the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association at all levels. Article 12 (2) of the EU Charter is somewhat unusual in that – unlike the other substantive provisions of the Charter – it does not define a right or freedom, but rather asserts that political parties at Union level contribute to expressing the will of the citizens of the Union. It corresponds to Article 191 EC Treaty.

Already in the case of *Bosman* did the Court of Justice of the European Communities (ECJ) accept that the freedom of association, enshrined in Article 11 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and resulting from the constitutional traditions common to the Member States, is one of the fundamental rights which are protected in the Community legal order.[495] The official explanations to the EU Charter confirm that Article 12 (1) of the Charter corresponds to Article 11 ECHR; its scope may be somewhat wider in that it includes associations at the European level as well. In accordance with Article 52 (3) of the Charter, limitations may not exceed those considered legitimate by virtue of Article 11 (2) ECHR. The explanations further indicate that this right is also based on Article 11 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers (which as a matter of fact also refers to the right of *employers* to constitute professional organizations). Related provisions at the international level are Article 20 of the Universal Declaration of Human Rights (1948) and Articles 21 and 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966).

Article 12 (1) of the EU Charter expressly protects the right of everyone to form and to join trade unions for the protection of his and here interests. This aspect of Article 12 is clearly related to Article 28 of the EU Charter, which protects the right to collective bargaining. International instruments that are of special significance in this respect are ILO Convention 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize (1948), Article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) and Article 5 of the European Social Charter (Revised) (1996). Specific issues concerning trade union rights will be dealt with in our commentary on Article 28 of the EU Charter.

2. Relation to other fundamental rights

The freedom of assembly and association is closely connected to the *freedom of thought, conscience and religion* (Article 10 of the Charter) and to the *freedom of expression* (Article 11 of the Charter). The latter rights would be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being

[495] ECJ, Case C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association a.o. v. Bosman a.o.*, [1995] *ECR* I-5065 (judgment of 15 December 1995), para. 79.

able to share one's beliefs or ideas in community with others, particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests.[496]

On the other hand, representatives of organisations may wish to use the freedom of expression in order to make statements on behalf of their organisation. Where a public demonstration seeks to advance certain views, the freedom of assembly may be seen as a *lex specialis* of the freedom of expression.

The freedom of association is also linked to the *right to a fair trial*, in that proceedings concerning the granting of legal entity status to an association of individuals have been found to determine that association's 'civil rights and obligations' in the meaning of Article 6 ECHR.[497] This implies that the proceedings should comply with all requirements of a fair trial. The same reasoning applies in the case of proceedings concerning re-registration of an association that might potentially result in its being stripped of its legal entity status.[498] Indeed, in a recent case where registration procedures lasted for more than six years, a violation of the reasonable time requirement, as laid down in Article 6 ECHR, was found.[499]

Although the *right to life* may not be the first right that comes to mind when reflecting on the freedom of association, the two may actually be closely connected in extreme situations where individuals are at risk on account of their trade union activities. A recent judgment of the Strasbourg Court concerned the case of a trade union leader who was last seen alive in the hands of State agents and subsequently met with a violent death. His widow argued that the case should not just be examined under Article 2 ECHR, but also under Article 11 ECHR. The Strasbourg Court, however, having found a violation of Article 2 since the Government have failed to account for the death of the trade union leader, did not consider it necessary to examine the same facts from the angle of Article 11 ECHR.[500]

3. The importance of the freedom of assembly and of association

Freedom of assembly and of association are among the paramount values in a democratic society. In its case-law, the European Court of Human Rights has on numerous occasions affirmed the direct relationship between democracy, pluralism and the freedom of association.[501] The European Commission, in its *White Paper on European governance*, acknowledged the importance of the role of civil society organisations for opening up dialogue and for ensuring the representation of all interests.[502] Recently the Strasbourg Court recalled that

> The essence of democracy is its capacity to resolve problems through open debate. Sweeping measures of a preventive nature to suppress freedom of assembly and expression other than in cases of incitement to violence or rejection of democratic principles – however shocking and unacceptable certain views or words used may appear to the authorities, and however illegitimate the demands made may be – do a disservice to democracy and often even endanger it. In a democratic society based on the rule of law political ideas which challenge the existing order and whose realisation is advocated by peaceful means must be afforded a proper opportunity of expression through the exercise of the right of assembly as well as by other lawful means.[503]

---

[496] For a discussion of the close link between the freedom of association and, for instance, the freedom of religion, see: Eur. Ct. H.R. (GC), *Hasan & Chaush v. Bulgaria* (Appl. No. 30985/96), judgment of 26 October 2000, para. 62.
[497] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *APEH a.o. v. Hungary* (Appl. No. 32367/96), judgment of 5 October 2000, para. 30 *et seq.*
[498] Eur. Ct. H.R (1st sect.), *Moscow branch of the Salvation Army v. Russian Federation* (Appl. No.72881/01), adm. decision of 24 June 2004.
[499] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Zichy Galéria v. Hungary* (Appl. No. 66019/01), judgment of 5 April 2005, para. 25.
[500] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Süheyla Aydin v. Turkey* (Appl. No. 25660/94), judgment of 24 May 2005, para. 203.
[501] See, among many authorities: Eur. Ct. H.R. (GC), *United Communist Party of Turkey (TBKP) a.o. v. Turkey* (Appl. No. 19392/92), judgment of 30 January 1998, *Rep.* 1998-I, para. 42 et seq.; Eur. Ct. H.R. (GC), *Socialist Party a.o. v. Turkey* (Appl. No. 21237/93), judgment of 25 May 1998, *Rep.* 1998-III, para. 41 et seq.
[502] *European Governance: a White Paper*, Communication by the Commission of the European Communities of 25 July 2001 (COM (2001) 428).
[503] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Stankov a.o. v. Bulgaria* (Appl. No. 29221/95), judgment of 2 October 2001, para. 97.

Still the right to freedom of assembly and of association is not absolute. It may be subjected to restrictions and limitations, provided that any interference is (a) 'prescribed by law',[504] (b) serves a 'legitimate aim' (i.e. one of aims expressly mentioned in Article 11 (2) ECHR), and (c) can be considered to be 'necessary in a democratic society' in order to achieve that aim.

According to well-established Strasbourg case-law, these exceptions are to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on the freedom of association.[505] Thus the term 'necessary' does not have the flexibility of expressions such as 'useful' or 'desirable'. In addition, pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a 'democratic society'. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position.

Under the European Convention, Parties have only a limited margin of appreciation in determining whether a 'necessity' exists, which goes hand in hand with rigorous supervision by the Strasbourg Court. That supervision embraces both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts. The Court has also held that the nature and severity of the impugned measure are factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference. On the other hand, it has accepted that the application of radical measures – including the refusal to register an association[506] and the immediate and permanent dissolution of an organisation and confiscation of its assets[507] – may be justified under Article 11.

4. Positive obligations

At first sight, the right to freedom of assembly and of association may appear to be a classic example of a 'negative' right: a norm introducing a 'State free zone' where the individual may expect, in principle, to be left alone by the authorities. However, it follows from the case-law of the European Court of Human Rights that, although the essential object of Article 11 ECHR is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, there may in addition be positive obligations to secure the effective enjoyment of these. Thus, whilst acknowledging that a demonstration may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that it is seeking to promote, the Court has observed:

> The participants must, however, be able to hold the demonstration without having to fear that they will be subjected to physical violence by their opponents; such a fear would be liable to deter associations or other groups supporting common ideas or interests from openly expressing their opinions on highly controversial issues affecting the community. In a democracy the right to counter-demonstrate cannot extend to inhibiting the exercise of the right to demonstrate. Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11 [ECHR]. Like Article 8 [ECHR], Article 11 sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals, if need be.[508]

The Strasbourg Court continued by pointing at that it is the duty of the Contracting Parties to take reasonable and appropriate measures to enable lawful demonstrations to proceed peacefully. But it was

[504] See on the meaning of this requirement in the context of the freedom of association: Eur. Ct. H.R. (GC), *Maestri v. Italy* (Appl. No. 39748/98), judgment of 17 February 2004, *Rep*. 1998, para. 30 *et seq.*
[505] Eur. Ct. H.R., *Sidiropoulos a.o. v. Greece* (Appl. No. 26695/95), judgment of 10 July 1998, *Rep.* 1998, para. 40.
[506] See, e.g., Eur. Ct. H.R. (GC), *Gorzelik a.o. v. Poland* (Appl. No. 44158/98), judgment of 17 February 2004, para. 97 *et seq.*, where the Grand Chamber essentially confirmed the previous Chamber judgment.
[507] Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Refah Partisi [Welfare Party] a.o. v. Turkey* (Appl. No. 41340/98), judgment of 13 February 2003, para. 98 *et seq.*, where again the Grand Chamber confirmed the previous Chamber judgment.
[508] Eur. Ct. H.R., *Plattform 'Ärzte für das Leben' v. Austria* (Appl. No. 10126/82), judgment of 21 June 1988, para. 32.

accepted that the authorities cannot guarantee this absolutely and they have a wide discretion in the choice of the means to be used. In this area the obligation they enter into under Article 11 of the Convention is an obligation as to measures to be taken and not as to results to be achieved.

The European Court of Justice, for its part, acknowledged in the case of *Schmidberger* that the exercise of the right to freedom of assembly may pose obstacles to, for instance, the free movement of goods. In this case the Austrian authorities had allowed a demonstration on the Brenner motorway, which as a consequence could not be used for international transports. The ECJ considered that the national authorities had a wide margin of appreciation when striking the balance between the free movement of goods and the freedom of assembly, and that in the circumstances of the instant case no breach of Article 30 EC Treaty (now Article 29 EC) had occurred.[509]

5. The exercise of the rights protected by State officials

Under Article 11 ECHR a special position is accorded to members of the armed forces, the police and the administration of the State. The last sentence of Article 11 (2) ECHR entitles States to impose 'lawful restrictions' on their exercise of these rights. It remains to be decided whether these specific restrictions are subject to the usual conditions ('necessary in a democratic society' et cetera). The Court did indicate, however, that the notion of 'administration of the State' should be interpreted narrowly, in the light of the post held by the official concerned.[510]

II. The freedom of assembly

In a recent judgment the European Court of Human Rights emphasised that the right to freedom of assembly is a fundamental right in a democratic society and, like the right to freedom of expression, is one of the foundations of such a society. Thus, it should not be interpreted restrictively. As such this right covers both private meetings and meetings in public thoroughfares as well as static meetings and public processions; in addition, it can be exercised by individuals and those organising the assembly. The Court noted in addition that the authorities must not only safeguard the right to assemble peacefully but also refrain from applying unreasonable *indirect* restrictions upon that right.[511]

It is clear that the right to freedom of assembly may be manifested in several ways. In the case of *Cisse* a group of aliens without valid residence permits decided to take collective action to draw attention to the difficulties they were having in obtaining a review of their immigration status. Their campaign culminated with a decision to occupy a church, in which the group took up residence for approximately two months. Neither the priest nor the parish council of the church objected to their presence and the religious services and various ceremonies proceeded as planned and without incident. Consequently, the Court found that the evacuation of the church amounted to an interference in the exercise of the applicant's right to freedom of peaceful assembly.[512]

It is also clear that the freedom to take part in a peaceful assembly includes the right to a demonstration that had not been prohibited. This right is, according to the Strasbourg Court, of such importance that it cannot be restricted in any way, so long as the person concerned does not himself commit any reprehensible act on such an occasion.[513] At the same time the Court has emphasised that Article 11 of the Convention only protects the right to *peaceful* assembly. That notion 'does not cover a demonstration where the organisers and participants have violent intentions'.[514] Yet the fact that a group of persons calls for autonomy or even requests secession of part of the country's territory – thus

[509] ECJ, Case C-112/00, *Schmidberger*, [2003] *ECR* I-05659 (judgment of 12 June 2003), paras. 65-94.
[510] Eur. Ct. H.R., *Vogt v. Germany* (Appl. No. 17851/91), judgment of 26 September 1995, *Ser.* A, vol. 323, para. 67.
[511] Eur. Ct. H.R., *Djavit An v. Turkey* (Appl. No. 20652/92), judgment of 20 February 2003, paras. 56-57.
[512] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Cisse v. France* (Appl. No. 51346/99), judgment of 9 April 2002, para. 40.
[513] Eur. Ct. H.R., *Ezelin v. France* (Appl. No. 11800/85), judgment of 26 April 1991, *Ser.* A, vol. 202-A, para. 53.
[514] Eur. Ct. H.R., *Stankov*, cited above, para. 77.

demanding fundamental constitutional and territorial changes – cannot automatically justify a prohibition of its assemblies.[515]

Finally, the term 'restrictions' includes both measures – such as punitive measures – taken before or during a meeting and measures taken after a meeting.[516]

III. The freedom of association

1. Scope 'ratione materiae': the nature of the associations protected

While in the context of Article 11 ECHR the Strasbourg Court has often referred to the essential role played by political parties in ensuring pluralism and democracy, associations formed for other purposes – including those protecting cultural or spiritual heritage, pursuing various socio-economic aims, proclaiming or teaching religion, seeking an ethnic identity or asserting a minority consciousness – are also important to the proper functioning of democracy. In this connection the Grand Chamber observed in the case of *Gorzelik*:

> pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society is functioning in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue collectively common objectives.[517]

In *Gorzelik* the Court continued to elaborate:

> that freedom of association is particularly important for persons belonging to minorities, including national and ethnic minorities, and that, as laid down in the Preamble to the Council of Europe's Framework Convention, 'a pluralist and genuinely democratic society should not only respect the ethnic, cultural, linguistic and religious identity of each person belonging to a national minority, but also create appropriate conditions enabling them to express, preserve and develop this identity'. Indeed, forming an association in order to express and promote its identity may be instrumental in helping a minority to preserve and uphold its rights.[518]

Indeed Article 7 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995) confirms expressly that every person belonging to a national minority has the right, *inter alia,* to freedom of peaceful assembly and freedom of association.

2. Private associations v. public-law institutions

Article 11 ECHR protects *private* associations – a notion which includes political parties.[519] On the other hand, public-law institutions, such as in many countries the Bar Association or the *Ordre des médecins,* are not covered by it.[520] The term 'association' possesses an autonomous meaning; the classification in national law has only relative value and constitutes no more than a starting-point. After all,

---

[515] *Ibid.*, para. 97.
[516] Eur. Ct. H.R., *Ezelin*, cited above, para. 39.
[517] Eur. Ct. H.R., *Gorzelik*, cited above, para. 92.
[518] *Ibid.*, para. 93.
[519] Eur. Ct. H.R., *TBKP*, cited above, para. 24.
[520] Nor can public-law institutions and governmental entities lodge a complaint under Article 34 ECHR; see, e.g., Eur. Ct. H.R., *Gouvernement de la Communauté Autonome du Pays Basque c. Espagne* (Appl. No. 29134/03), adm.dec. of 3 February 2004.

> If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as 'public' or 'para-administrative', to remove it from the scope of Article 11 [ECHR], that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective.[521]

Distinguishing factors are whether an entity was founded not by individuals but by the legislature; whether it remains integrated within the structures of the State, pursues an aim which is in the general interest by exercising a form of public control; and whether it is legally invested with administrative as well as rule-making and disciplinary prerogatives out of the orbit of the ordinary law and, in this capacity, employs processes of a public authority.

3. Scope 'ratione temporis': the creation and dissolution of associations

It must be presumed that the protection afforded by Article 12 EU Charter lasts for an association's entire life. The Strasbourg Court has clarified that the right to *form* an association is an inherent part of the right set forth in Article 11 ECHR, even if that Article (like Article 12 EU Charter) only makes express reference to the right to form trade unions. That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning. The way in which national legislation enshrines this freedom and its practical application by the authorities reveal the state of democracy in the country concerned. Certainly States have a right to satisfy themselves that an association's aim and activities are in conformity with the rules laid down in legislation, but they must do so in a manner compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Strasbourg Court.[522]

Conversely, the dissolution of an association by a country's authorities must also satisfy the requirements of Article 11 ECHR: the right would be largely theoretical and illusory if it were limited to the founding of an association, since the national authorities could immediately disband the association without having to comply with the Convention.[523]

4. The position of political parties

When it comes to political parties, it should be noted at the outset that the ECHR does not protect the right to form associations based on National Socialist ideas:

> National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17 of the Convention. In these circumstances, the Court concludes that it derives from Article 17 that the applicant's conviction was necessary in a democratic society within the meaning of the second paragraph of Article 10.[524]

This raises the issue of banning political parties.[525] The European Court of Human Rights has accepted that it may be justified, in exceptional circumstances, to ban a political party. But in view of the

[521] Eur. Ct. H.R., *Chassagnou*, cited above, para. 100.
[522] Eur. Ct. H.R., *Sidiropoulos a.o. v. Greece* (Appl. No. 26695/95), judgment of 10 July 1998, *Rep*. 1998-IV, para. 40.
[523] Eur. Ct. H.R., *TBKP,* cited above, para. 33.
[524] Eur. Ct. H.R., *Schimanek v. Austria* (Appl. No. 32307/96), adm. Dec. of 1 February 2000. See also Article 20 ICCPR and Human Rights Committee, General Comment 11, Article 20 (Nineteenth session, 1983), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 133 (2003).
[525] See also: Resolution 1308 (2002) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Restrictions on political parties in the Council of Europe Member States* (adopted 18 November 2002). On the *temporary* ban on the activities of an opposition political party, on account of allegedly illegal demonstrations, see the case of *Christian Democratic People's*

importance of political parties to a pluralist democracy the Court will very carefully review any decision to do so. At the very least it is clear that a political party's choice of name cannot in principle justify a measure as drastic as dissolution, in the absence of other relevant and sufficient circumstances.[526] Also the historical background, such as a country's experience of totalitarian communism prior to 1989, cannot by itself justify a refusal to register for instance a political party on account of its communist program. Although the Court is prepared to take the historical context into account, it also bears in mind that communist parties adhering to Marxist ideology are present in a number of countries that are signatories to the Convention.[527]

The case of the *Welfare Party* provided the Grand Chamber of the Strasbourg Court with an opportunity to analyse this issue in great detail.[528] The Court considered that a political party may promote a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: firstly, the means used to that end must be legal and democratic; secondly, the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles. It necessarily follows that a political party whose leaders incite violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds. The Court considered that a State cannot be required to wait, before intervening, until a political party has seized power and begun to take concrete steps to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy, even though the danger of that policy for democracy is sufficiently established and imminent.

The Court's overall examination of the question whether the dissolution of a political party on account of a risk of democratic principles being undermined met a 'pressing social need' must concentrate on the following points: (i) whether there was plausible evidence that the risk to democracy, supposing it had been proved to exist, was sufficiently imminent; (ii) whether the acts and speeches of the leaders and members of the political party concerned were imputable to the party as a whole; and (iii) whether the acts and speeches imputable to the political party formed a whole which gave a clear picture of a model of society conceived and advocated by the party which was incompatible with the concept of a 'democratic society'.

5. The right not to join an association

The freedom of association protects both associations and individuals wishing to join them. Unlike the Universal Declaration of Human Rights, and unlike the Community Charter of the Social Fundamental Rights of Workers,[529] neither the EU Charter nor the European Convention on Human Rights mention the right *not* to join an association. Over the years, however, the Strasbourg Court has come to accept that Article 11 ECHR does protect this 'negative' right, at least to a certain extent. Most recently, in the case of *Chassagnou,* the Court observed that an individual does not enjoy the right to freedom of association 'if in reality the freedom of action or choice which remains available to him is either non-existent or so reduced as to be of no practical value'. The Court continued:

> To compel a person by law to join an association such that it is fundamentally contrary to his own convictions to be a member of it, and to oblige him, on account of his membership of that association, to transfer his rights over the land he owns so that the association in question can attain objectives of which he disapproves, goes beyond what is necessary to ensure that a fair

Party v. Moldova (Appl. No. 28793/02), judgment of 14 February 2006. On the *refusal to register* a political party, see Eur. Ct. H.R. (3rd sect.), *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) v. Romania* (Appl. No. 46626/99), judgment of 3 February 2005.

[526] Eur. Ct. H.R., *TBKP*, cited above, para. 54.

[527] Eur. Ct. H.R., *Partidul Comunistilor*, cited above.

[528] Eur. Ct. H.R., *Refah Partisi*, cited above, para. 98 *et seq.*

[529] Article 11 (2) of the Charter expressly states that 'Every employer and every worker shall have the freedom to join or not to join such organizations without any personal or occupational damage being thereby suffered him'.

> balance is struck between conflicting interests and cannot be considered proportionate to the aim pursued.[530]

As was noted above, Article 11 ECHR protects *private* associations but does not extend to public-law institutions. This implies that the right *not* to join an 'association' does not include the right to object to compulsory membership of a public-law institution such as the Bar Association or, as the case may be, a Tourism Federation. [531]

[530] Eur. Ct. H.R. (GC), *Chassagnou a.o. v. France* (Appl. No. 25088/94 a.o.), judgment of 29 April 1999, *Rep.* 1999-III, paras. 114 and 117.
[531] Eur. Ct. H.R., *Köll v. Austria* (Appl. No. 43311/98), adm. dec. of 4 July 2003.

Article 13. Liberté des arts et des sciences

Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée.

La liberté des arts et des sciences et la liberté académique sont issues de la liberté de pensée et de la liberté d'expression. Elles reçoivent une consécration spécifique dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'article 13. Cette disposition est fondée sur l'article 19§2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et sur la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme, principalement en application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre la liberté d'expression.

La liberté des arts et des sciences et la liberté académique doivent s'exercer dans les mêmes limites que la liberté d'expression telles que définies au paragraphe 2 de l'article 10 de cette convention[532] et dans le respect des articles 1 et 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union relatifs à la dignité humaine et à l'éthique en matière de recherche scientifique.

I. Contexte juridique international et sources d'inspiration: liberté d'expression et éthique en matière de recherche scientifique

1. Liberté d'expression

1.1. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 19 § 2)

Aux termes de l'article 19§2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966, 'toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou *artistique*, ou par tout autre moyen de son choix'.

En application du paragraphe 3 de cet article 19, toute restriction apportée à ce droit doit être fixée par la loi et nécessaire au respect des droits ou de la réputation d'autrui ou à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. [533]

Dans l'affaire *Hak-Chul-Shin contre la République de Corée*, le Comité des droits de l'homme était saisi sur la base de l'article 19§2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques. L'artiste peintre Hak-Chul-Shin avait vu l'une de ses toiles intitulée 'Plantation de riz' saisie par les autorités judiciaires coréennes au motif que sa peinture exprimait son opposition à un sud militariste et corrompu et son souhait d'un changement structurel sur le modèle du nord paisible et paysan. De l'avis de la Cour suprême coréenne, l'artiste avait eu pour objectif d'inciter à renverser le régime de la République de Corée et d'inviter à la révolution paysanne. L'artiste fut arrêté puis condamné pour violation de la loi sur la sécurité nationale, l'œuvre litigieuse dont il était l'auteur ayant été qualifiée de menaçante pour l'ordre libre et démocratique.

[532] Explications du Présidium de la Convention relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, CONV 828/03.
[533] Voy. à cet égard, Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation générale n° 10 : La liberté d'expression (article 19) du 29 juin 1983.

Dans sa communication, le requérant affirme que sa condamnation et la saisie de son tableau constituent une violation de sa liberté d'expression protégée par le paragraphe 2 de l'article 19 du Pacte. Dans sa décision du 19 mars 2004, le Comité des droits de l'homme note que le tableau litigieux 'relève à l'évidence du champ d'application du droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 2 de l'article 19 (…)'. Il rappelle que 'cette disposition mentionne spécifiquement les idées répandues 'sous une forme …artistique'. Dans la même décision, le Comité fait observer que 'même si l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression (…) a été effectuée d'une manière conforme à la loi, (…) l'Etat partie doit apporter la preuve de la nécessité des mesures en question au regard de l'une des fins spécifiques au paragraphe 3 de l'article 19'.[534]

L'affaire 'Faurisson' portée devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, mérite que l'on s'y attarde un peu.[535] L'auteur de la communication, Robert Faurisson, était professeur d'université en France. Ses travaux portaient notamment sur la recherche de la preuve des méthodes utilisées pendant l'Holocauste, en particulier de l'asphyxie par le gaz. Tout en ne contestant pas l'utilisation de gaz aux fins de désinfection, R. Faurisson mettait en doute l'existence de chambres à gaz homicides à Auschwitz et dans d'autres camps de concentration nazis. Pour avoir tenu de tels propos dans un article publié dans la presse française, R. Faurisson fut reconnu coupable du crime de 'contestation de crimes contre l'humanité' et condamné au paiement d'amendes pénales par les autorités judiciaires françaises.

Aux termes de la plainte qu'il déposa le 2 janvier 1993 devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, R. Faurisson soutint que la loi française dite 'loi Gayssot' en application de laquelle il avait été condamné, restreignait son droit à la liberté d'expression et à la liberté d'enseignement en général. Cette législation - en ce qu'elle érige en infraction pénale le fait de mettre en cause les conclusions et le verdict du Tribunal militaire de Nuremberg - constituait, à ses yeux, une mesure de censure inacceptable, qui entravait et pénalisait la recherche en histoire, laquelle, contrairement à la. liberté d'opinion et la liberté d'expression, ne connaissait selon lui aucune limite (§8.1.). En d'autres termes, le souci de lutter contre l'antisémitisme ne pouvait, toujours à ses yeux, justifier aucune restriction à la liberté de la recherche (§8.2.).

L'Etat français exposa que l'adoption de la loi Gayssot répondait aux préoccupations du législateur français face au développement de thèses révisionnistes, le plus souvent présentées par des personnes qui justifiaient leurs écrits en mettant en avant leur (prétendue) qualité d'historiens et qui contestaient l'existence de la Shoah. De l'avis du gouvernement, ces thèses révisionnistes constituent 'une forme subtile de l'antisémitisme contemporain'. L'Etat français précisa encore que la mission confiée au juge aux termes de cette législation ne consistait pas à trancher dans un débat académique ou historique mais consistait à vérifier si les écrits ou propos litigieux contestaient l'existence de crimes contre l'humanité reconnus par des juridictions internationales.

Aux termes d'un examen fouillé de la question et des propos précis tenus dans l'article litigieux, le Comité acquiert la conviction que, dans l'article contesté, l'auteur conduit ses lecteurs sur la voie de comportements antisémites contraires au Pacte et aux autres instruments internationaux ratifiés par la France (§7.5) : l'auteur, *sous couvert de recherches historiques*, vise à accuser les Juifs d'avoir falsifié et déformé les faits qui se sont produits pendant la seconde guerre mondiale et d'avoir ainsi créé le mythe de l'extermination du peuple juif (§7.6.). Le Comité des droits de l'homme en conclut que la condamnation pénale de R. Faurisson n'a pas porté atteinte à son droit d'avoir une opinion et de l'exprimer, en général.

Comme l'expose l'Observation générale n° 10, le Comité des droits de l'homme se fonde sur le fait que certaines restrictions au droit à la liberté d'expression sont permises par le paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte, eu égard aux intérêts d'autrui ou de la communauté dans son ensemble. Etant

[534] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Communication n°926/2000 : République de Corée, Décision du 19 mars 2004, CCPR/C/80/D/926/2000 (Jurisprudence).
[535] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Communication n° 550/1993 : France, Décision du 16 décembre 1996, CCPR/C/58/D/550/1993 (Jurisprudence).

donné que les propos tenus par l'auteur, replacés dans leur contexte intégral, étaient de nature à faire naître ou à attiser les sentiments antisémites, la restriction visait à faire respecter le droit de la communauté juive de ne pas craindre de vivre dans un climat d'antisémitisme. Le Comité en conclu que la restriction imposée à la liberté d'expression de son auteur était permise en vertu du paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte. Le Comité conclut également au caractère nécessaire de la restriction opposée à l'auteur de la communication.

1.2. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales (art. 9 et 10)

Les articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrent d'une part la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9) et d'autre part la liberté d'expression (article 10).

Aux termes du premier paragraphe de l'article 9, toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion impliquant un droit de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (article 9§1). Le second paragraphe de cet article 9 précise que les restrictions admises à ces libertés doivent être prévues par la loi et constituer des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui (article 9§2).

Le droit à la liberté d'expression consacré à l'article 10 comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considérations de frontières (article 10§1). L'article 10§2 énonce que l'exercice du droit à la liberté d'expression peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, à empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (article 10§2). Le Présidium, commentant l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux, renvoie expressément à cet article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il existe une abondante jurisprudence relative à l'article 10§2 ; trois arrêts abordent à cet égard plus spécifiquement la liberté artistique. Il s'agit des arrêts *Müller et autres c. Suisse*[536], *Otto Preminger-Institut c. Autriche*[537] et *Karatas c. Turquie*.[538]

Aux termes de ces arrêts, la Cour rappelle tout d'abord que 'la liberté d'expression consacrée par le paragraphe 1er de l'article 10 constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' (Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume* Uni du 7 décembre 1976, Série A n°24, p. 23 §49).

Quant à *l'expression artistique* proprement dite, la Cour précise que 'sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique (…) entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. (…) il englobe la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées –

[536] Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres c. Suisse* (req. n° 10737/84) du 24 mai 1988, *Ser*. A, No. 133.
[537] Cour eur. D. H., arrêt *Otto Preminger-Institut c. Autriche* (req. n° 13470/87) du 20 septembre 1994, *Ser*. A No. 295-A
[538] Cour eur. D.H., arrêt *Karatas c. Turquie* (req. n° 23168/94) du 8 juillet 1999.

qui permet de participer à l'échange public des informations et des idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte. S'il en était besoin, la justesse de cette interprétation trouverait une confirmation dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 10 car les activités des 'entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision' s'étendent au domaine de l'art. De son côté, l'article 19§2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui désigne explicitement comme un élément de la liberté d'expression les informations et idées revêtant 'une forme (…) artistique', montre que la notion de liberté d'expression est assez large pour inclure l'expression artistique' (Müller et a. c/ Suisse, §27). La Cour en conclut que 'ceux qui créent, interprètent diffusent ou exposent une oeuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique. D'où l'obligation pour l'Etat de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression' (*Müller et autres c. Suisse* §33, *Karatas c. Turquie* §49).

L'affaire Müller et a. c. Suisse

Le requérant Félix Müller est artiste peintre. Avec les neufs autres requérants, il avait organisé une exposition d'art contemporain à Fribourg dans le cadre de laquelle il peignit 3 grandes toiles. Ces toiles furent jugées obscènes et mises sous séquestre. Tant l'artiste Müller que les organisateurs de l'exposition furent condamnés pour publications obscènes, les tribunaux suisses concluant que *'les toiles en cause (…) montrent une débauche d'activités sexuelles contre nature (sodomie, zoophilie, petting) représentées de façon grossière et en grand format ; elles sont de nature à blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale. La liberté artistique dont le requérant se prévaut ne saurait justifier, en l'espèce, une autre appréciation'* (§18).

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les requérants, dont Müller, invoquèrent que leur condamnation et la confiscation des toiles litigieuses avaient porté atteinte à leur liberté d'expression (artistique) garantie par l'article 10 de la CEDH.

Fidèle à sa jurisprudence, la Cour européenne examina la question de savoir si l'ingérence qu'elle constata était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et répondait à un 'besoin social impérieux' (*the pressing social need*) dans une société démocratique. En l'espèce, quant à la condamnation pour publication obscène, la Cour conclut que celle-ci n'avait pas enfreint l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, arguant que si, certes, les conceptions de la morale sexuelle avaient évolué, il ne lui paraissait cependant pas déraisonnable que les juges suisses compétents aient tenues pour obscènes les toiles litigieuses.

L'affaire Otto Preminger –Institut c. Autriche

Dans l'affaire Otto Preminger-Institut, les autorités autrichiennes avaient saisi et confisqué le film 'Das Liebeskonzil' au motif que celui-ci constituait une attaque contre la religion chrétienne, spécialement contre la religion catholique romaine. L'association requérante Otto Preminger soutint que la saisie puis la confiscation du film constituait une atteinte à la liberté d'expression. La Cour européenne développe notamment que 'comme pour la morale' (arrêt Müller et a. c/ Suisse dont question ci-dessus), il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société. C'est ce qui justifie que les autorités nationales disposent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue d'une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui. En l'espèce, la Cour ne constate aucune violation de l'article 10.

L'affaire Karatas c. Turquie

Enfin, dans l'arrêt *Karatas c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme eut à connaître des faits suivants, mêlant expression artistique et message politique. Ressortissant turc d'origine kurde, le requérant H. Karatas publia en novembre 1991 un recueil de poèmes intitulé 'Le chant d'une rébellion – Dersim'. Peu de temps après cette publication, le procureur général près la Cour de la sûreté de l'Etat accusa le poète requérant et son éditeur de faire de la propagande séparatiste au bénéfice du

Kurdistan, contre 'l'unité indivisible de l'Etat'. Le requérant fut alors poursuivi par les autorités judiciaires turques et le procureur suscité requit l'application de la loi relative à la lutte contre le terrorisme à son encontre de même que la confiscation des exemplaires de l'ouvrage litigieux. Le requérant Karatas fut condamné à une peine d'emprisonnement de plus d'un an et la confiscation des recueils litigieux fut opérée.

Aux termes de son analyse, la Cour rappelle la jurisprudence développée dans les arrêts Müller et Otto Preminger commentés ci-dessus. Quant au ton des poèmes, la Cour rappelle que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme protège aussi leur mode d'expression (voy. *mutatis mutandis* l'arrêt *De Haes et Gijsels c. Belgique* du 24 février 1997).

Le contenu - politique cette fois – des poèmes litigieux suscite les réflexions suivantes de la part de la Cour : 'L'article 10§2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général. De plus les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier ou même d'un homme politique. Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de l'opinion publique. En outre, la position dominante qu'il occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il y a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires. Il reste certes loisible aux autorités compétentes de l'Etat d'adopter, en leur qualité de garantes de l'ordre public, des mesures même pénales, destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à de pareils propos (…)'.

Si la Cour reconnaît par ailleurs les dangers que représentent le terrorisme et les extrémismes, elle n'en conclut pas moins à la violation de l'article 10 dès lors que la condamnation du poète requérant M. Karatas lui apparaît disproportionnée aux buts visés et non nécessaire dans une société démocratique.

L'affaire Lehideux et Isorni c. France

Outre ces 3 arrêts qui abordent la liberté artistique que l'on pourrait qualifier 'd'expression artistique sensu stricto', l'arrêt Lehideux et Isorni retient notre attention au regard de la liberté de la recherche historique.[539] Deux conceptions s'opposent dans cette affaire :

D'après les requérants, le texte litigieux reflète une opinion historique et communique des informations sur un sujet d'intérêt général. Le texte mis en cause s'inscrirait dans le cadre de la controverse historique portant sur la période 1940-1944.
L'Etat français conteste l'argument 'historique' invoqué par les requérants, indiquant que 'si le texte publié par les requérants dans le Monde du 13 juillet 1984 participait exclusivement d'un débat historique, ses auteurs n'auraient jamais fait l'objet d'une condamnation'.

Aux termes d'un examen précis et détaillé auquel l'auteur renvoie et dont seule la lecture complète permet d'apprécier le raisonnement global de la Cour, celle-ci estime disproportionnée et, dès lors, non nécessaire dans une société démocratique, la condamnation pénale subie par les requérants. Elle conclut à une violation de l'article 10.Cette conclusion autorise la Cour à considérer qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt ne saurait être interprété comme autorisant, au nom de la liberté d'expression ou de la recherche scientifique, la tenue de propos révisionnistes.

2. Ethique en matière de recherche scientifique et médicale

[539] Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. France* (req. n° 55/1997/839/1045) du 23 septembre 1998, *Rec.* 1998-VII

En matière de recherche scientifique et médicale, nombreuses sont les initiatives plus ou moins contraignantes adoptées par l'une ou l'autre instance internationale. A titre d'exemple, on peut citer la Déclaration des Nations Unies sur le génome humain et les droits de l'homme, la Déclaration de Manille de 1981 - étant un projet conjoint de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et du Conseil des organisations internationales des sciences médicales - qui prend la forme de Directives internationales proposées pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains, ou encore, la Déclaration d'Helsinki de l'Association médicale mondiale de juin 1964 qui édicte des Principes éthiques applicables aux recherches médicales sur les sujets humains.

C'est certainement au sein du Conseil de l'Europe que les instruments les plus précis et pointus furent adoptés en la matière. Après les recommandations telles la *Recommandation 1100(1989) sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique* du 2 février 1989 et la *Recommandation n° R(90)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la recherche médicale sur l'être humain* du 6 février 1990[540] (principes concernant la recherche médicale sur l'être humain), l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe adopta le 4 avril 1997, 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.[541]

Le Chapitre V de cette Convention est consacré à la recherche scientifique. Il est posé, comme règle générale, que la recherche scientifique dans le domaine de la biologie et de la médecine s'exercent librement sous réserve des dispositions de la Convention et des autres dispositions juridiques qui assurent la protection de l'être humain (article 15 – règle générale). L'article 16 (protection des personnes se prêtant à une recherche) détaille les conditions auxquelles toute recherche entreprise sur une personne est conditionnée. Cette disposition a inspiré l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union auquel le lecteur est renvoyé pour plus de précisions. L'article 17 de la Convention traite de la protection des personnes qui n'ont pas la capacité de consentir à une recherche. Enfin, l'article 18 (recherche sur les embryons *in vitro*) clôt ce chapitre en énonçant d'une part que lorsque la recherche sur embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon et d'autre part, que la constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite.

En 1998, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine se complète d'un Protocole additionnel 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 portant interdiction du clonage d'êtres humains. [542] L'article premier interdit toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort (§1). Aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions du protocole en application de l'article 26 paragraphe 1 de la Convention.

Enfin, le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale du 28 janvier 2005 engage les Etats parties à protéger l'être humain dans sa dignité et son identité, et à garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et liberté fondamentales à l'égard de toute recherche dans le domaine de la biomédecine impliquant une intervention sur l'être humain. [543] Pour le surplus, comme déjà indiqué, l'auteur renvoie au commentaire de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union en ce qu'il aborde la protection des personnes se soumettant à de recherches scientifiques.

---

[540] Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation n° R(90)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la recherche médicale sur l'être humain du 6 février 1990.

[541] 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), STE n° 164 du 4 avril 1997 (Oviedo).

[542] Protocole additionnel à 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, portant interdiction du clonage d'êtres humains, STE n° 168 du 12 janvier 1998 (Paris).

[543] Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale du 28 janvier 2005. Voy. également le Rapport explicatif au Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, voy. également sur ces questions, les travaux du Comité directeur pour la bioéthique du Conseil de l'Europe (CDBI).

II. Droit et politique de l'Union européenne

1. Les débats relatifs à l'adoption de l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

Dans le cadre des débats relatifs à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, le président de la Commission européenne, Mr. R. PRODI avait, le 3 février 2000, sollicité l'avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE)[544] sur la Charte des droits fondamentaux en relation avec l'innovation technique. Dans un rapport daté du 23 mai 2000, le GEE a notamment commenté l'article 15 du projet de la Charte des droits fondamentaux de l'Union consacré à la liberté d'expression qui incluait alors la liberté des arts, de la science et de la recherche.[545]

Dans son commentaire, le GEE rappelle dans un premier temps l'article 12 de la Déclaration des Nations Unies sur le génome humain et les droits de l'homme qui proclame que 'la liberté de recherche, qui est nécessaire au progrès de la connaissance, procède de la liberté de pensée'. Néanmoins, poursuit le GEE, la liberté de la recherche n'est pas plus absolue que toute autre liberté. Dans le domaine des sciences de la vie en particulier, qui associe le respect de la vie humaine et de la dignité humaine, les chercheurs sont tenus de respecter des principes éthiques rigoureux. Le GEE rappelle la nécessité d'une approche équilibrée et appelle à concilier, comme il l'avait déjà fait dans son Avis n° 10 du 11 décembre 1997, 'le libre exercice des activités de recherche avec les impératifs de protection des droits fondamentaux des citoyens européens…'. De même, dans son Avis n° 12 du 23 novembre 1998, le GEE indique qu'il 'apparaît fondamental de rappeler que le progrès de la connaissance en sciences de la vie, lequel a une valeur éthique en soi, ne saurait cependant prévaloir sur les droits fondamentaux de l'homme et sur le respect dû à tous les membres de la famille humaine'. Le GEE poursuit en indiquant qu'il est certainement délicat de fixer des limites à la recherche, en conciliant le respect de la dignité avec le devoir de mener des recherches pour accroître les connaissances, contribuer à la compréhension du monde et de la vie, alléger les souffrances et améliorer la qualité de la vie. C'est à l'éthique de le faire.

A l'occasion de ce débat relatif à la Charte des droits fondamentaux, le Groupe insiste pour (a) plaider la nécessité pour tous les pouvoirs quels qu'ils soient – économiques, sociaux, politiques – de respecter l'indépendance morale et intellectuelle des chercheurs et (b) encourager les autorités européennes ainsi que les Etats membres de l'Union à prendre des mesures positives pour soutenir le libre exercice des activités de recherche, en particulier dans le domaine de la recherche fondamentale qui n'est pas immédiatement rentable. L'idée est que promouvoir des conditions intellectuelles et matérielles favorables au libre exercice de la recherche est un élément essentiel de la démocratie.[546]

In fine, la liberté de la recherche reçoit, au même titre que la liberté artistique et la liberté académique, une consécration séparée à l'article 13 ici commenté.

2. Droit et politique de l'Union en matière artistique et culturelle

---

[544] Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne (GEE) est une instance indépendante, pluraliste et pluridisciplinaire, chargée de donner des avis à la Commission européenne sur les aspects éthiques des sciences et des nouvelles technologies dans le cadre de l'élaboration de législation sou de la mise en place de politiques communautaires. Institué en décembre 1997 par la Commission européenne, il a succédé au Groupe de Conseillers éthiques pour la biotechnologie (GCEB 1991-1997).

[545] 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des pouvoirs publics et sans considérations de frontières.
2. L'art, la science et la recherche sont libres de toute contrainte.

[546] 'Droits des citoyens et nouvelles technologies : un défi lancé à l'Europe', rapport du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE) sur la Charte des droits fondamentaux en relation avec l'innovation technique, demandé par le Président Prodi le 3 février 2000, Bruxelles, 23 mai 2000.
Ce rapport est disponible sur http://www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/ethics/fr/index.htm

En matière de liberté artistique, on retiendra par exemple que l'un des thèmes de la *Résolution du Parlement européen sur le respect des droits de l'homme de l'Union européenne en 1996* était consacré à la liberté d'information, d'expression et de création. Dans cette résolution, le Parlement demandait la prise en compte systématique des incidences des politiques communautaires dans le domaine culturel. Le Parlement soulignait également que la liberté d'expression et de création ne peut devenir prétexte à des incitations à la haine. Enfin, le Parlement européen condamnait la censure culturelle menant à l'interdiction de manifestations culturelles ou à l'éviction de certains ouvrages ou publications des bibliothèques publiques, pour des raisons idéologiques ou de convictions politiques.[547]

De même, l'on gardera à l'esprit les enseignements de l'arrêt *Gouda et a. c/Commissariaat voor de Media* de la Cour de Justice des Communautés européennes du 25 juillet 1991 aux termes duquel la politique culturelle constitue 'une raison impérieuse d'intérêt général' pouvant justifier une restriction à la libre prestation de service (en l'espèce, libre prestation de messages publicitaires), en ce qu'elle vise à préserver la liberté d'expression des composantes sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques de la société.[548]

3. Droit et politique de l'Union en matière de recherche : les programmes-cadres de recherche

Au niveau communautaire, les compétences dans le domaine de la recherche et du développement technologique sont fondées sur les articles 163 à 173 du Traité CE. La politique menée est basée sur des programmes-cadres quinquennaux. L'objectif de la recherche est axé sur le développement et le renforcement de l'industrie de l'Union, notamment pour soutenir sa compétitivité internationale. Depuis le Traité de Maastricht, cette mission est élargie à l'engagement d'action 'jugées nécessaires au titre d'autres chapitres du [présent] traité' (article 163 CE).

A l'occasion des Cinquième (1998-2002) et Sixième programmes-cadre de recherche (2002-2006) tenant compte des besoins et attentes de la société en matière de santé publique et de soins de santé en termes qualitatifs et quantitatifs notamment, le GEE a rendu deux avis particulièrement intéressants. Le premier est consacré aux questions éthiques fondamentales soulevées par la recherche en Sciences de la vie. Le second aborde directement la question de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains et celle de son financement par les autorités européennes.[549]

Quant à 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), elle se limite à préciser 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'

III. Conclusion

L'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union paraît novateur en ce qu'il consacre, en un article distinct, les libertés des arts et de la recherche. Ces libertés procèdent cependant de la liberté de pensée et de la liberté d'expression. Les libertés des arts - sous quelle que forme que ce soit

[547] Résolution du Parlement européen du 17 février 1998 sur le respect des droits de l'homme dans l'Union européenne (1996) (B4-0267/1997, A4-0034/1998).
[548] CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collective Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat vor de Media*, C-288/89, *Rec*., p. I-4007. Voy. tout particulièrement les paragraphes 22, 23 et 27 de l'arrêt.
[549] Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie auprès de la Commission européenne, Avis n°10 du 11 décembre 1997 : Aspects éthiques du 5ème programme-cadre de recherche ; Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, Avis n°12 du 23 novembre 1998 : Les aspects éthiques des la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5ème programme-cadre de recherche.
Ces avis sont disponibles sur http://www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/ethics/fr/index.htm

(peinture, cinéma, littérature) - et des sciences, de même que la liberté académique, s'exerceront dans les mêmes limites que celles qui s'appliquent à la liberté d'expression (article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme) et telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg. Enfin, il importe de garder à l'esprit qu'en matière de recherche scientifique, l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux trouve également, de façon tout à fait particulière, à s'appliquer.

Article 14. Right to education

1. Everyone has the right to education and to have access to vocational and continuing training.

2. This right includes the possibility to receive free compulsory education.

3. The freedom to found educational establishments with due respect for democratic principles and the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their religious, philosophical and pedagogical convictions shall be respected, in accordance with the national laws governing the exercise of such freedom and right

I. Significance and context of the right to education

The right to education belongs to the group of economic, social and cultural rights. It is an 'empowerment right' which enables persons, adults and children alike, to participate fully in their communities.[550] Education forms an indispensable precondition for the enjoyment of many other human rights and freedoms. For example, individuals cannot benefit from economic rights such as the right to work and to choose one's occupation without the requisite education and training. Likewise, political rights such as the right to vote or the right of equal access to public service depend on a minimum of education, including literacy. The meaningful participation in civil society through freely expressing opinions, assembling and associating, or by exercising the right to be elected, also requires knowledge and skills which can only be acquired through education. Recognising the importance of education, the UN General Assembly identified the achievement of universal primary education by the year 2015, meaning the completion of a full course of primary education by all boys and girls, as one of the Millennium Development Goals.[551]

1. The right to education under international law

The Universal Declaration of Human Rights protects the right to education, as do the Convention on the Rights of the Child (CRC), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the UNESCO Convention Against Discrimination in Education (CADE), and the European Convention of Human Rights (ECHR).[552]

The UDHR, the CESCR and the CRC stipulate certain aims of education. Article 26(2) of the UDHR regards the objective of education as 'the full development of the human personality and [the] strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms.' Article 13(1) CESCR defines the goals of education as the development of the human personality and its dignity, the strengthening of respect for human rights and the promotion of peace and tolerance. Moreover, education shall enable individuals to 'participate effectively in a free society.'[553] In addition to the principles set out in

[550] UN Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment on the Right to Education (Art. 13) of 8 December 1999, 21st sess., UN Doc. E/C.12/1999/10 (1999), para. 1.
[551] See Art. 19 of the United Nations Millenium Declaration (UNMD) of 8 September 2000, UN General Assembly Res. 55/2, UN G.A.O.R., 55th Sess., UNDoc. A/Res/55/2 (2000).
[552] See Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 10 December 1948 ; UN General Assembly Resolution 217(III), G.A.O.R., 3rd Sess., Supp. No. 13 at 71 ; Articles 13 and 14 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) of 16 December 1966 ; Article 5 of the UNESCO Convention Against Discrimination in Education (CADE) of 14 November 1960 ; Article 29(1) of the Convention on the Rights of the Child (CRC) of 20 November 1989 ; Article 2 of Protocol 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) of 4 November 1950.
[553] The UNESCO Convention Against Discrimination in Education in Article 5(1)(a) reproduces the objectives of education as set out in Article 13(1) of the CESCR almost word by word.

the aforementioned treaties, the Convention on the Rights of the Child emphasises the 'development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values,' as important educational goals in Article 29(1).

Article 26(1) UDHR, Articles 13(2) and 14 CESCR, and Article 28(1) CRC further require States Parties to provide free and compulsory elementary education, as well as equal access to secondary education and equal access to higher education on the basis of merit, where possible free of charge.

In contrast, Article 2 of Protocol 1 to the ECHR emphasises the liberal aspect of the right. The first sentence of Article 2 of Protocol 1 is phrased in negative terms, as a prohibition to deny any person the right to education. It was interpreted by the European Court of Human Rights to guarantee equal access to educational facilities existing at a given time and freedom from state interference with receiving an education of one's choice, rather that an entitlement to any particular kind of education or educational facilities.[554] However, it is understood that Article 2 of Protocol 1 implies an obligation for Contracting States to set up at least a minimum of educational facilities, since otherwise, the right to education would be meaningless. The European Court of Human Rights also held the right to education to include the right to obtain 'in conformity with the rules in force in each state,…official recognition of the studies which have been completed.'[555]

While the European Social Charter refrains from defining any specific educational aims, Article 17(1)(a) does impose a duty on States Parties to ensure 'that children and young persons…have the…education and training they need…by providing for the establishment or maintenance of institutions and services.'[556] Moreover, pursuant to Article 17(2), State Parties are under an obligation to 'provide to children and young persons free primary and secondary education.' By virtue of Article 10(1) of the ESC, States Parties commit to 'provide or promote …vocational training of all persons…and grant facilities for access to higher technical and university education based solely on individual aptitude.' Article 20 ESC also prohibits any discrimination on grounds of sex in the field of vocational training and retraining.

The right to education further involves recognition of parents as the primary providers of care and education to their children,[557] and States' respect for parents' convictions of how their children will be educated when regulating education systems.[558] The foundation of educational institutions by private individuals shall be allowed, subject always to compliance with minimum standards set by the State.[559]

Article 2 of Protocol 1 to the ECHR was described by the Convention in its *Explanations relating to the Charter* as one source of inspiration to the drafters of Article 14.[560] Paragraph 5 of the preamble of the Charter moreover emphasises that the rights and freedoms granted, reaffirm Member States' obligations arising under international law, including the commitments made in the CESCR, the CRC, the CADE, as well as the ESC, and, pursuant to Article 53, shall not be interpreted as restricting or violating Member States' common international obligations.

---

[554] See Eur. Ct. H.R., *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium* judgment of 23 July 1968, *Ser.* A, No. 6, paras. 3-5.
This case involved French speaking families living in the Dutch part of Belgium, who complained about the government's refusal to provide elementary education in the French language, which, they claimed, constituted a denial of their children's right to education.

[555] *Ibid*., p. 32 para. 7.

[556] European Social Charter (Revised) (ESC) of 3 May 1996, E.T.S. No. 163.

[557] See CRC Art. 14 (2) and 18(1).

[558] See UDHR Art. 26 (3); CESCR Art. 18 (3); CADE Art. 5 (1)(b); Art. 18 (4) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of 16 December 1966, U.N.T.S. (entered into force 23 March 1976); second sentence of Art. 2 of Protocol 1 to the ECHR.

[559] CESCR Art. 13 (4); CRC Art. 29 (2).

[560] See Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights by the Praesidium of the European Convention of 18 July 2003, CONV 828/1/03 REV 1, p. 17.

2. The right to education under EU primary legislation

Pursuant to Article 51(2), the Charter of Fundamental Rights purports not to create any new powers for the Community. Rather, the Charta sets out obligations for the Union and Member States when acting under Community law. Nevertheless, it is important to determine the scope of EU jurisdiction in relation to education in order to specify existing powers which may be relied on when invoking the right to education in Article 14.

Article 3(1)(q) EC Treaty declares that the Community shall contribute to education and training of quality in Member States. To this end, Articles 149 and 150 equip the Community with certain powers in the field of education and vocational training. While Article 149 covers education generally and on all levels, Article 150 is preoccupied with vocational training. Both provisions in their first paragraph ensure Member States' responsibility for 'the content of teaching and the organisation of education systems…' respectively vocational training. Similarly, both articles prohibit any Community action in relation to the harmonisation of laws in this area in their third paragraph. Community jurisdiction in the field of vocational training, however, is slighty more extensive than with respect to education generally. While under Article 149, the Community shall only 'encourage cooperation' between Member States and 'if necessary' supplement and support their action, Article 150 permits the Community to 'implement a vocational training policy which shall support and supplement' Member States' activities. Targets of Community initiatives shall be, for example, the mobility of students, teachers, vocational instructors and trainees, particularly young people, as well as the mutual recognition of diplomas and periods of study. The European Court of Justice (ECJ) has repeatedly relied on these provisions to assume jurisdiction over students claiming non-discriminatory access to university courses in other Member States.[561]

II. Content of Article 14 of the Charter

1. The right to education and to have access to vocational and continuing training

In its first sentence, Article 14 stipulates that 'everyone has the right to education and to have access to vocational and continuing training.'

The emphasis of the entitlement is on non-discriminatory access to education and vocational training. It must be construed in light of the ESC, the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers of 9 December 1989,[562] and ECJ jurisprudence relating to the right to education, where it has applied the principle of free movement of workers, and the prohibition of discrimination on grounds of nationality as stipulated in Article 12 of the EC Treaty. Also of relevance is secondary legislation directing Member States to outlaw discrimination in relation to vocational and continuing training on grounds of sex, religion or belief, disability, age, or sexual orientation,[563] and in relation to education generally on grounds of racial or ethnic origin, [564] which the Council has enacted in reliance on Article 13 of the EC Treaty.

[561] See e.g. ECJ, Case C-147/03, *Commission v. Austria*, [2005] *ECR* 0 (judgment of 7 July 2005), paras. 4-5 and ECJ, Case C-65/03, *Commission v. Belgium*, [2004] *ECR* I-06427, para. 25.

[562] Communication from the Commission of 29 November 1989 concerning its action programme relating to the implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers, COM (1989) 568 final (CFSRW). All Member States except for the United Kingdom ratified this Charter.

[563] See Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303 of 2.12.2000, p. 16 ; Directive 2002/73/EC of 23 September 2002 of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 269 of 5.10.2002, p.15.

[564] See Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180 of 19.07.2000, p. 22.

1.1. Non-discriminatory access

As far as students are concerned, the ECJ's leading decision concerned *Gravier*, a French art student, who was charged fees for attending a vocational training course in Belgium which Belgian nationals did not have to pay. The Court relied on the First Principle of Council decision 63/266 to grant access to vocational training facilities to persons moving to another Member State solely for the purpose of studying, on the same conditions as nationals.[565] Decision 63/266 stipulates that every person is entitled 'to receive adequate training, with due regard for freedom of choice of occupation, *place of training*, and place of work'[566] [emphasis added]. The Court further held that access to vocational training is particularly likely to promote free movement of workers, and therefore falls within the scope of the Treaty. In *Commission v. Austria*, the ECJ decided that Austria's refusal to treat secondary education diplomas obtained in other Member States differently from Austrian diplomas for the purpose of gaining access to university courses constitutes indirect discrimination[567] on grounds of nationality, in violation of Article 12 of the EC Treaty. The Court argued that requiring Community nationals to meet the specific requirements for a chosen course as laid down by the Member State which issued their diploma in order to be allowed into that course in Austria, although it applied to Austrians and foreigners alike, affected nationals from other Member States more than Austrians.

In respect of workers and workers' dependants, the Court applied Regulation 1612/68 to award extensive education rights. Regulation 1612/68 awards a right of equal access to educational and vocational training facilities to workers and their dependants moving to another Member State.[568] Article 7 of that Regulation stipulates that workers may enjoy the same social advantages and must be granted equal access to vocational training as nationals. In *Gaal*, the Court held that even workers' children older than 21 and non-dependant may benefit from the rights established in *Casagrande*.[569] Gaal, a Belgian national who has been living in Germany for most of his life, was denied education allowance by the German authorities on the ground that he had already reached 21 years of age and was not dependant on his parents.

Such equal access naturally means that Community nationals who are students, workers, or workers' dependants need not pay higher enrolment or administrative fees than nationals for attendance of educational facilities in a Member State.[570] However, as regards financial support for pursuing a vocational training course, workers and workers' dependants are treated differently from persons moving to another member state solely for the purpose of studies. In *Lair*, the Court held that for students only fees related specifically to access to vocational training, such as registration and enrolment fees, are covered by the prohibition on discrimination.[571] This results from the fact that in contrast to workers, students are presumed not to pay taxes in the host Member State.

1.2. Scope of the right of access to education

It follows from the aforementioned ECJ case law that the EU right to education applies in a transnational context only. Community nationals and their dependants may claim equal access once they move to work or study in another member state. Under Community law, they cannot claim a right to education toward their home state.

---

[565] See ECJ, Case 293/83, *Gravier v. City of Liège*, [1985] *ECR* 593 (judgment of 13 February 1985), paras. 28-30.
[566] Council Decision 63/266/EEC of 2 April 1963 laying down general principles for implementing a common vocational training policy, OJ 31 of 26.04.1962, p. 1034/62.
[567] Article 12 EC Treaty prohibits not only direct, but also indirect discrimination. See ECJ, Case 152/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, [1974] *ECR* 153 (judgment of 12 February 1974) para. 11.
[568] Regulation (EEC) 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, OJ L 257 of 19.10.1968, p. 2.
[569] ECJ, Case C-7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen v. Lubor Gaal*, [1996] *ECR* I-1031 (judgment of 4 May 1995), para. 25.
[570] See also ECJ, Case 152/82, *Forcheri v. Belgium*, [1983] *ECR* 2323 (judgment of 13 July 1983).
[571] ECJ, Case 39/86, *Sylvie Lair v. University of Hannover*, [1988] *ECR* 3161 (judgment of 21 June 1988), para. 15. Lair was a French national who lived in Germany and, after being employed, decided to undertake university studies in Germany. She was denied a maintenance grant for the reason of being a French national.

In *Gravier* and *Blaizot*, the ECJ interpreted broadly what constitutes vocational training as protected by the prohibition on discrimination. Thus, any form of education which prepared for a profession, trade or employment, even if it included an element of general education, qualifies as vocational training.[572] In *Blaizot,* dealing with a French national studying veterinary medicine at the Liège University who sought the repayment of enrolment fees unduly paid before the *Gravier* judgment, the Court extended the scope of vocational training to include higher and university studies: 'University studies constitute vocational training not only where the final academic examination directly provides the required qualification for a particular profession, trade or employment, but also in so far as the studies in question provide specific training and skills needed by the student for the pursuit of a profession, trade or employment, even if no legislative or administrative provisions make the acquisition of that knowledge a prerequisite for that purpose.'[573]

The provision on access to vocational and continuing training in the first sentence of Article 14 is also based on Article 15 of the CFSRW and on Article 10 of the ESC.[574] Reference to both agreements is made in the preamble of the TEU, which confirms Member States' attachment to the fundamental social rights stipulated therein.

By virtue of Article 10(1) of the ESC, State Parties commit to ensure that all persons may receive vocational training and have access to higher technical and university education on the basis of merit. They further agree in Article 10(3) to provide training and retraining facilities for adult workers and in Article 10(5) to encourage utilisation of the facilities by measures such as reducing or abolishing fees and granting financial assistance. As a result, the ESC holds States not only to guarantee non-discriminatory access to vocational training facilities, but to ensure the very existence of such facilities by either establishing public institutions or subsidising private initiatives at vocational training.

Article 15 of the CFSRW declares that 'every worker of the EC must be able to have access to vocational training …throughout his working life.' It further holds the 'competent authorities,' meaning the State, as well as private entreprises and representations of interest such as trade unions and chambers of commerce, to set up training facilities.

Thus, the second part of the first sentence of Article 14 may be construed so as to go beyond a mere right of access to whatever training facilities exist in a given Member State, and to actually hold Member States responsible for the establishment of such institutions.

In relation to general education, Community law lacks a definition of the term since the ECJ has been preoccupied with legal issues relating to vocational training. Therefore, resort must be had to the notion of 'education' as envisaged by the relevant international agreements discussed above.[575] While 'the right to education' in the first sentence of Article 14 is primarily about equal access to education, its meaning does not correspond with the interpretation the European Court of Human Rights has given to the first sentence of Article 2 of Protocol 1 to the ECHR. Article 2 of Protocol 1 clearly emphasises the liberal aspect of the right to education by stating that 'No person shall be denied the right to education.' In contrast, the first sentence of Article 14 is phrased in positive terms, and guarantees a 'right to education.' Such wording suggests Member States' obligation to not only refrain from interfering with the human right to obtain an education, but to facilitate it through positive action.

This interpretation receives support from the second sentence of Article 14 which grants the possibility of free and equal access to compulsory education.

[572] See Case 293/83, *Gravier v. City of Liège* [1985] *ECR* 593 (judgment of 13 February 1985), para. 30.
[573] ECJ, Case 24/86, *Blaizot v. University of Liège*, [1988] *ECR* 379 (judgment of 2 February 1988), para. 20.
[574] See Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights by the Praesidium of the European Convention of 18 July 2003, CONV 828/1/03 REV 1.
[575] See in particular Art. 26(2) of the UDHR, Art. 13(1) of the CESCR, and Art. 29(1) of the CRC.

Equal access to general education as granted in the first sentence of Article 14, pursuant to the Court's judgment in *Casagrande* permits the student to attend school 'under the best possible conditions' including access to any 'general measures intended to facilitate educational attendance,'[576] meaning financial assistance such as grants. *Casagrande*, the son of a deceased migrant worker, was denied an allowance to attend school in Germany because of his Italian nationality. The ECJ referred to Article 12 of Regulation 1612/68, which stipulates that a worker's child may receive education on the same conditions as nationals' children.

2. Possibility of free compulsory education

While the first sentence of Article 14 concerns non-discriminatory access to education, the second sentence elaborates on the nature of enjoyment of the right to education, by stating that the right to education 'includes the possibility to receive free compulsory education.'

The drafters drew inspiration from the common constitutional traditions of Member States when including this provision in Article 14. The majority of Member States guarantee free compulsory education in their constitutions, [577] thereby honouring the commitments they made in the CRC and the CESCR.

Access to education is rendered meaningless unless facilities are available to which a person may claim such access and receive an education of quality. Therefore, the second sentence of Article 14 holds Member States to ensure the availability of a minimum level of education, by taking positive action to establish public institutions where such education may be received at no cost. The Convention clarified that the guarantee does not imply that all educational facilities run by the State must be free of charge, so that universities, for example, may collect enrolment fees.[578]

The 'possibility' to receive an education, as stipulated by Article 14, suggests that the education system established by the State must fulfill certain quality requirements. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights explains that the right to receive an education includes the elements of availability, acceptability and adaptability. Availability means that functional educational institutions in sufficient quantity must be in place. Such institutions require, among others, buildings, sanitation facilities, and trained teachers. Moreover, the form and content of teaching must be acceptable, thus, be relevant, culturally appropriate and of good quality. Finally, education must adapt to the needs of students and changing societies. It must take account of and respond to students' age, ability and cultural background.[579]

By making education compulsory, the second sentence of Article 14 imposes obligations on both the State and the individual, requiring the former to provide education, and the latter to make use of his or her right to receive an education. The provision leaves it to the particular Member State to decide on the nature and extent of education it wishes all children under its jurisdiction to receive. Pursuant to Member States' obligations under international law, however, and the constitutional guarantees most of them have in place, compulsory education must encompass at least elementary education.[580]
This being said, it must be borne in mind that the Community presently does not have jurisdiction over the regulation of education systems, and therefore cannot guarantee free compulsory education in Member States. By applying the principles of free movement of workers and equal treatment, the ECJ can award a right to Community nationals moving to another Member State to make use of free and

[576] ECJ, Case 9/74, *Casagrande v. Landeshauptstadt München*, [1974] *ECR* 773 (judgment of 3 July 1974), paras. 8-9.
[577] Belgium (Art. 24(3)); Cyprus (Art. 20(2)(3)); Czech Republic (Art. 33(1)(2)); Denmark (Art 76); Estonia (Art 37); Finland (Art. 16); Greece (Art. 16(3)(4)); Hungary (Art. 67(2)); Ireland (Art 42(3)(4)); Italy (Art. 34(2)); Latvia (Art. 112); Lithuania (Art. 41); Luxembourg (Art. 23(1)); Malta (Art. 10(2)); Netherlands (Art. 23(4)); Poland (Art. 70(1)(2)); Portugal (Art. 74(3a)); Slovakia (Art. 42(1)(2)); Slovenia (Art. 57); Spain (Art 27(4)); Sweden (Art. 21).
[578] See Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights by the Praesidium of the European Convention of 18 July 2003, CONV 828/1/03 REV 1.
[579] See UN Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment on the Right to Education (Art. 13) of 8 December 1999, 21st sess., UN Doc. E/C.12/1999/10 (1999), para. 6.
[580] See Art. 26(1) of the UDHR, Arts. 13(1) and 14 of the CESCR, and Art. 28(1) of the CRC.

compulsory education available in that State on the same conditions as nationals. Should a State decide, however, not to offer public education at all, there is nothing that the Community can do about it.

Given the expansive interpretation of education rights by the ECJ in the past, there is a chance that the Court will interpret the freedom of movement of workers in the context of the right to education in such a way as to impose an obligation on Member States to have free, elementary education facilities in place, however. The Court may argue that the absence of free education for migrant workers' dependants' in a Member State will discourage workers from moving to that State and therefore constitutes a violation of the principle of free movement.

3. Freedom to found educational establishments in accordance with national law

The third sentence of Article 14 guarantees the freedom to found educational establishments 'with due respect for democratic principles and …in accordance with the national laws…' It thus imparts the freedom on persons and entities other than the state to establish schools, while leaving it to the discretion of Member States to set minimum standards as to, for example, school curricula and methods of teaching, including discipline.

Private schools may pursue religious, philosophical or pedagogical aims of their choice. However, it is imperative that both Member States and private educational institutions observe 'democratic principles.' This means that private schools must provide instruction in an objective, critical and pluralistic manner, on the same lines as public institutions.[581] For Member States, it involves a duty to regulate both public and private schools so that the fundamental rights and freedoms of all students are protected. In *Campell and Cosans*, the European Court of Human Rights held that the legality of administering corporal punishment on students had, apart from violating other rights guaranteed by the Convention, denied the applicant's son the right to education. His refusal to accept such punishment had resulted in prolonged suspension.[582]

The obligation to teach objectively and pluralistically also follows from the principle of academic freedom which the right to education includes. The enjoyment of academic freedom carries with it obligations, such as the duty to respect the academic freedom of others, to ensure the fair discussion of contrary views, and to treat all without discrimination.[583]

In granting the said right, the Community relies on the freedom to conduct a business as guaranteed by Article 16 of the Charter,[584] and the freedom of movement of services. Although the ECJ has never expressly declared private education to be a service, such can be inferred from its ruling in the *Humbel* case, which concerned a course taught under the national education system. In its judgment, the Court held that secondary education provided under the national education system cannot be considered a service since it is not provided in exchange for remuneration.[585] As a consequence, once private schools collect enrolment fees, they qualify as service providers.

While Article 14 grants a right to private education, it does not entail an obligation on the part of Member States to fund or subsidise private schooling. This follows from the fact that the regulation of education systems, including funding and the distribution of subsidies, falls entirely within the

[581] Eur. Ct. H.R., *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* (Appl. No. 5095/71), judgment of 7 December 1976, *Ser.* A, No. 23, para. 53. In this case, a group of parents complained that sex education in Danish public schools violated their convictions as to how their children should be educated.
[582] Eur. Ct. H.R., *Campbell and Cosans v. United Kingdom* (Appl. No. 7511/76), judgment of 25 February 1982, *Ser.* A, No. 48, paras. 40-41.
[583] See UN Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment on the Right to Education (Art. 13) of 8 December 1999, 21st sess., UN Doc. E/C.12/1999/10 (1999), para. 1.
[584] See Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights by the Praesidium of the European Convention of 18 July 2003, CONV 828/1/03 REV 1.
[585] ECJ, Case 263/86, *Belgium v. Humbel*, [1988] *ECR* 5365 (judgment of 27 September 1988), paras. 17-18.

jurisdiction of Member States. The European Court of Human Rights in the *Belgian linguistics* case,[586] as well as the European Commission of Human Rights,[587] confirmed that states' need not subsidise private educational establishments. The UN Human Rights Committee held that preferential treatment given to public sector schooling is reasonable since parents are free to take advantage of public sector schooling, or to choose private schooling for their children.[588]

4. Respect of parents' convictions in accordance with national law

The third sentence of Article 14 also guarantees respect for the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their religious, philosophical and pedagogical convictions. The reference to national laws governing the exercise of such right, applies in order not to encroach upon Member States' jurisdiction over the regulation of education systems.

The wording is based on the second sentence of Article 2 of Protocol 1 to the ECHR, which holds Contracting States to respect the right of parents 'to ensure … education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.' The drafters also relied on Member States recognition, by virtue of their obligations under international law, of parents' role as the primary caregivers and educators of their children, as well as the freedom of thought, conscience and religion. Thus, the CRC in Articles 14(2) and 18(1) recognises parents' role in their children's upbringing. Article 18(4) of the International Covenant on Civil and Political Rights holds State Parties to respect the right of parents 'to ensure … education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.'

The European Court of Human Rights in *Campell and Cosans* specified that only such 'philosophical convictions' must be respected 'as are worthy of respect in a democratic society…and are not incompatible with human dignity; in addition, they must not conflict with the fundamental right of the child to education.'[589] The Court further held in *Kjeldsen* that the state's respective duty is not satisfied by permitting the establishment of private schools. The state must ensure respect for parents' convictions throughout the entire State education programme.[590] Such obligation does not prevent the state from 'imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind.'[591] However, 'the State…must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination.'[592]

While Article 14 does not expressly mention children's rights in choosing the kind of education they receive, the Convention in its *Explanations relating to the Charter* states that parental rights as stipulated in the third sentence of Article 14 must be interpreted in conjunction with Article 24 of the Charter, which discusses 'The rights of the child.'[593] Accordingly, in deciding the nature of the child's education, the child's best interest must form the primary consideration. Moreover, pursuant to Art 24(1), children's views 'shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

[586] See Eur. Ct. H.R., *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium* judgment of 23 July 1968, *Ser.* A, No. 6, para. 7.
[587] See Eur. Comm. H.R., *Family H. v. United Kingdom* (dec.), No. 10233/83, 6 March 1984, (1984) 37 *D.R.* at p. 105.
[588] See Human Rights Committee, Views on Communication No. 298/1988, *G. and L. Lindgren and L. Holm v. Sweden*, 7 December 1990, (CCPR/C/40/D/298/1988), para. 10.3.
[589] Eur. Ct. H.R., *Campbell and Cosans v. United Kingdom* (Appl. No. 7511/76), *op. cit.*, para. 36.
[590] Eur. Ct. H.R., *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* (Appl. No. 5095/71), *op. cit.*, paras. 51-52.
[591] *ibidem*, paras. 51-52.
[592] *ibidem*, para. 53.
[593] See Updated Explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights by the Praesidium of the European Convention of 18 July 2003, CONV 828/1/03 REV 1.

Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.

2. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.

3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union.

I. Introduction

La liberté professionnelle et le droit de travailler sont consacrés par l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux. Cette disposition est par conséquent plus détaillée que les instruments relatifs aux droits fondamentaux classiques, comme, par exemple la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 qui prévoit dans son article 23.1 que toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage ou le Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels du 16 décembre 1966 qui dispose en son article 6.1 que les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.

L'interdiction du travail forcé est également visée par les conventions OIT n° 29 (travail forcé) et n° 105 (abolition du travail forcé).

Le droit au travail reconnu au niveau international et européen, formulé au paragraphe premier de l'article 15 de la Charte, ne s'entend pas comme une obligation de l'Etat de fournir à chacun un emploi rémunéré, ni comme le droit d'exiger l'obtention d'un travail. Ce droit doit être conçu comme une liberté individuelle impliquant le libre choix du travail, mais aussi la possibilité d'accéder à un travail rémunéré. Pour l'Etat, ainsi que l'exprime l'article 1er de la Charte sociale européenne, il s'agit du devoir de mettre les moyens en œuvre pour permettre à chacun d'accéder à un emploi librement choisi. L'Union contribue à l'amélioration de l'accès à l'emploi par la promotion d'un niveau d'emploi élevé, qui figure parmi ses objectifs (article 2 TUE), et parmi les missions assignées à la Communauté (article 2 CE). La stratégie commune pour l'emploi, initiée en 1993 par le ' rapport Delors ' et enrichie à l'occasion de Conseils européens en 1994 et 1997, se traduit à l'heure actuelle par un dialogue entre l'Union européenne et les Etats membres par l'intermédiaire de la Commission qui examine les plans d'action nationaux.

Le traité d'Amsterdam consacre un nouveau titre à l'emploi (articles 125 à 130 CE).

Les droits de l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux sont renforcés par les articles 14 (accès à la formation professionnelle), 29 (droit d'accès aux services de placement) et 30 (protection en cas de licenciement injustifié) de la Charte. Ces dispositions renforcent et donnent un relief particulier au droit de travailler. De plus ces droits supposent le respect de la liberté de circulation et de séjour de l'article 45 de la Charte.

L'article 15 se divise en trois paragraphes qui concernent le droit de travailler, le travail librement entrepris et l'égalité de traitement des ressortissants d'Etats tiers. Alors que le paragraphe 1er de

l'article 15 s'adresse à 'toute personne', le paragraphe 2 vise les 'citoyens de l'Union'. La notion de citoyenneté de l'Europe a été précisée par la Cour de Justice des Communautés européennes.

Ainsi que la Cour l'a relevé à plusieurs reprises, le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres[594].

Ce statut permet à ces derniers se trouvant dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application *ratione materiae* du traité CE, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique[595].

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[596].

Il est à noter que l'évolution généralement favorable à une ouverture plus large et plus souple du marché du travail aux ressortissants d'Etats tiers s'inscrit naturellement au sein d'une réflexion plus vaste, qui concerne l'accès même au territoire des Etats membres de ressortissants d'Etats tiers à des fins d'emploi[597].

II. Le droit de travailler et le travail 'librement' entrepris

La liberté professionnelle, consacrée au paragraphe 1er de l'article 15, contient le droit pour toute personne de travailler et de choisir sa profession. Cette clause introduit dans la Charte des droits fondamentaux, l'article 1er, paragraphe 2 de la Charte sociale européenne, par l'acceptation duquel les Parties s'engagent à 'protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris'. L'article 1er, paragraphe 2, de la Charte sociale européenne, qui est ratifiée par tous les Etats membres, consacre également ce droit. Cette clause s'inspire également du point 4 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989.

Le Comité européen des droits sociaux considère que cette clause a deux effets: elle interdit le travail forcé, également interdit par l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme et elle pose le principe de l'interdiction de toute discrimination dans l'accès à l'emploi. Concernant plus particulièrement cet aspect, le Comité estime que les actes et dispositions discriminatoires prohibés sont tous ceux qui peuvent intervenir lors du recrutement et dans les conditions d'emploi en général (principalement: rémunération, formation, promotion, mutation, licenciement et autre préjudice). Le Comité considère que pour être en conformité avec l'article 1§2, il appartient aux Etats de prendre des mesures d'ordre juridique propres à garantir l'effectivité de l'interdiction de la discrimination. Ces mesures consistent au minimum à prévoir :

- que toute disposition contraire au principe d'égalité de traitement qui figure dans les conventions collectives de travail, dans les contrats de travail et les règlements

[594] Voir, not. : C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, C-413/99, *Rec.*, p. I-7091, point 82 et C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello et Etat belge,* C 148/02, *Rec.,* p.I-11613, point 22.
[595] Voir, not. : C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Rec.*, p. I-6193, point 31 ; C.J.C.E., 20 septembre 2001, *D'Hoop*, C-224/98, *Rec.*, p. I-6191, point 28; C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello et Etat belge,* C 148/02, *Rec.,* p.I-11613, point 23.
[596] C.J.C.E., 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, C-274/96, *Rec.*, p. I-7637, points 15 et 16 ainsi que C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Rec.*, p. I-6193, point 33; C.J.C.E., 20 septembre 2001, *D'Hoop*, C-224/98, *Rec.*, p. I-6191, point 29 et C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello et Etat belge,* C 148/02, *Rec.,* p.I-11613, point 24.
[597] Sur cette question, voy. le Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002 du Réseau UE d'experts indépendants sur les droits fondamentaux, p. 130. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

intérieurs des entreprises puisse être déclarée nulle ou soit écartée, retirée, abrogée ou modifiée ;

- que des voies de recours adéquates et efficaces soient ouvertes en cas d'allégation de discrimination ;

- que soit organisée une protection contre le licenciement ou autres mesures de représailles de la part de l'employeur contre le salarié qui a déposé une plainte ou a intenté une action en justice ;
- qu'en cas de violation de l'interdiction de discrimination, soient prévues des sanctions suffisamment dissuasives pour l'employeur ainsi qu'une réparation suffisante et proportionnée au préjudice subi par la victime.

Le Comité considère que sont également de nature à garantir la pleine effectivité de la lutte contre la discrimination conformément à l'article 1 § 2 de la Chartre révisée :

- la reconnaissance aux organisations syndicales du droit d'ester en justice dans les litiges en matière de discrimination dans l'emploi, y compris les litiges individuels ;
- la reconnaissance d'une possibilité d'action en faveur des groupements ayant un intérêt à faire constater une violation de l'interdiction de discrimination ;
- ainsi que la création d'un organe spécialisé en vue de promouvoir, de matière indépendante, l'égalité de traitement, notamment en apportant aux victimes d'une discrimination le soutien nécessaire pour engager une procédure[598].

Il résulte de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux que toute initiative qui sanctionne de manière non raisonnablement justifiée le refus de prendre un emploi pourrait s'interpréter comme une régression dans la reconnaissance à chacun de 'gagner sa vie par un travail librement entrepris'. Ainsi ce comité a conclu que la perte d'allocations de chômage pour les personnes à la recherche d'un emploi qui refusent, même pour une courte période, d'accepter un emploi ne correspondant pas à leurs qualifications en matière de formation n'est pas conforme à l'article 1 (2) de la Charte sociale européenne[599]. Le Comité s'interroge pour les mêmes motifs sur les conditions auxquelles le droit aux allocations de chômage est subordonné à l'acceptation d'un emploi ou d'une formation, et selon quelles modalités le refus d'un emploi peut être sanctionné[600].

Dans ses conclusions 2002, le Comité indique de manière générale qu'en acceptant l'article 1 § 2 de la Charte révisée, les Etats s'engagent à interdire toute discrimination, qu'elle se manifeste dans un texte ou dans la pratique et à organiser des voies de recours adéquates et efficaces en cas d'allégation de discrimination. Il considère que l'efficacité d'un recours en matière de discrimination requiert un aménagement de la charge de la preuve au civil afin de permettre au juge de saisir la discrimination au regard des effets produits par la règle, l'acte ou la pratique[601].

Concernant l'interdiction du travail forcé, le Comité a examiné, notamment au regard de la France, la question du travail pénitentiaire effectué par des prisonniers mis à la disposition d'entreprises privées. Le Comité, tout comme d'ailleurs la Commission d'experts de l'OIT, estime que les conditions d'emploi doivent permettre d'assimiler la situation des détenus à celle des travailleurs libres[602]. De même, le Comité a eu l'occasion d'insister que la possibilité de réquisitionner des travailleurs en cas de grèves dans les services publics essentiels n'était pas conforme à l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne de 1961, car le champ d'application des services publics essentiels, c'est-à-dire le nombre

[598] C.E.D.S., *Charte sociale européenne (révisée),* 2002, Ed. du Conseil de l'Europe, 2002, (Conclusions rel. à la Slovénie, p. 186 et 187).
[599] C.E.D.S., *Conclusions* XVI-1 (2002), p. 11.
[600] C.E.D.S., *Conclusions* XVI-1 (2002), p. 98.
[601] C.E.D.S., *Charte sociale européenne (révisée),* 2002, Ed. du Conseil de l'Europe, 2002, (*Conclusions* rel. à la France, p. 25 et à la Roumanie, p. 127).
[602] *Ibidem*, p. 29. Voy. aussi le Rapport de la Commission d'experts de l'OIT, 2001, p. 143.

et la nature des services, allait au delà des limitations au droit garanti par l'article 1 § 2, autorisées par l'article 31 de la Charte (article G de la Charte révisée)[603]. Il résulte également de l'article 1 § 2 de la Charte que sont interdites des sanctions pénales contre des marins et le personnel de l'aviation civile qui abandonnent leur poste de travail ou refusent d'obéir aux ordres dans des cas où la sécurité du navire ou de l'aéronef ou celle des personnes à bord ne sont pas en jeu[604]. Concernant le service de remplacement du service militaire, le Comité a eu l'occasion d'insister sur le fait que ce service de remplacement ne doit pas être d'une durée excessive[605].

III. Les libertés de circuler, de s'établir et de prester des services

Le paragraphe 2 de l'article 15 de la Charte reprend trois des libertés fondamentales du droit communautaire : libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement et libre prestation de service.

1. Les droits communautaire primaire et de l'Union européenne

Ces droits sont déjà reconnus au titre du traité CE. En ce qui concerne la libre circulation des personnes, il échet de noter que les libertés énoncées au paragraphe 2 sont propres à la construction communautaire et sont garanties aux seuls ressortissants communautaires par les articles 39, 43 et 49 CE: depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, est interdite toute restriction à la liberté de circulation des travailleurs (articles 39 à 42 CE), à la liberté d'établissement (articles 43 à 48 CE) et à la libre prestation de services (articles 49 à 55 CE) sur le territoire de l'Union. Seules sont admises, dans l'exercice de ces libertés, les limitations pour des raisons d'ordre public, de sécurité ou de santé publique. D'autre part, les emplois, services ou activités participant à l'exercice de l'autorité publique sont fermés aux travailleurs étrangers.

Dans le cadre de l'élimination des obstacles à la libre circulation des personnes, érigée en principe par le traité de Rome, les Etats membres ont depuis longtemps adopté des mesures permettant de donner plein effet à ces libertés : en matière de couverture sociale des travailleurs migrants et de leur famille (cf. article 34 de la Charte) ou de reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles.

Ainsi l'article 39 CE prévoit que la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté. Le même article dispose que cette libre circulation, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, comporte les droits de répondre à des emplois effectivement offerts, de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres, de séjourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux, de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un Etat membre, après y avoir occupé un emploi.

Aux termes de l'article 43 CE, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également, toujours aux termes de l'article 43 CE, aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre. La liberté d'établissement comporte, d'après l'article 43 CE, l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.

---

[603] C.E.D.S., *Conclusions* XIV-1, p. 482 et 483.
Voy. aussi C.E.D.S., *Charte sociale européenne (révisée),* 2002, Ed. du Conseil de l'Europe, 2002, (*Conclusions* rel. à la Italie), p. 81.
[604] *Ibidem,* pp. 28 et 29 (France) et 82 (Italie).
[605] *Ibidem*, p. 130 (Roumanie).

L'article 49 CE prévoit que les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. La disposition permet l'extension du bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un Etat tiers et établis à l'intérieur de la Communauté.

Notons également que l'article 140 CE dispose qu'en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136 et sans préjudice des autres dispositions du présent traité, la Commission encourage la coopération entre les Etats membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale relevant du présent chapitre, et notamment dans les matières relatives à l'emploi, au droit du travail et aux conditions de travail, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la sécurité sociale, à la protection contre les accidents et les maladies professionnels, à l'hygiène du travail, au droit syndical et aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs.

Il convient encore de mentionner la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée par les chefs d'Etat et de gouvernement en date du 9 décembre 1989. Aux termes du paragraphe 4 de cette Charte, toute personne a droit à la liberté du choix de l'exercice d'une profession, selon les dispositions régissant chaque profession.

Le paragraphe 2 constitue une valeur ajoutée par rapport aux traités classiques en matière de droits fondamentaux. Une jurisprudence très fournie de la Cour de Justice des Communautés européennes permet de l'interpréter.

Doivent être considérées comme portant atteinte à l'article 15 paragraphe 2 de la Charte non seulement les mesures étatiques qui violent ces dispositions du droit primaire communautaire, mais également les manquements d'Etats membres qui n'assurent pas la transposition ou l'application du droit dérivé qui en assure le prolongement[606]. C'est ainsi la Cour de Justice a constaté un manquement dans le chef de la France ainsi que de l'Irlande, pour défaut de transposition de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise[607].

2. Le droit communautaire secondaire

Les libertés de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout Etat membre sont visées par une législation communautaire secondaire importante.

Citons la directive 64/221/CEE du 25 février 1964 pour 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[608]. Cette directive vise les ressortissants d'un Etat membre qui séjournent ou se rendent dans un autre Etat membre de la Communauté, soit en vue d'exercer une activité salariée ou non salariée, soit en qualité de destinataires de services (article 1, alinéa 1). La directive s'applique également au conjoint et aux membres de la famille qui répondent aux conditions des règlements et directives pris dans ce domaine en exécution du traité (article 1, alinéa 2). La directive concerne les dispositions relatives à l'entrée sur le territoire, à la délivrance ou au renouvellement du titre de séjour, ou à l'éloignement du territoire, qui sont prises par les Etats membres pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (article 2) et contient toute une série de droits en faveur des catégories de personnes visées.

Le régime de la libre circulation des travailleurs salariés repose sur le règlement 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté[609] et la directive

[606] Sur ces directives, voy. *infra.*
[607] C.J.C.E., 26 septembre 2002, *Commission c. France*, C-351/01, *Rec.*, p. I-8101 et C.J.C.E., 10 décembre 2002, *Commission c. Irlande*, C-362/01, *Rec.,* p. I-11433.
[608] *J.O.C.E.* L 56 du 04.04.1962, p. 850.
[609] *J.O.C.E.* L 257 du 19.10.1968, p. 2.

68/360/CEE du Conseil adoptés le 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté[610]. Ce régime reconnaît aux ressortissants communautaires et à leurs membres de famille le droit de quitter leur territoire en vue d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre Etat membre. Les dispositions pertinentes permettent aux ressortissants des Etats membres de se déplacer librement et de séjourner avec leurs familles sur le territoire de l'Union pour accéder aux emplois salariés et les exercer dans les mêmes conditions que les travailleurs nationaux. L'égalité de traitement couvre les conditions d'emploi et de travail (rémunération, licenciement, réintégration professionnelle), les avantages sociaux et fiscaux (formation professionnelle, aide au logement, aide sociale et familiale) et la représentation syndicale. Le régime est complété par le droit de demeurer après l'exercice d'un emploi, pour le travailleur et sa famille (Règlement 1251/70 du 29 juin 1970). En outre, des mesures ont été adoptées pour lutter contre les obstacles à la libre circulation des travailleurs: reconnaissance mutuelle des titres et diplômes et des formations, progrès pour l'égalité de traitement, échanges de jeunes travailleurs. En 1993, le réseau dénommé Eures (*European Employment Services*)[611] a été mis en place pour faciliter les échanges d'offres et de demandes d'emplois à vocation communautaire, et informer sur les conditions de vie et de travail dans les Etats membres.

La directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services[612]. La suppression de ces restrictions vise les ressortissants d'un Etat membre qui sont établis ou veulent s'établir dans un autre Etat membre afin d'y exercer une activité non salariée ou veulent y effectuer une prestation de services, les ressortissants des Etats membres désireux de se rendre dans un autre Etat membre en qualité de destinataires d'une prestation de services et leurs membres de famille, quelle que soit leur nationalité.

Le travailleur non salarié et sa famille disposent du droit de demeurer après l'exercice de l'activité, selon les termes de la directive 75/34/CEE du Conseil du 17 décembre 1975.

Toutefois, l'accès aux professions et leur exercice relèvent des réglementations nationales, et il a été nécessaire d'organiser leur reconnaissance mutuelle, voire leur harmonisation pour supprimer certains obstacles à l'exercice des deux libertés. La reconnaissance mutuelle des titres et diplômes a été opérée par secteurs professionnels (avocats, transporteurs, assurances, coiffeurs, architectes, agents commerciaux indépendants), puis au travers d'un système général de reconnaissance de l'équivalence des diplômes par niveau. Plus récemment, un mécanisme de reconnaissance des qualifications a été mis en place pour l'accès à certaines activités commerciales, industrielles et artisanales dans des secteurs non couverts par les systèmes existants (textile, habillement, cuir, bois, ...). Seul le secteur de la santé a connu une véritable harmonisation des conditions d'exercice des professions concernées, qui permet une reconnaissance mutuelle complète des titres nationaux.

Mentionnons également la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre 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 professionnelle et les conditions de travail[613], le règlement (CEE) n° 2434/92 du Conseil du 27 juillet 1992, modifiant la deuxième partie du règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté[614], la décision de la Commission 93/569/CEE du 22 octobre 1993, portant application du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté et la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services[615] et qui s'applique aux entreprises établies dans un Etat membre qui, dans le

[610] *J.O.C.E.* L 257 du 19.10.1968, p. 13.
[611] *J.O.C.E.* L 274 du 6.11.1993, p. 32.
[612] *J.O.C.E.* L 172 du 28.06.1973, p. 14.
[613] *J.O.C.E.* L 39 du 14.02.1976, p. 40.
[614] *J.O.C.E.* L 245 du 26.08.1992, p. 1.
[615] *J.O.C.E.* L 18 du 21.01.1997, p. 1.

cadre d'une prestation de services transnationale, détachent des travailleurs. La directive garantit des droits en matière de conditions de travail et d'emploi en cas de détachement effectué dans le cadre d'une prestation de services.

Enfin, la directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990, relative au droit de séjour prévoit que les États membres accordent le droit de séjour aux ressortissants des Etats membres qui ne bénéficient pas de ce droit en vertu d'autres dispositions de droit communautaire, et donc du droit de libre circulation accordé aux travailleurs au sens communautaire du terme, mais dans ce cas lesdits Etats peuvent exiger des ressortissants d'un État membre qui veulent bénéficier du droit de séjour sur leur territoire qu'ils disposent, pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille, d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil.

3. La jurisprudence

Dans de nombreux arrêts, la Cour de justice des Communautés européennes a insisté sur l'effet direct de la liberté d'établissement[616] et de la libre prestation de service[617].

Elle a interprété ces libertés communautaires fondamentales à la lumière des droits de l'homme.

Ainsi, dans l'affaire *Hauer*, la requérante a contesté le refus de l'administration allemande de l'autoriser à planter une vigne sur un terrain dont elle est propriétaire, fondé sur un règlement communautaire interdisant de telle plantation pendant trois ans, dans le cadre de l'organisation commune des marchés viticoles. En se basant sur l'arrêt *Nold*[618], la Cour a décidé que s'il est vrai que des garanties sont accordées dans 1'ordre constitutionnel de plusieurs Etats membres du libre exercice des activités professionnelles, le droit ainsi garanti, loin d'apparaître comme une prérogative absolue, doit être considéré, lui aussi, en vue de la fonction sociale des activités protégées. Elle a remarqué qu'en l'occurrence la mesure communautaire n'affecte d'aucune manière ni1'accès à la profession viticole, ni le libre exercice de cette profession sur les surfaces consacrées actuellement à la viticulture[619].

Le règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté a été interprété par la Cour de Justice à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[620].

Enfin, la Cour a eu à connaître de la question des recours dans le contexte du libre accès à l'emploi.

Elle a mis l'accent sur l'exigence d'un recours juridictionnel, principe consacré aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, en insistant sur le fait que l'article 6 de la directive 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre 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 impose aux Etats membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination ' de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle '[621] et dans son arrêt *Unectef* elle a estimé que le libre accès à l'emploi constituant un droit fondamental conféré par le traité

[616] C.J.C.E., 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.,* p. 631.
[617] C.J.C.E., 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299.
[618] C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, points 13 et 14.
[619] C.J.C.E., 13 décembre 1979, *Hauer c. Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, points 31 et 32.
Voy. aussi l'arrêt C.J.C.E., , 8 octobre 1986, *Keller*, aff. 234/85, *Rec.*, p. 2897.
[620] C.J.C.E., 18 mai 1989, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, 249/86, *Rec.*, p. 1263, point 10.
[621] C.J.C.E., 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary,* 222/84, *Rec*., p. 1651, points 17 et 18.

individuellement à tout travailleur migrant de la Communauté, l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit. Cette exigence constitue un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme[622].

Enfin, le licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à la conversion sexuelle a été jugé contraire à l'article 5 § 1er de la directive 76/207 relative à 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. La Cour de Justice, dans son arrêt du 30 avril 1996[623], s'est laissée guider par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

IV. Egalité de traitement des ressortissants d'Etats tiers

Enfin, le troisième paragraphe de l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux consacre le principe de l'égalité de traitement des travailleurs ressortissants des pays tiers. Ce paragraphe se fonde sur l'article 137, paragraphe 3, quatrième tiret, du traité CE ainsi que sur l'article 19, paragraphe 4, de la charte sociale européenne et garantit que les ressortissants des pays tiers 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. Concernant les travailleurs ressortissants des pays tiers, il échet de mentionner la Convention de l'O.I.T. n° C 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) du 23 juin 1975 ayant trait aux migrations dans des conditions abusives et à la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants. Du côté du Conseil de l'Europe, il échet de mentionner la Convention européenne d'établissement (STE n° 19) du 13 décembre 1995 dont l'article 19 concerne le droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance. Enfin, la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des travailleurs et des membres de leurs familles (1990) peut constituer une source d'inspiration bien qu'elle n'ait été ratifiée par aucun Etat membre.

La question des ressortissants de pays tiers concerne les conditions de travail des ressortissants étrangers autorisés à travailler sur le territoire de l'Union. Conformément à l'article 15.4 de la Charte sociale européenne, le principe retenu est celui du traitement équivalent à celui accordé aux nationaux. L'article 137.3 CE autorise le Conseil à adopter des directives contenant des prescriptions minimales concernant ' les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté '. Les dispositions procédurales de l'article 137 CE permettent au Conseil de statuer dans le domaine des conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté.

Mentionnons dans ce contexte la résolution du Conseil du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres[624], la résolution du Conseil du 30 novembre 1994 concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante[625], la recommandation du Conseil du 27 septembre 1996 sur la lutte contre l'emploi illégal de ressortissants d'États tiers[626].

Dans le cadre de la politique en matière d'immigration, les Etats membres ont établi des principes communs sur les limitations de l'admission sur le territoire communautaire de ressortissants de pays tiers à des fins d'emploi (résolution du Conseil du 20 juin 1994) ou d'exercice d'une profession

[622] C.J.C.E., 15 octobre 1987, *Unectef c. G. Heylens*, 222/86, *Rec*., p. 4097, point 14.
[623] C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, C-13/94, *Rec.*, p. I-2143, point 16.
[624] *J.O.C.E.* n° C 274 du 19.09.1996, p. 3.
[625] *J.O.C.E.* n° C 274 du 19.09.1996, p. 7.
[626] *J.O.C.E.* n° C 304 du 14.10.1996, p. 1.

indépendante (résolution du Conseil du 30 novembre 1994). Dans le premier cas, le principe retenu est celui de l'admission temporaire de travailleurs migrants à titre exceptionnel: lorsque l'offre d'emploi ne peut être pourvue par la main d'oeuvre nationale ou communautaire, ou par la main d'œuvre non communautaire en résidence permanente et légale, ou encore lorsque le poste exige une qualification spécifique. Dans le second cas, le critère d'admission retenu est la valeur ajoutée de l'activité indépendante pour l'économie de l'Etat membre d'accueil.

La Commission a présenté, le 11 juillet 2001, une proposition de directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'Etats tiers à des fins d'emploi ou d'une activité économique indépendante (COM (2001) 388). Cette proposition complète celle relative au statut des résidents de longue durée et vise à définir un cadre juridique unique pour harmoniser les conditions d'admission des ressortissants de pays tiers actifs (à l'exception des demandeurs d'asile, des ressortissants en situation illégale, et des membres de la famille de citoyens de l'Union ou de résidents de longue durée, dont la situation est régie par d'autres instruments). La proposition prévoit la mise en place d'une procédure simplifiée pour la délivrance d'un titre unique comprenant l'autorisation de séjour et le permis de travail. Elle décrit les conditions d'obtention des ‘ permis de séjour-travailleur ‘ et ‘ permis de séjour-travailleur indépendant ‘, ainsi que les droits auxquels ils donnent accès (cf. article 45 de la Charte). Le Parlement européen a récemment demandé que la proposition de la Commission en vue de l'adoption de cette directive soit révisée de manière à faciliter le droit des ressortissants de pays tiers de se rendre, de vivre et de travailler dans l'Union européenne[627].

[627] Résolution législative du Parlement européen sur la proposition d'une directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante (COM(2001) 386 – C5-0447/2001 – 2001/0154(CNS)).

Article 16. Liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

I. Introduction

La liberté d'entreprise n'est pas prévue dans les autres conventions internationales. Elle n'est pas reconnue dans la Convention européenne des droits de l'homme. La Charte sociale européenne ne la mentionne pas. Toutefois, ce droit peut être dérivé des articles 6 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (droit de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté) dont l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne, qui s'applique aux indépendants[628], constitue l'équivalent. On peut également lire la liberté d'entreprise comme un développement du droit de propriété, bien que cette lecture ne corresponde pas à celle que la Cour européenne des droits de l'homme fait de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention.

II. La place de la liberté d'entreprise dans le droit communautaire

La liberté d'entreprise, prévue à l'article 16 de la Charte, se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice[629] qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale ainsi que sur l'article 4, paragraphes 1 et 2, du traité CE qui reconnaît la liberté de concurrence. Ce droit s'exerce, bien entendu, dans le respect du droit communautaire et des législations nationales. Il peut être soumis aux limitations prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la charte. Ainsi, rappelons que l'article 4 CE, qui insiste certes sur le principe d'une économie de marché où la concurrence est libre, dispose néanmoins que l'action des Etats membres et de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par ledit traité, l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre.

En effet, la liberté d'entreprise est un principe essentiel de l'économie de marché libérale, qui doit pouvoir s'exercer dans des conditions d'égalité. Elle recouvre ici la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale et la liberté contractuelle, reconnues par la Cour de justice des Communautés, ainsi que la libre concurrence, qui figure parmi les principes sur lesquels se fonde l'action de la Communauté (article 4 CE). Les règles de concurrence établies au niveau communautaire (articles 81 à 89 CE) sont inhérentes à la mise en place et au fonctionnement du marché intérieur. Elles visent à assurer l'unité du marché et l'égalité des conditions d'accès au marché, pour faire en sorte que la liberté d'entreprise soit garantie à tous. La protection de la libre concurrence contribue également à protéger les intérêts du consommateur (cf. article 38 de la Charte).

La politique communautaire de la concurrence s'attache à prohiber les pratiques dont l'impact concerne les échanges entre Etats membres, à l'exclusion de celles dont la portée est nationale. Les pratiques visées par la réglementation sont les ententes et pratiques concertées, les concentrations d'entreprises, les abus de position dominante et les aides d'Etat. La Commission est chargée de veiller au respect des règles européennes de concurrence, et dispose pour cela de pouvoirs d'investigation et de décision. La

[628] D. Gomien, D. Harris et L. Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1996, p. 382.
[629] *infra.*

Cour de justice a été amenée de nombreuses fois à statuer en matière de concurrence, contribuant à définir ou préciser les termes des règles communautaires de concurrence.

Ainsi le droit communautaire réglemente en détail des domaines aussi diversifiés que la matière des ententes et pratiques concertées, les abus de position dominante, les concentrations, les aides d'Etat, les entreprises publiques et l'ouverture des marchés publics. Chacun de ses domaines a donné lieu à une jurisprudence abondante de la CJCE et du TPI.

La matière des *ententes et pratiques concertées* est plus particulièrement réglée par l'article 65 CECA pour le secteur du charbon et de l'acier, chapitres 5 et 6 du titre I CEEA pour le secteur de l'énergie atomique, articles 81, 83, 84 et 85 CE pour tous les secteurs économiques.

Tous les accords entre entreprises aboutissant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence du marché intérieur sont interdits. Sont visés les accords (ententes, pratiques concertées, associations) horizontaux ou verticaux, obligeant le ou les partenaires à un comportement défini concernant la fixation des prix, les conditions de vente, les importations et exportations, le contrôle de la production et de la distribution, les investissements. Un principe d'exemption de l'interdiction est prévu pour les accords contribuant à l'amélioration de la production et de la distribution ou au progrès technique ou économique.

La question des *abus de position dominante* est réglée par les articles 66 CECA et 82, 83 et 85 CE. Une entreprise est en position dominante lorsque sa situation économique lui permet d'empêcher le maintien d'une concurrence effective sur le marché concerné, et d'influencer sensiblement le comportement de ses concurrents, de ses clients et du consommateur. Le traité prohibe l'abus de position dominante, constitué dès lors que le comportement de l'entreprise est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Les pratiques abusives citées par le traité ou définies par la Commission et la Cour de justice recouvrent notamment les discriminations en matière de fixation de prix et le ' dumping ', les pratiques sélectives à l'égard des partenaires commerciaux, les limitations volontaires de production, les refus de livraison injustifiés et refus d'octroi de licence.

La question des *concentrations* est déterminée par les articles 66 CECA, 81, 82, 83 et 85 CE.

Les concentrations d'entreprises par fusion ou acquisition sont susceptibles de créer ou renforcer une position dominante sur le marché communautaire, de nature à entraver la libre concurrence. Pour cette raison, le règlement (CEE) n• 4064/89 permet à la Commission d'opérer un contrôle à priori des opérations de concentration, et d'interdire celles considérées comme incompatibles avec le marché intérieur.

Les *aides d'Etat* sont visées par les articles 4 et 67 CECA, 87 à 89 CE.

Les entraves à la libre concurrence peuvent être le fait des Etats lorsqu'ils accordent des aides publiques aux entreprises. Les aides d'Etat sont déclarées incompatibles avec le marché intérieur dès lors qu'elles affectent les échanges entre Etats membres en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.
Le principe d'interdiction des aides d'Etat est défini et interprété par la Commission et la Cour de justice de façon très large. Les aides concernées couvrent les financements directs ou indirects (subventions, prêts avantageux ou bonifiés), qu'ils proviennent de l'Etat, des collectivités locales ou de tout organisme fonctionnant avec des financements publics.
Sont exemptées de cette interdiction, et considérées comme compatibles avec le marché intérieur, les aides à caractère social sans discrimination liée à l'origine des produits et les
aides destinées à remédier à des évènements exceptionnels tels que les calamités naturelles.
La Commission peut également exempter de l'interdiction les aides destinées à:

- faciliter le développement de certaines activités ou régions en difficulté,
- favoriser les régions en retard de développement,

- contribuer à la réalisation d'un projet important d'intérêt européen,
- remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre,
- promouvoir la culture et la conservation du patrimoine.

D'autres catégories d'aides exemptées peuvent être déterminées par le Conseil.

Concernant les *entreprises publiques*, l'article 86 CE prévoit, dans son paragraphe 2, des dérogations aux règles générales du traité pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (cf. article 36 de la Charte). Celles-ci sont soumises aux règles de concurrence, dans la mesure où ces règles ne compromettent pas l'accomplissement de leur mission particulière. Sur la base du paragraphe -1 de l'article 86 CE, la Commission mène une politique de libéralisation des services d'intérêt économique général, afin d'éviter les monopoles d'exploitation des réseaux fournisseurs de ces services au public (production et distribution de gaz et d'électricité. télécommunications. services postaux. transports).

L'ouverture des *marchés publics* est visée par les articles 28, 47.2, 49 et 50 CE.

En matière de passation de marchés publics, la Communauté a mis en place des mesures de coordination des règles nationales permettant le respect des principes de libre prestation de service et de libre concurrence au niveau communautaire. De manière très progressive, des obligations positives ont été définies pour imposer la publicité des avis de marché, des règles objectives d'examen des candidatures et d'attribution des marchés, et des voies de recours, afin d'assurer l'égalité des chances entre fournisseurs nationaux et non nationaux dans chaque secteur d'activité (travaux, fournitures, services, et eau, énergie, transport, télécommunications).

Dans le prolongement de la règle de base consacrant la liberté d'entreprise, les institutions communautaires ont adopté une impressionnante législation secondaire.

Citons 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[630] et le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 10 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises[631].

Dans le domaine des aides d'Etat, il échet de citer le règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE[632], dans le domaine de l'énergie, la décision du Conseil 99/221/CE Euratom du 14 décembre 1998 adoptant un programme-cadre pluriannuel pour des actions dans le secteur de l'énergie (1998-2002) et des mesures connexes[633]. Dans le domaine des télécommunications il faut mentionner la directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication[634], la directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication[635], la directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, la directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles[636], la directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications [637] et la directive 97/51/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre

[630] *J.O.C.E.* L 395 du 30.12.1989, p. 1 (rectificatifs, publication texte intégral: *J.O.C.E.* L 257 de 21 septembre 1990, p. 13).
[631] *J.O.C.E.* L 180 du 9.07.1997, p. 1.
[632] *J.O.C.E.* L 83 du 27.03.1999, p. 1.
[633] *J.O.C.E.* L 7 du 13.01.1999, p. 16.
[634] *J.O.C.E.* L 192 du 24.07.1990, p. 1.
[635] *J.O.C.E.* L 192 du 24.07.1990, p. 10.
[636] *J.O.C.E.* L 20 du 26.01.1996, p. 59.
[637] *J.O.C.E.* L 74 du 22.03.1996, p. 13.

1997, modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications[638].

Dans le domaine des *services postaux*, il échet de citer la directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service[639] et la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté[640].

Dans le cadre de la *coopération policière et judiciaire en matière pénale* (articles 31 e) et 34 2b) TUE), une proposition de décision-cadre a été présentée sur la base d'une initiative allemande le 28 juin 2000, dans le but de doter l'Union d'un cadre pour la poursuite pénale des pratiques déloyales ou trompeuses susceptibles de fausser le jeu de la concurrence dans 1a passation des marchés publics. Cette proposition prévoit la définition des pratiques déloyales ou trompeuses comme infraction pénale.

Le règlement n° 2003/1 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité[641] a une importance particulière alors qu'il est relatif aux renseignements que la Commission peut demander aux entreprises et associations d'entreprises, dans le cadre des procédures d'enquête en matière de concurrence. Ces renseignements sont demandés par voie de simple demande ou par voie de décision. L'article 23 du règlement prévoit qu'en cas de réponse inexacte ou dénaturée, voire - lorsque la demande est faite par voie de décision - en cas de réponse incomplète ou qui n'est pas fournie dans le délai prescrit, la Commission peut infliger aux entreprises ou associations d'entreprises des amendes pouvant aller jusqu'à 1% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

III. Jurisprudence

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale[642] et la liberté contractuelle[643].

La jurisprudence de la CJCE et du Tribunal de première instance (TPI) en matière du droit de la concurrence, du droit des aides d'Etat et des marchés publics et très abondante.

En se référant plus particulièrement aux droits fondamentaux, la Cour de Justice des Communautés européennes a défini la portée des garanties accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles.

Ainsi dans l'arrêt *Nold*, concernant une société de négoce de produits miniers, qui a contesté la réglementation restrictive de l'admission à l'achat direct de combustibles adoptée par la Commission (réorganisation du marché du charbon dans le cadre de la CECA), la Cour s'est exprimée au sujet de réglementation commerciale restrictive de l'admission à 1'achat direct de combustibles justifiée par la nécessité de rationaliser la distribution, à condition qu'elle soit appliquée de la même manière à toutes

638 *J.O.C.E.* L 295 du 29.10.1997, p. 23.
639 *J.O.C.E.* L 15 du 21.10.1998, p. 14.
640 Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté (COM(2000) 319 final du 30 mai 2000). Voy. Aussi la proposition révisée (COM (2005)319 final du 20 juillet 2005).
641 *J.O.C.E.* L 1 du 4.01.2003, p. 1.
642 Voy. en particulier les arrêts suivants : C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, point 14 ; C.J.C.E., 27 septembre 1979, *Eridania et al.,* aff. 230/78, *Rec.*, p. 2749, points 20 et 31.
643 C.J.C.E., 16 janvier 1979, *Sukkerfabriken NykØbing Limiteret,* aff. 151/78, *Rec.*, p. 1, point 20 ; C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Espagne c. Commission,* C-240/97, *Rec.*, p. I-6571*,* point 99.

les entreprises concernées en insistant sur les droits fondamentaux et les instruments internationaux qui protègent ces droits[644].

Dans un arrêt du 30 juillet 1996 concernant la saisie d'un avion et mettant ainsi en cause, sur fondement du règlement n° 990/93 du Conseil de l'Union européenne, adopté conformément aux résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU soumettant la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à un embargo, le droit au libre exercice d'une activité commerciale, la Cour de Justice a rappelé que les droits fondamentaux n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues et que leur exercice peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté[645].

Pour ce qui est des règles procédurales relatives au droit européen de la concurrence, la jurisprudence du TPI et de la CJCE est particulièrement révélatrice concernant les questions ayant trait aux droits fondamentaux. Ainsi, dans l'arrêt *Mannesmannröhren-Werke AG* du 20 février 2001[646], le Tribunal de première instance des Communautés européennes a noté que la Commission est en droit d'obliger l'entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont celle-ci peut avoir connaissance et à lui communiquer, au besoin, les documents y afférents qui sont en sa possession, même si ceux-ci peuvent servir à établir, contre elle ou contre une autre entreprise, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. Ainsi, le T.P.I. donne au droit au silence une portée limitée du droit de ne pas s'incriminer par l'admission de l'existence de l'infraction excluant ainsi les demandes d'information de caractère factuel et de communication de documents préexistants[647].

[644] C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, points 13 et 14 cités *supra* sous la jurisprudence concernant l'article 15 de la Charte.
[645] C.J.C.E., 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e.a.*, C-84/95, *Rec.*, p. I-3953, point 21.
[646] 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG,* T-112/98, *Rec.* 2001, p.II-729.
[647] Sur cette jurisprudence, voy. également le Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002 du Réseau UE d'experts indépendants sur les droits fondamentaux, p. 262. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

Article 17. Right to property

1. Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest.

2. Intellectual property shall be protected.

I. Summary of the corresponding provisions in international and European human rights instruments

This article corresponds to Article 1 of the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter the European Convention on Human Rights, ECHR):

> Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.
> The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

At the international level, the right to property was first recognized in Article 17 of the Universal Declaration of Human Rights:

> (1) Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.
> (2) No one shall be arbitrarily deprived of his property.

The provision of the first paragraph has been taken over in Article 5 al. d (v) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), being thus listed among civil rights. In addition, Article 5 al. d (vi) of the above Convention guarantees the right to inherit. However, there are no equivalent provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, 1966) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR, 1966). This omission in both UN Covenants may be due to the serious ideological controversies about the right to property at that time. The only provision corresponding to the second paragraph of Article 17 of the Charter can be found in ICESCR, Article 15:

> 1. The States parties to the present Covenant recognize the right of everyone:
> (...)
> c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

The above right to protection of intellectual property has been included in the category of cultural rights. As a consequence, the Human Rights Committee, acting on the basis of the Optional Protocol to ICCPR, is not able to examine alleged violations of the right to property. Nevertheless, the HRC recognizes - on the basis of Article 26 - the right to non-discrimination in the matter of property.
The summary of the corresponding provisions clearly shows the disputed nature of the right to property in other international instruments. However, Article 17 of the Charter, under the prevailing

influence of the ECHR, has listed this right in the chapter of freedoms, underlying thus its predominantly civil nature.

II. Case-law of the European Court of Justice

The right to property has been recognized as a fundamental constitutional right in all Member States of the EU. As such, this right has been several times confirmed in the case-law of the ECJ. The judgment *Nold* (1974) [648] implies a recognition of the right to property (as well as the freedom to conduct a business and the freedom to engage in work and other professional activities) as a fundamental right. It also stressed that it would be legitimate to set up certain limits to these rights, justified by goals of general interest pursued by the Community, provided that the substance of these rights was not affected.

The first judgment dealing specifically with an alleged violation of the right to property was in case *Hauer* (1979)[649], concerning Regulation EC 1162/76. ECJ ruled that the right to property was guaranteed by common constitutional concepts of the Member States, which were also reflected in the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The Court made distinction between measures to the deprivation of property and to the restriction on the use of property. Although the Community could not be prevented from a possibility to control or restrict the use of property in a context of common market regulation, the Court exa mined whether the restrictions corresponded to the general interest and were not a disproportionate interference in the rights of owner.
ECJ also found inadmissible disproportionate interference in the very substance of the property[650].

III. Description of the requirements of the right to property

1. Paragraph 1 of Article 17

Since the content of Article 17, par. 1 corresponds to Article 1 of the Additional Protocol to ECHR, this analysis can follow the same structure. In fact, both provisions cover three principles (rules):

(1) the entitlement to peaceful enjoyment of possessions;
(2) the prohibition of deprivation of possessions, subject to specified conditions; and
(3) the right of the state to control the use of property, subject to specified conditions.[651]

These principles are inter-related: the second and third rules are to be construed in the light of the general principle of the respect of the right to property, contained in the first rule.[652] As a *lex generalis* the first rule provides protection to the right to property in situations not covered under the second and third rule. Unlike Article 1 of Protocol No. 1, Article 17 of the Charter is more detailed, as it specifies all the essential aspects of the right to property: to enjoy the possessions, to use the property, to dispose of it and to bequeath it. Moreover, Article 17 makes it clear that this protection concerns only the legally acquired property which seems to outlaw any form of money laundering. However, measures against property not legally required can be justified under the third rule, i.e. by the control of use of property.

The *notion of property* (possessions) is a key one. In the case-law of the European Court of Human Rights, a 'possession' has been broadly interpreted to include land and movable goods, as well as

[648] ECJ, Case C-4/73, *Nold*, [1974] *ECR* 491 (judgment of 14 May 1974).
[649] ECJ, Case C-44/79, *Hauer*, [1979] *ECR* 3727 (judgment of 13 December 1979)
[650] cf. also Case T-280/93, *Gemeinsame Marktorganisation Bananen*, [1994] *ECR* 657.
[651] Eur. Ct. H.R., *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (Appl. No. 7151/75 and 7152/75), judgment of 23 September 1983, *Ser.* A, No. 52, para. 61.
[652] Eur. Ct. H.R., *James and others v. United Kingdom* (Appl. No. 8793/79), judgment of 21 February 1986, *Ser.* A, No. 98.

planning permission,[653] unforced expropriation orders and prohibition on construction,[654] the economic interests arising from a licence to sell alcohol,[655] a permit for gravel extraction,[656] hunting rights over land,[657] shares,[658] patents,[659] an enforceable debt,[660] and legal claims for compensation and for restitution of assets.[661]

A dynamic interpretation of this notion includes also some social (welfare) benefits, such as a retirement pension, housing, etc. In this respect, the case-law of the European Court of Human Rights relied on the combined application of Article 1 of the Protocol and Article. 14 ECHR regarding some social rights. What was at stake, was a *discrimination in the exercise of property rights*. On the one hand, the suspension of payments of retirement pension to one category of public servants (former military judges), whereas other professional soldiers who retired from the Army were entitled to the same pension, was declared as discriminatory. [662] Similarly, the European Court of Human Rights. found that the difference in treatment between Austrians and non-Austrians as regards entitlement to emergency assistance from the unemployment insurance fund was a breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of the additional Protocol no. 1 to the ECHR.[663]

On the other hand, the Court found no violation in the case concerning the impossibility of securing the execution of an eviction order obtained by the landlord of a flat, where the applicants had purchased the flats at issue with the intention, but not necessity, of taking up residence in them. In this case the sitting tenants were elderly women with modest means who had requested the city authorities to allocate them low-rent flats into which they could move.[664]

As a rule, the right to property gives protection only to the *existing possessions*. However, there are exceptions under certain conditions. On the one hand, the European Court of Human Rights has accorded the protection to the applicant having a 'legitimate expectation' to collect an asset (receivable). On the other hand, the notion of 'legitimate expectation' has certain limits because Article 1 of the Protocol does not provide a right to become owner (to acquire ownership). 'Legitimate expectation' must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision.[665] By way of contrast, the hope of recognition of the survival of an old property right which it has long been impossible to exercise effectively cannot be considered as a 'possession' within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition.[666]

As a 'possession' within the meaning of the said Article may be considered also a legal claim based on a European Community Directive. In the case *Dangeville*, the European Court of Human Rights concluded that France had violated Article 1 of the Protocol by refusing to grant the applicant the benefit of a EC Directive. Because of this refusal, the applicant failed to obtain the reimbursement of

[653] Eur. Ct. H.R., *Pine Valley Developments Ltd. v. Ireland* (Appl. No. 12742/87), judgment of 29 November 1991, *Ser.* A, No. 222.
[654] Eur. Ct. H.R., *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, (Appl. No. 7151/75 and 7152/75), *op. cit*.
[655] Eur. Ct. H.R., *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden* (Appl. No. 10873/84), judgment of 7 July 1989, *Ser.* A, No.159.
[656] Eur. Ct. H.R., *Fredin v. Sweden* (Appl. No. 10873/84), judgment of 18 February 1991, *Ser.* A, No. 192.
[657] Eur. Ct. H.R., *Chassagnou and others v. France* (Appl. No. 25088/94, 28331/95 and 28443/95), judgment of 29 April 1999, *Rep.* 1999-III.
[658] Eur. Comm. H.R., *Bramelid and Malmstrom v. Sweden*, (dec.) 1982, *DR* 29 .
[659] Eur. Comm. H.R., *Smith Kline and French Laboratories v. Netherlands*, (dec.), 1990, *DR* 66.
[660] Eur. Ct. H.R., *Greek Refineries Stran and Stratis Andreadis v. Greece* (Appl. No. 13427/87), judgment of 9 December 1994, *Ser.* A, No. 301 B.
[661] Eur. Ct. H.R., *Pressos Compania Naviera SA and others v. Belgium* (Appl. No. 17849/91), judgment of 20 November 1995, *Ser.* A, No.332.
[662] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *Buchen v. Czech Republic* (Appl. No. 36541/97), judgment of 26 November 2002.
[663] Eur. Ct. H.R., *Gaygusuz v. Austria* (Appl. No. 17371/90), judgment of 16 September 1996, *Rep.* 1996-IV.
[664] Eur. Ct. H.R., *Spadea and Scalabrino v. Italy* (Appl. No. 12868/87), judgment of 28 September 1995, *Ser.* A, No.315 B.
[665] Eur. Ct. H.R., *Pressos Compania Naviera SA and others v. Belgium* (Appl. No. 17849/91), *op. cit.,* para. 31.
[666] Eur. Ct. H.R. (GC), *Malhous v. Czech Republic* (Appl. No. 33071/96), decision of 13 December 2000, *Rep.* 2000-IX; Eur. Ct. H.R. (GC), *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* (Appl. No. 42527/98), judgment of 12 July 2001, *Rep.* 2001-VIII.

VAT.[667] The judgment illustrates how decisions under the ECHR can strengthen the effectiveness of Community law.

The second rule includes the notion of *deprivation of property* (possessions). It covers both *de facto* deprivation as well as formal deprivation. In assessing both forms of interference with property, the European Court of Human Rights attempts to strike a fair balance between the right of the individual and the general interest of the community. To be in conformity with ECHR, any deprivation of property must be done 'in the public interest' and subject to conditions provided by law and by the general principles of international law. Article 17 of the Charter follows the same model but seems to be a little more specific. Instead of the mere reference to general principles of international law which require, as a rule, prompt, adequate and effective compensation, it stipulates a fair and timely compensation. The above mentioned principles of international law as such apply on the cases of expropriation of foreigners and leave open the level of compensation to be paid by the state for deprivation of property of its nationals. The difference is not, however, too important because the case-law on Article 1 of Protocol deduced the obligation to pay an appropriate compensation from the principle of proportionality. (see bellow).

The notion of the *public interest* is necessarily extensive. The European Court of Human Rights 'finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature's judgment as to what is 'in the public interest' unless that judgment be manifestly without reasonable foundation.'[668] The concept of reasonable foundation means that the Court, in its case-law, seeks to find a fair balance or, in other words, a proportionality between the interest of the community and the individual right to property.

The *compensation* where there has been a deprivation of property is also linked to the notion of 'reasonableness'. The level of compensation is a material factor in assessing proportionality. The taking of property normally requires compensation with an amount reasonably related to the value of the property, but public interest considerations, including measures designed to achieve greater social justice,[669] may permit reimbursement of less than the full market value. The transfer of the land from the applicant to the state without compensation was therefore found to be a deprivation of property in violation of Article 1 of Protocol.[670] However, the failure to pay compensation following the annulment of outline planning permission for the applicant's land was not found to be disproportionate, having regard to the commercial venture undertaken by the applicants and the consequential element of risk.[671] Anyway, a total lack of compensation could be justified only in exceptional circumstances.[672]

Of certain interest could be also some decisions of the Human Rights Committee. With regard to the author's allegation concerning the confiscation of his property, the Committee recalls that the ICCPR (1966) does not protect the right to property, as such. However, an issue under the Covenant may arise if a confiscation or expropriation is based on discriminatory grounds prohibited in Article 26 of the Covenant.[673] Similarly, in the case *Simunek and others*, relating to the restitution legislation in the Czech Republic, the HRC found violation of Article 26 of the ICCPR. According to this decision, citizenship and permanent residence as cumulative preconditions to restitution or compensation of

[667] Eur. Ct. H.R. (2nd sect.), *S.A. Dangeville v. France* (Appl. No. 36677/97), judgment of 16 April 2002, *Rep.* 2002-III.
[668] Eur. Ct. H.R., *James v. United Kingdom* (Appl. No. 8793/79), *op. cit.*, para. 46; Eur. Ct. H.R., *Pressos Compania Naviera SA and others v. Belgium* (Appl. No. 17849/91), *op. cit.,* para. 37.
[669] Eur. Ct. H.R., *James v. United Kingdom* (Appl. No. 8793/79), *op. cit.,* para. 54.
[670] Eur. Ct. H.R., *Holy Monasteries v. Greece* (Appl. No. 13092/87 and 13984/88), judgment of 9 December 1994, *Ser.* A, No. 301 A, para. 71.
[671] Eur. Ct. H.R., *Pine Valley Developments Ltd. v. Ireland* (Appl. No. 12742/87), *op. cit.*
[672] Eur. Ct. H.R. (GC), *Former King of Greece and others v. Greece* (Appl. No. 25701/94), judgment of 23 November 2000, *Rep.* 2000-XII.
[673] Human Rights Committee, Views on Communication No. 328/1988, *Zelaya Blanco v. Nicaragua,* 30 July 1994 (CCPR/C/51/D/328/1988). However, the HRC has not been able to make a finding on this point.

confiscated property were considered incompatible with non-discrimination requirement of Article 26.[674]

The third rule includes the right of the state to *control the use of property*. It includes (according to Article 1 of the Protocol) the right of the state to secure the payment of taxes or other contributions or penalties. The use of property is a more general term which seems to cover various kinds of interference with property. It is frequently in dispute as to whether there had been a 'deprivation of possessions' (second rule) or a 'control of use of property' (third rule), as the former requires greater justification than the latter. The state may control the use of property to the extent necessary in the general interest, which is a wording common to both ECHR and the Charter. However, Article 1 par. 2 of Protocol (i.e. the third rule) leaves to states a large margin of appreciation. They are free to take measures 'as it deems necessary'. The review by the European Court of Human Rights limits itself on the issues of legality and purpose.

The Court qualified as 'control of use of property' various legislative and executive measures aiming at purposes of general interest, such as suppression of illicit trafficking in narcotic drugs,[675] prohibition to smuggle gold coins into the UK,[676] urban planning (prohibition on construction),[677] protection of environment (revocation of a permit for gravel extraction),[678] housing policy and control on a level of rents.[679]

Regulation by law is the main limitation of the right of the state to control the use of property. An interference with property must also be sufficiently regulated by law, which requires sufficient precision and foreseeability in domestic law and practice. Consequently, an interference with or control of property which was arbitrary, selective and 'scarcely foreseeable' would be in contradiction with Article 1 of Protocol.[680]

In the abstract reading, the test of *proportionality* in cases of the control of use of property seems to be hardly compatible with the wording of the third rule of Article 1 of Protocol, which gives to the state the right to enforce such laws as it deems necessary. By contrast, Article 17 of the Charter, instead of the subjective test, prefers rather objective test of the legitimate purpose ('insofar as is necessary for the general interest'). In reality, however, there is almost no difference between these two norms. At least from the judgment *Chassagnou* (1999) the European Court of Human Rights established by its case-law the test of proportionality also for the control of use of property. Similarly to the deprivation of property, the Court verifies whether the appreciation of the legislator is not manifestly without reasonable foundation.

According to the interpretation of the European Court of Human Rights., Article 1 of the Protocol should not form an obstacle to the adoption of regulations governing the use of the property with a view to achieving certain objectives relating to social justice, for instance, the system for the eviction of tenants.[681] With regard to the corresponding provisions of international and European law, the General Comment No. 7 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights recalls that all persons should possess a degree of security of tenure and that forced evictions are prima facie incompatible with the requirements of the ICESCR, as it observed in its General Comment No. 4 (1991). The prohibition of forced evictions does not, however, apply to evictions carried out by force

[674] Human Rights Committee, Views on Communication No. 516/1992, *Simunek et al. v. the Czech Republic*, 19 July 1995 (CCPR/C/54/D/516/1992).
[675] Eur. Ct. H.R., *Air Canada v. United Kingdom* (Appl. No. 18465/91), judgment of 5 May 1995, *Ser.* A, No. 316 A.
[676] Eur. Ct. H.R., *AGOSI v. United Kingdom* (Appl. No. 9118/80), judgment of 24 October 1986, *Ser.* A, No. 108.
[677] Eur. Ct. H.R., *Allan Jacobsson v. Sweden* (Appl. No. 10842/84), judgment of 25 October 1989, *Ser.* A, No. 163.
[678] Eur. Ct. H.R., *Fredin v. Sweden* (Appl. No. 12033/86), judgment of 18 February 1991, *Ser.* A, No. 192.
[679] Eur. Ct. H.R., *Mellacher v. Austria* (Appl. No. 10522/83, 11011/84 and 11070/84), judgment of 19 December 1989, *Ser.* A, No. 169 ; Eur. Ct. H.R., *Spadea and Scalabrino v. Italy* (Appl. No. 12868/87), judgment of 28 September 1995, *Ser.* A, No. 315 B.
[680] Eur. Ct. H.R., *Hentrich v. France* (Appl. No. 13616/88), judgment of 22 September 1994, *Ser.* A, No. 296 A.
[681] Eur. Ct. H.R. (GC), *Immobiliare Saffi v. Italy* (Appl. No. 22774/93), judgment of 28 July 1999, *Rep*. 1999-V.

in accordance with the law and in conformity with the provisions of International Covenants on Human Rights.[682]

On balance, the European Court of Human Rights. in its judgment *Hutten-Czapska* (2005) has stated that, in spheres as housing of the population, States enjoyed a wide margin of appreciation. In situations where the operation of the rent-control legislation involves wide-reaching consequences for numerous individuals and has significant economic and social consequences for the country, 'the authorities must have considerable discretion not only in choosing the form and deciding on the extent of control over the use of property but also in deciding on the appropriate timing for enforcement of the relevant laws. Nevertheless, that discretion, however considerable, is not unlimited and its exercise, even in the context of the most complex reform of the State, cannot entail consequences at variance with the Convention standards.' The European Court of Human Rights. has found no justification for the State's continued failure to secure to the applicant and other landlords the sums necessary to cover maintenance costs, not to mention even a minimum profit from the lease of flats. Since the authorities imposed a disproportionate and excessive burden on the applicant, which cannot be justified by any legitimate interest of the community pursued by them, there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1.[683]

To sum-up, it seems to be clear that even the control of the use of property cannot escape from the proportionality test.

2. Paragraph 2 of Article 17

The second paragraph of Article 17 of the Charter is *prima facie* the main new element in comparison to Article 1 of Protocol. The protection of intellectual property is an aspect of the right to property, as the notion of possessions in the first paragraph includes also intellectual property. However, taking into consideration an increasing importance of the protection of intellectual property in general, and in the EC law in particular, it has been mentioned expressly in Article 17, par. 2. Intellectual property includes literary and artistic property as well as patent law and trademark law protection and related areas of industrial property. The guarantees of the right to property provided in the first paragraph fully apply on the intellectual property too.

The European Union has adopted a large number of directives and other legislative acts in the field of intellectual property and industrial property. These include, *inter alia*, Directive 91/250/EEC on legal protection of software,[684] Directive 92/100/EEC on lend and lease of certain rights in the filed of intellectual property,[685] Directive 93/83/EEC concerning harmonization of certain rules relating to satellite and cable broadcasting,[686] Directive 93/98/EEC on harmonization of copyright and neighbouring rights,[687] Directive 96/9 on legal protection of databases,[688] and Directive 89/104/EEC on trademarks.[689]

[682] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 7, Forced evictions, and the right to adequate housing (Sixteenth session, 1997), U.N. Doc. E/1998/22, annex IV at 113 (1997), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 45 (2003).
[683] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Hutten-Czapska v. Poland*, (Appl. No. 35014/97), judgment of 22 February 2005.
[684] Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122 of 17.05.1991, p. 42.
[685] Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, OJ L 346 of 27.11.1992, p. 61.
[686]Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, OJ L 248 of 6.10.1993, p. 15.
[687]Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, OJ L 290 of 24.11.1993, p. 9.
[688]Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJ L 77 of 27.03.1996, p. 3.
[689]First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 40 of 11.02.1989, p. 1.

Of certain interest may be also some instruments of the Council of Europe, including the European Convention relating to the Formalities Required for Patent Application (1953),[690] the European Convention on the International Classification of Patents for Invention (1954),[691] the Convention on the Unification of Certain Points of Substantive Law on Patents for Invention (1963)[692] and the European Convention relating to Questions on Copyright Law and Neighbouring Rights in the Framework of Transfrontier Broadcasting by Satellite (1994).[693] The real impact of these conventions is, however, rather limited due to a very low number of ratifications.

Of more important impact seem to be treaty instruments on the protection of intellectual property adopted on international (universal) level. One can mention, on the one hand, several uniform law conventions administrated by the World Intellectual Property Organization (WIPO), i.e. the Paris Union Convention for the Protection of Industrial Property, the Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, the Rome Convention on the Protection of Performing Artists, etc. On the other hand, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs, 1994) has been adopted and implemented at the inter-state level in a framework of the World Trade Organization.

The European Court of Justice has also taken some important decisions on the protection of intellectual property, which is one of the so-called important requirements allowing to impose limitations on the free movement of goods. First, the Court has extended this concept, originally relating only to industrial property (Article 95, par. 4 of the Treaty EC), to copyright and neighbouring rights.[694] Recently, the Court has decided in conflict between two concurrent rights in favour of the protection of intellectual property even against the right to property to goods.[695]

[690] ETS No. 16.
[691] ETS No. 17.
[692] ETS No. 47.
[693] ETS No. 153.
[694] ECJ, Case C-58/79, *Musik-Vertrieb*, 51 , *ECR* 1981, 141.
[695] ECJ, Joined Cases C-414/99 to C-416/99, *Zino Davidoff SA v A & G Imports Ltd and Levi Strauss & Co. and Others v. Tesco Stores Ltd and Others*, [2001] ECR I-8691 (judgment of 20 November 2001).

Article 18. Droit d'asile

Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne.

I. Introduction

L'inscription du droit d'asile dans la Charte des droits fondamentaux constitue une originalité technique : il s'agit à la fois de la transcription d'une obligation formulée par le traité communautaire mais aussi de la prise en compte des situations particulières de certains Etats membres au regard de ce traité en matière migratoire. Le rappel des dispositions du droit conventionnel d'asile doit donc être complété par des précisions spécifiquement communautaires pour cerner la portée actuelle du droit d'asile dans l'Union.

L'article 18 de la Charte est fondé sur l'article 63 §1 et 2 du traité communautaire. Ce dernier présente une double caractéristique : l'action de la Communauté y est d'abord inscrite conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 ainsi qu'aux 'autres traités pertinents', quand bien même la Communauté ne serait pas partie à ces engagements. La seconde caractéristique tient dans l'obligation pour le Conseil d'arrêter dans un délai de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam une série de mesures précises. L'ampleur de ce programme législatif explique la dimension encore incomplète du droit communautaire positif de l'asile. Par ailleurs, cette approche communautaire est délimitée en vertu, d'une part, des protocoles qui fixent l'adhésion de certains de ses Etats membres au traité d'Amsterdam et, d'autre part, d'un protocole spécifique relatif au droit d'asile des citoyens de l'Union européenne.

Les sources de l'asile dans l'Union européenne sont des sources extérieures, de nature internationale, et elles sont antérieures à la création de la Communauté. Elles encadrent son action à la fois en vertu de l'article 63 du traité communautaire qui l'affirme et aussi parce que ses Etats membres sont tous parties à ces sources. La Convention de Genève constitue la pièce principale du dispositif qui se combine néanmoins avec d'autres textes internationaux[696] au premier rang duquel se situe la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948[697]. Le Conseil de l'Europe, par ailleurs, a développé de très nombreuses réalisations en matière d'asile[698], sans parler de l'apport indirect de la CEDH qui justifie une action de protection à titre 'subsidiaire'.

[696] Convention des Nations Unies relative au statut des apatrides, 28 septembre 1954; Convention des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie, 30 août 1961.

[697] Article 14 : ' 1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. 2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies'.

[698] Voir notamment les Recommandations suivantes de l'Assemblée parlementaire : 1088 (1988) relative au droit d'asile territorial ; 1236 (1994) relative au droit d'asile; 1237 (1994) relative à la situation des demandeurs d'asile déboutés; 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe; 1348 (1997) relative à la protection temporaire de personnes obligées de fuir leur pays en Europe; 1440 (2000) sur les restrictions au droit d'asile dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne; 1467 (2000) sur l'immigration clandestine et la lutte contre les trafiquants; 1475 (2000) sur l'arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens; 1544 (2001) sur le système de la *propiska* appliqué aux migrants, demandeurs d'asile et réfugiés dans les Etats membres du Conseil de l'Europe: effets et remèdes; 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.
Voir les recommandations suivantes du Comité des ministres : R (81) 16 sur l'harmonisation des procédures nationales en matière d'asile; R (84) 1 relative à la protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiés; R (84) 21 relative à l´acquisition par les réfugiés de la nationalité du pays d´accueil; R (94) 5 relative aux lignes directrices devant inspirer la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe à

Cet ensemble conduit la Communauté à développer une politique commune d'asile qui aboutit à garantir un exercice effectif de l'article 18 de la Charte, en deux temps. La première étape correspond à la période de construction de la libre circulation des personnes et à la disparition des contrôles aux frontières intérieures entreprise par l'Acte Unique. Elle s'est traduite par un chapitre particulier au sein de la Convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 et par une Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, signée à Dublin le 15 juin 1990, qui est entrée en vigueur le 1° septembre 1997[699]. Le traité de Maastricht a modifié l'ordre des choses en inscrivant la politique d'asile dans son article K1, comme question 'd'intérêt commun', et en affirmant le respect par l'Union de la Convention de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur ces bases, une série de textes non contraignants mais révélateurs de l'inspiration des Etats membres a été adoptée[700].

L'entrée en vigueur du traité Amsterdam a bouleversé les choses en 'communautarisant' le traitement des questions d'asile et en cherchant à répondre à la crise du droit d'asile, crise traduite par le triplement des demandeurs d'asile durant cette décennie. D'une part, le traité d'Amsterdam est accompagné par un protocole additionnel sur le droit d'asile des citoyens de l'Union et d'autre part, l'adoption d'une législation dérivée de l'Union en matière d'asile va être relativisée par la situation particulière et dérogatoire de trois Etats membres qui refusent a priori une lecture communautaire du droit d'asile [701].

Le protocole additionnel n°29 au traité d'Amsterdam sur le droit d'asile des citoyens de l'Union européenne réduit le champ d'application personnel du droit d'asile en en excluant par principe les ressortissants des Etats membres de l'Union. Il déclare en effet que, 'vu le niveau de protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans les Etats membres de l'Union européenne, ceux-ci sont considérés comme pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile', les Etats membres sont dispensés de l'examen d'une demande d'asile déposé par un citoyen de l'Union. Malgré les critiques considérant qu'il s'agit là d'une modification indirecte de la Convention de Genève[702] et l'opposition expresse d'un Etat membre[703], cette technique a été utilisée à nouveau à l'occasion du processus d'élargissement pour étendre cette exception au droit d'asile[704].

---

l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens; R (98) 13 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 CEDH; R (98) 15 relative à la formation des fonctionnaires qui entrent les premiers en contact avec des demandeurs d'asile, en particulier aux postes frontières; R (99) 12 sur le retour des demandeurs d'asile déboutés; R (99) 18 sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie; R (2000) 9 sur la protection temporaire; R (2001) 18 relative a la protection subsidiaire.

[699] *J.O.C.E.* C 254 du 19.08.1997, p. 1.

[700] Par exemple, la résolution relative aux demandes d'asile manifestement infondées; les conclusions du Conseil relatives aux Etats où, en règle générale, il n'existe pas de risques sérieux de persécution; la résolution relative à une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil, Londres, 30 novembre et 1 décembre 1992; la résolution sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, Bruxelles, 20 juin 1995; la position commune concernant l'application harmonisée de la définition du terme réfugié au sens de l'article 1 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié, Bruxelles, 4 mars 1996.

[701] Voir les protocoles régissant la position du Danemark, de la République d'Irlande et du Royaume Uni. Si le Danemark maintient son refus, par exemple sur Dublin II, en revanche les deux autres Etats ont déclaré accepter le règlement de Dublin II. En revanche, seul le Royaume Uni accepte d'être lié par la Directive 2003/9 du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, *J.O.C.E.* L 31 du 6.02.2003.

[702] UNHCR's position on the proposal of the European Council concerning the treatment of asylum applications from citizens of European Union Member States , Geneva, January 1997.

[703] Déclaration n° 56 de la Belgique relative au protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne.

[704] Communication de la Commission du 22 novembre 2000, *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile*, COM(2000) 755 final; Communication de la Commission du 28 novembre 2001 sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination, COM(2001) 710 final; Communication de la Commission, 'Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés', COM(2003) 152 final du 26 mars 2003; Communication de la Commission, 'Une politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection', COM(2003) 315 final du 3 juin 2003.

A la concrétisation juridique du droit d'asile dans l'article 63 du traité, il faut ajouter l'adoption politique des conclusions du Conseil de Tampere. Dans leur point 13, le Conseil européen va en effet bien au delà de la lettre des dispositions du traité en affirmant que '…l'importance que l'Union et ses Etats membres attachent au respect absolu du droit de demander l'asile' et en convenant '…de travailler à la mise en place d'un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et d'assurer ainsi que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté, c'est-à-dire de maintenir le principe de non-refoulement'. L'exigence d'un 'régime d'asile commun'[705] dépasse le cadre des simples normes 'minimales' visées par le traité dans son article 63. C'est donc ainsi que la Commission l'a entendu au travers d'une série d'initiatives visant à remplir le mandat ainsi défini par les chefs d'Etat et de gouvernement[706] et qui donnent aujourd'hui tout son sens à l'article 18 de la Charte.

Deux éléments essentiels s'ajoutent à ces sources communautaires : d'une part l'importance des garanties nationales du droit d'asile, souvent de nature constitutionnelles, qui permettent d'octroyer un refuge en Europe pour d'autres motifs que ceux de la Convention de Genève, et, d'autre part, la protection indirecte proposée par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, la Convention européenne ne garantit pas en tant que tel le droit d'asile ou le droit à ne pas être expulsé. Elle permet néanmoins une protection qui s'avère à bien des égards plus large que celle de la Convention de Genève. Au titre de l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3, elle couvre à la fois des hypothèses de persécution plus variées et dispose d'une autorité plus forte, sanctionnée juridictionnellement. Elle interdit ainsi des traitements dès lors qu'ils sont contraires à la dignité humaine et quels qu'en soient les motifs et les auteurs, c'est-à-dire même s'ils sont le fait de personnes privées, ce qui est actuellement une limite importante de la Convention de Genève. Son autorité est absolue au sens où elle ne connaît pas de clauses d'exclusion du bénéficiaire et où elle joue même de manière indirecte, à travers une expulsion indirecte. Enfin, elle protège des droits essentiels pour le demandeur d'asile tenant à sa liberté et à son droit au recours. Ces compléments expliquent la nécessité pour l'Union d'aller dans l'élaboration du droit dérivé au delà du seul texte de l'article 63, strictement moulé sur la Convention de Genève.

II. La mise en œuvre du droit d'asile

Elle est organisée par l'article 63 qui en fixe le cadre et donne son contenu matériel à l'article 18 de la Charte. L'article 63 prévoit dans son paragraphe 1 que le Conseil arrête des mesures relatives à l'asile conformes à la Convention de Genève dans les domaines suivants :

a) 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
Il s'agit là de l'une des premières réalisations de l'Union européenne avec l'adoption de la Convention de Dublin[707] entrée en vigueur en 1997, qui a été remplacée par le règlement dit de 'Dublin II'[708]. Ce dernier permet de confier la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile à l'Etat qui a pris la plus grande part dans l'entrée du demandeur mais connaît une application discutée[709], en raison notamment des problèmes d'efficacité posés et des difficultés engendrées pour le maintien de l'unité familiale.

[705] Ses éléments constitutifs seraient une méthode, une procédure et un statut uniforme.
[706] Déclaration du Conseil relative aux pays tiers sûrs, 3 décembre 2002.
[707] *J.O.C.E.* L 242 du 04.09.1997, p. 63.
[708] Règlement (CE) n° 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, *J.O.C.E.* L 50 du 25.02.2003, p. 1, et son règlement d'application (CE) n° 1560/2003 du 2 septembre 2003, *J.O.C.E.* L 222 du 05.09.2003, p. 3.
[709] Commission européenne, Evaluation de la Convention de Dublin (SEC (2001) du 13 juin 2001).

La création d'un système européen automatisé (Eurodac) de comparaison des empreintes digitales des demandeurs d'asile[710] s'inscrit dans ce souci d'efficacité et les droits fondamentaux y sont garantis par la présence d'une autorité de contrôle. L'ensemble est néanmoins tenu de respecter les impératifs du non-refoulement du demandeur de protection en cas de danger, et la Cour européenne des droits de l'homme n'a d'ailleurs pas entendu exonérer les Etats de l'Union de leur responsabilité première[711].

b) normes minimales régissant l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres
La Directive 2003/9 du Conseil du 27 janvier 2003 remplit cet objectif[712]. Elle le fait de manière minimale et restrictive car elle ne s'applique qu'aux demandeurs d'asile au titre de la Convention de Genève, hors protection temporaire ou subsidiaire[713]. Les droits sont formulés le plus souvent de manière minimale, ne tranchant pas la question difficile de l'accès au marché national du travail ou de la formation professionnelle. Elle n'implique quasiment aucune modification du droit national et elle constitue largement une harmonisation en apparence car elle renvoie le plus souvent aux choix du droit national.

c) *normes minimales concernant les conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié*
La Directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts[714] a été formellement adoptée par le Conseil à la veille de la période de cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam fixée par celui-ci[715]. Ce texte résulte d'une proposition de la Commission présentée initialement en septembre 2001[716]. Il établit des normes minimales en ce qui concerne la qualification des personnes pouvant prétendre au statut de réfugié ou qui doivent se voir accorder une protection internationale à titre subsidiaire, laissant les Etats membres libres, en principe, de maintenir ou d'établir des dispositions plus favorables aux personnes concernées (article 3).

Les articles 5 à 10 de la Directive 2004/83/CE[717] définissent les conditions auxquelles une personne qui y prétend doit se voir reconnaître la qualité de réfugié. Ces dispositions constituent en réalité une interprétation de l'article 1er, A, 2, de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, sur laquelle les Etats membres de l'Union européenne acceptent de s'aligner. L'article 6 de la Directive 2004/83/CE, par exemple, prévoit que les persécutions ou les atteintes graves aux droits de l'homme dont le risque justifie la reconnaissance de la qualité de réfugié peuvent être le fait d'acteurs non étatiques. Cette précision est bienvenue, dès lors qu'elle va au-delà de l'interprétation, plus restrictive sur la question de l'identité des agents de persécution, que certains Etats membres avaient faite jusqu'à présent de la Convention de Genève. Cependant, cette extension n'est admise que si l'Etat ou des partis ou organisations qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci, y compris les organisations internationales, 'ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions ou les atteintes graves (…)'.

---

[710] Règlement (CE) n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 concernant la création du système *Eurodac* pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *J.O.C.E.* L 62 du 5.03.2002, p. 1.
[711] Cour eur. D.H., *T.I c. Royaume Uni* (déc.), n° 43844/98, 7 mars 2000.
[712] 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, *J.O.C.E.* L 31 du 6.02.2003, p. 18.
[713] Y compris les mineurs non accompagnés.
[714] Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O.C.E.* L 304 du 30.09.2004
[715] *J.O.C.E.* L 304 du 30.09.2004, p. 12.
[716] COM(2001)510 du 12 septembre 2001.
[717] Pour une analyse détaillée de cette directive, voy. : Rapport du Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux relatif à la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2004, article 18 de la Charte. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

Quant à l' exclusion du statut de réfugié, l'article 12, § 2, de la Directive 2004/83/CE prévoit que :

> Tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride est exclu du statut de réfugié lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser:
> a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
> b) qu'il a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays de refuge avant d'être admis comme réfugié, *c'est-à-dire avant la date d'obtention du titre de séjour délivré sur la base du statut de réfugié; les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, pourront recevoir la qualification de crimes graves de droit commun*;
> c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies tels qu'ils figurent dans le Préambule et aux articles 1er et 2 de la charte des Nations unies.

Les passages indiqués en italiques aboutissent à élargir les causes d'exclusion de la qualité de réfugié par rapport à l'exception, d'interprétation en principe restrictive, que contient l'article 1, F, de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Par ailleurs, l'article 14 § 4 de la Directive 2004/83/CE prévoit la possibilité de la *révocation* du statut de réfugié. Cette révocation peut intervenir: 'a) lorsqu'il existe des motifs raisonnables de […] considérer [le réfugié] comme une menace pour la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve; b) que, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société de cet Etat membre'. Bien qu'il appartienne à l'Etat de prouver que les circonstances permettant de révoquer la qualité de réfugié sont réunies (article 14, § 2), cela constitue en fait également un élargissement des clauses d'exclusion du statut que la Convention de Genève définit de manière limitative à son article 1, F.

Un des principaux mérites de la Directive 2004/83/CE consiste dans la consécration formelle du statut de la protection subsidiaire, que l'article 2, e), reconnaît à

> tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 15 [il s'agit de a) la peine de mort ou l'exécution, ou b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international], l'article 17, paragraphes 1er et 2 [prévoyant des clauses d'exclusion de la qualité de réfugié], n'étant pas applicable à cette personne, et cette personne ne pouvant pas ou, compte tenu de ce risque, n'étant pas disposée à se prévaloir de la protection de ce pays.

Le droit communautaire impose ainsi une obligation de protection internationale subsidiaire de la protection due au réfugié conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Cependant, le texte prévoit la possibilité d'une cessation de ce statut 'lorsque les circonstances qui ont justifié l'octroi de cette protection cessent d'exister ou ont évolué dans une mesure telle que cette protection n'est plus nécessaire' (article 16 § 1), les Etats membres tenant compte à cet égard du 'changement de circonstances, en déterminant s'il est suffisamment important et non provisoire pour que la personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire ne coure plus de risque réel de subir des atteintes graves' (article 16 § 2). D'autre part, le candidat à une protection internationale est exclu du statut de la protection subsidiaire 's'il existe des motifs sérieux de considérer: a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'il a commis un crime grave de droit commun; c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies tels qu'ils sont énoncés dans le Préambule et aux articles 1er et 2 de la charte des Nations unies; d) qu'il représente une menace pour la société ou la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve' ou qu'il a participé à de tels actes (article 17). Cette clause d'exclusion est naturellement inspirée de la

clause semblable que contient, en ce qui concerne les personnes prétendant à la qualité de réfugié, l'article 1er, F, de la Convention de Genève. Cependant, l'application de cette clause à des personnes qui ne peuvent faire l'objet d'un éloignement vers leur pays d'origine ou vers un pays tiers sûr conduit à ce que ces personnes demeureront sur le territoire de l'Etat d'accueil sans disposer d'un statut précis, et potentiellement sans que l'Etat en cause se reconnaisse la moindre obligation envers elles.

d) *normes minimales concernant la procédure d'octroi ou de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres*

La Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres[718] s'applique, afin de réglementer l'accès aux procédures, à toutes les demandes d'asile introduites sur le territoire des Etats membres[719]. Certes, la directive n'établit que des normes minimales, les Etats membres préservant la possibilité d'introduire ou de maintenir des normes plus favorables concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié (article 5). Cependant, l'objectif même de la directive étant d'éviter des mouvements dits 'secondaires' de demandeurs d'asile, en présence de standards différents d'Etat membre à Etat membre, on ne peut exclure d'emblée le risque d'un impact de la directive conduisant à un abaissement du niveau moyen des garanties procédurales accordées aux demandeurs d'asile dans le traitement de leur demande.

L'article 18 § 1er dispose que les Etats membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile. Cette garantie est formulée de manière particulièrement peu exigeante, bien que l'affirmation de ce principe soit bienvenue en complément des règles énoncées à 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[720], qui doit être interprété conformément à la Recommandation (2003)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 16 avril 2003, sur les mesures de détention des demandeurs d'asile[721]. L'article 18 § 2 de la Directive 2005/85/CE invite les Etats à 'prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide'. Cette disposition doit être lue conformément à l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Si la détention est jugée illégale, et sous réserve d'un appel de ce jugement, elle doit immédiatement être remise en liberté. Un tel recours doit présenter une accessibilité et une effectivité suffisantes. L'article 23 § 3 et § 4 de la directive prévoit également la possibilité que des procédures proritaires ou accélérées soient organisées. Par ailleurs, les garanties du demandeur d'asile sont méticuleusement énumérées, les mineurs non accompagnés bénéficiant à cet égard de certaines garanties spécifiques (article 17). Ces garanties ne concernent cependant que le stade de la première instance. Par exemple, les Etats membres doivent veiller à ce que tous les demandeurs d'asile soient informés, dans une langue dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent, de la procédure à suivre et de leurs droits et obligations au cours de la procédure ainsi que des conséquences que pourrait avoir le non-respect de leurs obligations ou le refus de coopérer avec les autorités. (article 10, § 1er, a)).

La directive 2005/85/CE introduit également la notion de 'pays d'origine sûr' et la notion de 'pays tiers sûr'. Les Etats membres peuvent ne pas être tenus d'examiner une demande d'asile au fond lorsqu'ils peuvent raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur, du fait d'un lien avec un pays tiers tel que défini par le droit national, cherche à obtenir une protection dans ce pays tiers (23e considérant). L'article 27 de la directive définit les garanties que la loi nationale doit offrir à cet égard.

---

[718] Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *J.O.C.E,* L 326 du 13.12.2005.

[719] Pour une analyse détaillée de cette directive, voy. : Rapport du Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux relatif à la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2005, article 18 de la Charte. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

[720] *J.O.C.E.* L 31 du 06.02.2003, p. 18.

[721] Recommandation (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)

Quant à la notion de 'pays d'origine sûr', la Directive prévoit que la demande d'asile provenant du ressortissant d'un pays d'origine 'sûr' (ou de la personne apatride qui a dans ce pays sa résidence habituelle), est infondée, à moins que le demandeur d'asile ait pu faire valoir des 'raisons sérieuses permettant de penser qu'il ne s'agit pas d'un pays d'origine sûr en raison de sa situation personnelle, compte tenu des conditions requises pour prétendre au statut de réfugié en vertu de la directive 2004/83/CE' (article 31 §1er). La liste commune minimale des pays d'origine sûrs est arrêtée par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen, une même procédure régissant les modifications apportées à cette liste par le retrait ou l'ajout d'un pays déterminé (article 29). Du point de vue des obligations internationales des Etats membres, et notamment de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, ainsi que des exigences découlant des articles 18 et 19 de la Charte des droits fondamentaux, se pose la question de la compatibilité du concept de 'pays d'origine sûr' avec l'interdiction de refoulement que contient l'article 33 de la Convention de Genève et, plus généralement, avec l'interdiction de renvoyer une personne vers les frontières d'un Etat où elle a des motifs de craindre pour sa vie ou sa sécurité, ou de subir une violation flagrante de ses droits fondamentaux. Il subsiste par ailleurs le risque que la définition d'une liste de pays d'origine sûrs constitue une discrimination, soit au sens de l'article 3 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – qui exclut explicitement la discrimination fondée sur le pays d'origine –, soit au sens de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (dans la mesure où le refus de reconnaître la qualité de réfugié peut exposer le candidat à l'asile au risque de renvoi, et donc qu'il soit porté atteinte à sa vie ou qu'il subisse des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants).

* *
*

Par ailleurs, l'article 63 § 2 prévoit l'adoption de mesures relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées, dans les domaines suivants :

a) *normes minimales relatives à l'octroi d'une protection temporaire aux personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine et aux personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale*
Cette hypothèse a été l'une des premières à être remplie avec l'adoption d'une directive en ce sens en juillet 2001[722], à la suite des évènements de l'ex-Yougoslavie et du Kosovo. Elle met en place en donnant un rôle central au Conseil un dispositif exceptionnel, immédiat et temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées, qui ne préjuge pas de la reconnaissance du statut de réfugié[723]. L'octroi d'un permis de séjour temporaire et d'un accès au marché du travail en est la principale garantie.

b) *mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir des réfugiés et des personnes déplacées et supporter les conséquences de cet accueil*
Le thème du 'partage de la charge' notamment financière fait l'objet de débats délicats au sein de l'Union en raison de la pression importante qui pèse principalement sur les Etats limitrophes. Il s'est concrétisé avec l'adoption en 2000 d'une Décision créant un Fonds européen des réfugiés[724] chargé de répartir des fonds communautaires entre les Etats membres proportionnellement au nombre des demandeurs d'asile.

[722] Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *J.O.C.E.* L 212 du 07.08.2001, p. 12.
[723] Article 3.
[724] Décision 2000/596/CE du Conseil du 28 septembre 2000 portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés, *J.O.C.E.* L 252 du 06.10.2000, p. 12.

Les éléments de ce régime d'asile européen commun laissent néanmoins subsister des interrogations majeures qui sont susceptibles de conforter ou d'infirmer le droit d'asile proclamé par l'article 18. Parmi ces questions, les suites données à l'initiative britannique de traiter les demandes d'asile à l'extérieur du territoire de l'Union à travers des 'centres de transit et de traitement'ou de développer des 'modes d'entrée protégée' posent des questions de principe considérables[725]. La réponse qui y sera apportée par l'Union peut être décisive, sur la base de l'initiative 'Convention Plus' réalisant la conclusion d'accords complémentaires à la Convention de Genève qui laisseraient subsister intacts les accords initiaux et les enrichissant. Elle peut également être désastreuse si elle permet aux Etats membres de se défausser de leurs obligations.

Par ailleurs, les débats généraux relatifs à la politique migratoire dans l'Union concernent directement le droit d'asile. Le thème du retour volontaire ou forcé des immigrés en situation irrégulière touche au premier chef les demandeurs d'asile déboutés[726] tout comme celui du regroupement familial. Il semblerait que les réfugiés conventionnels soient favorisés sur ce plan au regard du droit commun. L'objectif général d'intégration reprend cette logique et il en va de même pour les négociations sur le statut des ressortissants de pays tiers ou de la lutte contre la traite des êtres humains, thèmes à propos desquels les réfugiés appellent un régime juridique semblable au droit commun. En revanche, et de façon spécifique, l'accent a été émis dans l'Union européenne sur les liens à établir entre le respect de l'ordre public et l'obtention d'une protection au titre de l'asile[727] ré-ouvrant ainsi le débat délicat des clauses d'exclusion des réfugiés sous statut.

[725] Voir la Communication de la Commission du 3 juin 2003, *Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, COM (2003) 315 final.
[726] Communication de la Commission du 10 avril 2002, *Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, COM (2002) 175 final.
[727] Communication de la Commission du 5 décembre 2001, *Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection*, COM(2001) 743 final.

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

1. Les expulsions collectives sont interdites.

2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

I. Introduction

Le droit des étrangers à ne pas être éloigné dans des conditions contraires aux garanties des droits fondamentaux est formulé par l'article 19 de la Charte à travers deux paragraphes. L'un concerne le caractère collectif des procédures d'éloignement et l'autre vise le risque encouru dans le pays de destination. Tous deux incorporent en fait des obligations contenues dans la Convention européenne des droits de l'Homme et systématisées ensuite par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cet apport est décisif depuis que le traité d'Amsterdam a communautarisé les politiques liées à l'immigration et à l'asile. Les protections contenues dans l'article 19 ont donc vocation à capitaliser cet acquis dans la législation communautaire, au sens général du terme qui est employé c'est-à-dire en recouvrant de façon générique les différentes modalités d'éloignement des étrangers du territoire puisque l'article 19 concerne 'l'éloignement, l'expulsion et l'extradition'.

II. L'interdiction des expulsions collectives

L'article 4 du protocole additionnel n°4 à la Convention européenne des droits de l'Homme déclare que '*les expulsions collectives d'étrangers sont interdites*'. Sa reproduction à l'identique dans le texte de la Charte n'a pas été sans difficultés au regard de la volonté de certains Etats membres de procéder collectivement à l'éloignement forcé d'étrangers en situation irrégulière. La délimitation exacte de la notion 'd'expulsion collective' a donc fait l'objet de discussions délicates au sein de la Convention.

La lecture contemporaine de cette notion est facilitée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci a tout d'abord procédé à une lecture négative de l'invocation du droit[728]. Elle a ensuite tranché la question pour la première fois par un arrêt de condamnation intéressant le Royaume de Belgique, le 5 février 2002[729]. Ce dernier a été convaincu d'un comportement contraire à l'article 4 du protocole n°4 dans une affaire d'éloignement forcé de tziganes slovaques. Puisque l'expulsion ne peut être 'collective', elle doit donc être 'individuelle' même si elle concerne matériellement un certain nombre de personnes. Il faut donc relier la problématique au jeu des garanties individuelles accompagnant les procédures d'expulsion telles que l'article 13 du Pacte relatif aux droits civils et politiques[730] et l'article 1 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme les formule dans son alinéa premier : 'un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir : faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, faire examiner son cas, et se faire représenter à ces fins

[728] Cour eur. D.H. (1ère sect.), *Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999.
[729] Cour eur. D.H., *Conka c. Belgique* (req. n° 51564/99), arrêt du 5 février 2002, *Rec*. 2002-I.
[730] 'Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin'.

devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité' [731]. Cette règle ne peut s'effacer que devant les nécessités de l'ordre public ou des motifs de sécurité nationale[732].

La définition de 'l'expulsion collective' ainsi interprétée n'est pas simple à donner car elle repose en fait sur des appréciations contingentes. La Cour européenne estime en effet que le nombre et la simultanéité des mesures d'éloignement n'entraîne pas nécessairement un constat de violation de la CEDH : 'the Court finds that collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group'[733]. Elle a donné concrètement l'explication de son raisonnement plus tard : ce qui compte avant tout est la nature des garanties individuelles dont l'expulsion en question est entourée[734], y compris dans un accès effectif au juge. C'est précisément cette absence de garanties qui a conduit à un arrêt de condamnation rendu difficilement[735] dans l'affaire Conka contre Belgique.

L'essentiel de l'examen mené par le juge porte donc sur le caractère 'collectif' de l'expulsion et c'est la difficulté principale. Il s'agit de déterminer alors jusqu'à quel point il existe de la part de l'Etat incriminé une volonté délibérée de réserver un traitement collectif à un groupe d'étrangers identifié précisément sur la base de critères d'appartenance à une ethnie, une religion, une nationalité ou à des pratiques linguistiques ou politiques particulières. Le cas individuel en l'espèce s'efface en quelque sorte derrière le groupe. Toute autre est l'addition de cas individuels, dûment constatés et examinés par les autorités étatiques, addition qui conduit ces autorités à prendre une série de décisions individuelles d'éloignement concernant les membres d'un groupe déterminé recevant un traitement identique. La frontière entre les deux hypothèses est cependant particulièrement difficile à dessiner selon les cas d'espèce. La volonté de stigmatiser, les effets d'annonce préalables, les procédés de ruse, la préparation de longue date de l'opération, les motivations stéréotypées sont autant d'indices susceptibles de convaincre le juge comme il l'exprime dans l'affaire Conka[736].

Un examen 'raisonnable et objectif' de chaque cas individuel formant le groupe, c'est-à-dire 'une prise en compte réelle et différenciée de la situation de chacune des personnes concernées' est la seule manière de convaincre de la légalité d'un procédé qui n'est pas condamné par lui-même. On le sait en effet, dans le cadre de la lutte de l'Union européenne contre l'immigration illégale, le choix d'une politique de retour forcé et coordonnée a été effectué par les Etats membres[737], y compris sur une base collective et ils s'emploient ensemble à en négocier la traduction juridique. La Cour européenne, tout en admettant le principe de la compatibilité d'un tel éloignement avec la CEDH, rappelle que les garanties du protocole n°7[738], malgré sa faible ratification, est indispensable pour s'assurer que l'éloignement est compatible avec les obligation souscrites par les Etats membres.

III. La protection contre les risques liés à l'éloignement

Le paragraphe 2 de l'article 19 garantit l'étranger contre un éloignement vers une destination où il courrait le risque 'sérieux' d'être soumis à la peine de mort ou à des peines ou traitements inhumains

[731] para.1.
[732] para.2.
[733] Cour eur. D.H. (1ère section), *Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999.
[734] 'the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis (Eur. Ct. H.R.., *A. and others v. the Netherlands* (dec.), No. 14209/88, 16 December 1988).
[735] Par quatre voix contre trois, majorité qui doit relativiser les commentaires.
[736] Point 55 : 'au vu du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, la Cour estime que le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée'.
[737] Point 30 des conclusions du Conseil de Séville, 21 juin 2002. Voir également l'adoption d'une directive du Conseil concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne.
[738] Voir par exemple la Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *J.O.C.E.* L 149 du 02.06.2001, p. 36.

ou dégradants. Un certain nombre de textes contenaient déjà en germes cette protection jusqu'à ce que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en fixe le principe fondateur. Malgré la réserve de la 'pertinence' ajoutée lors de la mise à jour des explications de la Convention[739], cette jurisprudence constitue le cœur de l'article 19.

Le droit de l'extradition connaît l'interdiction d'extrader en cas de risques particuliers tels que la peine capitale[740] ou la persécution politique[741] et son adaptation dans l'Union européenne l'a pris en compte[742]. Le droit de l'expulsion la connaissait également en un cas précis, celui de l'interdiction de refouler ou d'expulser un réfugié vers des frontières où il courait le risque d'être persécuté[743]. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a systématisé[744] cet interdit. L'élément décisif de la protection est néanmoins venu de la jurisprudence européenne avec l'affirmation par la Cour européenne des droits de l'homme de l'applicabilité de l'article 3 de la CEDH 'par ricochet' à l'éloignement forcé des étrangers, dans son arrêt de principe *Soering*[745]. Outre le domaine de l'extradition, la matière de l'expulsion sera très rapidement visée, elle aussi[746], tout comme celle du refoulement[747] avec pour conséquence commune l'engagement de la responsabilité de l'Etat qui procèderait à un éloignement dans ces conditions. Cette responsabilité vaut bien sûr en cas d'éloignement vers un Etat tiers, non partie à la Convention, mais elle est aussi susceptible de jouer également si l'Etat de destination est lui-même partie à la Convention européenne des droits de l'homme malgré l'existence de procédures de contrôle[748].

Les conditions de cette protection sont largement définies par la jurisprudence, malgré la variété des hypothèses couvertes. La première condition tient au caractère 'sérieux' du risque encouru. Ce dernier renvoie à la fois à la vraisemblance des allégations de l'étranger mais aussi au comportement de l'Etat de destination. Celui-ci peut accréditer ou infirmer la réalité des menaces par son comportement[749] ou la situation objective qui prévaut sur son territoire[750]. Cette recherche d'une protection effective conduit concrètement à protéger d'une violation virtuelle, qui ne s'est pas encore réalisée. La seconde condition tient au caractère absolu de la protection : la garantie bénéficie à tous les étrangers quels que soient leurs éventuels agissements.

Le champ d'application de la protection accordée au titre de l'article 3 de la CEDH est très large et sans doute est-ce la raison pour laquelle les commentaires de l'article 19 par la Convention ont jugé utile d'ajouter le qualificatif de 'pertinente' à la référence à la jurisprudence de la Cour.

---

[739] Mise à jour des explications relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux, 9 juillet 2003, CONV 828/03, p. 14.
[740] Article 11 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.
[741] Article 3 du deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, 17 mars 1978.
[742] Considérant 13 de la Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *J.O.C.E.* L 190 du 18.07.2002, p. 1.
[743] Articles 1, 32 et 33 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951.
[744] Article 3 : ' 1. Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives '.
[745] Cour eur. D.H., *Soering c. Royaume-Uni* (req. n° 14038/88), arrêt du 7 juillet 1989, *Ser.* A, No. 161, par. 89 :' un Etat contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce 'patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit' auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé '.
[746] Cour eur. D.H., *Cruz Varas et autres c. Suède* (req. n° 15576/89), arrêt du 20 mars 1991, *Ser.* A, No. 201.
[747] Cour eur. D.H., *Vilvarajah c. Royaume Uni* (req. n°13163/87), arrêt du 30 octobre 1991, *Ser.* A, No. 215.
[748] Cour eur. D.H., *TI c. Royaume-Uni* (déc.), n° 43844/98, 7 mars 2000.
[749] La Cour a ainsi été à la base de la demande 'd'assurances' de l'Etat de destination quant à la non-réalisation des craintes éprouvées pour la sécurité de l'étranger, tant de son propre fait quand il en est le maître dans une procédure judiciaire que du fait d'autrui lorsque le risque provient de son incapacité à protéger l'étranger (Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Rec.* 1996-V). Cette technique gouverne désormais le droit de l'extradition en cas de peine capitale.
[750] La Cour s'assure parfois de l'existence d'un 'risque réel et suffisant' : Cour eur. D.H. (3ème sect.), *Bensaïd c. Royaume-Uni* (req. n° 44599/98), arrêt du 6 février 2001, *Rec.* 2001-I.

En premier lieu la protection de l'article 3 ne s'attache plus à l'auteur de la menace pesant sur l'étranger en passe d'être éloigné. L'hypothèse la plus fréquente était et demeure celle de la persécution étatique. Elle est aussi la plus plausible. La menace des autorités de l'Etat est classique et la situation générale des droits de l'Homme dans le pays accréditera d'autant plus la réalité du risque[751]. Elle n'exclut pas pour autant le risque encouru de la part de persécutions privées ou résultant d'une situation objective. Il est intéressant de voir la législation sur la protection subsidiaire des demandeurs de protection internationale, admettre aujourd'hui l'idée que la persécution puisse provenir d'agissements de personnes privées et donner ainsi matière à une protection particulière, question qui était controversée à propos de l'étendue de la protection de la Convention de Genève. Là encore, la Cour européenne a donné un premier signal : 'en raison du caractère absolu du droit garanti, la Cour n'exclut pas que l'article 3 (art. 3) trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique. Encore faut-il démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'Etat de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée'[752]. Le droit positif de l'Union est en train de concrétiser cette évolution à travers la protection subsidiaire des demandeurs d'asile. On comprend alors que l'essentiel du débat se concentre alors sur ce que l'on peut qualifier de 'pays sûr' ou pas : cette qualification autorise ou interdit l'éloignement[753]. Les Etats membres de l'Union ont compris cet enjeu depuis une décennie avec la tentation permanente d'échapper aux obligations de l'article 3 ou de la Convention de Genève en essayant de reporter la responsabilité des demandeurs d'asile sur un Etat tiers, de premier accueil ou jugé comme 'sûr'.

En second lieu, la protection couvre une série d'hypothèses très variées. Le renvoi à la notion de 'traitement inhumain ou dégradant' au sens où la CEDH et donc l'article 4 de la Charte l'entendent implique des interdits identiques[754], même si le risque encouru dans l'Etat de destination est a priori inconcevable au sein des Etats parties de l'Union[755]. Il faut y ajouter la question de la peine capitale, dont l'environnement carcéral peut tomber directement sous le coup de l'article 3[756] et dont le prononcé est lui-même susceptible de constituer un 'traitement inhumain'[757]. L'ajout effectué par l'article 19 § 2 de la Charte d'une référence aux 'autres peines' (dont on interprète qu'elles doivent être inhumaines ou dégradantes) indique que cette liste n'est pas exhaustive. A ce titre, les conditions de privation de liberté ou d'éloignement de l'étranger[758] en cause, la nature et la durée de la peine endurée en particulier à propos de la réclusion à perpétuité[759] sont susceptibles d'être des sources d'évolution considérables.

Le plus novateur dans la jurisprudence de la Cour réside vraisemblablement dans l'affirmation du caractère 'objectif' du risque encouru, indépendamment du comportement de l'Etat tiers de destination. L'étranger ne doit pas être exposé à un traitement relevant de l'article 3 du seul fait du prononcé et de l'exécution d'une mesure d'éloignement. La situation sanitaire prévalant dans un Etat tiers peut ainsi entraîner l'interdiction d'éloigner car l'intéressé pourrait subir des conditions de vie contraires à la

[751] Cour eur. D.H., *Ahmed c. Autriche*, arrêt du 17 décembre 1996, *Rec.* 1996-VI, à propos d'un réfugié somalien; Cour eur. D.H. (4ème sect.), *Jabari c. Turquie* (req. n° 40035/98), arrêt du 11 juillet 2000, *Rec.* 2000-VIII, à propos du risque de lapidation pour adultère selon la loi islamique en Iran.
[752] Cour eur. D.H., *H.L.R. c. France* (req. n° 24573/94), arrêt du 29 avril 1997, para.40.
[753] Cour eur. D.H., *TI c. Royaume-Uni* (déc.), n°43844/98, 7 mars 2000.
[754] Voy. le Commentaire de l'article 4 de la Charte.
[755] Les jurisprudences internes ont ainsi eu à connaître de la question de l'excision ou de l'esclavage.
[756] Cour eur. D.H., *Soering c. Royaume-Uni* (req. n° 14038/88), arrêt du 7 juillet 1989, *Ser.* A, No. 161.
[757] Cour eur. D.H. (1ère sect.), *Ocalan c. Turquie* (req. n°46221/99), arrêt du 12 mars 2003.
[758] *ibidem.*
[759] La Cour n'exclut pas que la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible puisse poser une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention : Cour eur. D.H., *Weeks c. Royaume-Uni* (req. n° 9787/82), arrêt du 2 mars 1987, *Ser.* A, No. 114 et les décisions de la Cour : Cour eur. D.H. (3ème sect.), *Sawoniuk c. Royaume-Uni* (déc.), n° 63716/00, 29 mai 2001, *Rec*. 2001-VI ; Cour eur. D.H. (3ème sect.), *Einhorn c. France* (déc.), n°71555/01, 16 octobre 2001, *Rec*. 2001-XI.
Voy. également : Conseil de l'Europe, Rapport général sur le traitement des détenus en détention de longue durée, Sous-comité n° XXV du Comité européen pour les problèmes criminels, Editions du Conseil de l'Europe, 1977, et la Résolution (76) 2 sur 'le traitement des détenus en détention de longue durée', adoptée par le Comité de Ministres du Conseil de l'Europe.

dignité humaine comme la Cour l'a indiqué à propos de l'éloignement d'un malade en phase terminale du Sida[760], en raison de '*considérations humanitaires impérieuses*'.

L'essentiel pour ce qui est de l'effectivité de la garantie de l'article 19 tient dans la protection juridictionnelle offerte à l'étranger, notamment au titre de l'article 13 de la CEDH, et dans la mise à disposition de procédures susceptibles de paralyser toute mise à exécution de l'éloignement. Ceci est vrai tout particulièrement en matière d'asile[761]. Pour n'en rester qu'au thème des mesures provisoires et du sursis à exécution de la décision d'éloigner, la jurisprudence de la Cour européenne a connu une inflexion remarquable. Après avoir refusé de condamner un Etat partie au motif qu'il ne se serait pas conformé à la demande de surseoir à l'exécution prononcée par la Cour au titre de l'article 39 de son règlement intérieur[762], la Cour a inversé les termes de son raisonnement. Condamnant la Turquie pour ne pas avoir respecté sa demande de surseoir à l'extradition d'étrangers qui faisaient état d'un risque de torture en Ouzbékistan, elle affirme 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. Dès lors, en ne respectant pas les mesures provisoires ordonnées par la Cour, la Turquie n'a pas respecté les obligations lui incombant au titre de l'article 34 de la Convention'[763].

[760] Cour eur D.H., *D. c. Royaume Uni*, arrêt du 2 mai 1997.
[761] Voir la recommandation (98)13 du Comité des ministres 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 CEDH.
[762] Cour eur. D.H., *Cruz Varas et autres c. Suède* (req. n° 15576/89), arrêt du 20 mars 1991, *Ser.* A, No. 201.
[763] Cour eur. D.H. (1ère sect.), *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* (req. n° 46827/99 et 46951/99), arrêt du 6 février 2003.

Article 20. Égalité en droit

Toutes les personnes sont égales en droit

I. Introduction

L'article 20 de la Charte énonce un principe cardinal de l'État de droit. C'est en effet un truisme de dire que le principe d'égalité en droit constitue l'un des fondements de la légalité, voire de la légitimité du pouvoir étatique. L'égalité en droit est intimement liée également à la dignité de l'être humain. D'où la proposition de certains membres de la Convention de suivre en substance l'exemple de la Déclaration universelle des droits de l'homme[764] et de placer le concept de l'' égale dignité ' de l'homme en tête de la Charte. Pour d'autres, le principe d'égalité pourrait faire l'objet d'un article 2, qui mettrait l'accent également sur l'égalité entre les hommes et les femmes en tant que norme essentielle de la conception contemporaine des droits fondamentaux. Cependant, l'approche qui a finalement prévalu au sein de la Convention a été de consacrer à l'égalité un chapitre distinct de la Charte, ce qui permettait de mettre en exergue la valeur de ce concept et d'en énoncer en même temps les différents aspects[765]. L'égalité en droit ne pouvait qu'être placée à la tête de ce chapitre.

L'article 20 pose un principe général de droit qui est inscrit dans toutes les constitutions européennes. Le principe en question est reconnu également dans plusieurs instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme. Il trouve des expressions multiples en droit communautaire, tout en étant appliqué par la CJCE à diverses reprises. Encore faut-il préciser la portée du principe d'égalité en droit, ainsi que ses limites.

II. Dispositions correspondantes dans les instruments universels et européens

1. Parmi les instruments à caractère universel qui consacrent le principe d'égalité en droit, on relèvera, tout d'abord, la Charte des Nations Unies dont l'article premier, paragraphe 3 inscrit ' le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ' parmi les buts de l'Organisation. La même formulation est reprise dans l'article 55 alinéa c), qui insiste également sur l'universalité et l'effectivité dudit respect. Ces dispositions ont constitué une source d'inspiration pour la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont le préambule se réfère à ' l'égalité des droits des hommes et des femmes ' proclamée dans la Charte, avant d'énoncer, dans son article premier, que : 'Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits '.

La Déclaration universelle a constitué, à son tour, l'assise des instruments conventionnels du système onusien, ainsi que le fondement conceptuel des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, en ce sens que pratiquement tous les instruments et systèmes en question non seulement s'inspirent de la Déclaration, mais analysent et développent les droits et libertés reconnus par celle-ci. Concernant plus particulièrement le principe d'égalité en droit, on rappellera notamment les dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'article 3 du Pacte aborde ce principe sous l'angle spécifique de l'égalité entre hommes et femmes[766]. L'article 26 revêt,

[764] A/Rés. 217 A (III) du 10 décembre 1948.

[765] Concernant les différentes propositions au sein de la Convention au sujet de la place à réserver au principe d'égalité, voy. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, p. 151-152.

[766] cf. sous cet angle également l'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966, *RTNU*, vol. 993, p. 3), ainsi que le Commentaire de l'article 23 de la Charte.

en revanche, une portée générale en énonçant, dans son premier alinéa, que : ' Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi '. Et la même disposition d'insister ensuite sur le principe de non-discrimination. Cette coexistence du principe d'égalité et de celui de non-discrimination dans une seule disposition démontre, si besoin en était, le lien intrinsèque entre les deux principes[767].

Dans cet ordre d'idée, il est significatif de noter que les conventions onusiennes de lutte contre la discrimination se réfèrent systématiquement au principe de l'égalité, rappelant les formulations susmentionnées de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle. C'est ainsi que le préambule de la Convention internationale sur l'élimination de la discrimination raciale commence en réaffirmant ' que la Charte des Nations Unies est fondée sur les principes de la dignité et de l'égalité de tous les êtres humains ', avant de citer les termes de la Déclaration universelle. Le préambule de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes débute par des considérants analogues[768]. Plus encore, la négation du principe d'égalité apparaît souvent comme l'élément par excellence de la définition de la notion de discrimination. Pour reprendre les termes de l'article premier de cette dernière Convention, ' l'expression 'discrimination à l'égard des femmes' vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quelque soit leur état matrimonial, *sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme*, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine '. Cette juxtaposition entre égalité et discrimination figure également dans les définitions contenues dans d'autres conventions à caractère universel[769]. Il apparaît par conséquent que le principe d'égalité constitue le socle sur lequel se fonde toute une série d'instruments tendant à combattre diverses formes de discrimination.

2. Une observation analogue vaut, en règle générale, au sujet de l'article 14 de la CEDH qui consacre le principe de non-discrimination. Égalité en droit et non-discrimination vont de pair dans la logique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, en ce sens que la deuxième présuppose, en principe, la première. Encore faut-il relever, cependant, que le principe d'égalité en droit n'est pas énoncé en tant que tel dans la Convention et que la Cour n'exclut pas nécessairement toute distinction de traitement, même lorsqu'il s'agit de situations analogues ou comparables. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Larkos*, qui résume bien une jurisprudence constante en la matière, ' une différence de traitement est discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou s'il n'y a pas un 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'. Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement '[770]. Cette approche nuancée ne semble pas pouvoir être affectée par l'adoption et la future entrée en vigueur du Protocole no 12 à la CEDH[771].

Celui-ci tend, on le sait, à généraliser l'application du principe de non-discrimination dans le système de la Convention, en lui conférant une portée autonome. Le préambule du Protocole énonce *expressis*

[767] cf. l'Observation générale n° 28 du Comité des droits de l'homme, 68e session (2000), NU doc. HRI/GEN/1/Rev. 5, p. 173, par. 4 et *passim*.
[768] Il en va de même du préambule de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime *d'apartheid*, New York, 30 novembre 1973, *RTNU*, vol. 1015, p. 243.
[769] cf. l'article 1 § 1 de la Convention internationale sur l'élimination de la discrimination raciale, l'article 1 § 1 de la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 25 juin 1958, *RTNU*, vol. 362, p. 31, ainsi que l'article 1 § 1 de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 14 décembre 1960, *RTNU*, vol. 429, p. 93.
[770] Cour eur. DH (G.C.), arrêt *Larkos c. Chypre* (req. n° 29515/95) du 18 février 1999, *Rec.* 1999-I, par. 29. Voy. aussi, à titre purement indicatif, Cour eur. DH, *Affaire linguistique belge c. Belgique* (fond) arrêt du 23 juillet 1968, *Sér.* A, No. 6, par. 10; Cour eur. DH, arrêt *Petrovic c. Autriche* (req. n° 20458/92) du 27 mars 1998, *Rec.* 1998-II, par. 30; Cour eur. DH (G.C.), arrêt *Sheffield & Horsham c. Royaume-Uni* (req. n° 22985/93 ; 23390/94) du 30 juillet 1998, *Rec.* 1998-V, par. 75; Cour eur. DH (G.C.), arrêt *Chassagnou et al. c. France* (req. n° 25088/94; 28331/95; 28443/95) du 29 avril 1999, *Rec.* 1999-III, par. 91.
[771] Rome, 4 novembre 2000, STE No.177.

verbis 'le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi'. C'est sur cette base, précisément, que les États signataires se disent résolus 'à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales'. Le rapport entre le principe d'égalité en droit et le principe de non-discrimination – relation qui sous-tend l'article 14 de la CEDH – devient explicite dans le préambule du Protocole no 12. Cela ne devrait pas entraîner, cependant, un revirement jurisprudentiel quant à l'interprétation précitée de la notion du traitement discriminatoire en tant que telle.

Parmi les instruments européens qui contiennent une référence explicite au principe d'égalité en droit on mentionnera également la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales[772]. L'article 4, paragraphe 1 de cette Convention exprime de façon devenue classique le principe en question en disposant que : 'Les Parties s'engagent à garantir à toute personne appartenant à une minorité nationale[773] le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi'. Et la même disposition d'énoncer ensuite l'interdiction de 'toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale'. La portée des principes combinés d'égalité et de non-discrimination est à interpréter suivant l'approche précitée de la Cour européenne des droits de l'homme; d'autant plus qu'en vertu de l'article 23 de la Convention-cadre ' [l]es droits et libertés découlant des principes énoncés dans la présente Convention-cadre, dans la mesure où ils ont leur pendant dans la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et ses Protocoles, seront entendus conformément à ces derniers'.

Dans le domaine des droits sociaux, on mentionnera tout particulièrement l'article 27 de la Charte sociale révisée[774], tendant à assurer 'l'exercice effectif du droit à l'égalité des chances et de traitement entre les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales et entre ces travailleurs et les autres travailleurs…'.

III. Droit communautaire et jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

Si les instruments universels et européens mentionnés ci-dessus ont certainement constitué une source d'inspiration pour les rédacteurs de la Charte, on ne saurait perdre de vue que le principe d'égalité en droit trouve des expressions multiples en droit communautaire, tant primaire que dérivé. Il est vrai que le principe en question apparaît souvent sous l'angle spécifique de l'égalité entre les hommes et les femmes ou combiné avec le principe de non-discrimination. Quitte à y revenir dans le commentaire des dispositions pertinentes de la Charte (articles 21 et 23), on soulignera d'ores et déjà le caractère transversal du principe d'égalité en droit communautaire. Cet élément est mis tout particulièrement en évidence dans l'article 3 du Traité CE. On sait, en effet, qu'après avoir défini les domaines d'action de la Communauté, la disposition en question stipule, dans le paragraphe 2, que : 'Pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes'. Le principe d'égalité sous-tend également l'article 13 du Traité CE, qui énonce le principe de non-discrimination, ainsi que d'autres dispositions du Traité et tout particulièrement l'article 34 (ex-article 40), paragraphe 2, alinéa 2, qui pose explicitement ce dernier principe dans le domaine de la politique agricole commune, en excluant ' toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté '. Partant des prescriptions du droit primaire, il était donc naturel que les principes en question apparaissent, plus ou moins explicitement et de plus en plus fréquemment, dans les domaines les plus divers du droit dérivé, tels que l'égalité entre les

[772] Strasbourg, 1er février 1995, STE No.157.
[773] Les termes ' toute personne appartenant à une minorité nationale ' tend à exprimer le fait – souligné d'ailleurs dans le rapport explicatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (paragraphe 13) – que la Convention protège des droits individuels, sans impliquer la reconnaissance de droits collectifs.
[774] Strasbourg, 3 mai 1996, STE No.163.

hommes et les femmes[775], le combat contre la discrimination d'origine raciale ou ethnique[776], l'égalité en matière d'emploi et de travail[777], les marchés publics[778], etc.

La jurisprudence de la CJCE a contribué de manière significative à cette expansion progressive du champ d'application des principes d'égalité et de non-discrimination en droit communautaire. Avant même la prolifération des références explicites à ces principes dans le droit primaire et le droit dérivé, la Cour de justice a puisé dans le système international de protection des droits de l'homme et dans les ordres juridiques internes des États membres en vue d'en dégager les principes d'égalité et de non-discrimination en tant que principes généraux du droit communautaire. Parmi les applications plus anciennes de ces principes, on relèvera notamment les arrêts de la Cour dans les affaires *Ruckdeschel*[779] et *Defrenne*[780]. Plus récemment, la Cour a été particulièrement explicite au sujet de la portée du principe d'égalité en estimant, dans l'affaire *Earl de Kerlast*, que : ' Selon une jurisprudence bien établie, l'article 40 [actuel article 34 du Traité CE], paragraphe 3, deuxième alinéa, qui vise, dans le cadre de la politique agricole commune, l'interdiction de discrimination, n'est que *l'expression spécifique du principe général d'égalité qui fait partie des principes fondamentaux du droit communautaire* '[781].

Il apparaît ainsi que la portée du principe d'égalité dépasse de loin les limites de la disposition citée par la Cour dans cette affaire pour s'appliquer en dehors du cadre de la politique agricole commune. En faisant partie de cette ' super-légalité ' que forment les principes généraux du droit communautaire, le principe d'égalité s'impose non seulement aux institutions dans l'élaboration et l'application du droit dérivé, mais aussi aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires[782]. En effet, s'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier la conformité des actes étatiques avec les principes généraux du droit communautaire – et du principe d'égalité en particulier – lorsque les États membres agissent dans le cadre des compétences qui leur sont réservées, les mesures adoptées dans le champ d'application du droit communautaire sont soumises, elles, au respect des principes en question. On aboutit ainsi à une interaction de plus en plus nourrie entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques internes des États membres.

La consécration du principe d'égalité dans la Charte des droits fondamentaux et sa future constitutionnalisation constituent le corollaire de ce long cheminement, tant sur le plan international qu'au sein de la Communauté, dont on a essayé de tracer les grandes lignes. Encore faut-il aborder maintenant les contours du principe.

IV. Contenu et limites du principe

[775] cf. 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, *J.O.C.E.* L 039 du 14.02.1976.

[776] cf. la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.* L 180 du 19.07.2000.

[777] cf. la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.* L 303 du 2.12.2000.

[778] cf. tout particulièrement la Directive 97/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement, *J.O.C.E.* L 328 du 28.11.1997. Ainsi qu'il a été jugé par la Cour de justice des Communautés européennes, ' le principe d'égalité de traitement … constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics ', (C.J.C.E. 18 juin 2002, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH*, C-92/00, *Rec*. I-5553, point 45).

[779] C.J.C.E., 19 octobre 1977, aff. jointes 117/76 et 16/77, *Rec*. p. 1753, point 7.

[780] C.J.C.E., 15 juin 1978, aff. 149/77, *Rec*. p. 1365, points 12 ss. Parmi les arrêts plus anciens, cf. également C.J.C.E., 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, *Rec*. p. 1405; C.J.C.E., 28 avril 1977, *Thieffry*, aff. 71/76, *Rec.* p. 765; et C.J.C.E., 9 juin 1977, *van Ameyde*, aff. 90/76, *Rec*. p. 1091.

[781] C.J.C.E., 17 avril 1997, aff. C-15/95, *Rec.* p. I-1961, point 35 (souligné par l'auteur).

[782] C.J.C.E., 24 mars 1994, *Bostock*, C-2/92, *Rec*. p. I-955, point 16; C.J.C.E., 13 avril 2000, *Karlsson*, C-292/97, *Rec*. p. I-2737, point 37.

À cet égard, il importe de noter, tout d'abord, qu'à l'instar de la plupart des dispositions d'autres instruments, mentionnées plus haut, l'article 20 de la Charte concerne l'égalité en droit et non pas l'égalité des conditions ou l'égalité des chances. Le souci de promouvoir une égalité de fait apparaît dans d'autres dispositions du chapitre sur l'égalité – et tout particulièrement dans l'article 23, paragraphe 2, qui porte sur les mesures positives en faveur du sexe sous-représenté –, ainsi que dans le chapitre sur la solidarité ou dans l'article 14 de la Charte, qui consacre le droit à l'éducation. Égalité en droit et égalité des chances sont loin d'être des notions identiques. Dans certaines conditions elles peuvent même être antinomiques, en ce sens qu'une stricte égalité en droit pourrait accroître les inégalités de fait. D'où la nécessité d'adopter parfois des mesures spéciales à caractère provisoire en vue de renforcer l'égalité effective[783].

Tout en portant exclusivement sur l'égalité en droit, l'article 20 s'applique à tous les droits qu'ils soient proclamés ou non dans la Charte. Contrairement à l'article 14 de la CEDH, qui entre en jeu en combinaison avec les autres droits reconnus par la Convention et ses Protocoles, l'article 20 de la Charte revêt une portée autonome. En cela, les rédacteurs de la Charte se sont inspirés davantage du Protocole no 12 à la CEDH que de l'article 14 de celle-ci. Par ailleurs, le champ d'application de l'article 20 ne se limite pas aux droits reconnus par la loi au sens strict du terme, mais s'étend à tout droit, quelle que soit sa source, sans préjudice, toutefois, de l'article 12 du Traité CE[784].

On remarque également que dans la jurisprudence de la CJCE les principes d'égalité et de non-discrimination sont mentionnés et appliqués le plus souvent de façon quasiment interchangeable[785]. Il est inutile d'insister sur le fait que les deux principes constituent, en règle générale, les deux faces de la médaille. Toutefois, dans le contexte du chapitre III de la Charte l'égalité en droit se présente comme le principe de base. La Convention n'a pas suivi l'exemple d'autres instruments internationaux et européens qui contiennent, on l'a vu, une seule disposition pour énoncer en même temps le principe d'égalité et celui de non-discrimination ou qui se réfèrent au premier dans le préambule. En consacrant une disposition distincte au principe d'égalité en droit, les rédacteurs de la Charte ont voulu souligner, semble-t-il, la valeur de ce principe en tant que norme de référence dont découlent les dispositions suivantes, qui la concrétisent et qui la complètent.

Il ne faudrait pas croire, cependant, qu'en adoptant cette approche la Convention a voulu conférer au principe d'égalité en droit un caractère absolu. Outre les différences de traitement entre les citoyens de l'Union et les ressortissants d'États tiers dans le domaine d'application du droit communautaire, les États membres et les institutions communautaires disposent d'une certaine marge d'appréciation dans l'application du principe d'égalité. En effet, ainsi qu'il a été affirmé à diverses reprises par la CJCE, le principe général d'égalité 'exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée'[786]. En d'autres termes, il appartient aux autorités compétentes de déterminer si les situations à réglementer sont comparables ou différentes et si une différentiation éventuelle de traitement est justifiée dans le cas d'espèce. Encore faut-il approfondir cette double exigence sous l'angle du principe de non-discrimination, énoncé dans l'article 21 de la Charte[787].

---

[783] Au sujet des mesures positives ou spéciales (*affirmative action*) voy. également le Commentaire de l'article 21 de la Charte.

[784] Cf. sur ce point l'article 21, paragraphe 2 de la Charte et le commentaire y relatif.

[785] On relèvera ainsi, à titre purement indicatif, que dans l'arrêt *Earl de Kerlast* la Cour évoque ' le principe d'égalité énoncé à l'article 40 [actuel article 34 du Traité CE], paragraphe 3, deuxième alinéa ', alors même que cette disposition se réfère, on l'a vu, à la non-discrimination (arrêt précité, point 34).

[786] Arrêt *Earl de Kerlast*, précité, point 35. Dans le même sens cf., parmi d'autres, C.J.C.E., 13 novembre 1984, *Racke*, aff. 283/83, *Rec*. p. 3791, point 7; C.J.C.E., 20 septembre 1988, *Espagne/Conseil*, aff. 203/86, *Rec.* p. 4563, point 25; et l'arrêt *Karlsson*, précité, point 39.

[787] Voy. le Commentaire de l'article 21 de la Charte. Cf. également les dispositions connexes des articles 22 et 23 de la Charte et les commentaires y relatifs.

Article 21. Non-discrimination

1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, 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.

2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite

I. Introduction

Le principe de non-discrimination découle du principe d'égalité dont il constitue le complément. Égalité et non-discrimination vont de pair non seulement dans les constitutions nationales des États membres, mais aussi dans les instruments internationaux et européens, y compris en droit communautaire. L'énoncé du principe de non-discrimination dans la Charte des droits fondamentaux est visiblement inspiré desdits instruments et tout particulièrement du Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). La jurisprudence des deux Cours européennes – la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme – a contribué de façon significative à éclaircir la portée du principe.

II. Dispositions correspondantes dans les instruments internationaux et européens

1. Instruments internationaux

À l'instar du principe d'égalité, celui de non-discrimination apparaît dans maints instruments universels et régionaux de protection des droits de l'homme. Partant de l'énoncé du principe de non-discrimination dans la Charte des Nations Unies[788] et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme[789], l'Organisation mondiale et les institutions spécialisées ont fait de la lutte contre les différentes formes de discrimination une priorité. Présenter, ne serait-ce que brièvement, les innombrables actions du système universel dans ce vaste chantier – actions qui se situent tant sur le plan normatif qu'au niveau opérationnel – irait bien au-delà des limites de ce bref commentaire. Pour les besoins de notre propos, il suffit de rappeler les instruments les plus significatifs en la matière et d'en dégager les traits saillants.

On mentionnera ainsi, tout d'abord, l'action soutenue de l'Organisation mondiale dans le domaine de la lutte contre la discrimination raciale. Adoptée suite à la Déclaration de l'Assemblée générale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[790], la Convention internationale sur le même thème[791] constitue toujours le point de référence des activités onusiennes en la matière[792]. Le

[788] Cf. les articles 1, paragraphe 3 et 55, al. c) de la Charte.
[789] A/Rés. 217 A (III) du 10 décembre 1948, article 2.
[790] A/Rés. 1904 (XVIII) du 20 novembre 1963.
[791] Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, New York, 21 décembre 1965..
[792] Cf. également la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, New York, 30 novembre 1973; Convention internationale contre l'apartheid dans les sports, New York, 10 décembre 1985; Déclaration de la Conférence générale de l'UNESCO sur la race et les préjugés raciaux, Paris, 27 novembre 1978; ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance

champ d'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR) est défini de manière large puisqu'il vise ' toute distinction, exclusion, restriction ou préférence ' fondée non seulement sur la race et la couleur, mais aussi sur l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. La référence à ces trois derniers chefs de discrimination dans l'article 1er de la CEDR permet au Comité sur l'élimination de la discrimination raciale d'aborder, lorsque cela s'avère nécessaire, la situation de différents groupes ethniques – comme, par exemple, les Roms – ou d'autres groupes minoritaires, les discriminations éventuelles contre les étrangers[793] ou encore le traitement discriminatoire découlant des ' castes ' ou de systèmes de stratification sociale plus ou moins analogues[794]. Par ailleurs, la définition de la discrimination prohibée comprend non seulement la discrimination directe, mais également la discrimination dite indirecte ' dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique '. Au-delà de la protection non-discriminatoire des droits individuels énoncés dans l'article 5 de la CEDR, la mise en œuvre de celle-ci implique des obligations positives de la part des autorités étatiques, ainsi que, le cas échéant, l'adoption de ' mesures spéciales ' en faveur de certains groupes raciaux ou ethniques en vue de promouvoir une égalité effective. De telles mesures ne sont pas considérées discriminatoires, à condition qu'elles n'aient pas ' pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient '[795].

Un autre domaine d'action privilégié du système onusien concerne la lutte contre les discriminations à l'égard des femmes. Constituant aujourd'hui un aspect transversal des activités de ce système, le principe de non-discrimination entre les hommes et les femmes est garanti notamment dans l'article 3 des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme pour ce qui est de la jouissance des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels qui y sont énoncés. Les différentes implications de ce principe sont approfondies tout particulièrement dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[796]. La définition de la notion de discrimination dans l'article 1er de cette Convention rappelle celle de la disposition correspondante de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale puisqu'elle revêt une portée générale en englobant tant la discrimination directe que la discrimination indirecte ' dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine '. L'éventail des obligations positives des États contractants est très large. Celles-ci peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect du principe de non-discrimination jusque dans les relations des individus entre eux[797]. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes évoque, en outre, la question des ' mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes ' et réaffirme que l'adoption de telles mesures ne constitue pas, en principe, un acte de discrimination[798].

Les éléments principaux dégagés précédemment – prohibition de la discrimination directe et indirecte, obligations positives de l'État, adoption éventuelle de mesures spéciales – se retrouvent, plus ou moins explicitement, dans d'autres instruments universels qui visent à combattre les discriminations et l'intolérance dans les domaines de l'enseignement[799], de l'emploi et de la profession[800], dans le

---

qui y est associée (Durban, 2001), New York, Département de l'information de l'ONU, 2002. On rappellera, par ailleurs, que l'interdiction de la discrimination raciale constitue, selon la Cour internationale de justice, une obligation erga omnes (*Barcelona Traction (Belgique c. Espagne),* 5.2.1970, CIJ, Rec. 1970, par. 33).

[793] Dans les limites, toutefois, des paragraphes 2 et 3 de l'article 1er de la Convention, interprétés à la lumière de l'article 5.

[794] cf., sur ce point, la recommandation générale n° XXIX du Comité, concernant la discrimination fondée sur l'ascendance, dans NU doc. A/57/18 (2002), section XI F.

[795] Article 2, para. 2 de la Convention. cf. également l'article 1, para. 4.

[796] cf. également la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, A/Rés. 2263 (XXII) du 7 novembre 1967 et la Déclaration et le Programme d'action de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes (Beijing, 1995), NU doc. A/CONF.177/20.

[797] cf., à titre d'exemple, l'article 2, al. e) de la Convention.

[798] Article 4, paragraphe 1 de la Convention. Tout autre est la question des mesures spéciales relatives à la protection de la maternité, qui font l'objet du paragraphe 2 de la même disposition. Par définition, ces mesures n'ont pas un caractère temporaire.

[799] cf. la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 14 décembre 1960, RTNU, vol. 429, p. 93.

domaine religieux[801] ou à l'égard des personnes appartenant à des minorités[802]. Une clause de non-discrimination figure également dans la Convention sur les droits de l'enfant[803]. Elle peut être invoquée en relation avec les droits qui y sont garantis. Par ailleurs et au-delà de cette approche sectorielle, le principe de non-discrimination est énoncé en termes généraux dans l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que dans les articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Après avoir réaffirmé le principe d'égalité en droit, l'article 26 de celui-ci ajoute que ' la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation '. Il est significatif de noter que l'article 26 revêt une portée autonome en ce sens qu'il est applicable indépendamment de l'invocation d'un autre droit garanti par le Pacte[804]. Sur ce point, le Pacte était en avance sur la CEDH.

2. Conseil de l'Europe

On rappelle, en effet, que le principe de non-discrimination, tel qu'énoncé dans l'article 14 de la CEDH, s'applique uniquement en relation avec les autres droits et libertés garantis par celle-ci. Ainsi qu'il a été affirmé à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme ' [l]'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour 'la jouissance des droits et libertés' qu'elles garantissent '. Toutefois, la Cour a nuancé sa position en ajoutant que l'article 14 peut entrer en jeu même sans violation des autres clauses normatives ' et, dans cette mesure, possède une portée autonome '. Il ne saurait, néanmoins, trouver à s'appliquer ' si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses '[805].

On sait que le but du Protocole no 12 à la CEDH, énoncé dans le préambule, est de généraliser, précisément, l'interdiction de la discrimination. À l'instar de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'application de l'article 1er dudit Protocole ne dépendra plus de l'invocation simultanée d'une autre clause normative de la CEDH. Cette disposition stipule, en effet, que : ' La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation '. L'interdiction de la discrimination revêtira, par conséquent, une réelle autonomie par rapport aux droits et libertés garantis par la Convention et les autres Protocoles. Il suffira aux requérants de prouver qu'il est victime d'un traitement discriminatoire dans la jouissance de tout droit prévu par la loi nationale, le terme ' loi ' étant entendu dans son acception ' matérielle ' et non ' formelle ', conformément à la jurisprudence constante de la Cour[806]. Encore faut-il préciser que le traitement discriminatoire doit être imputable à ' une autorité publique quelle qu'elle soit ' (article 1, paragraphe 2), ce qui signifie que le champ d'application du 12ème Protocole ne s'étend pas aux

[800] cf. notamment la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 25 juin 1958, RTNU, vol. 362, p. 31. V. également la Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération, adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 29 juin 1951, RTNU, vol. 165, p. 303.
[801] A/Rés. 36/55 du 25 novembre 1981.
[802] A/Rés. 47/135 du 18 décembre 1992.
[803] New York, 20 novembre 1989, RTNU, vol. 1577, p. 3, article 2.
[804] Pour une vision globale de l'interprétation de l'article 26 du Pacte par le Comité des droits de l'homme, voy. l'Observation générale n° 28 de celui-ci, 68e session (2000), NU doc. HRI/GEN/1/Rev. 5, p. 173. Parmi les affaires les plus intéressantes examinées par le Comité sous l'angle de l'article 26, on citera les communications suivantes contre les Pays-Bas : Comité des droits de l'Homme, constatations sur les communications *Broeks*, communication No. 172/1984, *Zwaan de Vries*, communication No. 182/1984, *F.G.G.,* communication No. 209/1986, *P.P.C*., communication No. 212/1986, *R.T.Z*., communication No. 245/1987, *M.J.G.,* communication No. 267/1987.
[805] Cour eur. D.H., *Rasmussen c. Danemark* (req. n° 8777/79), arrêt du 28 novembre 1984, *Ser.* A, vol. 87 ; Cour eur. D.H., *Gayguzuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, *Rec*. 1996-IV, par. 36; Cour eur. D.H., *Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, *Rec*. 1997-I, par. 33.
[806] Cour eur. D.H., *Malone c. Royaume-Uni* (req. n° 8691/79), arrêt du 2 août 1984, *Ser.* A, vol. 82 ; Cour eur. D.H., *Kruslin c. France* (req. n° 11801/85), arrêt du 24 avril 1990, *Ser.* A, vol. 176 A.

relations entre particuliers[807]. Le Protocole se réfère, enfin, à la question des mesures tendant à ' promouvoir une égalité pleine et effective ', en réaffirmant que celles-ci ne contreviennent pas au principe de non-discrimination, ' à condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable '[808].

Parmi les instruments du Conseil de l'Europe pertinents en la matière, on mentionnera également la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, dont l'idée maîtresse est l'élimination des discriminations fondées sur l'appartenance à une telle minorité et la promotion d'une égalité effective entre les personnes faisant partie d'une minorité nationale et celles de la majorité[809]. Par ailleurs, dans l'explication du Praesidium de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE[810], la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine[811] est nommément citée en tant que source d'inspiration des rédacteurs de ladite disposition. Dans son article 11, la Convention en question interdit, en effet, toute discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques. Dans le domaine des droits sociaux, enfin, on relèvera tout particulièrement l'article 20 de la Charte sociale révisée[812], relatif au droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe[813].

La source d'inspiration directe de l'article 21 de la Charte a été l'article 13 CE. L'introduction de cette disposition par le Traité d'Amsterdam reflète l'importance que le principe de non-discrimination a acquise progressivement en droit communautaire. Tout ce qui a été dit précédemment sur le caractère transversal du principe d'égalité et sur la portée de celui-ci en tant que principe général du droit communautaire vaut mutatis mutandis pour le principe de non-discrimination, d'autant plus que dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, égalité et non-discrimination apparaissent comme les deux faces de la médaille[814].

III. Énoncé du principe et champ d'application de l'article 21 de la Charte

L'article 21, paragraphe 1 de la Charte constitue une évolution par rapport à ses sources d'inspiration puisqu'il allonge la liste des discriminations explicitement prohibées, tout en élargissant le champ d'application du principe.

1. Les clauses de non-discrimination

En examinant rétrospectivement les clauses de non-discrimination contenues dans les instruments précités, on constate une tendance générale à multiplier les motifs des discriminations qui sont expressément interdits. Toutefois, le libellé exact de ces listes – y compris l'ordre par lequel sont mentionnés les fondements de traitements discriminatoires – dépend de plusieurs facteurs :

[807] Il n'est pas exclu, toutefois, qu'une autorité publique soit tenue responsable de son propre comportement à l'occasion d'agissements discriminatoires d'un particulier.
[808] 3ème considérant du préambule.
[809] Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Strasbourg, 1er février 1995, STE n° 157, artile 4; rapport explicatif, para. 38-41.
[810] Mise à jour des explications relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux, 9 juillet 2003, CONV 828/03.
[811] Oviedo, 4 avril 1997, STE n° 164.
[812] Strasbourg, 3 mai 1996, STE n° 163.
[813] cf. également l'Annexe à la Charte sociale révisée, Partie V, article E, qui précise que : ' Une différence de traitement fondée sur un motif objectif et raisonnable n'est pas considérée comme discriminatoire '. On relèvera aussi la décision du Comité européen des droits sociaux sur la Réclamation No.6/1999 par le Syndicat national des professions du tourisme c. France, affirmant que ' l'article 1 par. 2 de la Charte révisée oblige les États qui l'ont accepté à protéger de façon efficace le droit pour les personnes qui travaillent de gagner leur vie par un travail librement entrepris. Cette obligation implique notamment l'élimination de toute discrimination dans l'emploi quel que soit le statut juridique de la relation professionnelle ' (C.E.D.S., *Syndicat national des professions du tourisme c. France,* (recl. coll. n° 6/1999), déc. (bien fondé) du 10 octobre 2000).
[814] Voy. le Commentaire de l'article 20 de la Charte.
Dans le même sens cf également : Cour eur. D.H. (1ère sect.), *Karner c. Autriche* (req. n° 40016/98), arrêt du 24 juillet 2003, *Rec*. 2003-IX, par. 37 ss.

historiques, politiques, juridiques, sensibilités ou spécificités régionales, nouveauté des problèmes due à l'évolution de la science, etc. Il n'est certainement pas fortuit, par exemple, que dans les textes onusiens la référence à la race et à la couleur vient systématiquement en première place, avant le sexe, alors que l'inverse est vrai pour les textes européens. L'omniprésence de minorités en Europe explique sans doute l'insistance des textes européens sur la prohibition des discriminations fondées sur l'appartenance à une minorité nationale, alors que cette référence fait défaut dans les instruments conventionnels universels. Le vieillissement de la population européenne et les problèmes qui en découlent semblent être à l'origine de la mention de l'âge dans les textes européens les plus récents. Par ailleurs, les dangers que le progrès scientifique pourrait receler dans certaines circonstances ont fait l'objet de préoccupations exprimées par plusieurs comités d'éthique en Europe; d'où l'interdiction explicite de la discrimination fondée sur le patrimoine génétique dans la Convention précitée du Conseil de l'Europe sur la biomédecine et dans l'article 21 de la Charte. Enfin, bien que les discriminations liées à l'orientation sexuelle soient particulièrement dures dans certaines régions du monde, la référence explicite à ce motif dans l'article 13 CE et dans la Charte[815] s'expliquerait à la fois par le rôle précurseur de certains États membres de l'UE en la matière et par l'action soutenue de sensibilisation menée par des organisations non gouvernementales, tout particulièrement en Europe.

La liste des discriminations expressément prohibées qui figure dans l'article 21, paragraphe 1 de la Charte est plus riche que celle des dispositions correspondantes des autres instruments précités, puisqu'elle comprend pas moins de quinze rubriques. Comme dans la plupart desdits instruments, la liste de l'article 21 est non exhaustive[816]. Lors des travaux préparatoires, d'aucuns ont, dès lors, soulevé la question de son utilité, tout en proposant une formule courte et catégorique, suivant laquelle ' toute discrimination est interdite '. Malgré sa conformité avec la litote rédactionnelle de la Charte, cette formulation n'a pas été retenue pour ne pas donner l'impression d'une régression par rapport à la tendance signalée précédemment au sujet de la prolifération des références explicites à des discriminations prohibées[817].

2. Champ d'application de l'article 21, paragraphe 1 de la Charte

Au sujet du champ d'application de l'article 21, paragraphe 1 de la Charte, on remarque, tout d'abord, qu'à l'instar du Protocole no 12 à la CEDH le principe de non-discrimination revêt une portée autonome, en ce sens que son application n'est pas liée à l'invocation d'un autre droit reconnu dans la Charte. L'article 21 interdit ' toute discrimination ' à l'égard de tout droit, quellequ'en soit la source.

Cette interdiction générale englobe non seulement les discriminations directes, mais aussi les discriminations indirectes, c'est-à-dire celles qui résultent de dispositions, critères ou pratiques apparemment neutres qui mettraient dans une position désavantageuse des personnes ayant des caractéristiques particuliers, sans qu'il y ait une justification objective, un but légitime et un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif visé[818]. Prouver l'existence d'un motif discriminatoire s'avère parfois particulièrement difficile, notamment lorsqu'il s'agit d'une discrimination indirecte. D'où l'importance de réglementer la charge de la preuve de manière favorable à la victime présumée, ainsi qu'il est prévu dans les directives du Conseil qui sont presque

[815] Lors des travaux préparatoires du 12e Protocole à la CEDH, la référence éventuelle à l'orientation sexuelle a été discutée pour être finalement écartée. cf., toutefois, Cour eur. D.H. (4ème sect.), *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (req. n° 33290/96), arrêt du 21 décembre 1999, *Rec.* 1999-IX, dans lequel il est affirmé ' qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention (…) une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant ' (par. 36).

[816] cf., en revanche, l'article 13 du Traité CE dont la liste est exhaustive. Ceci semble s'expliquer par le fait que cette disposition ne constitue pas simplement une clause de non-discrimination, mais confère en même temps des compétences à la Communauté dans des domaines jugés prioritaires.

[817] cf. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, p. 155.

[818] cf. les définitions contenues dans l'article 2 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 (*J.O.C.E.* L 180 du 19.07.2000, p. 22) et dans l'article 2 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 (*J.O.C.E.* L 303 du 02.12.2000, p. 16).

contemporaines à l'adoption de la Charte, à savoir la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique[819] et la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[820].

On notera également que, contrairement au Protocole no 12, l'article 21 de la Charte ne précise pas que le traitement discriminatoire doit être imputable à une autorité publique. On peut soutenir, par conséquent, que l'article 21 produit également un effet ' horizontal ' en s'appliquant directement aux relations entre particuliers[821]. En toute hypothèse, l'article 21 peut impliquer des obligations positives à la charge des autorités publiques visant au respect du principe de non-discrimination jusque dans les relations des individus entre eux.

IV. Contenu et limites du principe

1. La double exigence du principe de non-discrimination.

Le plus souvent, le principe de non-discrimination trouve à s'appliquer lorsqu'il est allégué un traitement différencié de situations similaires ou comparables. Cependant, le cas de figure inverse tombe, lui aussi, sous le coup d'application du principe en question. Un traitement identique ou similaire de situations différentes, s'il manque de justification objective et raisonnable, constituerait une violation du principe de non-discrimination. En d'autres termes, il ne suffit pas de traiter de manière égale des cas analogues; encore faut-il ne pas procéder à un nivellement simplificateur de situations qui sont en réalité différentes.

Cette double exigence de la non-discrimination a été mise en évidence par la Cour de justice des Communautés européennes depuis longue date[822]. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté la même approche à l'occasion de l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*. Elle a estimé qu'un traitement différent, infligé arbitrairement à des personnes se trouvant dans des situations analogues, ne constitue pas ' la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14 [de la CEDH]. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes '[823].

À partir de l'approche commune des deux Cours européennes, il devient évident que l'application du principe de non-discrimination implique des pondérations, parfois délicates, quant à la similitude ou la différence des situations à traiter. Lorsque deux situations ne sont pas identiques, la question de savoir si elles sont ' analogues ' ou pas ne peut être répondue qu'*in concreto,* en tenant compte de tous les facteurs pertinents. L'analogie ou la différence entre deux situations concrètes est souvent une question de degré. D'où la nécessité de reconnaître aux autorités compétentes une certaine marge d'appréciation. Celle-ci doit être ' objective ' et elle doit ménager ' un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la [CEDH] '[824]. Est interdit, en revanche, tout traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif, non pas un élément objectif, mais ' une caractéristique personnelle (…) par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres '[825].

---

[819] Directive précitée, article 8.
[820] Directive précitée, article 10.
[821] Un tel effet est prévu explicitement dans l'article 3, par. 1 des directives du Conseil 2000/43/CE et 2000/78/CE (précitées).
[822] C.J.C.E., 17 avril 1997, *Earl de Kerlast*, C-15/95, *Rec*., p. I-1961, point 35. Dans le même sens cf., parmi d'autres, C.J.C.E., 13 novembre 1984, *Racke*, aff. 283/83, *Rec*., p. 3791, point 7; C.J.C.E., 20 septembre 1988, *Espagne/Conseil*, aff. 203/86, *Rec*., p. 4563, point 25; et C.J.C.E., 13 avril 2000, *Karlsson*, C-292/97, *Rec*., p. I-2737, point 39.
[823] Cour eur. D.H. (G.C.), *Thlimmenos c. Grèce* (req. n° 34369/97), arrêt du 6 avril 2000, *Rec*. 2000-IV, par. 44.
[824] Cour eur. D.H., *Affaire linguistique belge (fond)* (req. n° 1474/62), arrêt du 23 juillet 1968., *Ser.* A, No. 6, p. 44, par. 7.
[825] Cour eur. D.H., *Kjeldsen, Busk Madsen & Pedersen c. Danemark* (req. n° 5095/71), arrêt du 7 décembre 1976, *Ser.* A, No. 23, par. 56.

La difficulté qui existe parfois de se prononcer clairement sur la similitude relative ou la différence plus ou moins sensible entre deux situations, et d'en tirer les conséquences juridiques, a amené les deux Cours à nuancer les exigences du principe de non-discrimination. Il n'est pas exclu, en effet, que des situations à d'autres égards analogues puissent être traitées différemment si cette distinction bénéficie d'une ' justification objective et raisonnable ', si elle poursuit un ' but légitime ' et s'il existe ' un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé '. Les autorités compétentes jouissent, à cet égard, ' d'une certaine marge d'appréciation '[826]. Un raisonnement analogue vaut, *mutatis mutandis*, pour l'hypothèse inverse, à savoir le traitement plus ou moins similaire de situations à d'autres égards différentes[827].

On observe, toutefois, que l'étendue de cette marge d'appréciation se rétrécit, d'après la jurisprudence pertinente, au fur et à mesure de l'importance accordée actuellement en Europe à l'élimination de tout traitement différencié fondé sur un motif particulier. Ainsi qu'il a été affirmé à maintes reprises par la Cour européenne des droits de l'homme, la CEDH est un ' instrument vivant ' qui doit être interprété à la lumière des conditions d'aujourd'hui. Et la Cour de constater que ' les États membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. (…) Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage '[828]. Des considérations analogues valent a fortiori pour les distinctions fondées sur le sexe. Partant du constat que ' la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe ', la Cour exige que les autorités produisent ' des raisons impérieuses justifiant une différence de traitement ' dans ce domaine[829].

2. Les limites découlant de l'article 21, paragraphe 2 de la Charte.

Le paragraphe 2 de l'article 21 introduit une limite à la mise en œuvre du principe de non-discrimination dans le domaine d'application du droit communautaire. En effet, ' toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite ', certes, ' sans préjudice ', toutefois, ' des dispositions particulières [du Traité CE et du Traité UE] '. En d'autres termes, les traitements discriminatoires entre ressortissants d'États membres sont prohibés. Cependant, un traitement différencié entre ressortissants d'États membres – ou ressortissants d'États tiers qui tombent exceptionnellement sous le coup d'application du droit communautaire – et nationaux de pays non-membres n'est pas considéré discriminatoire s'il résulte de l'application des traités susmentionnés et du droit dérivé. Ainsi qu'il est souligné dans l'explication de l'article 21, le paragraphe 2 ' correspond à l'article 12 CE et doit s'appliquer conformément à celui-ci '.

Peut-on y voir un élément de tension entre le droit communautaire et l'article 14 de la CEDH ou les autres instruments internationaux qui interdisent les discriminations fondées sur la nationalité? La réponse doit être négative. Ainsi qu'il a été jugé par la Cour européenne des droits de l'homme, le traitement préférentiel consenti aux ressortissants communautaires repose sur une justification ' objective et raisonnable ' tenant à la participation des États membres à ' un ordre juridique

[826] Cour eur. D.H. (G.C.), *Larkos c. Chypre* (req. n° 29515/95), arrêt du 18 février 1999, *Rec*.1999-I; Cour eur. D.H. (G.C.), *Chassagnou et autres c. France* (req. n° 25088/94), arrêt du 29 avril 1999, *Rec*. 1999-III.
Les critères énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme dans ces arrêts sont mentionnés expressément dans le paragraphe 23 du préambule de la Directive du Conseil 2000/78/CE (précitée) pour justifier, le cas échéant et ' dans des circonstances très limitées ', des différenciations de traitement dans le domaine de l'emploi, liées à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle. Cf. également le paragraphe 19 du même préambule et l'article 3, paragraphe 4 de la directive au sujet de dérogations relatives à l'emploi dans les forces armées des États membres, liées à un handicap ou à l'âge et motivées objectivement par la nécessité de maintenir la capacité de ces forces. Cf. également le paragraphe 18 du préambule et l'article 4 de la Directive 2000/43/CE (précitée).
[827] cf. les arrêts de la C.J.C.E. cités supra.
[828] Cour eur. D.H., *Inze c. Autriche* (req. n° 8695/79), arrêt du 28 octobre 1987, *Ser.* A, No. 126.
[829] Cour eur. D.H., *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Rec*. 1998-II, para. 37; Cour eur. D.H., *Van Raalte*, arrêt du 21 février 1997, *Rec*. 1997-I, para. 42.

spécifique '[830]. Toute autre approche risquerait d'ébranler l'édifice communautaire en constituant une entorse à son idée maîtresse, à savoir l'intégration européenne.

Encore faut-il souligner que les limites résultant de l'article 21, paragraphe 2 de la Charte (et de l'article 12 CE) valent uniquement dans le domaine d'application du droit communautaire et non pas en dehors de celui-ci. On rappellera à cet égard que, conformément à l'article 1er de la CEDH, les droits et libertés reconnus par la Convention et par les Protocoles sont garantis à ' toute personne ' relevant de la juridiction des États parties, c'est-à-dire aux citoyens et aux non-citoyens, y compris les réfugiés et les apatrides. Par ailleurs, l'article 21, paragraphe 2 de la Charte concerne les distinctions de traitement fondées exclusivement sur la nationalité et non pas sur d'autres motifs. Ainsi qu'il est stipulé dans le préambule de la Directive 2000/43/CE, l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique ' doit également s'appliquer aux ressortissants de pays tiers, mais elle ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité ' (par. 13). Une disposition analogue figure dans le préambule de la Directive 2000/78/CE (par. 12).

3. Les ' mesures positives ' ne constituent pas des discriminations.

Une autre question qui mérite d'être clarifiée plus avant à cet endroit concerne les mesures spéciales ou positives (affirmative action), adoptées à titre provisoire afin de promouvoir une égalité pleine et effective. En doctrine, ce genre de mesures est souvent qualifié de ' discrimination positive ', non seulement par ceux qui y sont défavorables pour des raisons de principe, mais aussi – assez curieusement, du reste – par ceux qui l'acceptent, voire qui en sont les défenseurs. Or, la qualification de ' discrimination positive ' n'apparaît dans aucun texte international ou européen et elle est malheureuse puisqu'elle induit en erreur quant à la nature desdites mesures. On rappelle, en effet, que les instruments internationaux qui s'y réfèrent – et ils sont nombreux[831] – précisent expressis verbis que les mesures en question ne constituent pas des discriminations, à condition qu'elles soient temporaires et qu'elles soient abrogées aussitôt les buts poursuivis atteints.

L'ordre juridique communautaire ne fait pas exception à ce schéma. Dans son article 23, portant sur l' égalité entre hommes et femmes, la Charte des droits fondamentaux elle-même stipule que ' [l]e principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ' (paragraphe 2). Sans aucunement vouloir empiéter sur le commentaire de cette disposition, il suffit de relever que celle-ci reprend, dans une formule plus courte, l'article 141, paragraphe 4 CE et qu'elle constitue une étape importante d'un long cheminement[832], tendant à donner progressivement chair et os à un principe d'importance cardinale – l'égalité entre hommes et femmes – en vue de l'inscrire à terme dans la réalité quotidienne partout en Europe.

Par ailleurs, des dispositions spécifiques sur l' *action positive* figurent également en droit dérivé. On mentionnera à cet égard les directives susmentionnées du Conseil 2000/43/CE et 2000/78/CE. Selon les dispositions pertinentes de ces directives, l'action positive se traduit par le maintien ou par l'adoption de mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race, à l'origine ethnique, à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle, et qui visent à 'assurer la pleine égalité dans la pratique'[833].

---

[830] Cour eur. D.H., *Moustaquim c. Belgique* (req. n° 12313/86), arrêt du 18 février 1991, *Ser.* A, No. 193, par. 49.

[831] cf. supra. Cf. également l'article 4 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (précitée).

[832] Amorcé par la Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre 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, *J.O.C.E.* L 39 du 14.02.1976, p. 40. Parmi les arrêts les plus importants de la C.J.C.E. en la matière : C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, *Rec*., p. I-3051; C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, *Rec*., p. I-6363; et C.J.C.E., 28 mars 2000, *Badeck e.a.,* C-158/97, *Rec*., p. I-1875.

[833] Article 5 de la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000; article 7 de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 (précitées).

Pour utiliser les termes précités de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit là d'un ' traitement préférentiel ', certes, qui bénéficie, cependant, d'une justification ' objective et raisonnable ' – existence de désavantages – et qui poursuit un ' but légitime ', à savoir la promotion de l'égalité effective. Encore faut-il que les mesures positives soient ' proportionnées au but poursuivi '. Les autorités compétentes disposent d'une certaine marge pour apprécier si ces conditions sont réunies, tout en étant soumises au contrôle international. Il en va de même au sujet du moment adéquat pour mettre fin à ces mesures. Il est évident, en effet, qu'une fois l'égalité de fait atteinte le maintien de mesures positives manquerait de justification objective et de but légitime. C'est ce qui résulte clairement, du reste, des dispositions susmentionnées des instruments internationaux qui se réfèrent à la question.

Il apparaît ainsi que les conditions qui s'appliquent généralement pour savoir si un traitement différencié est discriminatoire ou pas – justification objective et raisonnable, but légitime, proportionnalité – s'appliquent également et de la même façon en matière de mesures positives. On comprend difficilement, par conséquent, la grande polémique qu'a suscitée cette question, notamment outre atlantique. Les mesures positives se sont avérées particulièrement utiles pour l'élimination progressive des inégalités de fait entre hommes et femmes. Si elles sont adoptées dans le respect des conditions susmentionnées, elles peuvent constituer un élément de réponse adéquat aux phénomènes discriminatoires persistants d'origine raciale ou ethnique, dans le domaine de l'emploi, etc

Article 22. Diversité culturelle, religieuse et linguistique

L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique

I. Contenu de l'article 22 de la Charte

L'article 22 est le rescapé d'une longue discussion sur la protection des minorités au sein de l'Union européenne. Alors que le Présidium s'était à l'origine abstenu de faire des propositions en ce domaine en raison de l'opposition de plusieurs Etats membres dont la France, il avait été saisi par voie d'amendements de l'insertion de dispositions favorables à une clause sur la protection des minorités nationales[834]. En outre, on percevait bien que le prochain élargissement allait introduire dans l'Union des Etats membres qui avaient après bien des difficultés, trouver des solutions à la question de la protection des minorités nationales. Ces solutions furent souvent le produit de compromis douloureux, acquis avec le concours de l'Union, dans la perspective de l'élargissement. La protection des minorités nationales ne figurait-elle pas parmi les prérequis politiques à l'élargissement. Dans ces conditions, comment une Union qui imposait à ses futurs membres de respecter les droits des minorités nationales, pouvait-elle refuser d'inclure ces mêmes droits dans sa Charte des droits fondamentaux. On fera valoir que la question des minorités était une condition pour que ces Etats atteignent un équilibre politique interne compatible avec l'adhésion tandis que, dans les anciens Etats membres, les problèmes minoritaires présentaient un risque bien moins grave de déstabilisation. Ce serait négliger l'impact, par exemple, de la situation en Irlande du Nord ou en Corse. Une fois de plus, pour reprendre la formule évangélique, l'Union aurait imposé à autrui ce que ses Etats membres ne s'imposaient pas à eux-mêmes.

Il fallait trouver une solution et la seule manière de bâtir un compromis était de prendre appui sur le droit existant et de se garder d'aller au-delà. Comme le précisent les explications, le texte s'appuie sur l'article TUE qui, dans son paragraphe 3, indique que 'L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres'. Dès lors que, en vertu des normes internes, une identité nationale est reconnue comme étant multiculturelle, le respect de ce multiculturalisme s'impose à l'Union. La seconde source a été trouvée dans l'article 151, paragraphe 1 et 4 du traité CE. Cet article relatif à la politique de la culture fixe comme objectif prioritaire à l'Union : 'l'épanouissement des cultures des Etats membres', ce qui n'exclut pas qu'un Etat membre puisse être multiculturel. Cette préoccupation est étendue par le paragraphe 4 à toutes les politiques de l'Union puisqu'il impose à la Communauté de tenir compte 'des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du traité, afin de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures'. Ainsi étaient couvertes tant la diversité culturelle que la diversité linguistique. On aurait pu ajouter dans les sources l'article 21 qui impose à l'Union de communiquer avec les citoyens dans leur langue. Enfin, l'article 149 relatif à l'éducation vise expressément, dans son paragraphe 1 la diversité culturelle et linguistique comme objectif de cette politique. Restait la question de la diversité religieuse. Faute de support dans le traité, les auteurs de la Charte se sont appuyés sur une déclaration jointe à l'acte final d'Amsterdam selon laquelle 'l'Union respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les Etats membres (déclaration nº11). Moins que d'une reconnaissance du pluralisme religieux, il s'agit d'une reconnaissance des législations religieuses des Etats membres. On pourrait également citer la compétence reconnue à la Communauté, dans l'article 13 CE, pour prendre des mesures en vue de combattre la discrimination fondée notamment sur la religion. Enfin, l'article 10 de la Charte reconnaît la liberté religieuse et l'article 14 qui concerne l'éducation garantit le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs

[834] voir le texte de Mme Kaufman, Charte 4089/00 ou l'intervention de M. Ofner lors d'une des ultimes séances de la Convention, doc. 4958/00.

convictions religieuses. En outre, l'article 21 de la Charte prohibe, parmi d'autres motifs de discrimination, celles fondées notamment sur la religion, la langue ou l'appartenance à une minorité nationale.

Cet ensemble de sources d'origines diverses devait convaincre les plus réticents que les dispositions de l'article 22 ne faisait que refléter le droit positif. Il ne s'agissait pas de la reconnaissance d'un droit nouveau ce qui a rendu cet article acceptable par tous. En outre, le texte se limite à consacrer un principe et l'attitude exigée de l'Union est fondée sur le respect de la diversité, ce qui signifie que, dans ses interventions, l'Union doit éviter de porter atteinte à celle-ci. Cette situation est différente de celle qui résulte des articles relatifs à l'enseignement ou la culture en vertu desquelles la Communauté doit promouvoir la diversité culturelle et linguistique. S'agissant de ces dernières, il existe donc une obligation de les respecter en application de la Charte et une compétence pour les promouvoir en application du traité CE. S'agissant de la diversité religieuse, seule existe l'obligation de la respecter en application de la Charte, obligation qui est confortée par les articles de la Charte sur la liberté de conscience et sur le droit à l'éducation.

II. La Convention européenne des droits de l'homme

La convention européenne ne contient aucune disposition comparable à l'article 22. La jurisprudence de la Cour repose essentiellement sur l'article 14 de la convention qui interdit la discrimination dans l'exercice des droits garantis. Elle est donc sans grande pertinence pour l'interprétation et l'application de l'article 22. On peut néanmoins rappeler l'arrêt du 23 juillet 1968 sur la discrimination linguistique[835] et l'arrêt du 25 août 1996 sur le mode de vie particulier des tziganes[836] (Buckley c/ R.U.) de même que l'arrêt du 18 janvier 2001 sur la même question[837].

III. Le droit communautaire

Ici encore, la jurisprudence est rare et porte sur des questions qui touchent à la liberté religieuse comme l'arrêt Prais qui concerne la fixation des dates de concours certains jours en contradiction avec les obligations religieuses des candidats[838]. La vraie question qui pourrait se poser est celle de savoir si un Etat peut invoquer la diversité culturelle comme une raison impérieuse lui permettant de se soustraire aux obligations qui découlent du traité ou de la législation communautaire. La question a été évoquée par la Cour. Ainsi, à propos de l'ouverture des magasins le dimanche, la Cour a estimé qu'une interdiction pouvait répondre à certaines 'particularités socioculturelles nationales ou régionales dont l'appréciation appartient, en l'état actuel du droit communautaire aux Etats membres'[839]. Mais, en l'espèce, comme la mesure n'affectait pas les échanges intra-communautaires, elle n'a pas approfondi son analyse. De même, à propos de la législation néerlandaise sur la publicité télévisée qui comportait des restrictions à la liberté des services, la Cour a constaté que cette législation était justifiée par le maintien de la diversité culturelle et religieuse et qu'ainsi elle contribuait au pluralisme de la presse[840]. Mais, le problème est envisagé par la Cour davantage sous l'angle de la liberté d'expression que sous celui du pluralisme, ce dernier étant considéré comme l'une des conditions de la liberté d'expression.
La législation communautaire relative au pluralisme culturel et linguistique est généralement composée d'action d'encouragement puisque les bases juridiques applicables à l'éducation et à la culture ne permettent pas d'harmonisation des législations. On peut faire référence à cet égard au programme Culture 2000, aux mesures insérées dans les programmes Socrates et Leonardo da Vinci en ce qui concerne l'enseignement et l'apprentissage des langues ou aux actions proposées par la

[835] Cour Eur. D.H., *Affaire ' relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique ' c. Belgique* (req. n° 1474/62), arrêt du 23 juillet 1968, *Ser.* A, No. 6.
[836] Cour Eur. D.H., *Buckley c. Royaume-Uni* (req. n° 20348/92), arrêt du 25 septembre 1996.
[837] Cour Eur. D.H. (G.C.), *Chapman c. Royaume-Uni* (req. n° 27238/95), arrêt du 18 janvier 2001, *Rec.* 2001-I.
[838] C.J.C.E, 27 octobre 1976, *Prais*, Aff. 130/75, *Rec.* p. 1589.
[839] C.J.C.E., 23 novembre 1989, *Torfaen*, C-145/88, *Rec.* p. 3851.
[840] voir notamment C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, *Rec*. p. I-4007.

Commission à la suite de l'année européenne des langues en 2001. La directive 89/552/CEE du 30 juin 1987 sur la télévision sans frontières est sans doute le texte le plus proche de l'article 22 dans la mesure où il prévoit un système de quotas d'œuvres européennes afin de préserver la création, et donc la diversité culturelle, et où il permet aux Etats membres, dans son article 8, d'avoir des exigences plus strictes afin d'assurer la diversité linguistique.

Article 23. Egalité entre hommes et femmes

L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération.

Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

I. Introduction

L'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) dispose que le principe d'égalité entre hommes et femmes trouve à s'appliquer à la fois dans ' tous les domaines ' et dans des domaines spécifiques tels l'emploi, le travail et la rémunération. L'alinéa 2 de l'article 23 de la Charte autorise des dérogations au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes par des mesures dites de ″discrimination positive″ en faveur du sexe sous-représenté. L'article 23 de la Charte doit par ailleurs se lire à l'aune des articles 20 et 21 de la Charte qui consacrent respectivement les principes d'égalité en droit et de non-discrimination.

II. Champ d'application général du principe de l'égalité entre hommes et femmes

1. Introduction

L'égalité de traitement entre hommes et femmes constitue un principe fondamental de l'Union européenne. Dans ce domaine, les objectifs de l'Union européenne sont doubles et visent à la fois l'intégration de la ' dimension de genre ' dans toutes les politiques et actions communautaires (*gender mainstreaming*) et la réalisation d'actions spécifiques en faveur des femmes en vue d'éliminer les inégalités structurelles persistantes[841]. Comme le souligne la Commission européenne, il ne suffit pas de limiter les efforts de promotion de l'égalité à la mise en œuvre de mesures spécifiques en faveur des femmes, mais 'de mobiliser explicitement en vue de l'égalité, l'ensemble des actions et politiques générales, en introduisant dans leur conception de façon active et visible l'attention à leurs effets possibles sur les situations respectives des femmes et des hommes '[842]. Le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi, par exemple, implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement dans des domaines tels que les conditions d'accès à l'emploi, l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle et de formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail, les conditions de licenciement, la rémunération, l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs[843]. Parallèlement à l'intégration de cette dimension de genre, des actions spécifiques en faveur des femmes demeurent nécessaires.

[841] Voir la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 7 juin 2000, V*ers une Stratégie-cadre communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005)*, COM(2000) 335 final. La Stratégie-cadre présentée par la Commission pour la période 2001-2005 établit un cadre d'action prévoyant la contribution de toutes les activités communautaires à l'objectif de suppression des inégalités et de promotion de l'égalité entre hommes et femmes.

[842] Extraits de la Communication de la Commission européenne du 21 février 1996*, Intégrer l'égalité de chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires*, COM(96) 67 final.

[843] Nouvel article 3 de la Directive 76/207/CEE du Conseil 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 tel que modifié par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, *J.O.C.E*. L 269 du 05.10.2002, p. 15.

2. Le 'gender mainstreaming' ou l'égalité transversale en droit international et européen

L'application du principe d'égalité entre hommes et femmes ' dans tous les domaines ', qui se traduit par son caractère transversal, est reconnu par de nombreux instruments internationaux et européens. Il est consacré par la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes (CEDF-1979) et par son Protocole additionnel de 1999 qui constituent des instruments fondamentaux dans ce domaine. L'article 1 de la CEDF définit la discrimination à l'encontre des femmes comme étant :

> Toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.

Le principe d'égalité entre les sexes est réaffirmé, de façon générale, par l'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP – 1966) et par l'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC-1966) qui stipulent que les Etats parties s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir des droits garantis dans ces instruments. Le principe d'égalité des sexes est également protégé par les interdictions générales de discrimination de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH-1950) - développées dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[844] – et du Protocole Additionnel n°12 à la CEDH.

Dans le cadre de l'Union européenne, le principe de l'égalité entre hommes et femmes fut reconnu, dès le début, en matière de rémunération. Les principes d'égalité de traitement et d'égalité des chances ont ensuite été appliqués de façon plus générale et forment maintenant la base d'un large acquis communautaire dans de nombreux domaines. L'article 2 CE prévoit que ' la Communauté a pour mission (…), de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté (…) l'égalité entre les hommes et les femmes (…) '. L'article 3 CE déclare que pour toutes les actions visées par l'article 3, ' la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes '. La promotion de l'égalité entre hommes et femmes constitue donc un objectif général de la Communauté européenne.

3. L'interdiction des discriminations indirectes

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a souligné que le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe s'applique également aux situations de discriminations indirectes. Il est généralement admis qu'il y a discrimination indirecte dès lors qu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion considérablement plus importante de personnes d'un sexe, à moins que le but poursuivi par l'application de cette disposition, critère ou pratique soit objectivement justifié, et que les moyens pour l'atteindre soient appropriés et nécessaires. L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales. Pour déterminer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le cadre des relations professionnelles, la CJCE dispose qu' ' il convient de procéder à une évaluation séparée de chacun des éléments qui caractérisent les conditions d'exercice d'une activité professionnelle résultant d'une réglementation déterminée, pour autant que ces éléments constituent en eux-mêmes des mesures spécifiques fondées sur des critères d'application propres et affectant un nombre significatif de personnes qui appartiennent à une catégorie

[844] Voir par exemple : Cour eur.D.H., arrêt *Karlheinz Schmidt c. Allemagne* (req. n° 13580/88) du 18 juillet 1994 (au sujet de l'exercice de la profession de sapeur pompier par des femmes).

déterminée '[845]. C'est ainsi, par exemple, que la Cour a considéré que constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, la clause d'une convention collective qui prévoyait que le travail à temps plein prédéterminait la promotion professionnelle[846].

4. L'apport du Traité d'Amsterdam en matière d'égalité entre les sexes

Le Traité d'Amsterdam a sensiblement renforcé le fondement juridique de l'action communautaire dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes en introduisant dans le droit communautaire les recommandations de la Déclaration de Pékin et de la Plate-forme d'action de la 4ème Conférence mondiale sur les femmes de 1995. Les dispositions du traité d'Amsterdam sur l'égalité ainsi que l'article 6 du Traité sur l'Union européenne (anciennement article F) transcrivent l'engagement de la Communauté dans le sens de l'intégration d'une 'dimension de genre', en faisant de l'égalité entre hommes et femmes une tâche spécifique de la Communauté ainsi qu'un objectif horizontal de toutes les tâches communautaires.

Comme mentionné précédemment, le principe du *gender mainstreaming,* ou le principe de l'égalité transversale, impliquent de prendre systématiquement en compte les différences entre les conditions, les situations et les besoins des femmes et des hommes dans l'élaboration, l'interprétation et l'application de toutes les normes et de toutes les politiques communautaires, y compris en matière de droits fondamentaux. Cette approche intégrée marque un changement important dans l'approche communautaire de l'égalité entre les sexes. Elle a été réaffirmée dans la Stratégie-cadre communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005). Par ailleurs, comme le principe d'égalité entre hommes et femmes constitue une des missions de la Communauté, celle-ci peut également prendre des mesures sur base de l'article 13 CE pour lutter contre les discriminations dans ce domaine[847].

III. Champs d'applications spécifiques du principe de l'égalité entre hommes et femmes

1. Le principe d'égalité pour les travailleurs salariés et indépendants.

1.1. Le principe d'égalité en matière d'emploi et de travail en droit international et européen

L'article 23 de la Charte requiert explicitement que le principe d'égalité entre les hommes et les femmes soit assuré en matière d'emploi, de travail et de rémunération. L'emploi et le respect du principe d'égalité entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi sont des domaines clés de l'égalité des chances. Ce principe est inscrit à l'article 11 de la CEDF, à l'article 3 du PIDESC qui garantit l'égalité de droits entre hommes et femmes dans les domaines couverts par le Pacte, en ce compris le droit au travail (article 6 du PIDESC) et par les articles 20 de la Charte sociale européenne et de la Charte sociale européenne révisée. Au niveau communautaire, ce principe est repris au paragraphe 16 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et, surtout, à l'article 137§1 CE qui dispose que la Communauté soutient et complète l'action des Etats membres dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail. La directive 76/207/CEE du 9 février 1976 prévoit la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail en vue d'éliminer toute forme de discrimination, directe ou indirecte dans ces domaines. L'application du principe est étendue aux

[845] C.J.C.E., 6 avril 2000, *Jørgensen*, C-226/98, *Rec*., p. I-2447. Voir aussi C.J.C.E., 15 décembre 1994, *Stadt Lengerich et a. c. Helmig et a*., C-399/92, *Rec*., p. I-5727 et C.J.C.E., 9 février 1999, *Seymour Smith et Pérez c. Royaume-Uni*, C-167/97, *Rec*., p. I-623.
[846] C.J.C.E., 7 février 1991, *H. Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-184/89, *Rec*., p. I-297.
[847] Il faut toutefois noter à ce sujet, que 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, (voir le Commentaire de l'article 21 de la Charte), ne concerne pas explicitement les situations de discrimination fondées sur le sexe mais vise, entre autres, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

hommes et aux femmes exerçant une activité indépendante, y compris agricole, ainsi qu'à leur conjoint, par la directive 86/613/CEE.

Récemment, la question de l'obligation pour les Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail a fait l'objet d'une nouvelle directive. La Directive 2002/73/CE modifie la Directive 76/207/CEE pour prendre en considération à la fois les dispositions introduites par le traité d'Amsterdam (article 4, 13 et 141 § 3 CE) et la jurisprudence de la CJCE en la matière. Cette nouvelle directive consolide certaines des avancées réalisées par la CJCE notamment, en définissant les notions de discriminations directes et indirectes et en incluant le harcèlement dans la définition même de la discrimination au travail. La directive prévoit aussi la protection des personnes apportant leur soutien aux victimes de discrimination ou de harcèlement. Elle protège les travailleurs contre les discriminations même après la fin de la relation de travail. Elle développe la protection des droits liés à la maternité et à la grossesse et permet la mise en œuvre de mesures dites de 'discrimination positive'. Un des autres apports importants de la Directive 2002/73/CE consiste dans l'exigence d'installer un organisme indépendant chargé de lutter contre les discriminations fondées sur le sexe, à l'instar de ce qui est organisé dans le cadre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Toutefois, l'interdiction de toute exclusion ou restriction de l'accès à certaines professions, requise par le Parlement européen, n'a pas été retenue.

1.2. L'interdiction du harcèlement et du harcèlement sexuel au travail

Bien que l'article 26 de la Charte Sociale européenne révisée consacrait déjà le droit à la dignité au travail et soulignait l'importance de la sensibilisation, de l'information et de la prévention en matière du harcèlement sexuel sur le lieu de travail, l'article 2 de la Directive 2002/73/CE définit et interdit, pour la première fois, le harcèlement et le harcèlement sexuel en tant que discriminations fondées sur le sexe. Le harcèlement est défini par la directive 2002/73/CE comme étant ' la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant '. Quant au harcèlement sexuel, il vise ' la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant '. À cet effet, il faut souligner que ces formes de discrimination se manifestent non seulement sur le lieu de travail, mais également à l'occasion de l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle. Auparavant et suite à la résolution du Conseil du 29 mai 1990 concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail, la Commission adressa une recommandation aux Etats membres[848], les incitant à prendre des mesures de prévention du harcèlement sexuel au travail et de ses conséquences, qui portent atteinte aux principes de dignité et d'égalité. Le Code pratique de la Commission qui accompagne cette recommandation, fournit des lignes directrices aux employeurs, aux syndicats et aux travailleurs pour prévenir tout harcèlement sexuel et garantir la mise en œuvre rapide de procédures propres à résoudre le problème et à éviter sa répétition[849].

2. Le principe d'égalité en matière de rémunération.

Dans le cadre de l'affaire Defrenne c. Sabena, la CJCE a rappelé que le principe de l'égalité de rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins faisait partie des fondements de la Communauté[850] et que l'expression ' même travail ' signifiait un travail de la même valeur[851]. Le principe de l'égalité de rémunérations implique donc la garantie d'un salaire égal pour un travail égal ou pour un travail de même valeur. Ce principe est consacré par la Convention de l'Organisation

[848] Recommandation 92/131/CEE de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, *J.O.C.E.* L 49 du 24.02.1992, p. 1.
[849] Code de pratique de la Commission visant à combattre le harcèlement sexuel, *J.O.C.E.* L 49 du 24.02.1992.
[850] C.J.C.E, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, aff. 43/75, *Rec*., p. 455.
[851] C.J.C.E., 15 décembre 1994, *Stadt Lengerich et a c. Helmig et a*, C-399/92, *Rec*., p. I-5727.

internationale du travail (OIT) sur l'égalité de rémunération (C.100 de 1951) et par la Recommandation de l'OIT sur l'égalité de rémunération (R.90 de 1951). Il fait aussi l'objet de l'article 23§2 de la DUDH, de l'article 11§1(d) de la CEDF, des articles 4§3 et 20(c) de la Charte sociale européenne révisée et de l'article 7(a)(i) du PIDESC qui dispose que les Etats parties reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment une rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs ' un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune '. Ce principe est solidement établi par la directive 75/117/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. Cette directive imposait déjà la règle de 'salaire égal pour un travail de valeur égale' avant que cette notion ne soit ensuite introduite par le Traité d'Amsterdam, dans l'article 141 § 1 CE dont l'effet direct a été souligné par la CJCE dans l'arrêt Murphy et a. c/ An Bord Telecom Eireann[852]. Le principe d'égalité de rémunération a fait l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour de justice et constitue dès lors une partie essentielle et indispensable de l'acquis communautaire concernant la discrimination fondée sur le sexe. Quant au contenu même de la rémunération, la Cour a précisé que le principe d'égalité doit être respecté pour chacun des éléments de la rémunération respectivement accordée aux hommes et aux femmes et non pas globalement au niveau de l'ensemble des avantages consentis aux uns et aux autres[853]. Elle s'est aussi fermement opposée à toute discrimination indirecte dans ce domaine[854].

IV. Autres champs d'application du principe d'égalité entre hommes et femmes.

Le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, tel que protégé à l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, trouve à s'appliquer dans de nombreux autres domaines non explicitement mentionnés dans cette disposition. Ainsi le principe d'égalité de traitement trouve à s'appliquer en matière de sécurité sociale. Il implique aussi la promotion de la représentation égalitaire des femmes dans les organes de décision et de l'utilisation renforcée des fonds structurels pour soutenir les actions visant à la suppression des inégalités et à la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes. L'existence de discriminations particulièrement visibles entre les femmes et les hommes dans le domaine des biens et des services, y compris en matière de logement, a également conduit l'Union européenne à envisager une action dans ce domaine. C'est ce que vise la proposition de directive du Conseil, du 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[855]. La proposition de directive interdit par exemple, l'utilisation du sexe comme critère dans le calcul des primes et des prestations à des fins d'assurance et autres services financiers. La directive proposée confirme l'intention de la Commission européenne d'interdire la discrimination fondée sur le sexe en dehors du marché du travail. Le droit et les politiques communautaires règlementent également les mesures relatives au travail à temps partiel, la question de l'égalité dans l'éducation et la formation et l'intégration du principe d'égalité dans les politiques de coopération au développement. De plus, les mesures de protection de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes ne doivent pas défavoriser les femmes sur le marché du travail ni porter atteinte aux directives en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes. Une partie de ces questions sont traitées dans le commentaire relatif à l'article 33 de la Charte et à la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle.

1. Le principe d'égalité de traitement en matière sociale.

[852] C.J.C.E., 4 février 1988, *Murphy et a c. An Bord Telecom Eireann*, aff. 157/86, *Rec*., p. 673.
[853] C.J.C.E., 17 mai 1999, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, aff. 262/88, *Rec*., p. I-1889.
[854] C.J.C.E., 15 décembre 1994, *Stadt Lengerich et a. c. Helmig et a*, C-399/92, *Rec*., p. I-5727.
[855] Proposition de Directive du Conseil mettant en oeuvre 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. Cette directive fut par la suite adoptée : Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services

Les articles 3 et 9 du PIDESC garantissent l'égalité de droits entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Le principe de l'égalité de traitement implique ici l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne notamment, le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes, l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations, le calcul des prestations et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations. Mais il ne doit cependant pas faire obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité. L'article 11§1(e) de la CEDF reconnaît explicitement aux femmes le droit, sans discrimination, aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés. La Charte sociale européenne révisée consacre quant à elle, le droit à l'égalité de chances et de traitement en matière de protection contre le licenciement (article 20(a)). A ce sujet nous renvoyons au commentaire de l'article 30 de la Charte. Au niveau communautaire ce sont les directives 79/7/CEE et 86/378/CEE[856] qui prévoient la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cadre des régimes légaux de sécurité sociale et dans le cadre des régimes professionnels de sécurité sociale. Le contenu et la portée de ce principe ont été développés à la fois dans la jurisprudence de la CJCE et de la Cour européenne des droits de l'Homme[857].

2. Représentation des femmes dans les organes de décision.

La participation équilibrée des hommes et des femmes dans la prise de décision au niveau politique, économique et social, constitue également une des nombreuses applications du principe de l'égalité. La question de la participation politique des femmes a depuis longtemps fait l'objet de normes contraignantes des Nations Unies. Ainsi, par exemple, l'article 2 de la Convention sur les droits politiques de la femme de 1952, dispose que les femmes seront, dans des conditions d'égalité avec les hommes, éligibles à tous les organismes publiquement élus. Son article 3 établit que les femmes auront, dans des conditions d'égalité, le même droit que les hommes d'occuper tous les postes publics et d'exercer toutes les fonctions publiques. L'article 7 de la CEDF impose également que les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans la vie politique et publique du pays. L'article 25 du PIDCP est rédigé dans un but similaire. L'objectif poursuivi par le programme d'action de Pékin est d'aboutir à une participation égale entre les femmes et les hommes à tous les niveaux de pouvoir et de prise de décision. C'est également le but de la Résolution du Conseil du 27 mars 1995 et de la Recommandation du Conseil du 2 décembre 1996[858] qui recommandent aux Etats d'adopter une stratégie intégrée d'ensemble en vue de promouvoir la participation équilibrée des femmes et des hommes aux processus de décision. C'est aussi ce que vise la Recommandation du Conseil concernant la participation équilibrée des femmes et des hommes aux processus de décision[859], dans laquelle le Conseil recommande aux États membres ' de promouvoir un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes à tous les niveaux des fonctions gouvernementales; de prévoir, de mettre en oeuvre ou de développer un ensemble cohérent de mesures favorisant l'égalité dans la fonction publique ainsi que d'encourager le secteur privé à renforcer la présence des femmes à tous les niveaux décisionnels, notamment par l'adoption ou dans le cadre de plans d'égalité et des programmes d'action positive '. Cependant, l'application du principe d'égalité entre hommes et femmes dans les sphères de pouvoir et de prise de décisions est loin d'être réalisée dans tous les pays de l'Union européenne.

[856] Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.C.E.* L 6 du 10.01.1979, p. 24.
Directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, *J.O.C.E.* L 225 du 12.08.1986, p. 40, modifiée par la Directive 96/97/CE du Conseil, du 20 décembre 1996, *J.O.C.E.* L 46 du 17.02.1997, p. 20.

[857] Voir par exemple : C.J.C.E., 17 mai 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Rec*., p. I et C.J.C.E., 9 février 1982, *Eileen Garland c. British Rail Engineering Ltd*, 12/81, *Rec*., p.359 ; Cour eur. D.H., *Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, *Rec*. 1997-I.

[858] Recommandation 96/694/CE du Conseil du 2 décembre 1996 concernant la participation équilibrée des femmes et des hommes aux processus de décision, *J.O.C.E.* L 319 du 10.12.1996, p. 11.

[859] Recommandation du Conseil du 2 décembre 1996 concernant la participation équilibrée des femmes et des hommes aux processus de décision, *J.O.C.E.* L 319 du 10.12.1996, p. 11.

3. L'égalité dans l'éducation, la formation et la science

L'article 10 de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes impose aux Etats parties de prendre ' toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes afin de leur assurer des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'éducation '. Cette disposition souligne en particulier la nécessité d'assurer cette égalité en matière d'orientation professionnelle, d'accès aux études et d'obtention de diplômes, d'accès aux programmes, d'octroi des bourses et autres subventions pour les études ainsi qu'en matière d'accès aux programmes d'éducation permanents. C'est également ce que visent l'article 20 (a) de la Charte sociale européenne révisée et la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002[860] modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre 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.

4. L'égalité dans les fonds structuraux

En 1996, le Conseil a adopté une résolution concernant l'intégration de la dimension de l'égalité des chances entre femmes et hommes dans le cadre des Fonds structurels européens[861] dans laquelle les Etats sont invités à tirer pleinement parti des possibilités existantes en matière de programmation dans le cadre des différentes formes d'intervention des fonds structurels afin de promouvoir l'égalité des chances. Le Règlement (CE) n° 1260/1999 du Conseil du 21 juin 1999 portant dispositions générales sur les fonds structurels[862] impose aux Etats de tenir compte de la nécessité de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes lorsqu'ils mettent utilisent et évaluent l'utilisation des fonds structuraux. Le Règlement (CE) 1784/1999 du 12 juillet 1999 relatif au Fond social européen[863] requiert des États membres et de la Commission européenne qu'ils veillent à ce que la programmation et la mise en œuvre des actions financées par le Fonds au titre de tous les objectifs contribuent à promouvoir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes ainsi qu'à promouvoir l'insertion et le maintien sur le marché du travail des groupes et des personnes défavorisés[864].

5. La protection de la grossesse et de la maternité

voir le commentaire de l'article 33 de la Charte

6. La conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle

Voir le commentaire de l'article 33 de la Charte

7. Le travail à temps partiel

Voir le commentaire de l'article 33 de la Charte

[860] Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil 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, *J.O.C.E.* L 269 du 05.10.2002, p. 15.
[861] Résolution concernant l'intégration de la dimension de l'égalité des chances entre femmes et hommes dans le cadre des Fonds structurels européens, *J.O.C.E.* C 386 du 20.12.1996, p.1.
[862] Règlement (CE) n° 1260/1999 du Conseil du 21 juin 1999 portant dispositions générales sur les fonds structurels, *J.O.C.E.* L 161 du 26.06.1999, p. 1.
[863] Règlement (CE) no. 1784/1999 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 1999 relatif au Fonds social européen, *J.O.C.E.* L 213 du 13.08.1999, p. 5.
[864] Sur ce sujet, consulter aussi le Règlement (CE) n° 1257/1999 du Conseil du 17 mai 1999 concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) et modifiant et abrogeant certains règlements, *J.O.C.E.* L 160 du 26.06.1999, p. 80 ; Règlement (CE) n° 1783/1999 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 1999 relatif au Fonds européen de développement régional, *J.O.C.E.* L 213 du 13.08.1999, p.1 ; le Règlement (CE) n° 2369/2002 du Conseil du 20 décembre 2002 modifiant le règlement (CE) n° 2792/1999 définissant les modalités et conditions des actions structurelles de la Communauté dans le secteur de la pêche, *J.O.C.E.* L 358/49 du 31.12.2002, p. 49.

8. L'égalité de droits et responsabilités dans le mariage

Voir le commentaire de l'article 33 de la Charte

V. La charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

Le principe de l'égalité entre hommes et femmes, consacré par l'article 23 de la Charte, qui trouve à s'appliquer à la fois ' dans tous les domaines ' et dans les domaines de l'emploi, du travail et de la rémunération ne trouve évidemment tout son sens que s'il est appliqué en pratique et, si les personnes qui ont fait l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe disposent des moyens de protection juridique adéquats. Le respect du principe d'égalité dans le cadre des relations de travail est à la source de nombreux litiges qui reposent parfois sur des éléments et des motifs difficiles à prouver surtout dans les cas de discrimination indirecte. C'est pourquoi la jurisprudence de la CJCE[865] et, à son tour, la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe imposent, dans les litiges relatifs à des cas de discrimination fondée sur le sexe, la charge de la preuve à la partie défenderesse et donc souvent, à l'employeur. Ce que vise cette directive ce sont des situations relevant du droit communautaire relatif à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances dans les domaines professionnel et social, mais aussi les cas de discrimination portés devant toute juridiction civile ou administrative. La CJCE a ajouté que, pour être effectif, le principe de l'égalité de traitement suppose aussi qu'à chaque fois qu'il est violé, la réparation accordée au travailleur victime d'une discrimination soit suffisante au regard du préjudice subi[866].

VI. Le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté (paragraphe 2 de l'article 23 de la Charte).

L'article 4§1 de la CEDF, souligne que :

> L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination (…), mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints.

Les mesures de discrimination positive sont également autorisées par l'article 141§4 CE qui prévoit que :

> Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle .

La Déclaration n°28 annexée au Traité d'Amsterdam, relative à l'article 141§4 CE ajoute que lorsque les Etats adoptent les mesures visées à l'article précité, ils doivent avant tout viser à ' améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle '. Le principe est repris à l'alinéa 2 de l'article 23 de la Charte et à l'article 2§1 et 4 de la Directive 76/207/CEE qui vise des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale. La CJCE et la Cour européenne des droits de l'Homme ont rendus plusieurs décisions dans lesquels elles définissent et précisent les contours de la

[865] C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, *Rec*., p.3199.
[866] C.J.C.E., 22 avril 1997, *Draehmpaehl*, C-180/95, *Rec*. 1997, p. I-2195 et C.J.C.E., 2 août 1993, *Marshall*, C-271/91, *Rec*., p. I-4367.

notion de discrimination positive. Dans l'affaire Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen[867] la Cour a dénoncé le fait d'accorder automatiquement aux femmes une priorité absolue et inconditionnelle mais sans pour autant condamner la mise en œuvre d'actions positives en général : ' Ne constitue pas [une mesure de discrimination positive], une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion, car celle-ci va au-delà du développement de l'égalité des chances et lui substitue le résultat, l'égalité de représentation, auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité pourrait aboutir. ' Dans l'affaire Marschall[868], la Cour a reconnu que le droit communautaire autorise les États membres à prendre des mesures en faveur des femmes, en vue d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes mais elle en a clarifié les conditions dans l'Affaire Abrahmsson et Anderson v. Elisabet Fogelqvist[869]. Elle a souligné que les candidats masculins et féminins doivent avoir des qualifications égales ou presque égales et que la préférence automatique et absolue d'un candidat du sexe sous-représenté, qui a une qualification suffisante mais inférieure, est incompatible avec le principe d'égalité de traitement.

VII. Conclusion.

Le principe d'égalité entre hommes et femmes consacré par l'article 23 de la Charte couvre un champ matériel extrêmement large et trouve des expressions multiples en droit communautaire. Le texte même de la disposition rappelle que le principe d'égalité trouve à s'appliquer et qu'il doit être assuré ' dans tous les domaines '. L'article 23 de la Charte vise à la fois l'égalité de droits entre les femmes et les hommes mais également, leur égalité de fait et leur égalité de chances qui impliquent ' le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté '. Le principe d'égalité entre les sexes (appelé aussi parfois la *dimension de genre*, le *gender mainstreaming* ou le *principe de l'égalité transversale*) impose des obligations positives aux Etats puisqu'il implique de prendre systématiquement en compte les différences entre les conditions, les situations et les besoins des femmes et des hommes dans l'élaboration, l'interprétation et l'application de toutes les politiques communautaires. L'application et le respect de ce principe général de droit communautaire ne peuvent dès lors être effectifs que si la mise en œuvre du principe s'accompagne de mesures spécifiques provisoires et temporaires -dites de discrimination positive- qui visent à assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes. Depuis la création des communautés européennes, le principe d'égalité entre les sexes a fait l'objet d'une protection et de développements spécifiques en matière d'emploi et de rémunération, de protection sociale mais également dans les domaines de la promotion de la représentation égalitaire des femmes dans les organes de décision, du travail à temps partiel, de l'égalité dans l'éducation et la formation, des biens et des services, de l'intégration du principe d'égalité dans les politiques de coopération au développement et de l'utilisation renforcée des fonds structurels pour soutenir la promotion de l'égalité entre les sexes. L'Union européenne cherche aussi de plus en plus, à combattre d'autres formes de discrimination faisant obstacle à l'égalité des chances, au premier plan desquelles figurent la violence domestique et le trafic d'êtres humains.

[867] C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, *Rec*., p. I-3051. Voir aussi C.J.C.E., 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, *Rec*., p. I-2891; C.J.C.E., 6 juillet 2000, *Abrahmsspn et Anderson c. Elisabet Foegelqvist*, C-407/98, *Rec*., p. I-5539; C.J.C.E., 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, *Rec*., p. I-1875.
[868] C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, *Rec*., p. I-6363.
[869] C.J.C.E., 6 juillet 2000, *Abrahmsson et Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, C-407/98, *Rec*., p. I-5539.

Article 24. The rights of the child

1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests.

I. The rights-based, comprehensive approach – a new attitude towards children

The concept of the rights of the child has a relatively short history of recognition. The very first global, central treaty which, on an overall basis, regulates children's rights, came into force on 2 September 1990. The almost universally ratified UN Convention on the Rights of the Child reflects a balance between the rights and responsibilities of members of families, on the one hand, and the recognition of the child as a human being with evolving capacity in decisions affecting her or his life, on the other. This means that children are no longer considered as mere recipients of services or beneficiaries of protective measures but rather as rights-holders and participants in actions affecting them. The child-rights perspective leads to the empowerment of children. Thus, this new, modern approach to children, which is reflected in Article 24 of the Charter implies, among other things, that conditions must be created, in which children effectively can enjoy their rights. For that purpose, a long-term and sustainable improvement of children's living conditions is envisaged, which may include various actions by the state, the society and the family.

One of the major characteristics of the UN Convention on the Rights of the Child is that it upholds the universally accepted principle that *all* human rights, civil, political, economic, social and cultural are inherent to the human dignity of every child. They are indivisible, interdependent, interrelated and equally essential to the harmonious development of the child. The multi-disciplinary approach implies that all areas that are of relevance to children's lives, should be considered.

A comprehensive, holistic approach towards children's rights consists, furthermore, in interpreting the various rights of the Convention through its general principles such as non-discrimination, the best interests of the child and respect for the views of the child. This is of relevance in the application of the Charter on the basis of its Article 53.

II. Who is a child?

The definition of childhood is critical because it determines which specific rights attach to the status of a child. The majority of international instruments do not define the upper limits of childhood, *i.e. ,* the end of childhood or the attainment of adulthood. In a few treaties it varies according to the purpose or context, from 14 to 16 years of age and above.

Article 2(c) of the European Convention on contact concerning children (2003) stipulates that: 'a child means a person up to 18 years of age in respect of whom a contact order may be made or enforced in a State Party'.

Article 1 of the UN Convention on the Rights of the Child defines who is to be considered a 'child' for the purpose of the Convention. The threshold for the differentiation between childhood and adulthood is set at the age of 18 in order to extend the scope of the Convention to as large an age group as possible. Nevertheless, the provision admits a degree of flexibility in determining a lower age limit for specific purposes on the domestic level. Thus, everyone under eighteen is a child 'unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier'.

> The issue of minimum-age legislation is one of the most crucial aspects for the protection of children. Its objective is to protect children from being harmed, abused and exploited. Notwithstanding the consensus that there should be some congruity among the legal age limits for children with regard to different activities and that there should be some reasonable relationship between a particular age limit and the purpose it is supposed to serve, rights based upon age express a relativism, which can render them arbitrary and thus having discriminatory effects.

Children are, for example, not permitted to vote but they can be enlisted and conscripted into the armed forces. The minimum age for service in the military is often less than eighteen. The additional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflicts (2000) establishes 18 years of age as the minimum age for compulsory recruitment of children and of children taking a direct part in hostilities. Voluntary recruitment of those under 18 is, however, permitted under specific conditions.
Both the legal age of admission to employment or work[870] and the age of criminal responsibility[871] are, furthermore, considerably lower in municipal law than the age of eighteen.

III. Respect for the views of the child – the right to participation (art. 24(1))

One of the more radical achievements with respect to children's rights is the endorsement of the value of encouraging children's active participation in society through the involvement in community and in national decision-making. Another crucial dimension of the Convention on the Rights of the Child and Article 24(1) of the Charter is expressed through the principle of respecting and taking into consideration the views of the child. In order to know what is in the best interests of the child it is important to listen to her or him. This innovative approach underlines the respect for the child and for her or his autonomous personality. In order to fully meet the standards of modern ideas, states shall ensure that the child has the right to express her/his views freely in all matters affecting her/him and that these views must be respected and taken into account, *i.e.,* given due weight when policies are shaped, actions undertaken and results assessed.[872] This general principle of recognition of the child's developing autonomy rights is of fundamental importance. The evolving nature of childhood implies that children require, at different stages in their lives, a different degree of protection and participation.

Article 24(1) of the Charter, which has been inspired by Article 12(1) of the Convention on the Rights of the Child, stresses that children's autonomy, i.e., ability to act and to be in lesser degree dependent on the assistance or direction of others, stands in relation to their evolving capacities, i.e., 'in accordance with their age and maturity'. In other words, the provision reflects the idea that while parents/care-givers will have a leading role to play when the child is very young, it will decrease as the child grows older. There is consequently some limit to children's' capacity to effectively use their participatory rights.

[870] See the Commentary on Article 32 of the Charter, which prohibits child labour.
[871] In several European countries criminal responsibility has been attached from the time a child is, for example, eight years old, which implies that such a child may be prosecuted before an ordinary criminal court.
[872] See Article 12(1) of the Convention on the Rights of the Child and Article 1(2) of the European Convention on the Exercise of Children's Rights (1996).

Article 6 of the European Convention on contact concerning children of 15 May 2003 lays down that 'a child considered by internal law as having sufficient understanding shall have the right, unless this would be manifestly contrary to his or her best interests: to receive all relevant information; to be consulted; to express his or her views'. Moreover, § 2 of the same provision ascertains that 'due weight shall be given to those views and to the ascertainable wishes and feelings of the child'.

The right to have an opinion and participate in decision-making does not mean that children's views are the only ones to be considered. It simply means that with increasing capacity, it is reasonable that children gradually take over more and more responsibility for different areas of their own lives. In other words, the right to participate, to give opinions and views does not suggest having to take responsibility for choices with consequences the young person cannot understand or cannot handle. There must, thus, be a delicate balance between the rights to develop and participate and the right to protection. Adult responsibility in relation to participation rights would include ensuring ample opportunities for developing the necessary skills and expressing these rights according to ability.

Further, Article 24(1) of the Charter deliberately specifies that children 'may express their views freely', *i.e.,* they are entitled but are not obliged to. To express her/his views *freely* implies this to be done without constraint, pressure, influence or coercion.

The provision establishes, furthermore, that children should not only be seen but that they also have competence to be *heard*, *i.e.,* they should be consulted regarding decisions, which materially affect their lives, such as adoption, custody, change of name, education, etc. Apparently, this approach challenges traditional perceptions of children and aims at reversing traditional stereotypes of children, as they are often seen as mere dependants, incompetent and the property of their parents.

The hearing of the child plays an important role in the application of Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 (see *e.g.* § 19 in the preamble and Article 41 § 2(c)).[873]

The child may be heard either directly or through a representative or through an appropriate body, *e.g.,* an Ombudsperson for children. The personal appearance of the child before the existing body in the respective country is, in other words, not required. However, the national legislators should create appropriate participation mechanisms so that the viewpoints of the child is necessarily presented to the authority (in *e.g.* judicial and administrative proceedings[874]) taking decisions affecting the child. By incorporating the reference 'in matters which concern them' there is no longer a traditional area of exclusive parental or family decision-making.

Article 24(1) of the Charter refers furthermore to taking the child's views into consideration in accordance with his/her 'age and maturity', thereby reflecting the variety of national solutions in Europe. Some states using age as a criterion have adopted a higher age limit. Other European national legislators (this is the predominant tradition) settle maturity as the governing criterion for the hearing of the child rather than age. This legitimizes the opportunity of a court hearing for a broad range of children.

IV. The child-focused perspective – the principle of the best interests of the child (art. 24(2))

The endorsement of the principle of the best interests of the child internationally is one of the most progressive achievements in international law, since it recognizes the fact that the child is an individual, who has her or his own dignity protected, and that these interests must be promoted and

[873] Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000, *OJ* L 338 of 23.12.2003,. The Regulation entered into force on 1st August 2004 (Article 72) and it shall apply from 1st March 2005.

[874] The term 'administrative proceedings' is capable of wide application. It may include divorce and custody proceedings, care proceedings, disciplinary proceedings and proceedings determining the status of child asylum seekers.

respected. On the other hand, the child-centered approach, affirming among other things that childhood has a value in itself, is more in line with modern developments in international as well as national law.

Article 24(2) of the Charter is an umbrella provision, which reflects the above principle and indicates that in all actions relating to children, regardless of whether they are taken by public authorities, private institutions, courts of law, legislative or administrative authorities, the best interests of the child must be given a primary consideration. The principle of the best interests of the child applies to the institutions and bodies of the EU. Giving substance to the principle is, however, a difficult task, since its scope is very wide and its implications will vary over time and from one society to another. The principle also encourages finding the best solutions for the child in question, *i.e.,* determination of the best interests of the child on a case-by-case basis. This means that priority should be given not to any interest of the child but to her or his *best* interests. Factors competing for the core of best interests are many and a list would be almost endless, since it will depend on each particular factual situation. Included should, however, be the need for continuity, the risk of harm and the child's needs. The best interests of the child may also be identified with the help of the other rights covered by the Convention on the Rights of the Child as well as by the Charter. Even though the Convention does not indicate the weight to be given to each factor, the principles of non-discrimination[875], maximum survival and development, and respect for the child's own opinions must all be relevant to determining what the best interests of a child are in a particular situation. This might imply, for example, that in cases of divorce, custody of the child should not systematically and automatically be given to the mother when the child is below a certain age and to the father when the child is above a certain age.

In some situations there might be competing or conflicting interests. The principle of the best interests of the child then becomes decisive, *i.e.,* it is a criterion to be taken into account in the event of conflict between the child's various rights and the interests of others such as, for example, in a conflict between the child and her/his family or between the child and an institution responsible for his or her care. For this reason, the welfare of the child must be the first consideration in any decision affecting his or her care and upbringing. Consideration of the best interests of the child must embrace short as well as long-term considerations for the child.

Besides in family life, the best interests of the child should be given a primary consideration in, for example, education[876], health[877], social life, the administration of juvenile justice, the placement and care of children in institutions, asylum-seeking and refugee procedures as well as immigration, deprivation of liberty, adoption, housing, transport and environmental policies, in budgetary allocations, policy-making on employment etc.

[875] The Convention on the Rights of the Child rejects *e.g.* the very concept of the illegitimate child. Therefore, as regards the treatment of children born out of wedlock, any distinction based on legitimacy will amount to discrimination by reason of 'birth'. Children born outside marriage should, for example, be given the same succession rights as children born in wedlock. See also Human Rights Committee, Concluding Comments: France and Iceland, UN Doc. ICCPR/C/79/Add. 80, para. 25 and UN Doc. ICCPR/C/79/Add. 98, para. 11. In *Mazurek v. France* the European Court emphasized that it was wrong to penalize a child (*enfants adultérins*) for actions that were not his fault (Eur. Ct. H.R (3rd sect.) (Appl. No. 34406/97), judgment of 1 February 2000).

[876] Education is of fundamental importance to the proper development of the child's personality. See Convention on the Rights of the Child, General Comment CRC/GC/2001/1 on Education, as well as the Commentary on Article 14 of the Charter.

[877] Notwithstanding the aims of the European Unions' Daphne Programme (2000-2003) which clearly combats violence against children covering its physical, mental and social aspects, it seems that children continue to be exposed to serious corporal punishment at some point during their upbringing within the family as well as in pre-schools, in schools and in institutions, despite a legal ban. Daphne II extended the programme over the period 2004 -2008 (Decision 803/2004/EC of 21 April 2004 of the European Parliament and of the Council adopting a programme of Community action (2004 to 2008) to prevent and combat violence against children, young people and women and to protect victims and groups at risk, OJ L 143 of 30.04.2004, pp. 1-8). For the measures adopted by European Union, consult the comments prepared within the LIBE Committee of the European Parliament: http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/default-en.htm

V. The relationship between children and parents (Article 24(3))

The child enjoys special protection in the vertical parent-child-state relationship as well as in the horizontal child-parent relationship.

The UN Convention on the Rights of the Child emphasizes individual rights for children, but also recognizes and underlines the importance of the family and the responsibilities of parents as the primary care givers of the child (Article 18). The preamble declares, in addition, that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment. This implies among other things that governments should render appropriate assistance to parents/legal guardians in the performance of their child-rearing responsibility. This may include that proper child-care facilities and services as well as other institutional support should be made available to assist parents, who work outside the home, to raise their child.

Issues of guardianship and custody are important aspects of parental authority. Article 24(3) of the Charter, which has drawn inspiration from Article 9 of the Convention on the Rights of the Child, envisages the significance of maintaining on a regular basis a personal relationship and direct contact between the child and both her or his parents 'unless that is contrary to his or her interests'. Article 4(1) of the European Convention on contact concerning children lays down that 'A child and his or her parents shall have the right to obtain and maintain regular contact with each other'. Such contact may, however, only be restricted or excluded where necessary in the best interests of the child. The right of the child to maintain contact with both parents is a guiding principle for all decisions on rights of custody and rights of contact. This presupposes, among other things, organization of cross-frontier visitation in the case of children of couples living in different countries, control of the illicit transfer and non-return of children abroad[878], which usually arises in the context of the breakdown of the marriage or other relationship of the parents. There is, however, no coherent international structure to support the effective exercise of rights of contact, which is a source of problems such as chronic and costly litigations.[879]

In the case of separation, the Convention on the Rights of the Child (Article 9) indicates that a child's contact with both parents, should be guaranteed. Children sometimes lose the possibility to maintain contact with the non-residential parent for several reasons such as the parents' acrimonious relationship, too long distance from the other parent, etc. On the other hand, there is a risk that the right of the child too easily has been translated into the right of parents.

State Parties to the European Convention on contact concerning children are obliged to provide for and promote the use of at least three categories of safeguards and guarantees available in its internal law concerning contact between children and their parents. Safeguards and guarantees for ensuring that a contact order is carried into effect may in particular include, *e.g.,* the obligation for a person to provide for the travel and accommodation expenses of the child (Article 10 § 2(a)). Safeguards and guarantees for ensuring the return of the child or preventing an improper removal may include, *e.g.,* the surrender of passports or identity documents, charges on property etc. (Article 10 § 2(b)).

States are, moreover, obliged to prevent children from being separated from their families against their will unless the separation is judged necessary for the best interests of the child (Article 9(1) and (3) of the Convention on the Rights of the Child). The State may intervene in the family relationship by, for example, removing a child from the family home in order to protect his/her rights and freedoms, since

[878] The European Convention on contact concerning children obliges the competent authorities in the State Parties where a child at the end of a period of trans-frontier contact based on a contact order is not returned, to ensure, upon request, the child's immediate return (Article 16(1)).

[879] The 1996 Hague Convention offers some hope of achieving a coherent legal framework for decision-making concerning cross-frontier contacts. Questions on parental responsibility as well as protective measures against child abduction are envisaged in the Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000, OJ L 338 of 23.12.2003 (See *e.g.* Article 10 and 12).

her/his position is weaker. In the spirit of modern values and international human rights standards this may be the case when parents cannot meet the children's needs, *e.g.,* when there is lack of care, neglect and abuse of the child. The provision presupposes, in other words, responsible parenthood as a solid basis for the parent-child relationship and together with the principle of the best interests of the child, a guarantee against external intervention.

In interpreting the human rights instruments, the various convention institutions often follow an dynamic approach to interpretation, rather than a static one. This means that the concepts used in the relevant treaties are to be understood in the context of, *e.g.,* the democratic European society today. Even though the case-law of the Strasbourg institutions refers to attaining a proper balance between the rights of the child and the rights of the parents/legal guardians and the European Court has begun to refer more frequently to the Convention on the Rights of the Child[880] in its argumentation, the application of the ECHR remains adult-focused in this respect.[881]

The jurisprudence of the European Court affirms, however, persons other than parents having family ties with a child the right to apply for contact with a child[882] Also Article 5(1) of the European Convention on contact concerning children, clearly provides that 'subject to his or her best interests, contact may be established between the child and persons other than his or her parents having family ties with the child'. Family ties in the context of this treaty means 'a close relationship such as between a child and his or her grandparents or siblings, based on law or on a *de facto* family relationship' (Article 2(d)).

Likewise, family life is not brought to an end by a decision to remove a child into public care. There exists a right to contact with the child to have arrangements made for the child to be returned.[883]

Nevertheless, there is no consistency in the interpretation of Article 8 of the European Convention, where conflicts are settled, as regards the right of a parent to respect for family life and the right of the child to respect for private life. On the one hand, the European Court has in several cases underlined that when children have been taken into public care, the overriding assumption has been that any measures should be consistent with the aim of ultimate reunification with the natural parents. In other words, restricting parental rights of contact once children are in care may endanger family relations.[884] On the other hand, occasionally, *e.g.* in one case dealing with competing interests when considering the termination of parental contact, the Court arrived at the conclusion that the harmonious development (welfare) of the child is the primary consideration and it attached considerable weight to the interests of the child.[885]

From the above said it is apparent that the European Court is clear in its jurisprudence in so far as the breakdown of an adult couple's relationship does not thereby terminate the right to family life either parent enjoys with the child/ren of that relationship. The Court has been equally clear that states enjoy a wide margin of appreciation to determine custody and access matters, and that the applicable

[880] In the cases of *T v. United Kingdom* and *V v. United Kingdom*, the European Court using the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice and the Convention on the Rights of the Child came, *e.g.*, to the conclusion that the two 10 year old boys who were convicted for the murder of a 2 year old child in England, were the victims of a breach of the European Convention (Article 6(1)). In its view the applicants had been denied the right to a fair hearing since they were unable to effectively participate in the proceedings (Eur. Ct. H.R. (GC), *T v. United Kingdom* and *V v. United Kingdom* (Appl. No. 24888/94), judgment of 16 December 1999).

[881] The complaints brought to Strasbourg are almost exclusively raised by parents or adults and not by children themselves or on their behalf. See Eur. Ct. H.R., *Keegan v. Ireland* (Appl. No. 16969/90), judgment of 26 May 1990, *Ser.* A, No. 290 and Eur. Ct. H.R., *Costello-Roberts v. United Kingdom* (Appl. No. 13134/87), judgment of 25 March 1993, *Ser.* A, No. 247 C.

[882] Eur. Ct. H.R. (GC), *Scozzari and Giunta v. Italy* (Appl. No. 39221/98 and Appl. No. 41963/98), judgment of 13 July 2000, para. 221, *Rep*. 2000-III.

[883] Eur. Ct. H.R., *Olsson v. Sweden (No. 1)* (Appl. No. 10465/83), judgment of 24 March 1988, *Ser.* A, No. 130 ; Eur. Ct. H.R., *Eriksson v. Sweden* (Appl. No. 11373/85), judgment of 22 June 1989, *Ser.* A, No. 156 ; Eur. Ct. H.R., *Andersson v. Sweden* (Appl. No. 20022/92), judgment of 27 August 1997, *Ser.* A, No. 226 ; Eur. Ct. H.R., *Rieme v. Sweden* (Appl. No. 12366/86), judgment of 22 April 1992, *Ser.* A, No.226 B.

[884] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *K & T v. Finland* (Appl. No. 25702/94), judgment of 12 July 2001.

[885] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *L v. Finland* (Appl. No. 25651/94), judgment of 27 April 2000.

standard is that of the best interests of the child. States may determine which parent should have custody of a child. The Court has also maintained that the other parent should have rights of contact in order to preserve the right to family life under Article 8 of the European Convention.

States should furthermore avoid the separation of children from their parents due to immigration laws.[886] Nevertheless, under Article 4(1)(d) of the Council Directive 2003/86/EC on the right to family reunification[887] a child's entry may be refused under certain circumstances. The mentioned provision enables Member States to derogate from the rule on admission of children by the way of requiring the child to meet a condition for integration in case the child is over the age of 12 years and he/she has arrived independently from the rest of his/her family. It should be recalled that the Convention on the Rights of the Child imposes the obligation upon State Parties to ensure that a child '(s)hall not be separated from his or her parents against their will (Article 9(1)). More importantly, Article 10(1) provides that 'applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner'.

Finally, the best interests of the child should be taken into account when e.g. decisions to deport parents were made since the deportation of a parent would also automatically interfere with the family life of both the deportee and the child.

VI. Multiform means of implementation for joint action

As a final observation it may be stated that the international law norms concerning children's rights represent orientations for multi-faceted action within the political, economic, social and cultural fields as well as a commitment on the part of the family, the state, the international community, including international organizations, civil society and other actors on the international and national arena for achieving the realization of these rights and the creation of a child friendly society. The private sector has also to commit itself to achieving children's rights standards as part of a socially responsible behavior.

The establishment of independent institutions at the national level may accelerate this process through their monitoring, protection and promotion of children's rights. The involvement of civil society, including children themselves[888], in the process of implementation and raising awareness of their rights, is crucial to deepening democracy.

[886] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Sen v. The Netherlands* (Appl. No. 31465/96), judgment of 21 December 2001.
[887] Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ L 251 of 3.10.2003, pp. 12-18.
[888] See UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 November 2003, p. 2.

Article 25. Droits des personnes âgées

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.

I. Introduction

Aux termes de l'article 25 de la Charte des droits fondamentaux, l'Union reconnaît et respecte, à la fois, le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et leur droit de participer à la vie sociale et culturelle. Le droit de mener une vie digne et indépendante procède essentiellement du droit des personnes âgées à une protection sociale consacré, en particulier, par l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 et par l'article 4 du Protocole additionnel du 5 mai 1988 à la Charte sociale européenne de 1961 (qui ont tous deux le même contenu) :

> En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des personnes âgées à une protection sociale, les Parties s'engagent à prendre ou à promouvoir, soit directement soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, des mesures appropriées tendant notamment:
>
> à permettre aux personnes âgées de demeurer le plus longtemps possible des membres à part entière de la société, moyennant:
>
> a) des ressources suffisantes pour leur permettre de mener une existence décente et de participer activement à la vie publique, sociale et culturelle;
>
> b) la diffusion des informations concernant les services et les facilités existant en faveur des personnes âgées et les possibilités pour celles-ci d'y recourir;
>
> à permettre aux personnes âgées de choisir librement leur mode de vie et de mener une existence indépendante dans leur environnement habituel aussi longtemps qu'elles le souhaitent et que cela est possible, moyennant:
>
> a) la mise à disposition de logements appropriés à leurs besoins et à leur état de santé ou d'aides adéquates en vue de l'aménagement du logement;
>
> b) les soins de santé et les services que nécessiterait leur état;
>
> à garantir aux personnes âgées vivant en institution l'assistance appropriée dans le respect de la vie privée, et la participation à la détermination des conditions de vie dans l'institution.

En l'absence de convention internationale spécifique consacrée aux droits des personnes âgées[889], c'est la résolution instituant les *Principes des Nations Unies pour les personnes âgées*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1991 qui constitue, avec les dispositions précitées du Conseil de l'Europe, le principal instrument permettant de cerner le champ d'application de l'article 25 de la Charte[890]. Celui-ci dépasse en effet la seule protection sociale puisqu'il vise également le droit des personnes âgées de 'participer à la vie sociale et culturelle' ce qui, ainsi que le

[889] Contrairement à d'autres groupes spécifiques, les personnes âgées ne font pas l'objet de conventions particulières. Le vocabulaire utilisé par les instances internationales pour désigner les personnes âgées est encore loin d'être uniformisé, les termes employés variant considérablement ('personnes âgées', 'anciens', 'populations vieillissantes', 'âgisme', 'vieillards', 'personnes du troisième âge', 'personnes du quatrième âge',…).

[890] Voy. aussi : Rapport du 31 octobre 2002 de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Les défis de la politique sociale dans nos sociétés vieillissantes* (Doc. 9615).

précisent les explications du Praesidium à la Convention, 'recouvre bien entendu [aussi] la participation à la vie politique'[891].

A la lumière de la résolution instituant les *Principes des Nations Unies pour les personnes âgées* qui consacre, tour à tour, dix-huit principes relatifs à l'indépendance, à la participation, aux soins, à l'épanouissement personnel et à la dignité des personnes âgées[892], il y a lieu de comprendre la portée de l'article 25 de la Charte comme imposant le respect des éléments suivants : (1) l'interdiction de toute forme de discrimination sur la base de l'âge, (2) le droit des personnes âgées d'accéder à l'emploi et à la formation, (3) le droit de bénéficier de ressources suffisantes, (4) le droit de demeurer le plus longtemps possible dans un environnement habituel et (5) le droit d'avoir accès aux services et aux soins de santé. L'article 25 renvoie cependant également à d'autres dispositions de la Charte notamment relatives au respect de la dignité humaine, à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes, aux droits liés au travail, à la sécurité sociale, au logement et à l'aide sociale, à la protection de la famille, à la protection de la santé physique et mentale, à l'interdiction des mauvais traitements, à l'accès à la culture ainsi qu'à l'intégration des personnes handicapées.

II. Champ d'application de l'article 25 de la Charte

1. *L'interdiction de toute forme de discrimination sur la base de l'âge*

La décision d'insérer l'article 25 au sein du Chapitre 'Egalité', et non pas au sein du Chapitre 'Solidarité' de la Charte, traduit tout d'abord la volonté de l'Union de concevoir les droits des personnes âgées dans le cadre de la lutte contre la discrimination fondée sur l'âge à laquelle l'article 13 CE fournit une base juridique précieuse. Bien que la pleine participation des personnes âgées à la vie sociale, politique et culturelle ne peut se réaliser sans assurer la mise en œuvre effective de leurs droits sans discrimination, pendant longtemps, l'âge n'a pas constitué, dans les instruments internationaux généraux de protection des droits de l'homme, un motif exprès d'interdiction de discrimination. Les articles 2 § 1 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, en particulier, qui consacrent les principes d'égalité devant la loi et d'interdiction de discrimination, n'en font pas mention. Cette absence contribua à maintenir une certaine invisibilité des droits et des difficultés encourues par les personnes âgées. Par ailleurs, et bien qu'il existe de nombreux cas de double discrimination, des conventions spécifiques telles la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) n'y font pas non plus référence.

La question s'est toutefois expressément posée à l'égard du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (PIDESC). L'article 2 § 2 du PIDESC établit que 'les Etats parties (…) s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance *ou toute autre situation*[893]'. Dans son Observation générale n° 6 du 8 décembre 1995 relative aux droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies semble considérer que certaines différences de traitement fondées sur l'âge pourraient devoir être jugées discriminatoires, bien que semblant suggérer que ceci ne pourrait être le cas que dans des circonstances relativement exceptionnelles. Employant une terminologie confuse, évoquant'la discrimination' alors qu'il veut signifier 'la différence de traitement des personnes âgées', le Comité note que 's'il n'est peut-être pas encore possible de conclure que la

[891] Mise à jour des explications relatives au texte complet de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 9 juillet 2003, CONV 828/03.

[3] *Principes des Nations Unies pour les personnes âgées*, Résolution 46/91 de l'Assemblée générale des Nations Unies relative à l' Application du plan d'action international sur le vieillissement et activités connexes, 16 décembre 1991.

[893] Souligné par l'auteur.

discrimination en raison de l'âge est globalement interdite par le Pacte, les domaines dans lesquels cette discrimination peut être acceptée sont très limités'[894].

C'est pouquoi, en interdisant pour la première fois de manière expresse et générale toute forme de discrimination sur la base de l'âge, les articles 13 CE et 21 de la Charte sont résolument novateurs. Ils consacrent un changement d'approche, dans lequel les différences de traitement fondées sur le motif de l'âge présentent un caractère suspect, constituant une source potentielle de discrimination.

2. L'accès à l'emploi, le droit à l'éducation et à la formation

Le premier paragraphe des *Principes des Nations Unies relatifs aux personnes âgées* – qui traite de leur indépendance – souligne la nécessité de permettre aux personnes âgées d'avoir la possibilité de travailler ou d'avoir accès à d'autres sources de revenus, de pouvoir prendre part à la décision qui détermine à quel moment et à quel rythme elles se retireront de la vie active ainsi que d'accéder à des programmes appropriés d'enseignement et de formation[895]. Ce paragraphe consacre ainsi deux principes : d'une part, l'accès à l'emploi des personnes âgées et d'autre part, leur droit à l'éducation et à la formation.

Le droit de toute personne à l'éducation est inscrit à l'article 13 PIDESC et les obligations qui en découlent pour les Etats parties à cet instrument sont largement détaillées dans le libellé de cette disposition. Cependant, le droit à l'éducation *des personnes âgées*, comme le fait remarquer le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, revêt une dimension particulière. Il recouvre à la fois, le droit des personnes âgées de bénéficier de programmes appropriés d'enseignement et de formation – ce qui constitue la première dimension de la disposition en question – mais également, et ceci en constitue une deuxième dimension spécifique, la mise à profit des connaissances et de l'expérience des personnes âgées en faveur des autres générations[896].

Quant à la liberté professionnelle des personnes âgées, celle-ci est inscrite à l'article 6 PIDESC qui consacre le droit de chacun d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et à l'article 15 de la Charte sociale européenne qui reconnaît le droit des personnes physiquement ou mentalement diminuées à la formation professionnelle et à la réadaptation professionnelle et sociale. Pourtant, en dépit de ces prescriptions, les travailleurs âgés rencontrent encore régulièrement des difficultés pour trouver ou conserver un emploi. C'est afin de surmonter ces difficultés et de contrer partiellement les effets du marché de l'emploi et du travail, bien que cette mesure ne soit pas à elle seule suffisante, que le Comité européen des droits sociaux – faisant ainsi écho à l'Observation générale n° 6 précitée du Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui requiert des Etats parties qu'ils adoptent des mesures propres à éviter toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi et de profession[897] – recommande l'adoption de législations spécifiques relatives à la discrimination en raison de l'âge[898].

---

[894] Observation générale n° 6 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies du 8 décembre 1995, paragraphe 12 (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 34 (2003)).

[895] Ces principes sont largement détaillés aux paragraphes 23-28 du Rapport de la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement qui attire l'attention sur la situation particulière des femmes âgées sur le marché du travail (Rapport de la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement, Nations Unies, Madrid, 8-12 avril 2002 (A/CONF.197/9)).

[896] Observation générale n° 6 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies du 8 décembre 1995, paragraphe 36 (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 34 (2003)).

[897] Observation générale n° 6 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies du 8 décembre 1995, paragraphe 22 (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 34 (2003)).
Voy. également le paragraphe 8 de la Recommandation 1254 (1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à l'éthique et à la politique des droits des personnes âgées dans le domaine médical et social.

[898] Voy. par exemple : Comité européen des droits sociaux, *Conclusions 2003* (France), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (Italie), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (Suède), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (Slovénie), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée).

Aussi, le 27 novembre 2000, le Conseil de l'Union européenne adopta, sur la base de l'article 13 CE, la Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette directive a pour objet de permettre l'adoption de mesures visant à lutter contre toute forme de discrimination fondée, notamment, sur l'âge[899]. Elle s'applique à toutes les personnes – tant dans le secteur public que dans le secteur privé – et vise à garantir l'égalité des chances et de traitement dans les conditions d'accès à l'emploi, d'emploi et de promotion professionnelle ainsi que dans la formation professionnelle et dans les activités syndicales. Elle interdit, à la fois, toute forme de discrimination directe et indirecte ainsi que toute forme de harcèlement pour des motifs liés à l'âge et prévoit la possibilité d'adopter des actions positives pour prévenir ou corriger des situations d'inégalité existantes, ainsi que des mécanismes de recours pour assurer son respect. L'article 6 de la directive autorise toutefois les Etats membres à prévoir des différences de traitement fondées sur l'âge, lorsque celles-ci sont 'objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime (…) et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires'. Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre 'la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection'.

L'interdiction de la discrimination sur la base de l'âge constitue aujourd'hui un principe général du droit communautaire. L'existence de ce principe a été confirmée le 22 novembre 2005, par la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire *Mangold c. Helm*[900]. qui avait pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par l'Arbeitsgericht München (Allemagne), portant notamment sur l'interprétation de l'article 6 précité de la Directive 2000/78/CE du Conseil. Dans son arrêt, la Cour note :

> la Directive 2000/78 ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. En effet, aux termes de son article 1er, cette directive a uniquement pour objet 'd'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle', le principe même de l'interdiction de ces formes de discrimination trouvant sa source (…) dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres.
>
> Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit (…) être considéré comme un principe général du droit communautaire. (…) Dans ces conditions, il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit communautaire et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale (paras. 74, 75 et 77).

Malgré la reconnaissance de ce principe par la Cour de justice des Communautés européennes, la situation des personnes âgées sur le marché de l'emploi reste difficile. Elle appelle l'adoption de mesures supplémentaires permettant d'assurer une effectivité renforcée du principe de l'interdiction de toute forme de discrimination sur la base de l'âge en matière d'emploi et de travail. Il ne s'agit pas seulement d'un objectif macro-économique devant être poursuivi pour assurer la viabilité des systèmes de protection sociale européens. Même si l'accès à l'emploi ne constitue qu'un moyen, et non l'unique moyen, de permettre aux personnes âgées de demeurer le plus longtemps possible des membres à part entière de la société, il s'agit avant tout d'une question de respect et de promotion des droits de l'homme.

[899] Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.* L 303, 02.12.2000.
[900] C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Mangold c. Helm,* C-144/04, *Rec.*, p. I-9981.

3. Le droit de bénéficier de ressources suffisantes

Le droit de bénéficier de ressources suffisantes – de pensions ou d'autres formes d'assistance financière – participe également entièrement du droit de demeurer le plus longtemps possible des membres à part entière de la société[901]. Comme le prescrivent les premiers paragraphes de l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée et de l'article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (qui ont tous deux le même contenu), les Etats parties sont tenus d'assurer l'exercice effectif du droit des personnes âgées à une protection sociale par le biais, notamment, de mesures les habilitant à bénéficier de ressources suffisantes pour leur permettre de mener une existence décente et de participer activement à la vie publique, sociale et culturelle[902]. C'est ce que vise également la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 qui consacre, à la fois, le droit, pour tout travailleur de la Communauté européenne, de bénéficier, au moment de la retraite, de ressources lui assurant un niveau de vie décent (paragraphe 24) et le droit, pour toute personne ayant atteint l'âge de la retraite mais qui serait exclue du droit à la pension et qui n'aurait pas d'autre moyen de subsistance, de pouvoir bénéficier de ressources suffisantes et d'une assistance sociale et médicale adaptée à ses besoins spécifiques (paragraphe 25)[903].

Quant aux normes minimales auxquelles ces systèmes de retraite et de pensions doivent satisfaire, elles sont consignées dans de nombreux instruments juridiques et accords internationaux, en particulier dans le Code européen de sécurité sociale du Conseil de l'Europe (STE 048), dans son Protocole de 1964 et dans le Code européen de sécurité sociale révisé (STE 139).

4. Le droit de demeurer le plus longtemps possible dans un environnement habituel

Le deuxième paragraphe de l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée, auquel correspond le second paragraphe de l'article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, requiert que les personnes âgées soient habilitées à choisir librement leur mode de vie et à mener une existence indépendante dans leur environnement habituel le plus longtemps possible, étant entendu que, dans ce contexte, l'expression *le plus longtemps possible* se comprend comme se référant aux capacités physiques, psychologiques et intellectuelles des personnes âgées[904]. Il incombe, par conséquent, aux Etats parties de mettre à la disposition des personnes âgées 'des logements appropriés à leurs besoins et à leur état de santé ou d'aides adéquates en vue de l'aménagement du logement'[905] et d'accorder une attention particulière aux conditions d'expulsion dont ces personnes pourraient faire l'objet. Ce sont des questions sur lesquelles insiste le Comité européen des droits sociaux qui, régulièrement, recommande aux Etats parties d'avoir, en matière de logement des personnes âgées, 'une offre répondant à la demande'[906]. Pour sa part, c'est en raison, en particulier, 'de la grande sécurité

[901] La lutte contre la pauvreté des personnes âgées, en particulier des femmes âgées et des personnes âgées handicapées, constitue l'un des principaux thèmes du Rapport de la deuxième Assemblée mondiale des Nations Unies sur le vieillissement (Rapport de la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement, Nations Unies, Madrid, 8-12 avril 2002 (A/CONF.197/9), paragraphes 45-53).

[902] A ce sujet voy. par exemple : Comité européen des droits sociaux, *Conclusions XIII*-3 (Suède), période de réf. 1991-1993, article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (1988) ; *Conclusions XIII*-3 (Finlande), période de réf. 1991-1993, article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (1988).

[903] Au sujet des pensions, voy. également le paragraphe 16 de la Recommandation 1428 (1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Avenir des seniors: protection, participation, promotion*.
Voy. aussi la Recommandation 1591 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Les défis de la politique sociale dans les sociétés vieillissantes*.

[904] *Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, Conseil de l'Europe, juin 2004, pp. 90-93 (disponible à l'adresse suivante :
http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Cse/Digest_bil_June_2004.asp#TopOfPage)
Voy. le paragraphe 3.5 de la Recommandation R (98) 9 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la dépendance, adoptée par le Comité des ministres le 18 septembre 1998.

[905] Paragraphes 2 (a) de l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée et de l'article 4 du protocole additionnel à la Charte sociale européenne (1988).

[906] Comité européen des droits sociaux, *Conclusions XIII*-3 (Suède), période de réf. 1991-1993, article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (1988) ; *Conclusions XIII*-5 (Suède), période de réf. 1994-1995, article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (1988) ; *Conclusions* XV-2 (Italie), vol. 1, période de réf. 1998, article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (1988).

émotionnelle et psychologique que représente le logis' [907], que le Rapport de la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement reconnaît l'importance particulière du logement et du cadre de vie pour les personnes âgées.

Mais il ne peut qu'être souligné que la possibilité pour les personnes âgées de demeurer dans leur logement habituel dépend en grande partie également de leur accessibilité aux transports, aux services et aux établissements publics ainsi que du statut accordé au personnel – et des congés familiaux accordés aux proches – qui prête des soins et accompagne les personnes dépendantes de manière régulière[908].

5. L'accès aux services et aux soins de santé

5.1. Accès et participation aux services

L'accès et la participation des personnes âgées 'à la mise en place et à la prestation des services qui leur sont destinés, y compris à leur implantation, à leur gestion et à leur évaluation' sont recommandés par l'Annexe à la Recommandation R (94)9 F du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 10 octobre 1994[909]. C'est également l'un des objectifs de la Communication de la Commission européenne du 5 décembre 2001 relative à l'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées, qui préconise de considérer les patients 'comme des partenaires et des acteurs à part entière des systèmes de soins de santé, par les professionnels de santé comme par les pouvoirs publics'[910].

Aux fins de réaliser l'accès et la participation des personnes âgées aux services qui leur sont destinés, les paragraphes 1(b) de l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée et de l'article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne recommandent d'assurer la 'diffusion des informations concernant les services et les facilités existant en faveur des personnes âgées et les possibilités pour celles-ci d'y recourir' – soit les services d'aide et d'assistance à domicile, les services plus appropriés aux personnes atteintes de démence ou d'autre maladie mentale, les services de proximité, les services juridiques, les services de loisir et d'activité culturelle, les services d'accueil ainsi que toutes les mesures proposées aux familles qui s'occupent de parents âgés. Le Comité européen des droits sociaux ajoute toutefois que, bien que ces dispositions ne fassent référence qu'à la *diffusion* des informations concernant les services et les facilités accessibles aux personnes âgées, elles en imposent bien évidemment l'existence même[911].

5.2. Accès aux soins de santé

Aux termes des *Principes des Nations Unies pour les personnes âgées* du 16 décembre 1991, les soins de santé doivent permettre aux personnes âgées de 'conserver ou retrouver un niveau de bien-être

[907] Rapport de la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement, Nations Unies, Madrid, 8-12 avril 2002 (A/CONF.197/9), paragraphe 95.

[908] Voy. le paragraphe 4 de la Recommandation R (98) 9 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la dépendance, adoptée par le Comité des ministres le 18 septembre 1998.
Voy. aussi le Rapport de la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement, Nations Unies, Madrid, 8-12 avril 2002 (A/CONF.197/9).

[909] Annexe à la Recommandation R (94) 9, *Principes directeurs à prendre en compte lors de l'adoption de mesures concernant les personnes âgées,* du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres concernant les personnes âgées, 10 octobre 1994.

[910] Communication du 5 décembre 2001 de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des Régions, *L'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées: garantir l'accessibilité, la qualité et la viabilité financière,* COM (2001) 723 final.

[911] Voy. par exemple : Comité européen des droits sociaux, *Conclusions 2003* (Italie), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (France), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (Suède), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (Slovénie), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée).
Voy. également le paragraphe 3.6 de la Recommandation n°R (98) 9 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la dépendance, adoptée par le Comité des ministres le 18 septembre 1998.

physique, mental et émotionnel optimal (…) qui serve à prévenir ou à retarder l'arrivée de la maladie'[912]. Ce principe est interprété par le Rapport de la deuxième Assemblée sur le vieillissement comme imposant d'assurer aux personnes âgées un accès 'à des services hospitaliers capables d'assurer leur protection, leur réadaptation et leur stimulation sociale et mentale dans un environnement humain et sûr'[913]. En raison de la difficulté qu'il y a parfois à trouver le juste équilibre entre l'obligation d'assistance, notamment par l'adoption de mesures de protection à l'égard de la personne âgée – spécialement dans les situations de démence sénile –, et le respect des droits fondamentaux de la personne âgée que peuvent venir menacer, par exemple, les restrictions à la liberté de se mouvoir, les dispositifs de sécurité ou, dans les cas extrêmes, l'usage de la contrainte, une attention particulière doit être accordée dans ce domaine aux programmes de santé mentale[914].

C'est pourquoi, le Comité européen des droits sociaux recommande que l'offre de structures d'accueil soit suffisante, que la prise en charge des personnes âgées se fasse à un coût abordable et que soient mis en place des mécanismes indépendants de contrôle des soins et des traitements dans les institutions résidentielles pour personnes âgées[915].

5.3. Protection de la vie privée des personnes âgées vivant en institutions

Outre l'accès aux services et aux soins de santé, l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée et l'article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne requièrent que les personnes âgées se voient garantir 'l'assistance appropriée dans le respect de la vie privée, et la participation à la détermination des conditions de vie dans l'institution'.

Le Comité européen des droits sociaux considère à cet égard que les personnes âgées doivent se voir reconnaître non seulement le droit à la vie privée et le droit de prendre part à la détermination de leurs conditions de vie mais également le droit à la dignité personnelle et à la protection de la propriété, le droit de maintenir des contacts personnels avec les proches ainsi que le droit de se plaindre, devant un organe indépendant, du refus ou de l'inadéquation des soins, services et traitements en institution[916].

5.4. Lutte contre la maltraitance des personnes âgées

L'Organisation mondiale de la santé définit la maltraitance des personnes âgées comme 'un acte isolé ou répété ou l'absence d'intervention appropriée, qui se produit dans toute relation de confiance et cause un préjudice ou une détresse chez la personne âgée'[917]. Si la maltraitance en milieu institutionnel et familial est régulièrement dénoncée, l'ampleur du phénomène reste méconnue. Les mauvais traitements, violences, abus et négligences prennent des formes multiples (maltraitance physique et psychologique, cruauté mentale, exploitation financière ou matérielle, abandon, négligences, …) et leurs conséquences peuvent être d'autant plus graves que les victimes sont souvent réticentes à demander de l'aide[918]. Même si certaines mesures ont été adoptées pour faire face aux diverses formes

[912] *Principes des Nations Unies pour les personnes âgées*, Résolution 46/91 de l'Assemblée générale des Nations Unies relative à l' Application du plan d'action international sur le vieillissement et activités connexes, 16 décembre 1991.
[913] Voy. le Rapport de la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement, Nations Unies, Madrid, 8-12 avril 2002 (A/CONF.197/9), article 14 de la première Annexe au Rapport et les paragraphes 57-74.
[914] Voy. par exemple : Comité européen des droits sociaux, *Conclusions 2003* (Italie), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (France), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (Suède), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée) ; *Conclusions 2003* (Slovénie), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée).
[915] Voy. par exemple : Comité européen des droits sociaux, *Conclusions 2003* (France), période de réf. 2001-2002, article 23 de la Charte sociale européenne (révisée)
[916] Voy. par exemple : Comité européen des droits sociaux, *Conclusions XIII*-3 (Suède), période de réf. 1991-1993, article 4 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne (1988).
[917] Définition donnée par les auteurs du Rapport mondial sur la violence et la santé de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), Genève, 2002, p. 141.
[918] Voy. le Rapport du Secrétaire général, *Maltraitance des personnes âgées : évaluation du problème et propositions d'action à l'échelle mondiale*, Conseil économique et social, Nations Unies, 9 janvier 2002 (E/CN.5/2002/PC/2), paragraphe 13 et s.

de maltraitance des personnes âgées – notamment de nouveaux cadres législatifs et des programmes de sensibilisation, d'intervention et de prévention – celles-ci demeurent encore insuffisantes[919].

III. Conclusion

Si l'article 25 relève du Chapitre III de la Charte (Egalité), il ne peut se comprendre qu'en rapport avec le chapitre IV (Solidarité) et les droits sociaux fondamentaux que ce dernier consacre. Les mesures permettant de garantir aux personnes âgées de demeurer des acteurs à part entière de la société doivent se traduire par des aménagements leur permettant d'accéder à l'emploi, à la formation, aux services et aux soins de santé, de bénéficier de ressources suffisantes, de demeurer le plus longtemps possible dans un environnement habituel ainsi que de participer à la vie politique, sociale et culturelle. Elles imposent également de veiller aux conditions de fonctionnement des institutions résidentielles et aux institutions d'accueil ainsi que d'accorder une attention particulière aux phénomènes de maltraitances.

La Commission européenne devrait envisager la possibilité de proposer une initiative législative interdisant toute forme de discrimination en raison de l'âge qui irait au-delà de la portée de la Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Le fait que tous les Etats membres de l'Union ne soient pas liés par l'article 4 de la Charte sociale européenne et son Protocole additionnel ou par l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée ne doit pas être considéré comme constituant un obstacle à la mise sur pied d'une telle protection. Elle pourrait, au contraire, contribuer à la réalisation des objectifs de la Communauté, en particulier à la libre circulation des citoyens de l'Union. En adoptant une directive interdisant toute forme de discrimination en raison de l'âge, également dans des domaines tels que l'éducation, la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux et l'accès et la fourniture de biens et services, la Communauté faciliterait le respect des obligations internationales des Etats membres et contribuerait à la protection des personnes âgées dans l'ensemble de l'Union.

[919] Pour une analyse de cette question, voy. : Rapport du Secrétaire général, *Maltraitance des personnes âgées : évaluation du problème et propositions d'action à l'échelle mondiale*, Conseil économique et social, Nations Unies, 9 janvier 2002 (E/CN.5/2002/PC/2), paragraphes 32-34 ; Rapport mondial sur la violence et la santé de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), Genève, 2002, pp.137 à 163.

Article 26. Intégration des personnes handicapées

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté.

I. Introduction

Aux termes de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux, l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté. Pendant longtemps toutefois, les réponses apportées aux besoins spécifiques des personnes handicapées se limitèrent à des mesures d'assistance, à des traitements sociaux de bienfaisance, à des services de soins spécialisés et à la mise en place de structures séparées, en particulier dans les domaines de l'emploi et de l'éducation. Cette approche médicale du handicap est aujourd'hui révolue. L'optique initiale de *protection* et *d'assistance* des personnes handicapées a peu à peu fait place à une logique *d'intégration* – le titre de l'article 26 de la Charte en donne d'ailleurs une indication – mettant davantage l'accent sur l'identification et l'élimination des divers obstacles structurels à l'égalité des chances et à la pleine participation des personnes handicapées dans tous les aspects de la vie en société[920].

La *Déclaration des droits du déficient mental* (1971)[921] et la *Déclaration des droits des personnes handicapées* (1975)[922] des Nations Unies constituent les premiers instruments internationaux adoptés dans ce domaine. Bien que constituant des premières étapes significatives, ces déclarations furent critiquées en ce qu'elles reposaient essentiellement sur ce modèle médical aujourd'hui dépassé. D'autres instruments internationaux ont par la suite mis l'accent sur le principe de la promotion de l'égalité des chances des personnes handicapées, tels les *Principes de protection des personnes atteintes de maladies mentales et d'amélioration des soins de santé mentale*[923], les *Règles pour l'égalisation des chances des handicapés* ou la *Résolution 37/52 de l'Assemblée générale des Nations Unies* adoptant le 'Programme d'action mondial concernant les handicapés'[924], sans véritable portée juridique toutefois. Comme nous le verrons ci-dessours, ce n'est qu'à la fin des années 1980, avec l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, que la question du handicap fut expressément inscrite dans un instrument international contraignant.

La volonté de promouvoir une approche sociale du handicap visant à intégrer les personnes handicapées dans le cadre du droit commun et des structures ordinaires chaque fois que possible, s'est également progressivement manifestée au niveau du Conseil de l'Europe. Alors que les formulations de la Charte sociale européenne de 1961 révèlent encore un attachement à la logique de protection et d'assistance des personnes handicapées, les dispositions de la Charte sociale européenne révisée de 1996 traduisent le changement de paradigme. Ainsi, l'article 15 de la Charte sociale européenne de 1961 propose, qu'en vue d'assurer l'exercice effectif du droit des personnes physiquement ou mentalement diminuées à la formation professionnelle et à la réadaptation professionnelle et sociale, les Parties contractantes s'engagent 'à prendre des mesures appropriées pour mettre à la disposition des intéressés des moyens de formation professionnelle, (…) à prendre des mesures appropriées pour le placement des personnes physiquement diminuées, notamment au moyen de *services spécialisés de*

[920] Communication de la Commission européenne du 30 juillet 1996 sur l'égalité des chances des personnes handicapées (COM (96) 406 final).
[921] Proclamée par la Résolution A/RES/2856 de l'Assemblée générale des Nations Unies (XXVI) du 20 décembre 1971.
[922] Proclamée par la Résolution A/RES/3447 de l'Assemblée générale des Nations Unies (XXX) du 9 décembre 1975.
[923] Adoptés par la résolution A/RES/46/119 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 décembre 1991.
[924] Résolution A/RES/37/52 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 3 décembre 1982.

placement, de possibilités d'*emploi protégé* et de mesures propres à encourager les employeurs à embaucher des personnes physiquement diminuées'[925]. L'article 15 de la Charte sociale européenne révisée de 1996, requiert pour sa part des Etats parties, qu'ils s'engagent 'à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle *dans le cadre du droit commun* chaque fois que possible (…), à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées *dans le milieu ordinaire de travail*' et 'à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale'[926].

La décision d'insérer l'article 26 de la Charte non pas au sein du Chapitre IV (Solidarité), mais au sein du Chapitre III (Egalité) de la Charte, traduit la volonté de l'Union européenne d'adopter cette nouvelle perspective et de considérer les personnes handicapées comme des titulaires de droits à part entière (*rights-based approach*), pour placer l'individu (et non le handicap) au cœur du système. Comme le soulignent les *Règles pour l'égalisation des chances des handicapés des Nations Unies*, en ce que fondée sur le principe d'égalité des droits, cette perspective présuppose 'que les besoins de tous ont une importance égale, que c'est en fonction de ces besoins que les sociétés doivent être planifiées et que toutes les ressources doivent être employées de façon à garantir à chacun des possibilités de participation dans l'égalité' [927].

I. Champ d'application de l'article 26 de la Charte

1. L'interdiction de toute forme de discrimination sur la base du handicap

1.1. Le principe

La conciliation des principes d'intégration et d'égalité des droits des personnes handicapées impose d'assurer que les personnes handicapées sont habilitées à jouir et à exercer tous leurs droits et libertés sans discrimination aucune fondée sur leur handicap[928]. Même si aujourd'hui les articles 13 CE et 21 de la Charte interdisent expressément toute forme de discrimination fondée sur le handicap, pendant de nombreuses années, le handicap n'a pas constitué, dans les instruments internationaux des droits de l'homme, un motif exprès d'interdiction de discrimination. Cette absence contribua à maintenir une certaine invisibilité des personnes handicapées et de leurs droits. Ainsi, par exemple, les articles 26 et 2 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), l'article 2 § 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) et l'article 1er du Protocole additionnel No. 12 à la CEDH du 4 novembre 2000 interdisent toute forme de discrimination sur la base de divers motifs mais, tout en laissant ouverte cette liste de motifs, ne mentionnent pas expressément le handicap. Par ailleurs, et bien qu'il existe de nombreux cas de double discrimination, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) n'y font pas non plus référence[929]. Ce n'est qu'en

[925] Souligné par l'auteur.
[926] Souligné par l'auteur
[927] *Règles pour l'égalisation des chances des handicapés*, Résolution 48/96 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 décembre 1993, paragraphe 25.
[928] La notion de handicap peut elle-même regrouper des situations et des degrés d'incapacités variés appelant, chacun, des réponses différenciées Le handicap peut être d'ordre physique, sensoriel, mental ou intellectuel. Il peut être visible ou caché, profond ou léger, unique ou multiple, provisoire ou chronique. Ces notions sont définies dans l'introduction des *Règles pour l'égalisation des chances des handicapées* (op. cit.) qui constituent les principales directives des Nations Unies dans ce domaine. Ces règles et principes ont été depuis réaffirmés dans des déclarations successives, notamment dans la *Déclaration et le Programme d'action de Vienne* (1993), le *Sommet et le Programme d'action mondial pour le Développement social* adopté à Copenhague (1995) et la *Plate-forme d'action adoptée à la Conférence mondiale sur les femmes à Beijing* (1995).
[929] En ce qui concerne la CEDAW, la Recommandation Générale n°18 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (U.N.Doc.HRI\GEN\1\Rev.1.) recommande aux Etats parties d'inclure dans leurs rapports périodiques des renseignements sur la situation des femmes handicapées et sur les mesures prises pour faire face à leur situation particulière.

1989 que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CRC) en fera expressément état, dans les limites du champ d'application qui lui est propre toutefois :

> Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur *incapacité*, de leur naissance ou de toute autre situation[930] (article 2 § 1 CRC).

1.2. La notion d'aménagement raisonnable'

L'article 26 de la Charte dispose que les personnes handicapées doivent pouvoir bénéficier de *mesures* visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté. L'adoption et le maintien de mesures, ajustements spécifiques ou aménagements raisonnables, constituent en effet une condition essentielle de la réalisation effective du principe de l'égalité des droits. Elles sont une réponse au constat que l'obstacle à la pleine intégration de la personne handicapée est souvent moins situé dans l'individu lui-même, que dans son environnement qui est source de handicap pour n'avoir pas été conçu en tenant compte des besoins particuliers de la personne concernée et qu'il appartient, en d'autres termes, à la société de s'adapter aux besoins de la personne handicapée, et non l'inverse.

Ainsi, le principe de l'interdiction de toute forme de discrimination sur la base du handicap comporte deux volets. L'interdiction est transgressée non seulement lorsque des Etats, sans fournir de justification objective et raisonnable, traitent différemment des personnes placées dans des situations analogues. Mais elle également enfreinte lorsque, sans justification objective et raisonnable, ils n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont différentes. C'est ce que reconnaît la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000[931]. C'est ce que considère aussi le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies[932] lorsque, par le biais de son Observation générale No. 5, il appelle les Etats parties à ne plus seulement s'abstenir de prendre des mesures qui pourraient avoir un impact négatif sur les personnes handicapées mais à adopter une approche proactive, considérant qu'il y a également *discrimination fondée sur l'invalidité* lorsque 'la privation d'aménagements adéquats' a pour effet 'de réduire à néant ou de restreindre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits économiques, sociaux ou culturels'[933]. C'est également ce que constate le Comité des droits de l'Homme, dans son Observation générale No. 18 :

> (…) l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des Etats parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. Par exemple, dans les Etats où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'Etat doit *prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation*. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population. Cependant, tant que ces mesures sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait, il s'agit d'une différenciation légitime au regard du Pacte[934].

---

[930] Souligné par l'auteur.

[931] Cour eur. D.H., *Thlimmenos c. Grèce* (req. n° 34369/97), arrêt du 6 avril 2000, para. 44.

[932] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale 5, *Personnes souffrant d'un handicap,* réimprimé en récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004).
Voy. aussi la Déclaration des droits des personnes handicapées (1975) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1975 [résolution 3447 (XXX)].

[933] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale 5, *op. cit.*, para. 15.

[934] Observation Générale 18, Article 26: Principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traites, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), para. 10. (souligné par l'auteur)

Il faut cependant relever que les mesures d'aménagement raisonnable ne constituent pas des mesures d'action positive : tandis que celles-ci, lorsqu'elles prennent la forme d'un traitement préférentiel au bénéfice des membres de certains groupes désavantagés, peuvent dès lors constituer la source de discrimination envers les personnes qui n'appartiennent pas à ces groupes, et doivent par conséquent être en principe de nature *temporaire*, les mesures d'aménagement raisonnable visent à restructurer l'environnement de manière *permanente* afin d'éviter que celui-ci ne soit source de discrimination envers les personnes en fonction des besoins propres desquelles il n'a pas été conçu.

En dépit de ces recommandations, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme reste assez timide sur la question des aménagements raisonnables. Elle subordonne l'imposition d'obligations positives aux Etats parties au regard de l'article 8 CEDH – en ce compris l'obligation d'offrir un aménagement raisonnable aux personnes handicapées – à l'existence d'un lien direct et immédiat avec la vie privée du requérant. Ainsi, dans l'arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998 relatif à la non-adoption par un Etat de mesures propres à remédier aux omissions imputables à des établissements de bains privés empêchant l'accès des personnes handicapées à la plage dans leurs lieux de villégiature, la Cour a indiqué que l'existence d'obligations positives à la charge d'un Etat d'adopter des mesures visant à favoriser l'épanouissement de l'individu (c'est-à-dire contribuant au respect de sa 'vie privée', entendue comme 'le droit de nouer et développer des relations avec autrui') supposait la présence d'un 'lien direct et immédiat entre les mesures demandées par un requérant et la vie privée et/ou familiale de celui-ci' et qu'en l'espèce un tel lien n'existait pas.[935]

Dans la décision *Marzari c. Italie* du 4 mai 1999, le requérant se plaignait du fait que les autorités administratives locales ne lui avaient pas fourni un appartement adapté aux besoins de son handicap, malgré leur obligation de le faire au regard de la législation provinciale en vigueur[936]. La Cour déclara cette requête manifestement irrecevable dès lors que, en l'espèce, les autorités locales avaient proposé un appartement au requérant mais ce dernier l'avait refusé malgré l'avis positif de la Commission spécialisée chargée d'évaluer l'adaptation du logement au handicap du requérant. La Cour considéra qu'il ne pouvait être déduit de l'article 8 de la CEDH que les autorités locales avaient l'obligation positive de fournir au requérant un appartement 'spécifique'.

Dans l'affaire *Zehnalova et Zehnal c. République Tchèque* du 14 mai 2002, la requérante se plaignait du fait que dans sa ville de Prerov, de nombreux bâtiments publics (notamment, les bureaux de poste et de police, l'office d'administration de district de la sécurité sociale, les cinémas, le tribunal de district, différents cabinets d'avocat, la plupart des cabinets médicaux spécialisés, la piscine municipale) n'étaient pas équipés de dispositifs nécessaires permettant aux personnes handicapées d'y accéder. La requérante considérait par conséquent, qu'elle faisait l'objet d'une discrimination dans la jouissance de ses droits en raison de son handicap physique[937]. Malgré le fait que les questions d'accessibilité à la base de cette requête présentaient des liens bien plus étroits avec la vie quotidienne de la requérante que dans l'affaire *Botta c. Italie*, la Cour considéra que la requérante n'avait pas réussi à démontrer l'existence d'un *lien spécial* entre l'inaccessibilité des établissements mentionnés et les besoins particuliers relevant de sa vie privée. Dès lors, l'article 8 de la CEDH était inapplicable.

Enfin, dans la décision *Nikky Sentges c. Pays-Bas* du 8 juillet 2003, le requérant souffrait d'une maladie caractérisée par une dégénérescence progressive des muscles, de telle sorte que pour chaque acte qu'il souhaitait exécuter, en ce compris boire et manger, il devait requérir l'assistance de tierces personnes[938]. Le requérant contestait la décision du fonds d'assurance maladie qui avait rejeté sa demande de bénéficier d'un bras robotisé, en raison du fait que ce bras n'était pas couvert par le plan d'assurance sociale et ce, en dépit du fait que l'assistance d'un bras robotisé aurait permis de réduire considérablement la dépendance du requérant vis-à-vis des tierces personnes et lui aurait également permis de continuer à habiter chez lui pendant plus longtemps. Le requérant invoqua devant la Cour

[935] Cour eur. DH, *Botta c. Italie* (req. n° 21439/93), arrêt du 24 février 1998, *Rec.* 1998-1.
[936] Cour eur. DH, *Marzari c. Italie* (déc.), n° 36448/97, 4 mai 1999.
[937] Cour eur. DH, *Zehnalova* et *Zehnal c/ République tchèque* (déc.), n° 38621/97, 14 mai 2002.
[938] Cour eur. DH, *Sentges c. Pays-Bas* (déc.), n° 27677/02, 8 juillet 2003.

que dans la présente situation, il était incapable de poursuivre l'établissement et le développement de relations avec d'autres êtres humains et qu'il n'était pas libre de choisir les personnes avec lesquelles il pourrait établir et développer de telles relations. Même si la Cour considéra que l'article 8 de la CEDH pourrait trouver à s'appliquer dans cette situation (il était invoqué que la notion de vie privée, telle qu'interprétée par la Cour, recouvrait des notions liées à la qualité de la vie, en ce compris à l'autonomie personnelle et au droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains), la Cour considéra qu'il fallait établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et de la communauté et qu'il fallait tenir compte de la large marge d'appréciation des Etats dans l'appréciation de la conformité à la CEDH. Attendu que cette marge d'appréciation est spécialement large lorsque se posent des questions liées à l'évaluation des priorités en matière d'allocation de ressources publiques limitées, la Cour a considéré qu'en l'espèce, les Pays-Bas n'avaient pas excédé leur marge d'appréciation.

2. Droit à l'éducation

Le droit à l'éducation consacré par l'article 14 (1) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[939] constitue, avec l'accès à l'emploi, un élément essentiel de l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées visée par l'article 26 de la Charte. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 établit que le droit de toute personne à l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité. L'article 23 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, pour sa part, consacre le droit des enfants handicapés à un accès effectif 'à l'éducation, à la formation (…) de façon (…) à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel'. Ce principe est également au centre de l'esprit de l'article 15 (1) de la Charte sociale européenne révisée (1996). Cette disposition requiert des Etats parties à la Charte sociale qu'ils prennent les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées 'quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap (…) une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible ou, si tel n'est pas le cas, par le biais d'institutions spécialisées publiques ou privées'. Afin de renforcer l'effectivité de ces dispositions et même si celle-ci ne constitue pas, à elle seule, une mesure suffisante, le Comité européen des droits sociaux recommande l'adoption d'une législation spécifique permettant de combattre, dans le domaine de l'éducation, toute forme de discrimination fondée sur le handicap :

> [une telle législation] 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[940].

C'est, en d'autres termes, au curriculum ordinaire de devoir être ajusté pour assurer une prise en compte des besoins spécifiques des élèves handicapés[941] : des projets d'éducation individualisés

[939] Le lecteur est renvoyé au Commentaire de l'article 14 de la Charte dans le présent ouvrage.

[940] Comité européen des droits sociaux, *Conclusions XVI*-2 (Italie), Article 15 Charte sociale européenne révisée ; *Conclusions XVI*-2 (Slovénie), Article 15 Charte sociale européenne révisée ; *Conclusions XVI*-2 (Suède), Article 15 Charte sociale européenne révisée ; *Conclusions XVI*-2 (France), Article 15 Charte sociale européenne révisée.
Voy. aussi sur ce point le Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003 du Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, Article 26 de la Charte.
Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm =

[941] Comité européen des droits sociaux, *Conclusions XVI*-2 (Italie), Article 15 Charte sociale européenne révisée ; *Conclusions XVI*-2 (Slovénie), Article 15 Charte sociale européenne révisée ; *Conclusions XVI*-2 (Suède), Article 15 Charte sociale européenne révisée ; *Conclusions XVI*-2 (France), Article 15 Charte sociale européenne révisée.
Voy. aussi sur ce point le Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003 du Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, Article 26 de la Charte.
Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

doivent être mis sur pied pour les étudiants handicapés ; des ressources doivent suivre l'enfant, par la mise à disposition d'une équipe de soutien et d'une assistance technique ; les modalités de test ou d'examen doivent être adaptées pour prendre en compte le handicap, sans que cela soit révélé à des tiers ; les qualifications reconnues doivent être les mêmes pour tous les enfants et considérées de la même façon après que l'enfant a quitté le système d'enseignement. Par ailleurs, lorsqu'une forme d'enseignement spécial est fournie là où on ne peut pas l'éviter, celle-ci doit déboucher sur des qualifications reconnues pouvant donner accès à une formation professionnelle ou à un emploi sur le marché ouvert du travail.

Ainsi, c'est pour n'avoir pas pris suffisamment en charge l'éducation des personnes autistes, que le Comité européen des droits sociaux a condamné la France, le 4 novembre 2003[942]. Dans sa réclamation collective 13/2002, l'association *Autisme-Europe* demandait au Comité de déclarer que la France ne remplissait pas de manière satisfaisante ses obligations au regard des articles 15 § 1 et 17 § 1 de la Charte sociale européenne révisée, au motif qu'en France, 'les enfants et adultes autistes n'exercent pas et ne peuvent pas exercer de manière effective, adéquate et en nombre suffisant leur droit à être éduqués en milieu ordinaire ou à trouver des formules de placement bénéficiant d'un soutien adéquat dans des institutions spécialisées qui offrent des possibilités éducatives et des services connexes'. *Autisme-Europe* considérait que de cette manière, la France enfreignait le principe de non-discrimination inscrit à l'article E de la Charte sociale européenne révisée. Le Comité lui donna raison. Il interpréta l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée comme marquant un tournant dans l'évolution du système de valeurs européen :

> L'idée sous-jacente à l'article 15 [de la Charte sociale européenne révisée] est que les personnes handicapées doivent jouir pleinement de la citoyenneté et que leurs droits essentiels sont, à ce titre, *l'autonomie, l'intégration sociale et la participation à la vie de la communauté*. Garantir un droit à l'éducation des enfants et autres personnes atteintes d'un handicap est d'évidence une condition pour atteindre cet objectif. Ceci explique pourquoi l'éducation est désormais spécifiquement mentionnée à l'article 15 de la Charte révisée et pourquoi le texte insiste tant sur la nécessité de faire en sorte que cette éducation se déroule *dans le cadre du droit commun chaque fois que possible* (…). L'obligation incombant aux Etats parties est de prendre non seulement des initiatives juridiques mais encore des initiatives concrètes propres à permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte. Lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'Etat partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser. Les Etats parties doivent en outre être particulièrement attentifs à l'impact des choix opérés par eux sur les groupes dont la vulnérabilité est la plus grande (…)[943].

Aussi, l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, lu en conformité avec l'article 15 § 1 de la Charte sociale européenne révisée, devrait inciter la Communauté européenne à exercer sa compétence en vertu de l'article 13 CE, pour prendre des mesures interdisant la discrimination dans le domaine de l'éducation, dans la mesure où son intervention pourrait contribuer à donner une valeur ajoutée aux initiatives que les Etats membres peuvent prendre, individuellement, en cette matière.

3. Accès à l'emploi et intégration professionnelle

L'accès à l'emploi constitue le deuxième élément essentiel de l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées visée par l'article 26 de la Charte. Si l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union reconnaît le droit de toute personne de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée[944], cette disposition prend un sens particulier lorsqu'il s'agit de garantir

[942] C.E.D.S., *Autisme-Europe c. France* (récl.coll. n° 13/2002), déc. (bien-fondé) du 4 novembre 2003.
[943] C.E.D.S., *Autisme-Europe c. France* (récl.coll. n° 13/2002), déc. (bien-fondé) du 4 novembre 2003, points 48-49 et 53. Souligné par l'auteur.
[944] Le lecteur est renvoyé au Commentaire de l'article 15 de la Charte dans le présent ouvrage.

l'accès à l'emploi des personnes handicapées. Comme le souligne l'Observation générale No. 5 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies[945] :

> En l'absence de toute intervention gouvernementale, on relèvera toujours des cas où le fonctionnement du marché libre aura, pour les personnes qui souffrent d'un handicap, des effets peu satisfaisants soit sur le plan individuel, soit sur le plan collectif, et en pareil cas il incombera aux gouvernements d'intervenir et de prendre les mesures appropriées pour atténuer, compléter, compenser ou neutraliser les effets produits par les forces du marché (…) le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté n'est pas réalisé lorsque la seule véritable possibilité offerte aux personnes souffrant d'un handicap est de travailler dans un environnement dit 'protégé' et dans des conditions ne répondant pas aux normes.

L'adoption de mesures spécifiques, d'aménagements raisonnables, visant à contrer les effets peu satisfaisants du marché de l'emploi sur la situation des personnes handicapées et à favoriser l'intégration des travailleurs handicapés dans les structures de travail ordinaires, est encouragée par l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée (voy. *supra*). De même, l'article 7 de la Convention n° 159 de l'OIT relative à la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées (1983) demande aux autorités compétentes qu'elles prennent 'des mesures en vue de fournir et d'évaluer des services d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de placement, d'emploi, et autres services connexes destinés à permettre aux personnes handicapées d'obtenir et de conserver un emploi et de progresser professionnellement ; les services existants pour les travailleurs en général devront, dans tous les cas où cela est possible et approprié, être utilisés avec les adaptations nécessaires'[946]. A nouveau, il se déduit de ces dispositions, que la ségrégation professionnelle en vertu de laquelle certains emplois ou la fabrication de certains produits sont systématiquement attribués à tel ou tel type de personne handicapée constitue une forme de discrimination[947] interdite par la Charte ici commentée.

C'est dans ce contexte qu'il y a lieu de comprendre 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[948], en particulier ses articles 2 et 5. Aux termes de l'article 5 de la directive, il appartient à l'employeur de prendre 'les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée'. Cette charge est considérée comme n'étant pas disproportionnée 'lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées'.

Il faut cependant relever que la question des aménagements raisonnables en matière d'emploi et de travail est indissociable de la notion de *discrimination indirecte* explicitée à l'article 2 de la Directive 2000/78/CE. Aux termes de celui-ci, il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

---

[945] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale 5, *op. cit.* , paras. 12 et 21
Voy. aussi la Déclaration des droits des personnes handicapées (1975) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1975 [résolution 3447 (XXX)].

[946] Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées de 1983 (n° C159) (souligné par l'auteur).
Voy. aussi la Recommandation correspondante de l'OIT de 1983 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées (n° R168).

[947] Voy. la Contribution de l'Organisation Internationale du Travail à la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme du 3 mars 1993 (A/CONF.157/PC/61/Add.10), page 13.

[948] Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.* L 303 du 02.12.2000.

i. cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

ii. dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 [aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées] afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.

En pratique, les aménagements raisonnables en matière d'emploi et de travail en faveur des personnes handicapées regroupent des mesures telles que des aménagements architecturaux (rampes d'accès, notamment) ou la mise en place de dispositifs techniques permettant d'adapter le lieu de travail (écrans de formats supérieurs pour les personnes dont la vue est déficiente, par exemple) et de supprimer les entraves à la participation à l'emploi et au développement de la carrière des personnes handicapées. La Déclaration n° 22 relative aux personnes handicapées, annexée à l'Acte final du traité d'Amsterdam, prévoit par ailleurs, que lors de l'élaboration de mesures en vertu de l'article 95 CE (rapprochement des législations nationales pour l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur), les institutions de la Communauté doivent tenir compte des besoins des personnes handicapées[949]. Pour sa part, le Règlement (CE) n° 2204/2002 de la Commission du 12 décembre 2002 concernant l'application des articles 87 et 88 CE aux aides d'Etat à l'emploi[950] considère que certaines catégories d'aides à l'emploi et notamment celles visant à favoriser l'emploi des catégories défavorisées, parmi lesquelles les travailleurs ayant un handicap, doivent être considérées comme compatibles avec le marché commun et exemptées de notification au sens des articles 87 § 3 CE et 88 § 3 CE. La Commission européenne justifie cette position par le motif suivant:

> 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 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[951].

II. Conclusion

Si les initiatives que les institutions de l'Union et les Etats membres ont prises pour assurer l'intégration sociale et professionnelle et la participation des personnes handicapées à la vie de la communauté ne peuvent être sous-estimées, le principe de l'égalité des droits réclame encore davantage. La mise en œuvre d'une égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ne peut se réaliser indépendamment de la mise en œuvre d'une égalité de traitement dans les autres domaines de l'intégration sociale. Il faut espérer que les discussions qui ont entouré la transposition de la Directive 2000/78/CE vont à leur tour encourager l'adoption de mesures visant à assurer une égalité de traitement des personnes handicapées, non seulement dans les domaines de l'emploi et du travail, mais également dans les domaines de l'éducation, des transports publics, du sport et de l'accès au bâtiments

[949] Voy. la Communication de la Commission européenne sur l'égalité des chances des personnes handicapées (COM (96) 406 Final du 30 juillet 1996).

[950] *J.O.C.E.* L 337 du 13.12.2002, p. 3.

L'Article 2, g) du Règlement définit le 'travailleur ayant un handicap' comme 'toute personne: (i) reconue comme handicapée selon la loi nationale; ou (ii) ayant une infirmité physique, mentale ou psychologique reconnue comme grave'.

[951] 23ème considérant du préambule au Règlement

publics. En effet, ainsi que l'a noté le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, qui se réfère en partie sur ce point à la doctrine de l'Organisation internationale du travail[952]:

> ce sont très souvent des obstacles physiques érigés par la société dans les secteurs du transport, du logement et sur les lieux de travail qui sont invoqués pour justifier le fait que les personnes souffrant d'un handicap ne peuvent pas travailler (…) de même, si les gouvernements ne veillent pas à ce que les modes de transport soient accessibles aux personnes souffrant d'un handicap, celles-ci auront beaucoup moins de chances de trouver un emploi approprié intégré à la société, de tirer parti des possibilités d'éducation et de formation professionnelle ou d'avoir régulièrement accès à des services de toutes sortes. En fait, l'accès à des modes de transport appropriés et, le cas échéant, spécialement adaptés aux besoins individuels, est indispensable à l'exercice, par les personnes souffrant d'un handicap, de pratiquement tous les droits reconnus dans le [Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels].

L'Union s'est vu attribuer les compétences lui permettant l'adoption de mesures en ce sens. L'article 13 CE constitue sans doute, à cet effet, la base juridique principale. Mais certaines dispositions du Titre VIII (*L'emploi*) et du Titre XI (*Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse*) du Traité instituant la Communauté européenne peuvent aussi fonder de nouveaux développements. Quelle que soit la base juridique choisie, la définition et la mise en œuvre de ces mesures doit se faire en collaboration avec le Conseil de l'Europe, dans le cadre notamment du vaste Plan d'action du Comité des ministres, proposé en avril 2006, visant à la promotion des droits et à la pleine participation des personnes handicapées à la société[953]. Ces mesures doivent aussi s'articuler avec les initiatives entreprises au niveau des Nations Unies où, suite à la Résolution 56/168 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 19 décembre 2001, se sont engagées des discussions dans le cadre d'un comité spécial afin d'examiner des propositions en vue d'élaborer une *Convention internationale globale et intégrée pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des handicapés*[954]. Cette initiative doit être saluée. Même si les personnes handicapées bénéficient de l'ensemble des garanties instaurées par les instruments généraux de protection des droits de l'homme, la valeur ajoutée d'un nouvel instrument spécifique destiné à lutter contre toute forme de discrimination sur la base du handicap permettrait de compléter le cadre juridique existant, tout comme y ont contribué les conventions thématiques adoptées précédemment dans d'autres domaines.

[952] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale 5, *op. cit.* , paras. 22 et 23.

[953] Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le Plan d'action 2006-2015 du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société : améliorer la qualité de vie des personnes handicapées, adoptée par le Comité des Ministres le 5 avril 2006.

[954] Convention internationale globale et intégrée pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des handicapés, Résolution 56/168 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies.
La Commission européenne, par sa Communication au Conseil et au Parlement du 24 janvier 2003, a fait connaître la volonté de la Communauté d'activement participer aux efforts entrepris au niveau international dans ce domaine (Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 24 janvier 2003, *Vers un instrument juridiquement contraignant des Nations Unies destiné à promouvoir et protéger les droits et la dignité ses personnes handicapées*, COM(2003)16final).

Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise

Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales.

I. Analyse de l'article 27 de la Charte

Le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, tel qu'il est consacré à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, est un droit social fondamental des travailleurs reconnu au niveau national et communautaire et s'appliquant dans les conditions prévues par le droit communautaire et par les législations et pratiques nationales, au niveau le mieux adapté à son exercice. Ce droit est à envisager à l'aune d'autres droits fondamentaux reconnus dans la Charte sous le Chapitre IV ' Solidarité ' : le droit de négociation et d'actions collectives (Article 28 de la Charte), le droit de protection contre tout licenciement injustifié (Article 30), le droit à des conditions de travail justes et équitables (Article 31). Il est aussi lié à l'Article 12 de la Charte relatif à la liberté de réunion et d'association. Cependant, le droit à la consultation syndicale n'est pas garanti en tant que tel à travers l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 qui énonce que ' toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts '[955]. L'article 27 de la Charte va au delà de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée le 9 décembre 1989 contenait déjà un volet ' information, consultation et participation des travailleurs ' dans les points 17 et 18, ' en particulier dans des entreprises ou des groupes comportant des établissements ou des entreprises situés dans plusieurs Etats membres de la Communauté européenne [956]'. Depuis, le rôle de la Communauté européenne dans la réalisation de ce droit s'est trouvé renforcé. Lors du Traité de Maastricht, la ' dimension sociale ' est intégrée dans le traité instituant la Communauté Européenne (CE) avec l'adoption du protocole n°14 relatif à l'Accord sur la politique sociale. Le traité d'Amsterdam a supprimé ce protocole et a intégré directement l'Accord sur la politique sociale dans le traité CE, aux Articles 136 à 145 CE. L'article 136 CE indique que ' La Communauté et les Etats membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, […], ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, […], le dialogue social, […] '.Pour ce faire, l'article 137 CE précise qu' ' en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136, la Communauté soutient et complète l'action des Etats membres dans les domaines suivants : […]
l'information et la consultation des travailleurs […] '.

Les articles 138 et 139 du Traité de Rome sont beaucoup plus précis vis à vis de l'exercice de ce droit au niveau communautaire. Selon l'Article 138 § 1 CE, ' la Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties '. L'Article 139 § 1 CE, indique quant à lui que ' le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords '.

[955] Cour eur. D.H., *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, arrêt du 27 octobre 1975, *Ser.* A, No. 19.
[956] Paragraphe 17.

II. Apport du droit international

Le droit à l'information et à la consultation figure à l'article 2 du protocole additionnel du 5 mai 1988 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, ainsi que dans les articles 21 et 29 de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996[957]. L'article 2 du protocole de 1988 indique :

> En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise, les Parties s'engagent à prendre ou à promouvoir des mesures permettant aux travailleurs ou à leurs représentants, conformément à la législation et à la pratique nationales :
>
> a) d'être informés régulièrement ou en temps opportun et d'une manière compréhensible de la situation économique et financière de l'entreprise qui les emploie, étant entendu que la divulgation de certaines informations pouvant porter préjudice à l'entreprise pourra être refusée ou qu'il pourra être exigé que celles-ci soient tenues confidentielles ; et
> b) d'être consultés en temps utile sur les décisions envisagées qui sont susceptibles d'affecter substantiellement les intérêts des travailleurs et notamment sur celles qui auraient des conséquences importantes sur la situation de l'emploi dans l'entreprise.
>
> Les parties pourront exclure du champ d'application du paragraphe 1 du présent article les entreprises dont les effectifs n'atteignent pas un seuil déterminé par la législation ou la pratique nationale .

L'article 21 de la Charte sociale européenne révisée reprend exactement l'article 2 § 1 du protocole. L'article 29 concerne ' *l'exercice effectif du droit des travailleurs à être informés et consultés en cas de licenciements collectifs* '.

L'expression ' les travailleurs ou leur représentants ' signifie que les droits reconnus peuvent être exercés par les travailleurs ou par leurs représentants ou par les deux à la fois[958]. Ensuite, les termes ' conformément à la législation et la pratique nationales ' concernent tout à la fois ' *l'adoption ou la promotion des 'mesures ' envisagées pour assurer l'exercice des droits mentionnés* ' et ' *la désignation des représentants des travailleurs pouvant être associés à l'exercice de ces mêmes droits*[959] '. Sur le premier point, les Parties peuvent agir par la voie législative ou réglementaire, mais ils peuvent aussi laisser aux représentants des travailleurs et aux employeurs le soin de déterminer les modalités de la mise en œuvre de la disposition, soit par convention collective ou par d'autres accords entre les employeurs et les représentants des travailleurs. Les partenaires sociaux peuvent alors déterminer si l'information, la consultation et la participation des travailleurs ou de leurs représentants s'effectuera au niveau de l'entreprise, d'une unité de production, d'un secteur ou d'une branche, ou encore au niveau local, régional, national... Pour ce qui est du deuxième point, le rapport explicatif du protocole de 1988 indique qu'il est de même loisible aux Parties de laisser aux travailleurs et à leurs organisations le soin de fixer les procédures et les règles pour la désignation des représentants ayant accès à l'information et à la consultation pour la détermination des conditions de travail dans l'entreprise. De manière générale, ces termes couvrent aussi tous les usages éventuellement suivis entre les partenaires sociaux ainsi que les décisions des organes juridictionnels, qui ont été ou qui pourraient être rendues.

La définition de ' représentants des travailleurs ' de l'annexe du rapport explicatif au protocole additionnel du 5 mai 1988 reprend la définition de l'article 3 de la Convention n° 135 de l'OIT[960],

[957] En vigueur depuis le 1er juillet 1999.
[958] Voy. le rapport explicatif du protocole additionnel du 5 mai 1988, para. 29, http://conventions.coe.int/Treaty/FR/CadreListeTraites.htm.
[959] Voy. le rapport explicatif du protocole additionnel du 5 mai 1988, para. 30, http://conventions.coe.int/Treaty/FR/CadreListeTraites.htm.
[960] Convention C-135 du 23 juin 1971, en vigueur depuis le 30 juin 1973.

concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder, dans le souci d'harmoniser les définitions contenues dans les différents instruments internationaux. Ce terme désigne ainsi ' des personnes reconnues comme tels par la législation ou la pratique nationale, qu'elles soient :a) des représentants syndicaux […]b) ou des représentants […] librement élus par les travailleurs de l'entreprise, conformément aux dispositions de la législation nationale ou de conventions collectives, et dont les fonctions ne s'étendent pas à des activités qui sont reconnues, dans les pays intéressés, comme relevant des prérogatives exclusives des syndicats '.

Le terme 'entreprise' est interprété comme visant un ensemble d'éléments matériels et immatériels, ayant ou non la personnalité juridique, destiné à la production de biens ou à la prestation de services, dans un but économique, et disposant du pouvoir de décision quant à son comportement sur le marché[961]. Il convient de souligner que si l'entreprise doit disposer d'un pouvoir de décision en ce qui concerne son comportement sur le marché, il n'est pas indispensable que l'information des travailleurs s'effectue là où ces décisions sont prises par la direction de l'entreprise. Au contraire, cette disposition laisse toute latitude aux Parties de fixer, ou de laisser aux partenaires sociaux le soin de déterminer librement, les divers niveaux de l'information et de la consultation, niveaux qui peuvent ne pas coïncider avec celui de la prise de décision.

Concernant l'information, l'alinéa (a) de l'article 2-1 du protocole précise que seules les informations se rapportant à la situation économique et financière de l'entreprise doivent être communiquées (sous réserve de ce qui est dit à propos du secret et de la confidentialité). De ce fait, les autres informations, par exemple celles concernant la propriété industrielle, les secrets de fabrication ou d'affaires, peuvent ne pas être fournies. Pour ce qui est de la consultation, celle ci, selon le rapport, doit être précédée d'une ' information ' appropriée pour être efficace. La consultation s'exerce donc dans les limites dans lesquelles l'information est fournie.

Le deuxième paragraphe de l'article 2 du protocole prévoit la possibilité pour les Parties d'appliquer les dispositions concernant l'information et la consultation des travailleurs aux seules entreprises dont les effectifs dépassent un certain seuil. La détermination de ce seuil peut être effectuée par la voie législative ou réglementaire, peut découler d'accords conclus entre les Parties, ou être le résultat d'une coutume suivie depuis de nombreuses années, sans qu'une de ces méthodes exclue nécessairement les autres.

L'article 21 de la Charte sociale révisée de 1996 ne contient pas de paragraphe 2 similaire. Cependant, l'annexe de la Charte indique très clairement que ' les Parties pourront exclure du champ d'application des présents articles les entreprises dont les effectifs n'atteignent pas un seuil déterminé par la législation ou la pratique nationales '. Ainsi, même si l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux ne contient pas non plus ce type de paragraphe, une lecture dans les mêmes termes s'opère[962].

III. Législation communautaire

Plusieurs directives, depuis les années 1970, prévoient le droit des travailleurs à l'information et à la consultation dans des domaines particuliers et des directives ont été adoptées récemment concernant l'exercice de ce droit au niveau européen. Cependant, le Parlement européen et le Conseil indiquent, dans la Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, que ' l'existence, aux niveaux communautaire et national, de cadres juridiques visant à assurer l'association des travailleurs à la marche de l'entreprise et aux décisions qui les concernent, n'a pas toujours empêché que des décisions graves concernant les travailleurs soient prises et rendues publiques sans que des procédures adéquates

[961] Voy. annexe de la Charte sociale européenne révisée (1996), http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/163.htm.
[962] Voy. en ce sens la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *J.O.C.E.* L 80 du 23.03.2002, pp. 29-34, article 3 § 1.

d'information et de consultation aient été préalablement mises en place '[963]. Il importait donc de renforcer le dialogue social et les relations de confiance au sein de l'entreprise, il importait notamment de promouvoir et de renforcer l'information et la consultation des travailleurs[964]. La Directive 2002/14/CE met en place un cadre général pour l'information et la consultation des travailleurs, qui ' a pour objectif d'établir des exigences minimales applicables dans l'ensemble de la Communauté '[965] et ne devrait pas affecter, lorsqu'elles sont plus spécifiques, les dispositions des directives relatives à l'information et à la consultation des travailleurs dans des domaines particuliers ainsi que celles relatives à l'exercice de ce droit au niveau européen [966].

1. Cadre général

Suite à la communication de la commission du 14 novembre 1995 (COM (95) 547 final), présentant un bilan de l'action communautaire en matière d'information, de consultation et de participation des travailleurs, la commission décide de redéfinir le cadre juridique communautaire dans le but d'instaurer des règles plus contraignantes[967]. La Directive 2002/14/CE établissant un cadre relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne du 11 mars 2002 ne s'applique qu'aux entreprises dépassant un certain seuil[968] et les Etats membres peuvent prévoir des dispositions spécifiques applicables aux entreprises ou aux établissements qui poursuivent directement et essentiellement des fins politiques, confessionnelles, charitables, éducatives, etc[969]. Elle définit tout d'abord les termes *entreprise*, *établissement*, *employeur*, *travailleur*, *représentants des travailleurs*, *information* et *consultation* en attachant à ces notions une signification qui s'apparente aux définitions données au sein du Conseil de l'Europe[970]. Les Etats membres doivent déterminer les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation au niveau approprié, dans le respect des principes énoncés à l'article 1. L'information et la consultation concernent trois domaines, à savoir les évolutions récentes et probables des activités de l'entreprise ou de l'établissement et de sa situation économique, la structure et l'évolution probable de l'emploi au sein de l'entreprise et les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail (Article 4). De plus, la directive envisage le fait que les Etats membres peuvent confier aux partenaires sociaux le soin de définir librement à tout moment par voie d'accord négocié les modalités d'information et de consultation des travailleurs, au niveau approprié (Article 5). Néanmoins, un régime de confidentialité est prévu au terme de l'article 6 de la directive. Ainsi, les représentants des travailleurs et les experts ne sont pas autorisés à révéler aux travailleurs les informations qui leur ont été expressément communiquées à titre confidentiel. De plus, l'employeur n'est pas obligé de communiquer des informations ou de procéder à des consultations lorsque leur nature est telle qu'elles entraveront gravement le fonctionnement de l'entreprise.

2. Exercice du droit à l'information et à la consultation dans des domaines particuliers

2.1. Contrat de travail

La Directive 91/533/CE du cConseil du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail[971] précise dans son article 2 les informations que l'employeur doit porter à la connaissance du travailleur salarié. Il s'agit notamment de la durée prévisible en cas de contrat ou de relation de travail temporaire, du titre,

[963] Directive 2002/14/CE, précitée, considérant (6).
[964] Directive 2002/14/CE, précitée, considérants (7) et (8).
[965] Directive 2002/14/CE, précitée, considérant (18).
[966] Directive 2002/14/CE, précitée, considérants (29) et (30).
[967] Voy. aussi les Communications de la Commission européenne du 4 juin 1997 (SEC (97) 1033) et du 5 novembre 1997 (SEC (97) 2045 final).
[968] Aux entreprises employant dans un Etat membre au moins 50 travailleurs ou aux établissements employant dans un Etats membre au moins 20 travailleurs. (Article 3 alinéa 1).
[969] Article 3 alinéa 2.
[970] Voy. plus haut. La notion d'entreprise a cependant un sens plus large dans le cadre des directives communautaires.
[971] *J.O.C.E.* L 288 du 18.10.1991, pp. 32-35.

grade, qualité, catégorie d'emploi ou description sommaire du travail[972], de la durée du congé payé, de la durée des délais de préavis en cas de cessation de contrat, du montant de base et des autres éléments constitutifs de la rémunération, de la durée de travail journalière[973], etc. Ces informations doivent être contenues soit dans un contrat de travail écrit, soit dans une lettre d'engagement ou dans un autre document écrit et doivent être remises deux mois au plus tard après le début du travail (Article 3). Des informations complémentaires doivent être remises au travailleur expatrié, qui doit être en possession de ces dernières avant son départ (Article 4). Néanmoins, les Etats membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas au travailleur ayant un contrat ou une relation de travail de moins d'un mois ou ayant un caractère occasionnel ou particulier (Article 1).

2.2. Licenciements collectifs

La Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs[974] donne quelques éléments quant à l'utilisation du droit à l'information et à la consultation lors de licenciements collectifs. Son article 2 est en effet consacré à l'information et à la consultation. L'employeur qui envisage d'effectuer des licenciements collectifs[975] est tenu de procéder à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord. Les consultations portent alors sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que d'en atténuer les conséquences. A ce titre, l'employeur est tenu de communiquer en temps utile un certain nombre d'informations (motifs du projet de licenciement, nombre et catégorie des travailleurs à licencier, les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier, etc.). Il doit notifier par écrit tout projet de licenciement collectif à l'autorité compétente en y faisant figurer ces informations. Les représentants des travailleurs doivent alors recevoir une copie de la notification et peuvent adresser des observations. Cependant, l'article 1 précise les cas dans lesquels la directive ne s'applique pas, à savoir aux licenciements collectifs effectués dans le cadre de contrat de travail, aux travailleurs des administrations publiques et aux équipages des navires de mer.

2.3. Transferts d'entreprises

La Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements[976] a été modifié par la Directive 98/50/CE du conseil du 28 juin 1998[977]. Mais par souci de clarté, le conseil a adopté une nouvelle directive le 12 mars 2001[978] codifiant la directive de 1977 pour en simplifier la lecture après les nombreuses modifications dont elle a fait l'objet. La Directive 2001/23/CE contient un chapitre III relatif à l'information et à la consultation des travailleurs et de leurs représentants. Ces derniers doivent être informés en temps utile lors d'un transfert d'entreprise de la date fixée ou proposée pour le transfert, du motif du transfert, des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert sur les travailleurs, des

[972] Voy. C.J.C.E., 4 décembre 1997, *Kampelmann e.a. / Landschaftsverband Westfalen-Lippe e.a*, aff. jointes C-253 et C-256/96 , *Rec*., p. I-06907, point 5 : ' La communication visée à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 91/533, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, en tant qu'elle informe le travailleur sur les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail, et en particulier sur les éléments visés à l'article 2, paragraphe 2, sous c), est revêtue d'une présomption de vérité comparable à celle qui s'attacherait, dans l'ordre juridique interne, à pareil document établi par l'employeur et communiqué au travailleur '.

[973] Voy. sur ce point :; C.J.C.E., 8 février 2001, *Wolfgang Lange contre Georg Schünemann GmbH,* C-350/99, *Rec*., p. I-01061, point 1 du dispositif.

[974] *J.O.C.E.* L 225 du 12.08.1998, pp. 16-21.
La directive est une version codifiée de la Directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs et de la directive 92/56/CEE du Conseil, du 24 juin 1992, modifiant la directive 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs qui ont été abrogées.

[975] Voy. C.J.C.E., 12 février 1985, *Dansk Metalarbejderforbund et Specialarbejderforbundet i Danmark contre H. Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S,* C-284/83, *Rec*., p. 553. La Directive 75/129/CEE précitée ne s'applique que lorsque l'employeur a réellement envisagé d'effectuer un licenciement collectif ou a établi un projet de licenciement collectif (point 3).

[976] *J.O.C.E.* L 061 du 05.03.1977, pp. 26-28.

[977] *J.O.C.E.* L 201 du 17.07.1998, pp. 88-92.

[978] Directive 2001/23/CE portant le même nom que la Directive 77/187/CE, *J.O.C.E.* L 82 du 22.03.2001, pp. 16-20.

mesures envisagées à l'égard des travailleurs. De plus, lorsque le transfert implique un changement de situation pour les travailleurs concernés, les représentants des travailleurs doivent être consultés en vue d'aboutir à un accord. Une réglementation nationale qui oblige simplement le cédant qui envisage de prendre des mesures à l'égard des travailleurs affectés par un transfert à engager des consultation, à prendre en considération toutes les observations formulées et à y répondre n'assure pas une transposition correcte de la directive[979]. Il en est de même pour celle qui ne prévoit pas de mécanisme de désignation des représentants des travailleurs lorsque l'employeur refuse de reconnaître de tels représentants[980]. La directive donne une définition d'un transfert[981], indique le type d'entreprises soumises à la directive[982] et définit ' les travailleurs[983] ' dans son article 1.

2.4. Protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'entreprise

La Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002[984] modifiant la Directive 80/987/CEE du conseil du 20 octobre 1980[985], concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, n'apporte aucune précision quant au droit à l'information et à la consultation des travailleurs en ce domaine.

3. Exercice du droit à l'information et à la consultation au niveau communautaire

La Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs[986] représente un progrès quant à l'exercice de ce droit au niveau communautaire. Selon le deuxième alinéa de l'article premier, ' un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation des travailleurs est institué dans chaque entreprise de dimension communautaire '. Pour ce faire, selon l'article 5, la direction centrale doit entamer des négociations avec un groupe spécial de négociation afin d'instituer un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation. La directive s'attache à définir les termes tels que ' entreprise de dimension communautaire ', ' groupes d'entreprises ', ' représentants des travailleurs ', ' groupe spécial de négociation '. Elle indique par ailleurs dans son article 8 la démarche à suivre lorsque les informations sont communiquées à titre confidentiel. Enfin, l'annexe de la directive porte sur les règles relatives à la compétence et à la composition du comité d'entreprise européen.

Suite à la proposition de la Commission de renforcer le dialogue social sectoriel dans sa communication du 18 septembre 1996 concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire[987], le Parlement européen a exprimé le souhait dans la résolution du 18 juillet 1997[988]

---

[979] Voy. C.J.C.E., 8 juin 1994, *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-382/92, *Rec*. p. I-02435, point 3.
[980] Voy. C.J.C.E., 8 juin 1994, *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-382/92, *Rec*. p. I-02435, point 1.
[981] Voy. C.J.C.E., 7 mars 1996, *Albert Merckx et Patrick Neuhuys contre Ford Motors Company Belgium SA,* C-171 et 172/94, *Rec*. p. I-01253 ; C.J.C.E., 15 octobre 1995, *Annette Henke contre Gemeinde Schierke et Verwaltungsgemeinschaft Brocken,* C-298/94, *Rec*. p. I-04989; C.J.C.E., 9 décembre 1999, *G. C. Allen e.a. contre Amalgamated Construction Co. Ltd,* C-234/98 *Rec*. p. I-08643; C.J.C.E., 19 mai 1992, *Dr. Sophie Redmond Stichting contre Hendrikus Bartol et autres,* C-29/91, *Rec*. p. I-03189.
[982] Voy. C.J.C.E., 8 juin 1994, *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-382/92 *Rec*. p. I-02435 : une entité peut exercer une activité économique et être regardée comme une ' entreprise ' pour l'application des normes de droit communautaire même si elle ne poursuit pas un but lucratif (point 2).
[983] Voy. C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contre Société en faillite A/S Danmols Inventar,* C-105/84, *Rec*. p. 2639 .
[984] *J.O.C.E.* L 270 du 8.10.2002, pp. 10-13.
[985] *J.O.C.E.* L 283 du 28.10.1980, pp. 23-27.
[986] *J.O.C.E.* L 254 du 30.9.1994, pp. 64-72, directive modifiée par la Directive 97/74/CE du Conseil du 15 décembre 1997 étendant le champ d'application de cette dernière au Royaume-Uni, *J.O.C.E.* L 10 du 16.01.1998, pp. 22-23.
[987] COM (96) 448 final.
[988] *J.O.C.E.* C 286 du 22.09.1997.

qu'une attention plus large soit accordée au dialogue social sectoriel. Faisant suite à cette préoccupation, la Commission a adopté la Décision du 20 mai 1998 concernant l'institution de comités de dialogue sectoriel destinés à favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen[989]. L'article premier explique la procédure à suivre pour la création de tels comités. L'article 2 indique que ces comités doivent être ' consultés sur les évolutions au niveau communautaire ayant une incidence sociale ' et ' développent et favorisent le dialogue social au niveau sectoriel '.

La Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001[990] complétant le statut de la Société Européenne[991] ainsi que la Directive 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003[992] complétant le statut de la coopérative européenne[993] contiennent également des dispositions portant sur l'implication des travailleurs. Ces directives précisent les modalités relatives à l'implication des travailleurs, comprenant donc leur information et consultation et cherchent à coordonner les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en ces domaines.

[989] 98/500/CE, *J.O.C.E.* L 225 du 12.08.1998.
[990] *J.O.C.E.* L 294 du 10.11.2001, pp. 22-32.
[991] Règlement 2001/2157/CE du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société Européenne, *J.O.C.E.* L 294 du 10.11.2001, pp. 1-21.
[992] *J.O.C.E.* L 207 du 18.08.2003, pp. 25-36.
[993] Règlement 2003/1435/CE du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, *J.O.C.E.* L 207 du 18.8.2003, pp. 1-24.

Article 28. Right of collective bargaining and action

Workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action.

I. Introduction

Workers and employers, and their respective organizations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action.

This right carries over into the field of industrial law and labour organization a fundamental right already enshrined in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, that of freedom of assembly and association. The adequate safeguard of this right is of basic importance to ensure democracy in the work environment and to see that workers' rights are properly protected. Article 11 of the European Convention laid down that 'everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to join trade unions for the protection of his interests.' It further provides in the second paragraph of the same article that 'no restrictions shall be placed on the exercise of these rights other then such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.' Although there is no express mention in Article 11 of the Convention of the right to strike and of workers' and employers' organizations, it was clear that these matters were implicit in the words of the article.

The interpretation of Article 11 of the Convention was the subject of a number of decisions of the European Court of Human Rights which defined the content of this right at the place of work. In the case of *Gustafsson vs Sweden*[994] the Court stated that 'at the same time it should be recalled that, although Article 11 does not secure any particular treatment of trade unions, or their members, by the State, such as a right to conclude any given collective agreement, the words 'for the protection of [their] interests' in Article 11 show that the Convention safeguards freedom to protect the occupational interests of trade union members by trade union action. In this respect the State has a choice as to the means to be used and the Court has recognized that the concluding of collective agreements may be one of these.' This conclusion reaffirms the position already arrived at in the *Schmidt and Dahlstrom*[995] case that Article 11 presents trade union freedom as one form or a special aspect of freedom of association but does not secure any particular treatment of trade union members by the State. A similair position was taken by the Court in the *Swedish Engine Drivers' Union* case[996]. Article 11 leaves to each state a free choice in limiting the means used to protect the occupational interests of trade union members by trade union action[997].

[994] Eur. Ct. H.R., *Gustafsson v. Sweden* (Appl. No. 15573/89), judgment of 25 April 1996.
[995] Eur. Ct. H.R., *Schmidt and Dahlstrom v. Sweden* (Appl. No. 5589/72), judgment of 6 February 1976, *Ser.* A, No. 21.
[996] Eur. Ct. H.R., *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden* (Appl. No. 5614/72), judgment of 6 February 1976, *Ser.* A, No. 20.
[997] Fawcet, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 279.

The right to strike is also to be found protected in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of the 16th December, 1966 which in Article 8 provides:

> The States Parties to the present Convention undertake to ensure … the right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country.

Also relevant to the rights protected by Article 28 of the Charter are the following International Labour Organization conventions, and that is, Convention 98 of the 1st July, 1948 concerning the Application of the Principles on the Right to Organize and to Bargain Collectively, Convention 135 of the 23rd June, 1971 concerning Protection and Facilities to be afforded to Workers' Representatives in the Undertaking, and Convention 154 of the 19th June, 1981 concerning the Promotion of Collective Bargaining. The European Social Charter of the 3rd May 1996 also makes provision for the protection of these rights in articles 5 and 6. Article 5 of the Social Charter protects the right to organize, while Article 6 the right to bargain collectively. The right to organize is restricted in the case of the Police and Armed Forces, a limitation which also appears in Article 11 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

II. The meaning of the right protected

The article in question protects a variety of labour law rights; in particular it seeks to protect the right to form trade unions and employers' organizations, the right to collective bargaining, and the right to take strike action. These are separate though related rights. It is interesting that the limitations which appear to the rights both in the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and in the European Social Charter do not appear reproduced in this article. On the other hand the article is wholly dependant for implementation on 'Community law and national laws and practices' and therefore is evidently capable of restriction or regulation through such legal instruments. The rights may not be read in the abstract without reference to the regulatory framework in which they are embedded. Indeed it would appear to me that the wording of the reference to Community and national laws and practices implies a regulatory framework for all the rights included in the article in question.

III. Developments in the European Union and National Laws

Articles 138 and 139 EC are particularly relevant in this context. These articles stipulate to the Commission the task of promoting the consultation of management and labour at Community level and the taking of any relevant measures to facilitate dialogue by ensuring balanced support for the parties. Article 139 EC envisages the possibility of the creation of contractual obligations, including agreements, at Community level as well as the methodology for their implementation.

The Community Charter of the social fundamental rights of workers adopted by the Heads of State and of Government on the 9th December, 1989 provides in articles 12 and 13 both for the protection of the right to collective bargaining and the right to take industrial action, inclusive of the right to strike, as well as the facilitation of resort to conciliation, mediation, and arbitration proceedings. Again article 14 of the Community Charter leaves to Member States the determination as to under which conditions and to what extent the rights provided under these articles apply to the armed forces, the police, and the civil service.

Moreover both the right to collective bargaining and the right to take industrial action, including strike action, is protected in a variety of ways in the national legislation of the member States. The Constitutions of a number of member States expressly recognize the right to collective bargaining and to strike action[998]; where there is no specific constitutional protection the matter would be covered and

[998] See e.g., the Constitution of the Kingdom of Belgium of 17 February 1994 (Article 23), the Constitution of the Hellenic Republic of the 9th June 1975 (Articles 22 and 23), the Constitution of the Kingdom of Spain of the 27th December 1978

regulated by the national laws. Even where there is a reference to such rights in a national constitution it would be usual to find the matter also regulated by the national legislation of that State. It is perhaps also pertinent to point out that as the member States of the European Union are also members of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms the protection afforded by the European Charter and that by the European Convention would be mutually reinforcing. It is however important to keep in mind that the extent of the rights protected in Article 28 of the Charter largely depends on the precise provisions of European Union and National legislation.

IV. The limitations to the right protected

It is interesting to note that the article as such does not list any express limitations on the right to collective bargaining and to industrial action. However as the extent of the rights is not defined by the Article per se but is left to the defining authority of legislation, such limitations are not essential as they would result from the European Union and National laws themselves. On the other hand it is probable that such limitations may not be of an extent as to negative the right itself. In this context it is to be noted that Article 11 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms clearly lays the limits which may be imposed on the freedom of association and assembly and consequently on resort to strike action as well, in as much as that right is implicit in this freedom. These limits are contained in the words 'prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others.' It is my opinion that these limitations carry over onto the rights defined by Article 28 as these are conditioned by the necessity of making regulatory provision.

V. The linkage to non-discrimination

Another point which should be made in connection with this Article is that the rights safeguarded must be regulated and are to be enjoyed in a non-discriminatory manner. This is argued by the application of other provisions of the law to these rights. The non-discrimination concept is a fundamental value in European society and is clearly spelt out in Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In particular Article 12, 13, and 141 of the Treaty establishing the European Community provides in clear terms for equal treatment; of significance is that article 12 prohibits discrimination on the basis of nationality while article 13 prohibits discrimination on the basis of sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. The Council Directives[999] relevant to the prevention of discrimination in

(Article 28), the Constitution of the French Republic of the 4th October 1958 (Preamble), the Constitution of the Italian Republic of the 27th December 1947 (Article 39), the Constitution of the Grand Duchy of Luxembourg of the 17th October 1868 (Article 11), the Constitution of the Portugese Republic of the 2nd April 1976 (Articles 54 and 55), and the Constitution of the Kingdom of Sweden (Chapter II, Article 17).

[999] Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 045 of 19.02.1975, pp. 19-20; Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 039 of 14.02.1976, pp. 40–42; Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, OJ L 006 of 10.01.1979, pp. 24–25; Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, OJ L 241 of 03.09.1997, p. 8; Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, OJ L 359 of 19.12.1986, pp. 56-58; Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 014 of 20.01.1998, pp. 6-8; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303 of 02.12.2000, pp. 16-22; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180 of 19.07.2000, pp. 22-26.

employment are also relevant to a proper interpretation of this Article 28 and its application through the creation of the necessary regulatory framework.

Article 29. Droit d'accès aux services de placement

Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement

I. Introduction

L'inscription du droit pour tous d'accéder à un service gratuit de placement à l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne participe de la réalisation progressive des droits sociaux fondamentaux des travailleurs au sein de l'Union. Cette disposition se fonde sur la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 et sur l'article 1§3 la Charte sociale européenne de 1961.[1000] Ces textes, avec les Conventions n° 88, 96 et 181 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) forment en effet l'essentiel du contexte juridique international dans lequel s'inscrit l'article commenté. Préalable à l'exercice effectif du droit au travail et de nature à faciliter l'exercice du droit de rechercher un emploi dans tout Etat membre de l'Union, le droit de tous d'accéder à un service gratuit de placement engage les Etats membres à créer ou maintenir de tels services sur leur territoire aux conditions du droit communautaire et international applicables. Le recours, garanti, au service gratuit de placement ne constitue cependant qu'un aspect de la recherche d'un emploi. Dans le cadre de celle-ci comme dans le cadre de l'exercice de l'activité à laquelle elle est destinée à mener, il importe que les droits (sociaux) fondamentaux de l'individu soient respectés.

II. La consécration au rang de droit fondamental au sein de l'Union européenne

La reconnaissance progressive d'un droit fondamental d'accès au service gratuit de placement ne se laisse pas dissocier de la mise en œuvre du principe de la libre de circulation des travailleurs énoncé et développé aux articles 39 et 40 CE. *L'article 40 d) CE* invite en ce sens à l'établissement de mécanismes propres à mettre en contact les offres et les demandes d'emploi.[1001]

Le *Règlement CEE n°1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté* adopté à cet effet, expose que la réalisation du principe de libre circulation des travailleurs implique l'abolition entre les travailleurs des Etats membres de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail, et parallèlement, la reconnaissance du droit de tous les travailleurs des Etats membres d'exercer l'activité de leur choix à l'intérieur de l'espace communautaire.[1002] Partant de ce principe de non-discrimination entre les travailleurs de la Communauté, lequel implique également la reconnaissance à tous les ressortissants des Etats membres de la même priorité à l'emploi que celle dont bénéficient les travailleurs nationaux, le Règlement 1612/68 susvisé affirme ensuite le nécessaire renforcement des mécanismes de mise en contact des offres et demandes d'emploi notamment par le développement de collaboration directe entre les services (nationaux, régionaux) de l'emploi ainsi que par l'intensification de la coordination de l'échange d'information afin d'assurer une meilleure transparence du marché du travail et de favoriser la mobilité des travailleurs au sein de la Communauté. La seconde partie du Règlement 1612/68, modifiée par le Règlement 2434/92 du

[1000] Mise à jour des explications du Présidium de la Convention relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, 9 juillet 2003, CONV 828/03.

[1001] Article 40 CE : ' Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du comité économique et social, arrête, par voie de directives et de règlements, les mesures nécessaires en vue de réaliser la libre circulation des travailleurs telle qu'elle est définie à l'article 39 notamment : (…) d) en établissant des mécanismes propres à mettre en contact les offres et les demandes d'emploi (…) '.

[1002] Règlement CEE n°1612 /68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.* L 257 du 19.10.1968.

Conseil[1003], est consacrée aux mesures de mise en contact des offres et demandes d'emploi (articles 13 et 14) ainsi qu'à l'instauration d'un mécanisme de compensation (articles 15 à 18) permettant la transmission, par l'intermédiaire des services spécialisés nationaux et des organismes communautaires, des offres d'emploi non satisfaites ou non susceptibles d'être satisfaites par la main d'œuvre appartenant au marché national du travail, et des demandes d'emploi exprimées vers un autre Etat membre. L'établissement au sein de la Commission d'un Bureau européen de coordination de la compensation des offres et des demandes d'emploi, chargé de favoriser et de coordonner sur les plans technique et administratif le mécanisme de compensation, et d'analyser les mouvements de travailleurs qui en résultent est prévu également (articles 21 à 23). Le Règlement 1612/68 institue enfin un Comité consultatif et un Comité technique chargés respectivement d'examiner les problèmes de la libre circulation et de l'emploi dans le cadre des politiques nationales de la main d'œuvre (articles 24 à 31) d'une part et d'assister la Commission pour préparer, promouvoir et suivre dans leurs résultats les travaux et mesures techniques relatifs à l'application du dit règlement et des dispositions complémentaires éventuelles en matière de libre circulation et d'emploi des travailleurs dans la Communauté (articles 32 à 37) d'autre part.

Le Règlement 1612/68 trouve un prolongement dans la *Décision n°569/93 du 22 octobre 1993 de la Commission*[1004] aux termes de laquelle le réseau EURES (European Employment Service) est mis en place et auquel est confiée la mission de développer les échanges d'information et la coopération entre les différents partenaires. Le réseau EURES propose aux chercheurs d'emploi et aux employeurs un service informatisé d'information et de conseil sur le marché de l'emploi à l'échelle européenne. Enfin, dans sa *Résolution du 31 mai 2001 sur le rapport de la Commission sur les activités EURES 1998-1999*, le Parlement européen sollicite de la Commission qu'elle intègre le réseau EURES dans la stratégie européenne comme instrument de sa mise en œuvre et en poursuivre activement le développement.[1005]

La *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* adoptée par onze Etats membres le 9 décembre 1989 mentionne le droit de ' pouvoir bénéficier gratuitement des services publics de placement ' (Titre I, point 6). La reconnaissance du droit d'accès à un service gratuit de placement en tant que droit social fondamental s'amorce d'autant par ce texte que l'exposé général de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs identifie les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et la Charte sociale européenne de 1961 comme des sources d'inspiration directes.

III. Les sources d'inspiration : Conventions de l'OIT et Charte sociale européenne

1. Les Conventions de l'OIT

L'analyse des Conventions adoptées au sein de l'OIT relativement aux bureaux de placement depuis 1933 révèle les évolutions qu'a connues le secteur des activités de placement, telle la nette tendance à la libéralisation des services d'emploi. Elle met également en lumière la reconnaissance progressive du droit d'accès à un service gratuit de placement et les obligations corrélatives mises à charge des pouvoirs publics ainsi que l'évolution des conditions posées, en matière de respect des droits fondamentaux, à l'exercice des activités des bureaux de placement.

[1003] Règlement CEE n°2434/92 du Conseil du 27 juillet 1992 modifiant la deuxième partie du règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.* L 245 du 26.08.1992.

[1004] Décision 93/569/CEE de la Commission du 22 octobre 1993 portant application du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté en ce qui concerne en particulier un réseau dénommé Eures (European Employment Services), *J.O.C.E.* L 274 du 6.11.1993 (ce document n'est plus en vigueur).

[1005] Résolution du 31 mai 2001 sur le rapport de la Commission sur les activités EURES 1998-1999 ' Vers un marché européen intégré de l'emploi : la contribution d'EURES ', (COM(2000) 60 ; C5-0104/2001 – 2001/2053 (COS)), (A5-0169/2001, R5-O309/2001).

Le premier mouvement de réglementation invitait à la suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative. Ceux-ci sont définis comme toute personne, société, agence ou autre organisation servant d'intermédiaire pour procurer soit un emploi à un travailleur, soit un travailleur à un employeur, à l'effet de tirer de l'un ou l'autre un profit matériel direct ou indirect. Parallèlement à leur suppression progressive, ces bureaux de placement payants sont soumis à un contrôle - notamment en ce qui concerne les tarifs pratiqués - par une autorité indépendante. Tel était en substance l'esprit de la *Convention (n°34) sur les bureaux de placement payants de 1933*. Celle-ci n'est cependant plus ouverte à ratification depuis l'entrée en vigueur de la Convention n°96 sur les bureaux de placement payants de 1949 (voy. infra).

Aux termes de la *Convention (n°88) sur le service de l'emploi de 1948*, chaque Etat partie doit entretenir ou veiller à ce que soit entretenu un service public et gratuit de l'emploi dont la tâche essentielle doit être de réaliser, en coopération s'il y a lieu avec d'autres organismes publics et privés intéressés, la meilleure organisation possible du marché de l'emploi comme partie intégrante du programme national tendant à assurer et à maintenir le plein emploi ainsi qu'à développer et à utiliser les ressources productives. Ce service de l'emploi doit être constitué par un système national de bureaux de l'emploi placé sous le contrôle d'une autorité nationale. Ces bureaux doivent être indépendants de tout changement de gouvernement et de toute influence extérieure indue ; ils doivent être en nombre suffisant pour desservir chacune des régions géographiques du pays et commodément situés pour les employeurs et les travailleurs ; enfin, les représentants tant des employeurs que des travailleurs doivent être associés à leur organisation et à leur fonctionnement.

La *Convention (n°96) sur les bureaux de placement payants de 1949* se substitue à la Convention (n°34) sur les bureaux de placement payants de 1933. Le choix est laissé aux parties signataires d'opter soit pour la suppression progressive des bureaux de placement payants à fins lucratives tels que définis à la Convention n°34, et la réglementation des autres bureaux de placement, soit d'opter pour la réglementation des bureaux de placement payants, en ce compris les bureaux de placement payants à fin lucrative. La suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative ne pourra cependant avoir lieu tant qu'un service public de l'emploi ne sera pas établi. La Convention n°96 intègre ainsi l'exigence de la création d'un service public gratuit de l'emploi consacré par la Convention n°88 déjà évoquée. Pendant le délai précédant leur suppression, ces bureaux de placement seront soumis au contrôle de l'autorité compétente et ne pourront pratiquer que des tarifs autorisés. Les organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées sont associées à cette démarche de contrôle. Le même régime de contrôle et d'autorisation est prévu pour les bureaux de placement payants subsistants.

La *Convention (n°181) sur les agences d'emploi privées de 1997* est destinée à compléter et à adapter la Convention sur les bureaux de placement payants de 1949. Elle s'applique à toutes les agences d'emploi privées, définies comme toute personne physique ou morale, indépendante des autorités publiques, qui fournit un ou plusieurs services ayant trait au rapprochement des offres et demandes d'emploi, ainsi qu'à toutes les catégories de travailleurs et à toutes les branches d'activité économique à l'exception des gens de mer. Elle poursuit deux objectifs : permettre aux agences d'emploi privées d'opérer ; et protéger les travailleurs ayant recours à leurs services. A ce titre, elle requiert que des mesures soient prises afin de veiller à ce que les travailleurs recrutés par ces agences ne soient pas privés de leur droit à la liberté syndicale et à la négociation collective (article 4). Afin de promouvoir l'égalité des chances et de traitement en matière d'accès à l'emploi et aux différentes professions, tout Etat partie à la Convention (n°181) concernant les agences d'emploi privées doit veiller à ce que les agences d'emploi privées ne fassent pas subir aux travailleurs de discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale, l'origine sociale, ou toute autre forme de discrimination visée par la législation nationale, telle que l'âge ou le handicap (article 5§1). Ces exigences ne s'opposent pas à la réalisation par les agences d'emploi privées de programmes spécialement conçus pour aider les travailleurs les plus défavorisés dans leurs activités de recherche d'emploi (article 5§2). Le traitement des données personnelles des travailleurs doit se faire dans le respect des exigences des législations nationales (article 6). Les travailleurs migrants recrutés doivent bénéficier d'une protection adéquate pour empêcher que des abus ne soient commis à leur encontre.

Ces mesures de protection impliquent l'existence de législations ou de règlements prévoyant des sanctions, y compris l'interdiction des agences d'emploi privées qui se livrent à des abus et des pratiques frauduleuses. L'Etat doit s'assurer que le travail d'enfants n'est ni utilisé, ni fourni par les agences d'emploi privées. De manière générale, une protection adéquate doit être assurée aux travailleurs conformément à la législation nationale (salaire minimum, prestations légales de sécurité sociale, accès à la formation, sécurité et santé au travail, réparation en cas d'accidents et de maladies professionnelles). Enfin, des mécanismes et procédures appropriés aux fins d'instruire les plaintes et d'examiner les allégations d'abus et de pratiques frauduleuses doivent être mis en place.

Cette dernière convention va au-delà de la seule affirmation de l'exigence d'un droit d'accès à un service de placement et de ses modalités d'application. Elle prend en compte la tendance à la libéralisation du secteur des activités de placement concrétisée par la multiplication des bureaux de placement privés. Elle rappelle utilement que si chacun bénéficie du droit d'accès à un service de placement, les bureaux de placement sont également tenus de respecter les droits fondamentaux des chercheurs d'emploi qui font appel à leurs services et que le développement de leurs activités doit, de manière générale, s'inscrire dans le respect du droit international des droits de l'homme.

2. La Charte sociale européenne (révisée)

Aux termes de l'article 1§3 de la Charte sociale européenne de 1961 reproduit tel quel à l'article 1§3 de la Charte sociale européenne révisée de 1996, les Etats signataires s'engagent, en vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs.

Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a, au fil de ses cycles de contrôle, interprété cette disposition comme obligeant chaque Etat qui fait le choix d'être lié par elle, à créer ou maintenir des services gratuits d'emploi sur l'ensemble de son territoire. Ces services d'emploi doivent également bénéficier aux ressortissants de l'Etat concerné et aux ressortissants des autres Etats contractants. L'Etat s'engage à en assurer le bon fonctionnement et le contrôle en collaboration avec les partenaires sociaux. Telles sont en substance les exigences contenues à l'article 1§3 de la Charte sociale européenne et de la Charte sociale révisée. Ces exigences sont commentées ci-dessous.

Les services d'emploi – Ces services d'emploi consistent pour l'essentiel en des services pour le placement des travailleurs.

Le débiteur de l'engagement – L'obligation de créer ou de maintenir des services de placement incombe à l'Etat. Elle n'exclut cependant pas qu'à côté des services de placement publics se développent des bureaux de placement privés. Le CEDS est toutefois très attentif à ce que l'Etat ne se décharge pas totalement de ses obligations en se reposant sur des interlocuteurs privés au mépris, souvent, de la gratuité qu'il lui appartient de garantir (voy. ci-dessous les exigences quant au fonctionnement).

La gratuité – La gratuité des services d'emploi implique la gratuité des services de placement tant pour le travailleur que pour l'employeur. Le principe de la gratuité ayant pour but, selon les termes mêmes de la Charte sociale, d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, il se donne pour objectif premier de favoriser le rapprochement de plus grand nombre possible d'offres et de demandes d'emploi. De l'avis du CEDS, le principe de la gratuité serait privé de sa portée s'il ne devait s'appliquer qu'à la présentation des demandes d'emploi formulées par les travailleurs et s'il ne s'étendait pas à l'expression des offres par les employeurs. La gratuité doit bénéficier à toutes les catégories de travailleurs. Toutefois, prenant conscience que l'accès à certains emplois de haut niveau de responsabilité ou de technicité requiert, au-delà de la simple confrontation des offres et des demandes, des opérations complémentaires de sélection ou d'appréciation approfondies, le CEDS admet des dérogations à la gratuité dans des limites strictes, soit (1) que les prestations rémunérées revêtent le caractère d'opérations spécifiques de sélection ou d'évaluation distinctes (parce que faisant appel à un personnel et à des méthodes spécialement adaptées) du seul enregistrement des offres et des

demandes d'emploi, qui doit être gratuit, (2) que les emplois et fonctions justifiant le recours à de telles opérations complémentaires soient limitativement énumérés et correspondent à un haut niveau de qualification et de responsabilité.

Le principe de la gratuité ne fait pas obstacle à l'existence de services de placement payants pour autant que des services de placement gratuits efficaces (voy. ci-dessous les exigences quant au fonctionnement) soient garantis dans tous les secteurs.

La couverture territoriale – Les services de placement doivent être répartis sur l'ensemble du territoire national et être accessibles dans des conditions convenables tant pour les employeurs que pour les travailleurs. A défaut, ils ne participeraient pas à l'exercice effectif du droit d'accès aux services d'emploi garanti par l'article 1§3 de la Charte sociale et de la Charte sociale révisée.[1006]

Le bon fonctionnement des services de placement – Le CEDS insiste sur la nécessaire participation des partenaires sociaux à l'organisation et au fonctionnement des services de l'emploi dès lors que ' les organisations de travailleurs et d'employeurs ont de par leur nature une connaissance particulière de l'offre et de la demande d'emplois et sont bien placées pour identifier les besoins réels de services. La non participation des partenaires sociaux rendrait pour le moins difficile l'existence de services de placement pleinement efficaces '. Le CEDS veille par ailleurs à ce que l'effectivité des bureaux de placement publics ne soit pas moindre que celle des services privés et que les premiers se voient accorder les moyens d'une véritable mise à l'emploi. Le critère d'appréciation retenu par le CEDS est le taux de placement. En d'autres termes, le CEDS conclut à la non-conformité de l'Etat à l'engagement pris aux termes de l'article 1§3 de la Charte sociale (révisée) lorsque le taux de placement des bureaux de placement publics est largement inférieur à celui des opérateurs privés.

Les bénéficiaires – L'accès aux services gratuits de placement doit bénéficier à toutes les catégories de travailleurs et aux employeurs qu'ils soient ou non ressortissants de l'Etat débiteur de l'engagement. Tous les ressortissants des autres Etats parties doivent se le voir reconnaître également. Cette condition est systématiquement vérifiée par le CEDS.

IV. Les exigences contenues à l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

A l'appui de ce qui précède, l'interprétation de l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux peut se synthétiser comme suit : le droit reconnu à tous d'accéder à un service gratuit de placement aux termes de l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux implique que chaque Etat membre de l'Union crée ou maintienne des services de placement gratuits, efficaces et accessibles sur l'ensemble de son territoire. La gratuité doit bénéficier tant aux employeurs qu'aux chercheurs d'emploi. Des exceptions sont admises au principe de la gratuité lorsque les prestations fournies par les services de placement, dépassant la simple confrontation de l'offre et de la demande, requièrent des opérations spécifiques de sélection et d'évaluation. Ces exceptions ne peuvent se justifier que pour des fonctions limitativement énumérées et correspondant à un haut niveau de qualification et de responsabilité. Le principe de gratuité n'exclut pas que des bureaux payants se développent également mais il convient que les bureaux de placement publics se voient dotés de moyens suffisants pour leur permettre de fonctionner efficacement. Un taux de placement des bureaux publics largement inférieur à celui obtenu par les bureaux de placement privés pourra ainsi être interprété comme témoignant d'un désengagement *de facto* de la part de l'Etat et partant, comme un manquement à l'article 1§3 de la Charte sociale européenne révisée, et donc à l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Les bureaux de placement doivent pouvoir opérer en toute indépendance, sans influence extérieure indue, notamment politique. Les partenaires sociaux participent à leur organisation et à leur fonctionnement. Organisés en réseau national, ils doivent être en nombre suffisant pour desservir chacune des régions géographiques du pays et être commodément accessibles tant pour les employeurs

[1006] C.E.D.S., *Conclusions* XII-1, p. 20 et XII-2, p. 19.

que pour les travailleurs. Telles sont en substance les exigences posées par l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Rappelons que dans le contexte de la recherche d'un emploi, il importe que les bureaux de placement respectent, dans le cadre des relations qu'ils nouent avec les chercheurs d'emploi, les droits fondamentaux de ceux-ci. La Convention (n°181) sur les agences d'emploi privées rappelle utilement les protections des travailleurs qui ont recours à leurs services : non-discrimination, protection des données à caractère personnel, liberté syndicale et droit à la négociation collective garantis dans le cadre de l'exercice de l'emploi vers lequel le bureau de placement oriente le chercheur d'emploi.

Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié

Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

I. Introduction

L'inscription du droit pour tout travailleur à une protection contre tout licenciement injustifié à l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux participe de la réalisation progressive des droits sociaux des travailleurs au sein de l'Union.

Cet article 30 s'inspire de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée.[1007] Avec les Conventions n°158 et n°173 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), cet article 24, et d'autres dispositions connexes de la Charte sociale européenne révisée, forment l'essentiel des textes internationaux des droits de l'homme qui abordent directement la question de la protection contre le licenciement injustifié. Cette protection comprend trois garanties : (1) l'exigence d'un motif valable de licenciement, (2) un droit à une réparation adéquate en cas de licenciement injustifié et (3) un droit de recours pour tout travailleur qui conteste la validité de son licenciement.

Le Présidium de la Convention renvoie en outre à la directive 2001/23/CE sur la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises[1008] et à la directive 2002/74/CE sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité.[1009] Seules ces deux directives, qui ne trouvent à s'appliquer que dans des hypothèses spécifiques, sont identifiées comme sources d'inspiration ; l'interprétation et l'application de l'article 30 se feront toutefois ' conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ', et toujours dans le respect du droit international des droits de l'homme.

II. Contexte juridique international et sources d'inspiration

1. Les Conventions de l'OIT

1.1. La Convention (n° 158) sur le licenciement de 1982

La *Convention (n° 158) sur le licenciement* de 1982 définit le licenciement comme la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur (Section A - article 3).[1010] Un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise (Section A - article 4). Sont considérés comme des motifs non valables de licenciement (a) l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures

[1007] Mise à jour des explications du Présidium de la Convention relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, 9 juillet 2003, CONV 828/03.
[1008] Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.* L 82/16 du 22.03.2001.
[1009] Directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiant la Directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, *J.O.C.E.* L 270 du 8.10.2002.
[1010] Convention (n°158) sur le licenciement, adoptée le 22 juin 1982 par la Conférence générale de l'Organisation Internationale du Travail, entrée en vigueur le 23 novembre 1985.

de travail, (b) le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs, (c) le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation ou le fait d'avoir présenté un recours devant les autorités administratives compétentes, (d) la race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale et (e) l'absence du travail pendant le congé de maternité (Section A - article 5). La Recommandation R166 sur le licenciement de 1982 ajoute que ne devraient, en outre, pas constituer des motifs valables de licenciement : l'âge (sous réserve de la législation et de la pratique nationales en ce qui concerne la retraite) et l'absence du travail due au service militaire obligatoire ou à d'autres obligations civiques, conformément à la législation et à la pratique nationales (article 5) de même que l'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident (article 6).[1011]

La section B de la Convention n°158 est consacrée à la procédure à suivre *avant le licenciement ou au moment de celui-ci*. Un travailleur ne pourra être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées (Section B - article 7). La Recommandation R166 précitée ajoute que le travailleur ne devrait pas être licencié pour une faute qui, aux termes de la législation ou de la pratique nationales, ne justifierait le licenciement que si elle était répétée à une ou plusieurs reprises, à moins que l'employeur ne lui ait donné un avertissement écrit (R166 - article 7). De même, le travailleur ne devrait pas être licencié ' pour insuffisance professionnelle ', à moins que l'employeur ne lui ait transmis des instructions appropriées, ne l'ait averti par écrit et que néanmoins, le travailleur ne se soit pas acquitté de son travail de manière satisfaisante après l'expiration d'un délai raisonnable devant lui permettre d'y parvenir (R166 - article 8).

La Section C de la Convention n°158 réglemente quant à elle la *procédure de recours* contre le licenciement intervenu (Section C). En application de l'article 8, le travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée a le droit d'introduire un recours contre cette mesure ' devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre '. La Recommandation R166 invite à cet égard les pouvoirs publics, les représentants des travailleurs et les organisations d'employeurs à entreprendre des efforts pour que les travailleurs soient pleinement informés des possibilités de recours dont ils disposent (R166 - article 15). Elle encourage également la conciliation (R166 - article 14). Afin que le travailleur licencié n'ait pas à supporter seul la charge de la preuve de l'absence de justification valable, la Convention (n°158) sur le licenciement propose aux Parties signataires de faire supporter la charge de la preuve de l'existence d'un motif valable de licenciement par le seul employeur (Section C - article 9a)). [1012]

Les dispositions de ces trois premières sections de la Convention n°158 de l'OIT ont guidé les rédacteurs de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée dont l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union s'inspire.

Une quatrième section de la Convention n°158 est consacrée aux licenciements justifiés par des motifs économiques, technologiques, structurels ou similaires (Section D). L'employeur qui envisage de procéder à des licenciements pour des motifs de cette nature est tenu d'en informer, adéquatement (motifs, nombre et catégories de travailleurs concernés) et en temps utile, les représentants des travailleurs intéressés. Il doit également donner, conformément à la législation et aux pratiques nationales, l'occasion à ces représentants d'être consultés d'une part sur les mesures à prendre pour prévenir ou limiter ces licenciements et d'autre part sur les mesures visant à atténuer les effets

[1011] Recommandation (R166) sur le licenciement, adoptée le 22 juin 1982 par la Conférence générale de l'Organisation Internationale du Travail. Cette recommandation se substitue à la Recommandation (R119) sur la cessation de travail du 26 juin 1963.

[1012] Alors que la Convention n°158 ne contient aucune disposition relative à une indemnité éventuelle, la Recommandation R166 mentionne qu'un travailleur licencié devrait avoir droit, conformément à la législation et à la pratique nationales, soit à une indemnité de départ ou d'autres prestations similaires dont le montant serait fonction, entre autres éléments, de l'ancienneté et du niveau de salaire, soit à des prestations d'assurance-chômage ou d'assistance aux chômeurs ou à d'autres prestations de sécurité sociale, soit à une combinaison de ces indemnités et prestations (R166 - article 18).

défavorables de tout licenciement, notamment les possibilités de reclassement dans un autre emploi (Section D – article 13 a) et b)).[1013] Ces dispositions semblent avoir inspiré la directive communautaire 98/59/CE du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs.[1014] Elles trouvent également un écho à l'article 25 de la Charte sociale européenne révisée.

La Convention n°158 s'applique à toutes les branches d'activités économiques et à tous les travailleurs salariés. Certaines catégories d'entre eux peuvent cependant, au choix de l'Etat signataire, en être exclus : les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée ; les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas atteint l'ancienneté requise (pour autant que celle-ci soit fixée à l'avance et soit raisonnable) et les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période (article 2§2). Des garanties adéquates sont prévues contre le recours multiplié à des contrats de travail de durée déterminée. La conclusion de tels contrats successifs pourrait en effet aboutir à priver la protection offerte par la Convention de son effectivité (article 2§3).[1015]

1.2. La Convention (n°173) sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur de 1992

Si dix années séparent l'adoption de la Convention (n°158) sur le licenciement de celle de la *Convention (n°173) sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur* de 1992*,* ces deux conventions n'en doivent pas moins être considérées comme indissociables : compte tenu de l'évolution de la vie économique, elles s'appliquent souvent de manière conjointe. La Convention n°173 prévoit qu'en cas d'insolvabilité d'un employeur, les créances des travailleurs au titre de leur emploi doivent être protégées, au choix de l'Etat signataire, soit par un privilège - de sorte qu'elles soient payées sur les actifs de l'employeur insolvable avant que l'Etat, la sécurité sociale et les créanciers non privilégiés puissent se faire payer leur quote-part (article 5) - , soit être garanties par l'intermédiaire d'une institution de garantie. Les créances protégées sont, au minimum, les créances des travailleurs (1) au titre des salaires relatifs à une période déterminée par la Convention, (2) au titre des congés payés dus en raison du travail effectué dans le courant de l'année au cours de laquelle est intervenue l'insolvabilité ainsi qu'au cours de l'année précédente, (3) au titre des montants dus pour d'autres absences rémunérées afférentes à une période déterminée par la Convention ainsi (4) qu'au titre d'indemnités de départ dues aux travailleurs à l'occasion de la cessation de la relation d'emploi (articles 6 et 12). Si la Convention n°173 autorise la limitation de l'étendue de la protection à un montant prescrit, celui-ci ne peut cependant être inférieur à un seuil socialement acceptable et doit être régulièrement adapté. [1016]

2. La Charte sociale européenne (1961)

La Charte sociale européenne de 1961 n'aborde la protection contre le licenciement que sous l'angle de la protection accordée aux femmes ayant accouché. Les Etats s'y engagent, lorsqu'ils font le choix d'être liés par cette disposition, à considérer comme illégal pour un employeur le fait de signifier son licenciement à une femme durant son absence pour congé de maternité ou à une date telle que le délai de préavis de son contrat expire pendant cette absence (article 8). Cette protection accordée dès 1961 est remarquable ; toutefois, aucune disposition générale de protection contre le licenciement n'est prévue dans ce premier texte adopté au sein du Conseil de l'Europe.

[1013] Voy. également les articles 19 à 26 (Titre III) de la Recommandation (R166) sur le licenciement.
[1014] Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *J.O.C.E.* L 225 du 12.08.1998.
[1015] L'article 3 § 2 de la Recommandation R166 propose les mesures suivantes (1) restreindre l'utilisation de contrats à durée déterminée à certains cas définis, (2) assimiler les contrats à durée déterminée – sauf les contrats autorisés - à des contrats à durée indéterminée, (3) assimiler les contrats de durée déterminée, lorsqu'ils ont fait l'objet d'un ou plusieurs renouvellements, à des contrats à durée indéterminée.
[1016] Convention (n°173) sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, adoptée le 23 juin 1992 par la Conférence générale de l'Organisation Internationale du Travail, entrée en vigueur le 8 juin 1995.

3. La Charte sociale européenne révisée (1996)

En 1996, la Charte sociale européenne révisée remédie à cette lacune en inscrivant à l'article 24 le droit de *tout* travailleur à la protection en cas de licenciement. La protection spécifique accordée aux femmes ayant accouché (voy. supra article 8 de la Charte sociale européenne de 1961) se voit par ailleurs considérablement étendue aux termes de l'article 8§2 de ce nouveau texte. Enfin, les articles 25 et 29 viennent compléter le dispositif de protection contre le licenciement offert par la Charte sociale européenne révisée. Les paragraphes qui suivent passent en revue ces différentes avancées de la Charte sociale européenne révisée.

3.1. L'article 24 : droit à la protection en cas de licenciement

a. Règle générale

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Etats qui font le choix d'être liés par l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée s'engagent à reconnaître (a) d'une part le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans *motif valable* lié à leur aptitude ou à leur conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service et (b) d'autre part, le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une *indemnité* adéquate ou à une autre *réparation* appropriée. A cette fin, ils s'engagent à accorder au travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifié, un *droit de recours* contre cette mesure devant un organe impartial. Tant le texte même de l'article 24 que son commentaire annexé sont directement inspirés de la *Convention (n°158) sur le licenciement* de l'OIT déjà évoquée dont ils reproduisent en grande partie mot pour mot le libellé des dispositions.

Les garanties offertes par l'article 24 sont triples et se situent soit en amont (l'exigence d'un motif valable de licenciement), soit en aval de la décision de licenciement proprement dite (le droit à une indemnité adéquate ou à une réparation appropriée et le droit de recours). Le commentaire de l'article 24 figurant à l'Annexe de la Charte sociale révisée qui en fait partie intégrante, éclaire très utilement la portée de chacun de ces droits et garanties :

Les bénéficiaires de la protection - La protection contre le licenciement - défini comme étant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur (Annexe – article 24, point 1) - doit bénéficier à tous les travailleurs. L'Etat peut cependant choisir de soustraire partiellement ou totalement du bénéfice de la protection trois catégories de travailleurs salariés, soit (1) les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée, (2) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et soit raisonnable, (3) les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période (Annexe – article 24, point 2). Ces exceptions sont identiques aux catégories de travailleurs que la Convention n°158 de l'OIT permet d'exclure du bénéfice de sa protection. L'invitation, contenue à l'article 2§3 de cette dernière convention, à prévoir des garanties contre un recours à des pratiques tendant à éluder l'application de la protection (telles le recours multiplié aux contrats à durée déterminée) n'est par contre pas reproduite ici.[1017]

L'exigence d'un motif valable de licenciement – Il se déduit de l'article 24 que pour être valable, le motif de licenciement doit, soit être lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, soit se fonder sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Au titre des motifs de licenciement non valables, l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée retient les motifs identifiés par la Convention n°158 sur le licenciement de l'OIT, à l'exception des motifs (5) et (6) par lesquels il innove. Les motifs non admis tirés de l'affiliation syndicale ou de la participation à des activités syndicales (article 24 § 1) de même que le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs

[1017] Le Comité européen des droits sociaux a cependant déjà eu l'occasion, dans le cadre du contrôle du respect de l'article 8 § 2 (voy. *infra*) de montrer qu'il était attentif à ce que le recours multiplié à des contrats à durée déterminée n'aboutisse pas à priver d'effectivité, la protection contre le licenciement devant, sauf exceptions, bénéficier à tous.

(article 24§2) renvoient aux articles 5 (droit syndical), 6 (droit de négociation collective et plus particulièrement le paragraphe 4 ' participation à une grève ') et 28 (droit des représentants des travailleurs à la protection dans l'entreprise et facilités à leur accorder) de la Charte sociale européenne révisée. L'article 24§3 de la charte sociale européenne révisée interdit également de fonder une décision de licenciement en raison du dépôt d'une plainte par le travailleur ou en raison de sa participation à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation. L'interdiction de toute discrimination est rappelée à l'article 24§4 qui exclut qu'un licenciement puisse être valablement fondé sur la race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale (articles 1§2, 4§3, 8§2, et 20 de la Charte sociale européenne révisée). Enfin, une attention particulière est portée au respect de la vie privée et familiale à l'article 24§5 qui, en interdisant de fonder une décision de licenciement sur la prise d'un congé de maternité ou d'un congé parental, contribue à la réalisation et à la préservation du droit à la conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle que reconnaît l'article 27§3 de la Charte sociale révisée. Enfin, l'article 24§6 exclut le licenciement motivé par l'absence temporaire du travailleur en raison de maladie ou d'accident (Annexe – article 24, point 3).

Dans les quelques Conclusions qu'il a rendues à ce jour[1018] à propos de l'article 24, le Comité européen des droits sociaux rappelle ces dispositions de la Charte sociale européenne et de la Charte sociale européenne révisée qui demandent, selon ses termes, une *protection renforcée* contre le licenciement pour l'exercice des droits qui s'y trouvent garantis.[1019]

La réparation – La réparation à allouer en cas de licenciement sans motif valable prendra la forme d'une indemnité ou de toute autre réparation appropriée. Elle doit être déterminée par la législation ou la réglementation nationales, par des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales (annexe - article 24, point 3). Cette garantie qui ne figurait pas dans la Convention (n°158) sur le licenciement de l'OIT, constitue un apport majeur de la Charte sociale européenne révisée. Le droit à la réintégration dans l'emploi perdu n'est toutefois pas garanti aux termes de l'article 24. Il l'est par contre au bénéfice des travailleuses enceintes, ayant accouché ou allaitant, à travers l'article 8§2 de la Charte sociale européenne révisée que l'on examinera ci-après.

Le droit de recours – Le travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable bénéficie d'un droit de recours contre cette décision devant un organe impartial tout comme le préconisait déjà la Convention (n° 158) sur le licenciement de l'OIT. Contrairement à l'article 9a de cette convention, aucun aménagement de la charge de la preuve n'est cependant prévu. L'on verra cependant que l'application du droit communautaire devrait induire un tempérament à ce constat, à tout le moins en ce qui concerne la preuve d'un motif de discrimination dont il serait allégué qu'il fonde la décision de licenciement et ce, à travers les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

Source première d'interprétation de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée devrait, dans les années à venir, être complété par la jurisprudence du Comité européen de droits sociaux (CEDS). Au nombre des motifs non valables de licenciement pour lesquels le Comité européen des droits sociaux demande une protection, renforcée, il en est un, le plus ancien, consacré depuis 1961, pour lequel une abondante jurisprudence existe déjà. Il s'agit de la maternité. Cette jurisprudence est examinée au paragraphe suivant

[1018] Neuf Etats parmi les vingt-cinq que compte l'Union européenne avaient, au 1er juin 2004, choisi d'être liés par l'article 24 lors de leur ratification de la Charte sociale européenne révisée. Deux Etats avaient ratifié la Charte sociale européenne révisée sans se déclarer liés par l'article 24.

[1019] Il s'agit des articles 1 § 2, 4 § 3 et 20 (discriminations), 5 (activités syndicales), 6 § 4 (participation à une grève), 8 § 2 (maternité), 15 (handicap), 27 (responsabilités familiales) et 28 (représentation des travailleurs), mais également de l'article 15 (intégration des personnes handicapées). Voy. C.E.D.S., *Conclusions* 2003 (France), pp. 100-107, (Italie), pp. 83-88, (Slovénie), pp. 109-113. Le Comité indique que nonobstant le fait que ces motifs se retrouvent dans l'annexe à l'article 24, il continuera à examiner la conformité des situations nationales et l'interdiction du licenciement fondé sur ces motifs lors de l'examen des rapports relatifs à chacune de ces dispositions.

b. L'article 8 § 2 : droit des travailleuses à la protection de la maternité

Les femmes sont, au même titre que tout autre travailleur, bénéficiaires de la protection garantie à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée commenté ci-dessus ; elles voient cependant leur protection spécifiquement complétée en cas de maternité.

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleuses à la protection de la maternité, l'article 8§2 de la Charte sociale européenne révisée engage les Etats ayant accepté cette disposition, à considérer comme illégal pour un employeur de signifier son licenciement à une femme pendant la période comprise entre le moment où elle notifie sa grossesse à son employeur et la fin de son congé de maternité, ou à une date telle que le délai de préavis expire pendant cette période. La protection offerte aux travailleuses a donc été considérablement étendue lors de l'adoption de la Charte sociale révisée puisque la protection s'étend aujourd'hui à toute la période de la grossesse et non uniquement au congé de maternité comme le prévoyait l'article 8 de la Charte sociale de 1961.

Par l'interdiction de licencier une travailleuse du fait de sa grossesse, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) entend la protéger non seulement contre les conséquences économiques d'une telle mesure mais également contre les incidences psychologiques qui ne manqueront pas de l'accompagner. L'objectif n'est donc pas uniquement d'assurer une sécurité financière des travailleuses mais également de garantir une protection de leur emploi. En cas de licenciement contraire à l'interdiction prévue, la travailleuse doit en effet être réintégrée dans son emploi, seule solution qui garantisse efficacement la sécurité de celui-ci. La réintégration est la règle et l'indemnité, admise à titre tout à fait exceptionnel, doit, en conséquence, être suffisamment dissuasive pour l'employeur et réparatrice pour la travailleuse licenciée.

Toutes les travailleuses doivent pouvoir bénéficier de cette protection fussent-elles, par exemple, engagées dans une relation de travail à temps partiel. L'article 8§2 ne revêt cependant pas un caractère absolu. Certaines exceptions - dont la mise en œuvre fait l'objet d'un contrôle particulièrement pointilleux de la part du CEDS - figurent ainsi à l'Annexe de la Charte sociale révisée : (a) si elle a commis une faute justifiant la rupture de la relation de travail, (b) si l'entreprise en question cesse son activité ou (c) bien entendu, si le terme prévu par son contrat de travail est échu. Sur ce dernier point, le CEDS note que le recours multiplié aux contrats à durée déterminée risque d'aboutir en substance à priver d'effet l'interdiction de l'article 8§2. Constatant un phénomène général de multiplication des contrats précaires, le CEDS demande que les rapports qui lui sont soumis dans le cadre des cycles de contrôle, précisent l'importance quantitative des contrats à durée déterminée, notamment en ce qui concerne les femmes, ainsi que la manière dont les contrats précaires sont réglementés. Le souci exprimé à l'article 2§3 de la Convention (n°158) sur le licenciement de l'OIT se trouve ainsi ici rencontré.

c. *Autres motifs de licenciement prohibés par la Charte sociale européenne et la Charte sociale européenne révisée (1§2, 4§3, 5, 6§4, 15, 20, 27 et 28)*

Les articles 20, 27 et 28 introduits dans la Charte sociale européenne révisée de 1996 ne figuraient pas dans la Charte sociale européenne de 1961. Ils garantissent explicitement la protection contre le licenciement dans des situations précises. L'article 20 indique qu'il appartient à l'Etat, en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession sans discrimination fondée sur le sexe, de prendre des mesures appropriées dans des domaines tels que la protection contre le licenciement. L'article 27§3 prévoit qu'il incombe à l'Etat d'assurer que les responsabilités familiales ne puissent, en tant que telles, constituer un motif valable de licenciement (article 27§3).[1020] L'article 28 a) garantit aux représentants des travailleurs une protection effective contre les actes qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, qui

[1020] Le commentaire de cette disposition à l'Annexe de la Charte précise que cette disposition s'applique aux travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales à l'égard non seulement de leurs enfants à charge mais également à l'égard d'autres membres de leur famille directe qui ont manifestement besoin de leurs soins ou de leur soutien (Annexe - article 27).

seraient motivés par leur qualité ou leurs activités. Les articles 1§2, 4§3, 5, 6§4 et 15 figuraient déjà dans la Charte sociale européenne de 1961 ; le Comité les retient également comme étant des dispositions qui appellent une protection renforcée contre le licenciement qui serait fondé sur un motif tiré des droits qu'elles garantissent et ce, sans que ces dispositions ne mentionnent expressément cette forme de protection.

3.2. Les articles 25 et 29 : droit à l'information et à la consultation dans les procédures de licenciements collectifs et droit des travailleurs à la protection de leurs créances en cas d'insolvabilité de leur employeur

Les articles 25 et 29 de la Charte sociale européenne révisée viennent compléter le dispositif de protection contre le licenciement proposé par l'article 24 de cet instrument. Ils abordent deux situations particulières également abordées par les Conventions n°158 et n°173 de l'OIT, soit les licenciements collectifs d'une part et l'insolvabilité de l'employeur d'autre part.

Afin d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs à être informés et consultés en cas de licenciements collectifs, les employeurs sont, aux termes de l'article 29 de la Charte sociale révisée, tenus ' d'informer et de consulter les représentants des travailleurs en temps utile, avant ces licenciements collectifs, sur les possibilités d'éviter les licenciements collectifs ou de limiter leur nombre et d'atténuer leurs conséquences, par exemple par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la réinsertion des travailleurs concernés '.

Aux termes de l'article 25, les Etats signataires s'engagent à prévoir que les créances des travailleurs résultant de contrats de travail ou de relations d'emploi soient garanties par une institution de garantie ou par toute autre forme effective de protection. L'Annexe à la Charte sociale révisée permet à titre exceptionnel, d'exclure de ce bénéfice des catégories déterminées de travailleurs (Annexe – article 25). Elle renvoie aux lois et pratiques nationales pour la définition de ' l'insolvabilité ' et requiert que les créances des travailleurs sur lesquelles porte la garantie consacrée incluent au minimum, (a) les créances au titre des salaires afférents à une période déterminée[1021], (b) les créances des travailleurs au titre des congés payés dus en raison du travail effectué dans le courant de l'année dans laquelle est survenue l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi et (c) les créances des travailleurs au titre des montants dus pour d'autres absences rémunérées afférentes à une période déterminée.[1022] Si les législations et réglementations nationales peuvent limiter la protection des créances des travailleurs à un montant déterminé, celui-ci devra demeurer socialement acceptable. Ces précisions sont directement inspirées de la *Convention (n°173) sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur* de l'OIT déjà évoquée.

Outre la référence à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, le Présidium de la Convention déclare s'être inspiré de deux directives de l'Union. La garantie contre le licenciement s'exercera par ailleurs conformément aux législations et pratiques nationales et conformément au droit communautaire.

III. La consécration au rang de droit fondamental au sein de l'Union

1. Introduction

[1021] Cette période ne doit pas être inférieure à trois mois dans un système de privilège et à huit semaines dans un système de garantie, précédant l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi.
[1022] Cette période ne doit pas être inférieure à trois mois dans un système de privilège et à huit semaines dans un système de garantie, précédant l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi.

Le droit communautaire élaboré depuis les années 1970 dans le domaine de l'emploi et des affaires sociales s'est notamment attaché, comme le préconise l'article 117 CE[1023], à harmoniser et à améliorer les normes d'emploi et des droits des travailleurs en matière de conditions de travail (article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union), d'information et de consultation des travailleurs (article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union) et de dialogue avec les partenaires sociaux (article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union). Dans ce cadre, plusieurs textes, dont de nombreuses directives consacrées au rapprochement des législations nationales relatives à certains aspects du droit du travail, abordent la protection contre les licenciements.

Chronologiquement, le droit de l'Union s'est d'abord intéressé aux licenciements collectifs: la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001[1024] codifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissement[1025], elle-même amendée par la directive 98/50/CE du 29 juin 1998[1026] (ci-après la directive 2001/23/CE sur la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises) d'une part, et la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002[1027] modifiant la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur[1028] (ci-après la directive 2002/74/CE sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité) d'autre part, s'inscrivent dans cette démarche. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 amorce quant à elle, la reconnaissance formelle des droits sociaux fondamentaux au sein de l'Union. Les conditions et procédures de licenciement collectif y sont prises en compte au titre des conditions de travail dont il convient d'organiser l'harmonisation.[1029]

D'autres textes complétant l'échantillon des interventions communautaires en matière de licenciement peuvent être classés en deux groupes. Les uns invitent à la consultation et à l'information du travailleur dont le licenciement est envisagé ainsi qu'à l'information sur les modalités de licenciement lors de la notification de celui-ci. Les autres nourrissent la liste des motifs de licenciement textuellement non admis. S'agissant dans ce second cas de textes qui, pour la plupart, visent à mettre en place des prescriptions minimales en matière d'égalité des chances et de traitement entre hommes et femmes au travail ou visant plus généralement à protéger les travailleurs contre les discriminations, ils contiennent des dispositions spécifiques relatives à la protection contre le licenciement dans ces perspectives. Il serait toutefois vain de tenter de dresser ici un inventaire complet des textes communautaires sur ces différentes questions. Seuls les textes essentiels et leurs dispositions pertinentes seront brièvement commentés.

[1023] Article 117 CE : ' Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives '.

[1024] Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.* L 82/16 du 22.03.2001.

[1025] Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.* L 61 du 05.03.1977.

[1026] Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.* L 201 du 17.07.2001.

[1027] Directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, *J.O.C.E.* L 270 du 8.10.2002.

[1028] Directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, *J.O.C.E.* L 283 du 20.10.1980.

[1029] Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée le 9 décembre 1989 par 11 Etats membres.

2. La protection contre les licenciements collectifs

Aux termes de la *directive 2001/23/CE sur la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises*,[1030] le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. L'article 3§1 est à cet égard fondamental ; il doit être interprété en ce sens que tous les contrats et relations de travail existant à la date du transfert d'une entreprise, entre le cédant et les travailleurs affectés à l'entreprise transférée, sont transmis de plein droit au cessionnaire du seul fait du transfert.[1031] Cette directive tend, selon les termes de la Cour de justice des Communautés européennes à ' protéger les travailleurs contre les conséquences défavorables que pourront avoir pour eux les modifications des structures des entreprises qu'entraîne l'évolution économique sur le plan national et communautaire et qui s'effectue entre autres, par des transferts d'entreprises, d'établissements ou de partie d'établissements à d'autres entreprises, résultant de cessions ou de fusions (…) '.[1032] Il y est en outre précisé que si le contrat de travail ou la relation de travail sont résiliés du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est réputée intervenue du fait de l'employeur. Le transfert y est défini comme le 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 '. Le critère décisif retenu par la Cour de justice des Communautés européennes est de savoir si l'entité en question garde son identité économique, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise.[1033] Des exceptions sont admises lorsque le transfert s'effectue au cours d'une procédure d'insolvabilité de l'entité cédée, pour autant que le travailleur bénéficie des garanties mentionnées à la directive 2002/74/CE commentée ci-dessous. Les Etats membres doivent par ailleurs prendre les mesures nécessaires pour éviter tout recours abusif à ces procédures d'insolvabilité privant à titre exceptionnel les travailleurs de leurs droits en cas de transfert d'entreprises.

La *directive 2002/74/CE relative à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur*[1034] garantit le droit des travailleurs au paiement de leurs créances portant sur la rémunération afférente à la période précédant soit la survenance de l'insolvabilité de l'employeur, soit le préavis de licenciement, ainsi qu'aux créances afférentes à la cessation du contrat ou de la relation de travail du travailleur salarié concerné, intervenus en raison de ces circonstances. Ces créances incluent, lorsque le droit national le prévoit, des dédommagements pour cessation de la relation de travail (article 3). Les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que des institutions de garantie assurent ces paiements et pour maintenir les droits acquis ou en cours d'acquisition concernant les prestations vieillesse complémentaires en dehors des régimes de sécurité sociale nationale.

[1030] Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.* L 82/16 du 22.03.2001.

[1031] C.J.C.E., 25 juillet 1991, *D'Urso et a. c/ Marelli et a*., C 362/89 ; voy. également C.J.C.E., 5 mai 1988, *Berg c/ Besselsen*, aff. jointes 144/87 et 145/87, *Rep.,* p.2559 .

[1032] C.J.C.E., 15 octobre 1995, *Henke*, C-298/94, *Rep.,* p. 4989; voy. également pour différents cas d'application : C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Foreningen af Arbeidsledere i Danmark c/ Société en faillite A/S Danmols Inventar*, aff. 105/84, *Rep.,* p. 2639; C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Francesca Sanchez Hidalgo et a*., aff. jointes C-173/96 et C-247/96, *Rep.,* p.8237 ; C.J.C.E., 9 décembre 1999, *G.C. Allen et a.*, aff. C-234/98, *Rep.,* p. 8643 ; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00, *Rep.,* p. I-969 et C.J.C.E., 4 juin 2002, *Beckmann*, C-164/00, *Rep.,* p. I-4893 (sur l'article 3 § 3 en particulier).
Sur l'existence ou non d'un contrat de travail à la date du transfert au sens de l'article 3 § 1 voy. : C.J.C.E., 7 février 1985, *Wendelboe et a. c/ L.J. Music*, aff. 19/83, *Rep.,* p. 457. Sur la question de l'éventuelle renonciation du travailleur aux droits que lui confèrent les dispositions impératives de la directive, voy. : C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup c/ Daddy's Dance Hall*, aff. 324/86, *Rep.,* p. 739.

[1033] C.J.C.E., 7 mars 1996, *Merckx et a. c/ Ford Motors Company Belgium SA*, aff. jointes C-171/94 et 172/94, *Rec.,* p.I-1253.

[1034] Directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, *J.O.C.E.* L 270 du 08.10.2002.

La *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* du 9 décembre 1989 traduit la volonté de voir la réalisation du marché intérieur aboutir à une amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs, laquelle devrait entraîner, là où cela est nécessaire, le développement de certains aspects de la réglementation du travail, tels que les procédures de licenciement collectif (paragraphe 7). Les licenciements collectifs y sont en outre identifiés comme une situation dans laquelle l'information et la consultation des travailleurs est particulièrement indiquée (paragraphes 17 et 18).

Cette exigence a été rencontrée dans la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs.[1035] Il y est prévu des obligations minimales pour l'employeur qui envisage d'effectuer des licenciements pour un ou plusieurs motifs non liés aux travailleurs personnellement et concernant un minimum de travailleurs, pouvant varier de 10 à 30 travailleurs selon la taille de l'entreprise. L'employeur est ainsi tenu, en temps utile, (1) de consulter les représentants des travailleurs afin de parvenir à un accord, en envisageant les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements et d'atténuer les conséquences par des mesures sociales d'accompagnement et (2) d'informer les représentants des travailleurs par écrit sur les motifs et la période de licenciement, le nombre et les catégories de travailleurs concernés, les critères de choix des travailleurs à licencier et la méthode de calcul des indemnités. Les Etats doivent par ailleurs veiller à ce que les travailleurs et/ou leurs représentants disposent de procédures administratives et/ou juridictionnelles leur permettant de faire respecter les obligations contractuelles.

L'obligation d'information et de consultation du travailleur préalablement à la décision de licenciement n'est cependant pas limitée aux licenciements collectifs envisagés.

3. L'information et la consultation du travailleur préalablement à la décision de licenciement

La *directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne*[1036] prévoit de manière générale, l'information et la consultation des travailleurs notamment sur l'évolution de l'emploi au sein de l'entreprise, sur des décisions pouvant entraîner des changements substantiels dans l'organisation du travail et dans les contrats de travail notamment, dont les licenciements (voir article 4§2 b)). En application de la *directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail*, l'employeur doit obligatoirement fournir par écrit au travailleur la durée des délais de préavis devant être observés en cas de cessation de contrat ou de relation de travail ou les modalités de détermination de ces délais.[1037] Ces textes sont analysés de manière plus approfondie sous le commentaire de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (droit de négociation et d'actions collectives).

Dans sa *Résolution du 5 juillet 2001 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, le Parlement européen recommande en outre aux Etats membres le respect de dispositions permettant une durée suffisante de préavis de licenciement conforme aux minima de la Charte sociale révisée (§107).[1038]

[1035] Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *J.O.C.E.* L 225 du 12.08.1998.

[1036] Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne *J.O.C.E.* L 80 du 23.03.2002.

[1037] Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *J.O.C.E.* L 288 du 17.07.1998.

[1038] Résolution du 5 juillet 2001 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (A5-0223/2001).
L'article 4 § 4 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 auquel il est fait référence dans cette Résolution reprend sans modification l'article 4§4 de la Charte sociale européenne de 1961. Le Comité européen des droits sociaux estime qu'il n'est pas possible de donner une définition absolue de ce qui est ' raisonnable ' en matière de préavis. Tout au plus parvient-on à la conclusion qu'il semble que le Comité n'accepte pas une semaine de préavis pendant la première année d'ancienneté ou tout préavis inférieur à un mois après une année d'ancienneté. De manière générale, le Comité se limite à conclure que dans certains cas, le délai de préavis n'est pas raisonnable.

4. Protection contre le licenciement en application des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination dans l'emploi

Le législateur communautaire a également déduit une protection contre le licenciement du principe de l'égalité de traitement. Cette protection s'apparente à celle qu'offrent les articles 8§2 et 24 de la Charte sociale européenne révisée.

4.1. Protection contre toute forme de discrimination

La *directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* identifie les conditions de licenciement comme entrant dans son champ d'application (article 3§1 c)) et interdit par conséquent tout licenciement fondé sur la race ou l'origine ethnique.[1039]

De même, 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* dont l'objectif est d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, s'applique à toutes les personnes, quelles relèvent du secteur privé ou du secteur public, en ce qui concerne notamment ' les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ' (article 3§1 c)).[1040]

L'article 10 consacré à la question de la charge de la preuve énonce que ' dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non - respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ' (article 10). Un aménagement similaire de la charge de la preuve est prévu à l'article 8 de la directive 2000/43/CE susvisée.

Ces directives interdisent à la fois les discriminations directes et les discriminations indirectes. En conséquence, tant la décision de licenciement directement fondée sur un des motifs prohibés de distinction énoncés par ces deux directives que la décision de licenciement fondée sur un motif en apparence neutre mais qui par sa nature impose un désavantage à une catégorie protégée par les dites directives alors que la mesure en cause n'est pas appropriée et nécessaire à la réalisation de l'objectif légitime, seront injustifiées.

En outre, l'obligation de fournir des aménagements raisonnables lorsque ceux-ci, sans entraîner une charge disproportionnée pour l'employeur, permettent l'intégration professionnelle de la personne handicapée (article 5 de la directive 2000/78/CE), interdit le licenciement fondé sur une incapacité du travailleur ayant un handicap à effectuer certaines tâches ou fondé sur l'incompatibilité de l'emploi de ce travailleur avec les règles visant à protéger la santé et la sécurité du travail.

Enfin, les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE assimilent le harcèlement fondé sur l'un des motifs de distinction prohibés à une forme de discrimination.

La *directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du 9 février 1975 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation, à la promotion professionnelle et les conditions de travail*, inclut les conditions de licenciement dans les conditions de travail.[1041] L'article 3§1 c) de ce texte pose

[1039] Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.* L 180 du 19.07.2000.
[1040] 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, *J.O.C.E.* L 303 du 2.12.2000.
[1041] Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du 9 février 1975 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation, à

que ' l'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs publics ou privés, y compris les organismes publics, notamment en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que la rémunération comme le prévoit la directive 75/117/CEE ' (point c)). En application de la directive 76/207/CEE du Conseil modifiée par la directive 2002/73/CE, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'une transsexuelle n'avait pu être valablement licenciée pour un motif lié à sa conversion sexuelle.[1042]

4.2. Protection de la maternité et conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle

Aux termes de la *directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail*, le licenciement des femmes enceintes, ayant accouché ou allaitant au travail, est interdit pour des raisons liées à leur état durant la période de grossesse jusqu'à la fin du congé de maternité.[1043] Lorsqu'une travailleuse se trouvant dans l'une de ces situations est licenciée pendant la période visée, l'employeur doit donner des motifs justifiés de licenciement par écrit. Les Etats membres prennent en outre les mesures nécessaires pour protéger ces travailleuses contre les conséquences d'un licenciement qui serait illégal (article 10).

La *directive 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental* [1044]conclu par l'Union des Confédérations de l'industrie et des Employeurs (UNICE), le Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général (CEEP) et la Confédération européenne des syndicats (CES) prévoit que les Etats membres et/ou les partenaires sociaux prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre le licenciement lié à la demande ou à la prise de congé parental ; des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives doivent être applicables en cas de violation des mesures d'application de cette directive (article 2§4 de l'accord- cadre).

4.3. Protection contre le harcèlement sexuel

La Recommandation 92/131/CEE de la Commission du 27 novembre 1991[1045] recommande aux Etats de prendre des mesures pour promouvoir une prise de conscience du fait que tout comportement à connotation sexuelle et tout autre comportement fondé sur le sexe, qui affecte la dignité des hommes et des femmes au travail, qu'il soit le fait de supérieurs hiérarchiques ou de collègues, est inacceptable notamment si le fait qu'une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part d'un employeur ou d'un travailleur est utilisé explicitement ou implicitement comme base d'une décision affectant, par exemple, le maintien de l'emploi de cette personne (article 1 b) de la Recommandation - article 2 du Code de pratique). La directive 2002/73/CE déjà mentionnée prévoit un renforcement des mesures de lutte contre cette forme de harcèlement.

4.4. Protection contre les mesures de rétorsion

---

la promotion professionnelle et les conditions de travail, *J.O.C.E.* L 269 du 5.10.2002; Directive 76/207/CEE du 9 février 1975 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation, à la promotion professionnelle et les conditions de travail, *J.O.C.E.* L. 039 du 14.02.1976.

[1042] C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, C-13/94, *Rep.,* p. I-2143.

[1043] Directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, *J.O.C.E.* L du 28.11.1992. Il s'agit d'une directive prise en application de l'article 16 de la directive-cadre 89/931 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (*J.O.C.E.* L 183 29.06.1989).

[1044] Directive 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, J.O. L 145 du 19.06.1996.

[1045] Recommandation 92/131/CEE de la Commission du 27 novembre 1999 sur la protection de la dignité des hommes et des femmes au travail, *J.O.C.E.* L 49 du 24.12.1992 à laquelle est annexé le Code de pratique de la Commission visant à combattre le harcèlement sexuel (*J.O.C.E.* L 49 du 24.12.1992).

La *directive 75/117/CEE du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins* [1046], prévoit que ' les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations ' (article 5). Les *directives 2000/43/CE* (article 9) et *2000/78/CE* (article 11) commentées ci-dessus contiennent une disposition similaire au bénéfice du travailleur qui aurait déposé une plainte ou introduit une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement par l'entreprise qui l'emploie. La directive 96/34/CE concernant l'accord-cadre sur le congé parental susmentionnée prévoit également une garantie contre les rétorsions (article 4).

IV. L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne contient pas de disposition qui traite directement de la protection contre le licenciement injustifié. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois eu l'occasion de connaître d'affaires dans lesquelles une décision de licenciement constituait le point de départ du litige porté devant elle. Il s'agit, pour la plupart, de contestations fondées sur l'article 6§1 de la CEDH, le travailleur licencié estimant que les juridictions nationales ont dépassé le délai raisonnable dans lequel elles doivent connaître du litige. La contestation porte généralement sur le droit à une indemnité compensatoire ou sur le montant de cette indemnité. Plus rarement, la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie sur la base d'autres dispositions telles les articles 8 ou 10 de la CEDH, le travailleur licencié alléguant que la décision de son licenciement a été prise en violation de son droit à la vie privée ou de son droit à la liberté d'expression. Un bref examen de cette jurisprudence met en lumière l'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant aux motifs de licenciement non admis d'une part et quant au droit de recours du travailleur s'estimant licencié à tort d'autre part.

1. Les motifs de licenciement

1.1. La réalité du motif de licenciement

Dans une affaire où le travailleur licencié contestait les griefs retenus par son employeur pour justifier sa décision de le licencier, la Cour européenne des droits de l'homme conclut que le respect de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) implique que les juridictions saisies par un travailleur qui se plaint d'avoir été licencié, contrôlent la véracité des reproches qui lui sont adressés. Ce contrôle est, selon les termes de la Cour, un élément crucial du règlement du litige. Les juridictions saisies ne peuvent se limiter à contrôler la légalité de la décision attaquée (e. a. sa motivation, sa conformité avec les principes de bonne foi et de bonnes mœurs), ou le montant de l'indemnisation allouée. Il importe que le requérant puisse contester les faits qui lui sont reprochés et qui fondent la décision de son licenciement.[1047]

1.2. Les motifs de licenciement non admis

Dans une affaire où la requérante estimait que le véritable motif de son licenciement résidait dans sa transsexualité, la Cour européenne des droits de l'homme, se référant notamment à l'arrêt du 30 avril 1996 *P. c. S. et Cornwall County Council* de la Cour de justice des Communautés européennes déjà

[1046] Directive 75/117/CEE du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, *J.O.C.E.* L 045 du 19.02.1975.
[1047] Cour eur. D.H., arrêt *Koskinas c. Grèce* (req. n° 47760/99) du 20 juin 2002.

mentionné[1048], conclut à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.[1049]

Dans les affaires *Smith et Grady c. Royaume Uni*[1050] et *Lustig-Prean et Beckett c. le Royaume-Uni*[1051], les requérants alléguaient que les investigations menées sur leur homosexualité et leur révocation subséquente respectivement de la Royal Air Force et de la Royal Navy alors même que leur travail y était qualifié d'exemplaire, étaient motivées uniquement par leur orientation sexuelle et étaient constitutives de violations de leur droit au respect de leur vie privée (article 8 de la CEDH). La Cour conclut que la révocation administrative ayant résulté des enquêtes - lesquelles ont porté atteinte à leur vie privée -, a également constitué une ingérence dans leur vie privée. De l'avis de la Cour, cette ingérence n'est pas justifiée. La Cour se fonde sur le caractère particulièrement grave de telles ingérences. L'incidence profonde que cette révocation a eue sur la carrière et l'avenir des requérants et la difficulté pour ces derniers de trouver un emploi correspondant à leurs aptitudes et à l'expérience acquise, sont autant d'éléments retenus par la Cour comme témoignant de la gravité de l'ingérence.
Dans l'arrêt *Vogt c. Allemagne*, la Cour avait, dans le même esprit, exposé que l'une des raisons pour lesquelles elle considérait la révocation de Madame Vogt de son poste d'enseignante comme ' une mesure très rigoureuse ', tenait au fait qu'un enseignant en pareil cas se verrait ' presque à coup sûr privé de la faculté d'exercer la seule profession pour laquelle il ait une vocation, pour laquelle il a été formé et dans laquelle il a acquis des aptitudes et de l'expérience ' (§60).[1052]

De l'arrêt *Vogt,* on retiendra également que si le droit d'accès à la fonction publique a été délibérément omis du champ d'application de la CEDH, il ne s'en déduit cependant pas qu' une personne désignée comme fonctionnaire ne puisse dénoncer sa révocation si celle-ci enfreint l'un des droits garantis par la Convention (§43). Le statut de fonctionnaire titulaire que Mme Vogt avait obtenu par sa nomination comme professeur de lycée ne la privait donc pas de la protection du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mme Vogt avait été suspendue puis révoquée à titre de sanction disciplinaire, pour avoir prétendument manqué au devoir de tout membre de la fonction publique de professer le régime libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale allemande. Selon les autorités, elle avait, par son engagement au sein du parti communiste allemand et son refus de se désolidariser de celui-ci, exprimé des positions hostiles au régime. En l'espèce, la Cour conclut à l'ingérence injustifiée dans l'exercice du droit protégé par l'article 10.

La conclusion à laquelle parvient la Cour dans l'arrêt *Young, James et Webster* en est une illustration complémentaire. Les requérants Young, James et Webster travaillaient à la Société des chemins de fer britanniques. En 1975, celle-ci conclut un accord de 'closed shop' avec trois syndicats subordonnant désormais tout emploi en son sein à l'affiliation à l'un de ceux-ci. Le refus de Messieurs Young, James et Webster de céder à ce qu'ils tenaient pour une pression injustifiée, leur valut de recevoir des avis de licenciement. Aux termes de la législation en vigueur à l'époque, leur renvoi était 'non abusif' et ne pouvait fonder ni une demande en dommages intérêts ni une demande de réintégration ou de réengagement. Saisie de l'affaire, notamment sur la base de l'article 11 de la CEDH (liberté de réunion et d'association), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que pareille situation allait sans nul doute à l'encontre du concept de liberté d'association au sens négatif. De l'avis de la Cour, une menace de renvoi impliquant la perte des moyens d'existence constitue une forme très grave de contrainte; en l'espèce, elle pesait sur des personnes engagées par British Rail avant l'introduction de toute obligation de s'affilier à un syndicat donné. La Cour estime que dans les circonstances de la cause pareil type de contrainte touche à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11 (§ 55).

[1048] C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, *Rec.,* p. I-2143. Aux termes de cet arrêt, la CJCE avait considéré qu'une discrimination fondée sur le changement de sexe équivalait à une discrimination fondée sur le sexe, au nom de la Directive 76/207/CEE.
[1049] Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume Uni* (req. n° 28957/95) du 11 juillet 2002, para. 43.
[1050] Cour eur. D.H., arrêt *Smith & Grady c. Royaume Uni* (req. n° 33985/96 et 33986/98) du 27 septembre 1999.
[1051] Cour eur. D.H., arrêt *Lustig - Prean & Beckett c. Royaume-Uni* (req. n° 31417/96 et 32377/96) du 27 septembre 1999.
[1052] Cour eur. D.H., arrêt *Vogt c. Allemagne* (req. n° 17851/91) du 26 septembre 1995.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à connaître de deux affaires dans lesquelles un travailleur licencié estimait que la décision de le licencier avait été prise en violation de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans l'affaire *Fuentes Bobo c. Espagne*, le requérant, un agent de la télévision publique espagnole TVE, avait été licencié à la suite de déclarations faites dans le cadre de deux programmes de radio dont il était l'animateur. Ces propos proférés à l'égard des dirigeants de la TVE dans le cadre d'un débat public autour de la mauvaise gestion de la télévision publique, avaient été jugés offensants et motivaient la décision de son licenciement. Ces propos étaient, selon les juridictions espagnoles, exclus de la liberté d'expression. Dans son arrêt du 29 février 2000, la Cour ne remet pas en cause la qualité des propos mais s'interroge sur la proportionnalité de la sanction. Elle la juge en ce cas disproportionnée. [1053]
Dans l'affaire *De Diego Nafria c. Espagne*, la Cour a été amenée à connaître de faits relativement similaires, bien qu'ici les propos jugés offensants qui avaient motivé la décision de licenciement du requérant avaient été tenus, selon elle, dans le cadre d'un conflit personnel. Pour ce motif notamment, la Cour conclut dans cette affaire à la non-violation de l'article 10 par l'employeur.[1054]

Comme pour tout autre type de question dont elle est saisie, la Cour européenne des droits de l'homme procède à un examen scrupuleux des faits et à une analyse rigoureuse et *in concreto* de l'existence d'une ingérence injustifiée au sens de la disposition concernée de la Convention.

2. Le recours en cas de licenciement injustifié

2.1. Applicabilité de l'article 6 : la question particulière de la fonction publique

Dans l'arrêt *Pellegrin c. France* du 8 décembre 1999, la Cour revient sur sa jurisprudence aux termes de laquelle elle jugeait que ' les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sortent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6§1 '.[1055] Pour déterminer l'applicabilité de l'article 6§1 aux agents publics, qu'ils soient titulaires ou contractuels, la Cour estime qu'il convient désormais d'adopter un critère fonctionnel, fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent. Soucieuse d'interpréter restrictivement les exceptions aux garanties offertes par l'article 6§1, la Cour décide que sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6§1 de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques.[1056]

2.2. Le respect du délai raisonnable

[1053] Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* (req. n°39293/98) du 29 février 2000.
[1054] Cour eur. D.H., arrêt *De Diego Nafria c. Espagne* (req. n°46833/99) du 14 mars 2002.
[1055] Les justifications invoquées par la Cour européenne des droits de l'homme pour dénier toute application de l'article 6 CEDH dans le cadre des contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation des activités des fonctionnaires ou pour parfois la consacrer, furent variables. Dans plusieurs arrêts, la Cour avait considéré que l'article 6 § 1 s'applique lorsque la revendication litigieuse a trait à un droit ' purement patrimonial ' – tel que le paiement d'un salaire (Cour eur. D.H., arrêt *De Santa c. Italie*, arrêt *Lapalorcia c. Italie* et arrêt *Abenavoli c. Italie* du 2 septembre 1997, *Rec.* 1997-V, respectivement p. 1663, § 18, p. 1677, § 21, et p. 1690, § 16) – ou ' essentiellement patrimonial ' (Cour eur. D.H., arrêt *Nicodemo c. Italie* du 2 septembre 1997, *Rec.*1997-V, p. 1703, § 18) et ne met pas en cause ' principalement des prérogatives discrétionnaires de l'administration ' (Cour eur. D.H., arrêt *Benkessiouer c.France* du 24 août 1998, *Rec.* 1998-V, pp. 2287-2288, §§ 29-30, arrêt *Couez c. France* du 24 août 1998, *Recueil* 1998-V, p. 2265, § 25).Voy. également les affaires Massa, (Cour eur. D.H., arrêt *Massa c. Italie* du 24 août 1993, req. n° 14399/88), Giancarlo Lombardo (Cour eur. D.H. arrêt *Lombardo c. Italie* du 26 novembre 1992, req. n°12490/96) et *Neigel* (Cour eur. D.H., arrêt *Neigel c. France* du 17 mars 1997, req. n° 18725/91).
[1056] Cour eur. D.H., arrêt *Pellegrin c. France* (req. n° 28541/95) du 8 décembre 1999. Dans le même sens, Cour eur. D.H., arrêt *Frydlender c. France* (req. n° 30979/96) du 27 juin 2000 et Cour eur. D.H., arrêt *Satonnet c. France* (req. n° 30412/96) du 2 août 2000.

Aux termes de la jurisprudence de la Cour, les litiges du travail appellent de par leur nature, une décision rapide compte tenu de leur enjeu particulier pour les intéressés.[1057] Dans son arrêt *Julien c. France* du 14 novembre 2002, la Cour rappelle très explicitement qu'à cet égard, ' il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable. Tel est d'autant plus le cas en matière de conflits du travail, qui, portant sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une célérité toute particulière (cf. *Obermeier c. Autriche*, arrêt du 28 juin 1990, série A no 179, p. 23, § 72 ; *Buchholz c. Allemagne*, arrêt du 6 mai 1981, série A no 42, p. 16, §§ 50 et 52 et *mutatis mutandis X c. France*, arrêt du 31 mars 1992, série A no 234-C, p. 90, § 32) '.[1058] Plus particulièrement, l'employé s'estimant suspendu ou licencié à tort par son employeur a un important intérêt personnel à obtenir rapidement une décision judiciaire sur la légalité de cette mesure, ' les litiges du travail appelant par nature, une décision rapide, compte tenu de l'enjeu du litige pour l'intéressé qui perd, du fait de son licenciement, ses moyens de subsistance (*Obermeier c. Autriche*, 28 juin 1990, Série A, n° 179 §72 ; *Caleffi c. Italie*, 24 mai 1991, Série A n° 206B, §17) '.[1059] La Cour européenne des droits de l'homme insiste également sur la rigueur particulière avec laquelle il convient d'examiner le moment à partir duquel la limite du délai raisonnable envisagé par l'article 6 peut être considérée dépassée. [1060]

V. Conclusion : Les exigences contenues à l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux

En déclarant s'inspirer de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, le Présidium de la Convention énonce indubitablement que l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union doit se comprendre comme garantissant à tout travailleur trois éléments de protection essentiels: (1) l'exigence d'un motif valable de licenciement lié à son aptitude, à sa conduite ou aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise, (2) une réparation adéquate en cas de licenciement injustifié et (3) un droit de recours contre toute décision de licenciement qu'il estimerait devoir contester. L'exigence d'un motif valable de licenciement requiert de l'employeur qu'il puisse, en cas de contestation, expliquer le motif sur lequel est fondée sa décision de licencier le travailleur concerné. La jurisprudence du Comité européen des droits sociaux tant au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée qu'au regard des dispositions qui appellent selon lui une protection renforcée contre les motifs tirés des droits qu'elles consacrent, devront influencer l'interprétation de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Il ressort enfin de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que toute décision de licenciement fondée sur une violation d'un droit fondamental d'un travailleur, est injustifiée. Le droit à une réparation adéquate et le droit à un recours devant un organe impartial constituent le second volet de la protection en cas de licenciement injustifié. Dans ce cas également, la jurisprudence internationale, et tout particulièrement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour ce qui concerne le droit de recours, en éclaireront les exigences.

En renvoyant à la directive 2001/23/CE sur la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises et à la directive 2002/74/CE sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité, le

[1057] Cour eur. D.H., arrêt *Delgado c. France* (req. n° 38437/97) du 14 novembre 2000 ; Cour eur. D.H., arrêt *Leclercq c. France* (req. n° 38398/97) du 28 novembre 2000 ; Cour eur. D.H., arrêt *Geneste c. France* (req. n° 48994/99) du 12 décembre 2000 (para. 18) ; Cour eur. D.H., arrêt *Mianowicz c. Allemagne* (req. n° 42505/98) du 18 octobre 2001 (para. 55) ; Cour eur. D.H., arrêt *Vallar c. France* (req. n° 42406/98) du 19 mars 2002 (para. 2); Cour eur. D.H., arrêt *Mangualde Pinto c. France* (req. n° 43491/98) du 9 avril 2002 ; Cour eur. D.H., arrêt *Thieme c. Allemagne* (req. n° 38365/97) du 17 octobre 2002 para. 50) ; Cour eur. D.H., arrêt *Jussy c. France* (req. n° 42277/98) du 8 avril 2003 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sanglier c. France* (req. n° 50342/99) du 27 mai 2003.

[1058] Cour eur. D.H., arrêt *Julien c. France* (req. n° 50331/99) du 14 novembre 2002.

[1059] Cour eur. D.H., arrêt *Frydlender c. France* (req. n° 30979/96) du 27 juin 2000 (para. 45).

[1060] Cour eur. D.H., arrêt *Fernandes Cascao c. Portugal* (req. n° 37845/97) du 1er février 2001 *;* Cour eur. D.H., arrêt *Ruotolo c. Italie* du 27 février 1992, *Ser.* A, No.230 D, para. 17 ; Comm. Eur. D.H., *Dores et Silveira c. Portugal*, rapp. 6 juillet 1983, para 102, *D.R.* 41, p. 70.

Présidium de la Convention manifeste le souhait que la protection contre le licenciement injustifié trouve également à s'appliquer dans des situations, collectives, que l'évolution économique sur le plan national et communautaire ne permet pas d'exclure. La protection prendra dans ces cas des formes différentes selon l'hypothèse en présence. Lors de transferts d'entreprises, ce transfert ne pourra constituer en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. En cas d'insolvabilité de l'employeur, certaines créances des travailleurs devront être garanties.

Enfin, la référence au droit communautaire conformément auquel l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux devra s'appliquer, peut contribuer à étendre la protection contre le licenciement, à la préciser ou à l'expliciter. Cependant, cette protection ne saurait en tout état de cause se situer en-deça de la protection offerte par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels tous les Etats membres de l'Union sont parties, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme.

Article 31. Conditions de travail justes et équitables

1. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité.

2. Tout travailleur a droit 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.

I. Introduction

L'inscription du droit pour tout travailleur à des conditions de travail justes et équitables à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union participe, comme celle de l'accès aux services de placement à l'article 29 et celle du droit à la protection en cas de licenciement injustifié à l'article 30, de la réalisation progressive des droits sociaux fondamentaux des travailleurs au sein de l'Union.

Le droit à des conditions de travail justes et équitables comprend trois garanties: (1) le droit à des conditions de travail qui respectent la santé et la sécurité du travailleur, (2) le droit à des conditions de travail qui respectent la dignité du travailleur et (3) le droit à une limitation du temps de travail, le droit à des périodes de repos journalier et hebdomadaires ainsi que le droit à une période annuelle de congés payés. En son paragraphe premier, l'article 31 se fonde sur la Directive 89/391/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.[1061] Ce premier paragraphe s'inspire également de l'article 3 de la Charte sociale européenne révisée et du point 19 de la Charte communautaire des droits des travailleurs ainsi que, pour ce qui concerne le droit à la dignité dans le travail, de l'article 26 de la Charte sociale européenne révisée. Le paragraphe 2 de l'article 31 se fonde, quant à lui, sur la Directive 93/104/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail[1062] ainsi que sur l'article 2 de la Charte sociale européenne révisée et sur le point 8 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Ces textes de référence auxquels renvoie le Présidium de la Convention[1063] constituent, avec la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et les nombreuses conventions adoptées par l'Organisation Internationale du Travail (OIT), l'essentiel du contexte juridique international dans lequel s'inscrit l'article commenté.

II. Le contexte juridique international et les sources d'inspiration

1. Les textes onusiens

Aux termes des articles 23 et 24 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH) du 10 décembre 1948, toute personne a droit à des conditions équitables et satisfaisantes de travail (article 23) ainsi qu'au repos et aux loisirs - notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail - et à des congés payés périodiques (article 24). L'article 7 du *Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels* (PIDESC) du 16 décembre 1966 précise que les conditions justes et favorables de travail dont doit pouvoir jouir toute personne implique la sécurité et l'hygiène du

[1061] Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *J.O.C.E.* L 183 du 29.06.989.
[1062] Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.C.E.* L 307 du 13.12.1993.
[1063] Mise à jour des explications du Présidium de la Convention relatives au texte de la Charte de des droits fondamentaux de l'Union, 9 juillet 2003, CONV 828/03.

travail (article 7 b)) ainsi que le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail, les congés payés périodiques et la rémunération des jours fériés.

2. Les Conventions de l'Organisation internationale du travail

Nombreuses sont les Conventions de l'organisation internationale du travail (OIT) qui réglementent les conditions de travail. Seules les conventions pertinentes dont le contenu a manifestement inspiré les garanties et les dispositifs de protection mis en place par la Charte sociale européenne et par la Charte sociale européenne révisée ou par les directives communautaires sur lesquelles l'article 31 est déclaré se fonder, seront brièvement présentées. L'exposé qui suit tente ainsi de mettre en lumière les influences réciproques de ces différents textes ainsi que l'évolution chronologique de la prise en compte de l'exigence de conditions de travail justes et équitables : du préalable essentiel que constitue l'abolition de tout travail forcé à la réglementation détaillée du travail de nuit ou de l'utilisation de substances chimiques.

La *Convention (n°105) sur l'abolition du travail forcé* de 1957 de l'OIT engage l'Etat partie à supprimer le travail forcé ou obligatoire et à n'y recourir sous aucune forme (a) en tant que mesure de coercition ou d'éducation politique ou en tant que sanction à l'égard de personnes qui ont ou qui expriment certaines opinions politiques ou manifestent leur opposition idéologique à l'ordre politique social ou économique établi, (b) en tant que méthode de mobilisation et d'utilisation de la main d'œuvre à des fins de développement économique, (c) en tant que mesure de discipline du travail, (d) en tant que punition pour avoir participé à des grèves et (e) en tant que mesure de discrimination raciale, sociale, nationale ou religieuse.[1064]

La *Convention (n°161) sur les services de santé au travail* de 1985 de l'OIT invite les Etats parties à instituer progressivement, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs représentatives, des services de santé au travail pour tous les travailleurs, dans toutes branches d'activité économique et toutes les entreprises (article 3§1). L'expression ' service de santé ' désigne un service investi de fonctions essentiellement préventives et chargé de conseiller l'employeur, les travailleurs et leurs représentants en ce qui concerne d'une part, les exigences requises pour établir et maintenir un milieu de travail sûr et salubre, propre à favoriser une santé physique et mentale optimale en relation avec le travail et d'autre part, l'adaptation du travail aux capacités des travailleurs compte tenu de leur état de santé physique et mentale (article 1 a)). Les fonctions du service – dont la composition devrait être multidisciplinaire – consistent, en y associant les travailleurs, notamment à identifier et à évaluer les risques d'atteinte à la santé sur les lieux du travail, à surveiller les facteurs du milieu de travail et les pratiques de travail susceptibles d'affecter la santé des travailleurs, à donner des conseils dans le domaine de la santé, de la sécurité et de l'hygiène au travail, à surveiller la santé des travailleurs, à promouvoir l'adaptation du travail aux travailleurs et à collaborer tant à la diffusion de l'information qu'à la formation et à l'éducation dans les domaines de la santé et de l'hygiène de travail ainsi que de l'ergonomie (article 5). La Convention énonce à cet égard que tous les travailleurs doivent être informés des risques pour la santé inhérents à leur travail. Ces services de santé doivent pouvoir exercer leurs misions en toute indépendance à l'égard de l'employeur (article 10). [1065]

La *Convention (n°170) sur les produits chimiques* de 1990 de l'OIT s'inscrit dans le prolongement de nombreuses recommandations et conventions adoptées par l'OIT en vue de favoriser la protection et la sécurité des travailleurs. La Convention invite l'Etat partie à élaborer, appliquer et revoir périodiquement une politique cohérente de sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail. Les employeurs sont tenus de s'assurer que tous les produits chimiques utilisés au travail sont identifiés et étiquetés et que des fiches de données de sécurité sont mises à la disposition des travailleurs et de leurs représentants de manière à leur permettre de prendre connaissance des informations essentielles relatives à ces substances, des dangers qu'elles présentent et des précautions

[1064] Convention (n°105) sur l'abolition du travail forcé adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 25 juin 1957.
[1065] Convention (n°161) sur les services de santé au travail adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 25 juin 1985.

de sécurité que requiert leur utilisation (articles 7, 8 et 10). Les employeurs doivent également veiller à ce que les travailleurs ne soient pas exposés aux produits au-delà des limites d'exposition (article 12). Les risques résultant de l'utilisation de ces produits doivent être évalués et des mesures de protection mises en place au bénéfice des travailleurs (article 13). L'employeur est également tenu à un important devoir d'information et de formation vis à vis de ses travailleurs sur les risques et dangers d'utilisation de tels produits et sur les mesures de précaution à observer (article 15). La Convention prévoit également certaines obligations à charge des travailleurs, des fournisseurs des produits et aux Etats parties exportateurs de ceux-ci.[1066]

Enfin, la *Convention (n°171)* de l'OIT *sur le travail de nuit* de 1990[1067] définit le travail de nuit comme tout travail effectué au cours d'une période d'au moins sept heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et cinq heures du matin. La Convention prévoit un certain nombre de mesures spécifiques minimales exigées par la nature du travail de nuit. L'objectif de ces mesures est de protéger la santé de cette catégorie de travailleurs, de leur faciliter l'exercice de leurs responsabilités familiales et sociales, de leur assurer des chances de développement de carrière et de leur accorder les compensations appropriées.[1068] Dans le même esprit, des mesures spécifiques sont prises sur le plan de la sécurité et de la protection de la maternité.[1069]

3. La Charte sociale européenne et la Charte sociale européenne révisée

Envisagé jusqu'alors sous l'angle de la sécurité et de la santé des travailleurs et sous celui du temps de travail, le droit aux conditions justes et équitables de travail s'est, lors de l'adoption de la Charte sociale européenne révisée en 1996, enrichi d'une composante nouvelle : celle de l'interdiction de tout comportement constitutif de harcèlement sexuel ou moral (article 26). Les articles 2 (droit à des conditions de travail équitables) et 3 (droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail) de la Charte sociale européenne de 1961 sont par ailleurs amendés à la faveur de cette révision. L'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union déclare se fonder notamment sur ces trois dispositions de la Charte sociale européenne révisée.

3.1. Article 3 de la Charte sociale européenne révisée : Droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail

Le Présidium commente qu'en son paragraphe premier, l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union s'inspire de l'article 3 de la Charte sociale européenne révisée.

Le paragraphe 1 de cet article 3 de la Charte sociale européenne révisée, lui-même inspiré des conventions de l'OIT susvisées, engage les Etats signataires, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, à définir, mettre en œuvre et réexaminer périodiquement une *politique nationale* cohérente en matière de sécurité, de santé des travailleurs. L'objectif premier de cette

[1066] Convention (n°170) concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail (Convention (n°170) sur les produits chimiques) adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 25 juin 1990.
[1067] Convention (n°171) sur le travail de nuit adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 26 juin 1990.
[1068] A titre d'exemple, les travailleurs pourront demander à obtenir sans frais une évaluation de leur état de santé. Si pour des raisons de santé, des travailleurs de nuit sont certifiés inaptes au travail de nuit, ils doivent être transférés chaque fois que cela est réalisable, à un poste similaire auquel ils sont aptes. Un travailleur de nuit certifié temporairement inapte doit bénéficier de la même protection en matière de licenciement et de préavis de licenciement que les autres travailleurs qui sont empêchés de travailler pour des raisons de santé. Les compensations accordées aux travailleurs de nuit en matière de durée de travail, de salaire ou d'avantages similaires doivent reconnaître la nature du travail de nuit (articles 4 et suivants).
[1069] Quant aux travailleuses de nuit plus particulièrement, des mesures doivent être prises pour qu'une alternative au travail de nuit existe d'une part, avant et après la naissance d'un enfant et d'autre part, sur présentation d'un certificat médical qui en atteste la nécessité pour la santé de la mère ou de l'enfant au cours de la grossesse ou durant une période déterminée après la naissance de l'enfant (article 7 de la Convention n°171). Ces mesures peuvent comporter, le cas échéant, un transfert à un travail de jour. Au cours des périodes susvisées, la travailleuse ne pourra pas être licenciée ni recevoir un préavis de licenciement sauf s'il existe de justes motifs sans rapport avec la grossesse ou l'accouchement ; le revenu de la travailleuse devra être maintenu à un niveau suffisant pour pourvoir à son entretien et à celui de son enfant dans des conditions de vie convenables ; la travailleuse ne perdra pas ses avantages en matière de grade, d'ancienneté et de possibilités d'avancement.

politique est d'améliorer la sécurité et l'hygiène professionnelles et de prévenir les accidents et les atteintes à la santé qui résultent du travail, sont liés au travail ou surviennent au cours de celui-ci, notamment en réduisant au minimum les risques inhérents au milieu du travail. Pour se conformer à ce premier paragraphe, l'Etat doit assurer tant l'évaluation des risques liés au travail que la mise en place de mesures de prévention adaptées à la nature de ces risques. De même, il doit organiser un contrôle public - il s'agira très souvent de l'inspection du travail - de l'efficacité de ces mesures et garantir l'information et la formation adéquates des travailleurs.

Aux termes des paragraphes 2 et 3 de cet article 3 de la Charte sociale révisée, l'Etat partie s'engage à édicter des *règlements de sécurité et d'hygiène* (§2) et à adopter des *mesures de contrôle de l'application de ces règlements* (§3). Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) précise que le droit interne en matière d'hygiène et de sécurité doit prévoir des mesures de prévention et de protection contre la plupart des risques tels qu'ils sont énumérés dans les normes techniques internationales de référence, notamment les conventions pertinentes de l'OIT et les directives communautaires en matière d'hygiène et de sécurité au travail. Tous les travailleurs doivent être protégés, quels que soient leur catégorie professionnelle et leur secteur d'activité. Outre la législation-cadre qui impose des obligations générales aux employeurs et aux travailleurs, les Etats sont tenus d'édicter des règlements qui prévoient des mesures contre les risques et dangers dans plusieurs domaines soit (a) les lieux et équipements de travail (protection des machines, poids maximum, équipements de protection individuelle, signalisation de sécurité et/ou de santé…), (b) les risques liés à certains secteurs et activités, (dockers, secteur du bâtiment, mines, pêche …), (c) les agents et substances dangereux (agents chimiques, physiques et biologiques tels la céruse, le benzène, l'amiante et les radiations ionisantes) et (d) les risques affectant certaines catégories plus vulnérables. Sur ce dernier point, l'article 7 de la Charte sociale européenne révisée - reproduisant l'article 7 de la Charte sociale européenne de 1961 - contient des dispositions relatives aux mesures particulières à prendre pour protéger la santé et la sécurité des enfants et des adolescents lorsque ceux-ci sont autorisés à travailler.[1070] L'article 8§4 de la Charte sociale européenne révisée prévoit la réglementation du travail de nuit des femmes enceintes, ayant récemment accouché ou allaitant leur enfant. Le paragraphe 5 du même article prévoit enfin l'interdiction de l'emploi des femmes enceintes, ayant récemment accouché ou allaitant leur enfant à des travaux souterrains dans les mines et à tous autres travaux de caractère dangereux, insalubre ou pénible.

Le respect de l'obligation de mise en œuvre d'un dispositif de contrôle de ces réglementations est apprécié par le Comité européen des droits sociaux à l'aune d'une part, de l'évolution des accidents du travail et des maladies professionnelles et d'autre part, de l'instauration et du maintien d'un système d'inspection efficace. La situation est considérée non-conforme en cas d'augmentation significative du nombre d'accidents ou de problème manifeste. Instaurer et maintenir un système d'inspection efficace suppose qu'un nombre minimum d'inspections périodiques soit effectué. Les inspecteurs affectés à cette mission doivent être habilités à user de moyens coercitifs s'ils constatent l'existence d'un danger immédiat pour la santé ou la sécurité des travailleurs, et le système de sanctions doit être suffisamment dissuasif pour les employeurs.

Enfin, aux termes du paragraphe 4 introduit lors de la révision de 1996 de cet article 3, l'Etat partie prend l'engagement de promouvoir l'institution progressive des *services de santé au travail* pour tous les travailleurs, avec des fonctions essentiellement préventives et de conseil. Ces dispositifs sont inspirés de la *Convention (n°161)* de l'OIT *sur les services de santé au travail*. L'Annexe à la Charte sociale européenne révisée - dont elle fait partie intégrante - précise que les fonctions, l'organisation et les conditions de fonctionnement de ces services doivent être déterminées par la législation ou la réglementation nationales, des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales. Tous les travailleurs dans toutes les branches d'activité doivent pouvoir bénéficier d'un accès à ces services.

[1070] A titre d'exemple, l'article 7§10 engage les Etats ' à assurer une protection spéciale contre les dangers physiques et moraux auxquels les enfants et adolescents sont exposés, et notamment contre ceux qui résultent d'une façon directe ou indirecte de leur travail '. Voy. également le commentaire de l'article 32 de la Charte des droits fondamentaux (interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail) sur cette question.

3.2. Article 26 de la Charte sociale européenne révisée : Droit à la dignité au travail : protection contre le harcèlement sexuel et le harcèlement moral

Pour ce qui concerne ' la dignité dans le travail ', le Présidium commente que le paragraphe premier de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'inspire de l'article 26 de la Charte sociale européenne révisée.

En cet article 26, la Charte sociale européenne révisée énonce les moyens à mettre en œuvre, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, pour assurer l'effectivité du droit de tous les travailleurs à la protection de leur dignité au travail. Elle invite à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention d'une part, en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail ou en relation avec le travail (§1) et d'autre part en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le travail (§2 – harcèlement moral). Ces derniers comportements (§2) sont définis à l'Annexe de la Charte comme ne recouvrant pas le harcèlement sexuel. Les Etats sont en outre invités à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements (§§ 1 et 2). Cette disposition n'oblige cependant pas les Etats parties à promulguer une législation spécifique pour autant que le droit de cet Etat dispose d'outils permettant une protection efficace du travailleur contre les différentes formes de discrimination.

Le Comité européen des droits sociaux définit en effet le *harcèlement sexuel* comme un traitement inégal lié à l'adoption à l'égard d'une ou plusieurs personnes, de comportements de préférence ou de rétorsion, ou de comportements insistants d'une autre nature pouvant porter atteinte à la dignité ou à la carrière de ces personnes. Les travailleurs doivent également bénéficier d'une protection contre le harcèlement, autre que sexuel sur le lieu de travail, dont le facteur déclenchant peut être en ce cas lié à la race, à la couleur de peau, à la religion, au sexe ou à toute autre spécificité d'un individu.[1071]

La victime de harcèlement doit disposer de voies de recours effectives. De l'avis du Comité européen des droits sociaux, une protection efficace de la victime tant de harcèlement sexuel que de toute autre forme de harcèlement, requiert un infléchissement de la charge de la preuve qui doit permettre au juge de se prononcer en faveur de la victime sur la base d'éléments de présomption suffisants et de son intime conviction. La responsabilité de l'employeur doit pouvoir être engagée à l'égard de personnes employées ou non à son service qui auraient subi un harcèlement de la part de salariés placés sous sa responsabilité ou qui, dans les locaux dont il est responsable, auraient été victimes de telles pratiques commises par des personnes ne faisant pas partie de son personnel, telles des entrepreneurs indépendants, des travailleurs indépendants, des visiteurs, des clients etc. La réintégration – lorsque le travailleur a été licencié dans le cadre d'une affaire de harcèlement – doit être prévue ainsi qu'une indemnisation appropriée, dont le montant doit être suffisamment réparateur pour la victime et dissuasif pour l'employeur.[1072]

3.3. Article 2 de la Charte sociale européenne révisée : Droit à des conditions de travail équitables

Aux termes du commentaire du Présidium, le paragraphe 2 de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union est notamment fondé sur l'article 2 de la Charte sociale européenne révisée.

Le droit à des conditions de travail équitables figurait déjà à l'article 2 de la Charte sociale européenne de 1961, mais son contenu tout comme ce fut le cas pour l'article 3 évoqué ci-dessus, a évolué à la faveur de la révision de 1996. Aux termes de l'article 2 de la Charte sociale européenne révisée, les conditions de travail équitables recouvrent :

[1071] Conseil de l'Europe, C.E.D.S., *Charte sociale européenne : Digest de Jurisprudence du CEDS*, novembre 2004. Ce digest de jurisprudence a été établi par le Secrétariat de la Charte sociale européenne. Il est disponible sur http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27Homme/Cse/Digest%20bilingue%20November.asp#TopOfPage

[1072] *Ibidem*

Quant à la durée du travail en général (article 2 §§ 1, 2, 3 et 5)

- une durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire et la réduction progressive de la semaine de travail pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent ;
- des jours fériés payés et un congé payé annuel de quatre semaines au minimum ;
- un repos hebdomadaire qui coïncide autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région ;

Quant aux cas particuliers du travail de nuit et des activités à risques (article 2 §§ 4 et 7)

- le bénéfice pour les travailleurs effectuant un travail de nuit de mesures qui tiennent compte de la nature spéciale de ce travail ;
- l'élimination des risques inhérents aux opérations dangereuses ou insalubres et, lorsque ces risques n'ont pas pu être éliminés ou suffisamment réduits, l'octroi aux travailleurs employés à de telles occupations soit d'une réduction de la durée du travail, soit de congés payés supplémentaires ;

Quant à l'information du travailleur (article 2 § 6)

L'information écrite des travailleurs dès le début de l'emploi et en tout état de cause au plus tard deux mois après le début de leur emploi des aspects essentiels du contrat ou de la relation de travail.

Ces dispositions de la Charte sociale européenne révisée sont très largement inspirées du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* de 1966 et de la *Convention (n° 171)* de l'OIT *sur le travail de nuit*. L'article 31§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union en reprend, en des termes différents, les aspects relatifs à la durée du travail (article 2§1 de la Charte sociale européenne révisée), au repos journalier et hebdomadaire (article 2§5 de la Charte sociale européenne révisée) et aux congés annuels payés (article 2§ 3 de la Charte sociale européenne révisée).

La durée du travail - L'objectif de l'article 2§1 de la Charte sociale européenne révisée est ' de protéger la santé et la sécurité des travailleurs – donc leur vie – sans méconnaître l'intérêt général, notamment dans ses aspects économiques ' (Comité européen des droits sociaux (CEDS), Conclusions XIV-2, p. 33). La durée raisonnable du travail, journalière et hebdomadaire, doit être définie par la voie législative, réglementaire, par des conventions collectives ou par tout procédé comportant une obligation dont le respect est soumis au contrôle d'une autorité appropriée (CEDS, Conclusions I, p. 168 ; Conclusions XIII-1, p. 74 et Conclusions XIV-2, p. 33). Lors de la rédaction de la Charte sociale, tant dans sa version initiale de 1961 que dans sa version révisée de 1996, il n'a pas été jugé opportun de prescrire un nombre précis d'heures. Le Comité européen des droits sociaux est resté fidèle à l'esprit des rédacteurs de la Charte et a, de manière constante au fil des cycles de contrôle, défendu le point de vue qu'il ne pouvait déterminer *in abstracto* quelle est, à ses yeux, la durée raisonnable du travail ; le caractère raisonnable de la durée de travail étant une notion relative dans le temps et dans l'espace (CEDS, Conclusions I, p. 18 ; Conclusions XIV-2, p. 33). L'examen des conclusions dans leur ensemble permet toutefois de dégager les éléments auxquels le Comité est attentif. L'appréciation du caractère ' raisonnable ' de la durée du travail par le Comité prend en considération la nature du travail et les risques encourus pour la santé et la sécurité des travailleurs. Il est par ailleurs tenu compte des heures effectivement prestées et non de la seule durée de travail telle qu'elle est fixée par la législation nationale.[1073]

Le repos hebdomadaire - Le paragraphe 5 de l'article 2 de la Charte sociale européenne révisée enjoint quant à lui les Etats à assurer un repos hebdomadaire aux travailleurs. Cette disposition contient deux

[1073] L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux : Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, ' Article 2 – Droits à des conditions de travail équitables ', 2ème éd., Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002.

obligations distinctes. La première, impérative, prévoit la garantie du droit au repos hebdomadaire. La seconde obligation est moins contraignante : elle prévoit que ce repos hebdomadaire doit coïncider, autant que possible, avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition et les usages du pays ou de la région (CEDS, Conclusions XI-1, p. 58). D'après la tradition et les usages des Parties contractantes, ce jour de repos tombe généralement le dimanche. De l'avis du Comité européen des droits sociaux, ce repos peut ne pas être pris le dimanche, par exemple lorsque la nature de l'activité exercée l'exige ou en raison de caractéristiques de l'économie, à condition qu'un repos hebdomadaire d'un jour complet soit assuré un autre jour de la semaine. Le report du congé peut également être prévu dans des cas d'exceptions définis et sur une période qui ne peut excéder 12 jours consécutifs (CEDS, Conclusions XIV-2, p. 431 et pp. 756-757).

Les congés annuels payés - Enfin, aux termes du paragraphe 3 de cet article 2 de la Charte sociale européenne révisée, les Parties s'engagent à assurer l'octroi d'un congé annuel de 4 semaines au minimum. A la suite du premier cycle de contrôle, le Comité européen des droits sociaux a estimé que les impératifs d'une protection aussi complète que possible du travailleur rend toute renonciation, fut-elle librement consentie, de celui-ci à son droit au congé annuel incompatible avec la Charte, même en contrepartie d'une rémunération supplémentaire de la part de l'employeur (CEDS, Conclusions I, p. 169).

III. La consécration au rang de droit fondamental au sein de l'Union européenne

1. Evolution de la politique européenne

Le Traité de Rome du 25 mars 1957 ne comportait que quelques dispositions éparses à caractère social telles les articles 39, 40 et 42 portant sur le principe de la libre circulation des travailleurs migrants et leur couverture sociale ou les articles 146 à 150 relatifs au Fonds social européen. La mise en œuvre du principe de la liberté de circulation des travailleurs migrants et la création dudit fonds traduisent à cet égard l'essentiel des réalisations ' sociales ' des Communautés européennes au cours de la période qui sépare leur création des années 70.[1074] Le Traité de Rome contenait également un titre sur le politique sociale et l'emploi, mais à l'exception de l'article 141 relatif à l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, les dispositions de ce titre constituaient davantage des déclarations politiques que des règles contraignantes.[1075]

Les premières mesures de coopération entre les Etats membres dans le domaine social ont été adoptées dans les années 70. Progressivement, des priorités se sont dessinées et ont été mises en œuvre par l'harmonisation ou l'adoption de prescriptions minimales. Dans la foulée du premier programme d'action sociale de 1974[1076], une série de dispositions fut adoptée en matière d'amélioration des conditions de vie et de travail, prenant tantôt la forme de directives, tantôt celle de programmes d'actions spécifiques en faveur des personnes handicapées, des personnes exclues et des personnes âgées.[1077]

[1074] Dès 1958, le Conseil avait adopté deux règlements relatifs à la couverture sociale des travailleurs migrants auxquels s'est substitué depuis le règlement 1408/71, complété par le règlement d'application 574/72.

[1075] Voy. le nouvel article 141 CE.

[1076] Résolution du Conseil du 21 janvier 1974.

[1077] Voy. à titre d'exemple, la Directive 75/129 du Conseil du 17 février 1975 sur le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, modifiée par la Directive 98/59 du Conseil du 20 juillet 1998, *J.O.C.E.* L 48 du 22.02.1975 ; Directive 77/187 du 14 février 1977 relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant la sauvegarde des droits des travailleurs lors des transferts d'entreprises, *J.O.C.E.* L 61 du 05.03.19 ; Directive 75/117 du 10 février 1975 relative au rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, *J.O.C.E.* L 45 du 19.02.1975 ; Directive 76/207 du 9 février 1976 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 professionnelle et les conditions de travail, *J.O.C.E.* L 39 du 14.02.1976. Le premier programme d'action en faveur des handicapés a été adopté par le Conseil en 1974. Le premier programme de lutte contre la pauvreté a été initié en 1975 et a couvert la période 1975-1980 (projets –pilote et études-pilote pour combattre la pauvreté).

C'est avec l'adoption de l'Acte unique européen en 1986 que s'amorce véritablement l'intégration de la ' dimension sociale ' dans le Traité CE. L'article 138 (ex-118A) visait à réduire les différences de niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans la Communauté et à garantir des standards minimums de protection ; l'objectif poursuivi étant de faciliter la réalisation du marché intérieur en supprimant les entraves aux échanges intra-communautaires.[1078]

En 1989, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs énonce le droit de tout travailleur à la protection de sa santé et de sa sécurité dans son milieu de travail : ' (…) des mesures adéquates doivent être prises pour poursuivre l'harmonisation dans le progrès des conditions existantes dans ce domaine. Ces mesures tiendront compte, notamment, de la nécessité d'une formation, d'une information, d'une consultation et d'une participation équilibrée des travailleurs en ce qui concerne les risques encourus et les mesures prises pour supprimer ou réduire ces risques. Les dispositions concernant la mise en œuvre du marché intérieur doivent concourir à cette protection ' (§19). Le volet ' temps de travail ' est développé aux paragraphes 7 et 8 de cette Charte. Le paragraphe 7 énonce le principe du rapprochement, dans le progrès, des conditions de vie et de travail des travailleurs dans la Communauté. Ce progrès doit notamment s'appliquer à la durée et à l'aménagement du temps de travail et aux différentes formes de travail. Le droit au repos hebdomadaire et le droit à un congé annuel payé sont inscrits au paragraphe 8 ; leurs durées doivent être rapprochées dans le progrès, conformément aux pratiques nationales.

L'intégration de la ' dimension sociale ' dans le Traité CE s'est poursuivie avec l'adoption, en 1992, de l'Accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht par le Protocole n°14 sur la politique sociale. Cet accord, initié par les partenaires sociaux dans le cadre du dialogue social, traduit la volonté des Etats membres de l'époque – à l'exception du Royaume-Uni – de mettre en œuvre la Charte communautaire de droits sociaux fondamentaux des travailleurs susvisée. Dans le domaine des conditions de travail et de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, il prévoit l'adoption de directives contenant des prescriptions minimales en soutien et en complément de l'action des Etats membres.

Le Traité d'Amsterdam a supprimé le Protocole n°14 et a intégré l'Accord sur la politique sociale au traité CE (articles 136 à 145 CE). Les objectifs fixés pour les conditions de travail et la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs demeurent inchangés.

L'inscription du droit à des conditions justes et équitables de travail à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 élève finalement au rang de droit fondamental, une préoccupation qui ne fut longtemps considérée que comme un obstacle potentiel à la libre circulation et à la liberté des échanges économiques. Logiquement, le Présidium de la Convention explique que l'expression ' conditions de travail ' doit être entendue au sens de l'article 140 CE. [1079]

2. Les réglementations communautaires

Les principales initiatives communautaires qui, jusqu'ici, ont développé les 3 composantes des ' conditions justes et équitables de travail ' que sont (1) la protection de la santé et de la sécurité, (2) la dignité et (3) le temps de travail du travailleur, sont brièvement présentées ci-après.

[1078] Article 138 (ex 118A) CE : ' 1. Les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine. 2. Pour contribuer à la réalisation de l'objectif prévu au paragraphe 1, le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 189 C et après consultation du Comité économique et social, arrête par voie de directive les prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres '.

[1079] Article 140 CE : ' En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136 et sans préjudice des autres dispositions du présent traité, la Commission encourage la coopération entre les Etats membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale (…) et notamment dans les matières suivantes : l'emploi, le droit au travail et les conditions de travail, l'hygiène au travail (…) '.

3. Protection de la santé et de sécurité au travail

La Décision 74/325/CEE du 27 juin 1974 inaugure[1080] l'action communautaire pour la protection de la santé et de la sécurité au travail. Elle institue le Comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail dont la mission est d'assister la Commission européenne dans la préparation et la mise en œuvre d'actions dans le domaine de l'environnement de travail.[1081]

La Directive cadre 80/1107/CEE poursuivait l'harmonisation des dispositions nationales et définissait un ' cahier des charges ' commun pour la réglementation relative à l'exposition des travailleurs aux agents dangereux..[1082] Modifiée en 1982 et en 1988, cette directive-cadre 80/1107/CEE a été mise en œuvre par des directives particulières relatives à la fixation de valeurs limites ou à la protection contre des risques spécifiques tels l'exposition à l'amiante, les risques saturnins ou l'exposition au plomb métallique et à ses composés ioniques.[1083] La Directive 98/24/CE concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail a intégré et abrogé à la fois la Directive-cadre 80/1107/CEE, celles qui la modifiaient et celles relatives à l'exposition au plomb et à l'interdiction de certains agents et/ou certaines activités.[1084]

La *Directive-cadre 89/391/CEE* du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail participe quant à elle de la mise en œuvre de l'article 138CE (ancien article 118A) dont il a été précisé ci-avant qu'il marque un tournant important de la politique communautaire dans le domaine de l'environnement du travail.[1085] Le présidium de la Convention déclare que le paragraphe premier de l'article 31 commenté se fonde sur cette directive 89/391/CEE.[1086] Cette directive fixe des prescriptions minimales pour la santé et la sécurité sur le lieu de travail en poursuivant l'objectif de réduire au minimum les risques de maladies et d'accidents professionnels, d'une part en mettant en oeuvre des mesures de prévention et

[1080] Le 9 juillet 1957, la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) adoptait une décision établissant les compétences et le règlement du Comité permanent de la sécurité et de la santé dans les mines de houilles. En 1974, la Résolution 74/326 du Conseil élargit les compétences de ce Comité de manière à couvrir l'ensemble des industries extractives.

[1081] Décision 74/325/CE du Conseil du 27 juin 1974 relative à la création d'un Comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail, *J.O.C.E.* L 185 du 09.07.1974.

[1082] Directive 80/1107/CEE du Conseil du 27 novembre 1980 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à des agents chimiques, physiques et biologiques pendant le travail, *J.O.C.E.* L 338 du 28.12.1996.

[1083] Directive 82/605/CEE du Conseil du 28 juillet 1982 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition au plomb métallique et à ses composés ioniques pendant le travail (première directive particulière au sens de l'article 8 de la directive 80/1107/CEE), *J.O.C.E.* L 247 du 23.08.1982 ; Directive 98/24/CE du Conseil du 7 avril 1998 concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail (quatorzième directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.* L 131 du 05.05.1998 (abrogée par la Directive 98/24/CE du Conseil, du 7 avril 1998, concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail, *J.O.C.E.* L 131 du 05.05.1998).

[1084] Directive 98/24/CE du Conseil du 7 avril 1998 concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à une exposition à des agents chimiques sur le lieu de travail, *J.O.C.E.* L 131 du 05.05.1998.

[1085] Voy. l'arrêt de la Cour de Justice du 12 novembre 1996 dans l'affaire *R-U c. Conseil* (C.J.C.E., 12 novembre 1996, *R-U c. Conseil,* C-84/94, *Rec.,* p. I-5755) : ' L'article 118 A du Traité constitue la base juridique adéquate pour l'adoption par la Communauté de mesures ayant pour objet principal la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et ce nonobstant les incidences accessoires que de telles mesures peuvent avoir sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Il (…) doit faire l'objet d'une interprétation large quant au champ qu'il ouvre à l'action du législateur communautaire en matière de santé et de sécurité des travailleurs ' .
Dans l'arrêt *SIMAP* du 3 octobre 2000 (C.J.C.E., 3 octobre 2000, *SIMAP,* C-303/98, *Rec.,* p. I-7963) la Cour de Justice des Communautés européennes conclut par ailleurs qu' ' il résulte tant de l'objet de la directive 89/391 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que (…) que son champ d'application doit être conçu de manière large et que les exceptions y relatives, y compris celles prévues (…) doivent être interprétées de manière restrictive '.

[1086] Voy. à cet égard l'arrêt du 15 novembre 2001 de la Cour de Justice des Communautés européennes, *Commission c. Italie* (C.J.C.E., 15 novembre 2001, C-49/00, *Rec.,* p. I-8575). Les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans cette affaire contiennent l'une des premières références à la Charte citées dans le cadre d'un arrêt de la Cour de Justice ' (…) la transposition de la directive 89/391 est précisément censée garantir certains droits des travailleurs concernés et de leurs représentants. La connaissance des règles qui protégeant la santé, qui revêt une importance particulière (Note 11 : L'importance du droit à des conditions de travail qui respectent la santé et la sécurité des travailleurs a également été consacrée par la Charte des droits fondamentaux (article 31, paragraphe 1) du 7 décembre 2000) (…) '.

d'autre part en assurant l'information, la consultation, la participation équilibrée et la formation des travailleurs et de leurs représentants.[1087] Cette directive-cadre a servi de base à de nombreuses directives particulières (17) pour des secteurs d'activités, des risques ou des groupes de travailleurs spécifiques tels que les équipements du travail, les substances carcinogènes pendant le travail, la protection contre les risques d'atmosphères explosives ou encore la protection des femmes enceintes.[1088]

En 1994, l'Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail est instituée par le règlement 2062/94.[1089] L'Agence a pour mission de collecter les informations techniques, scientifiques et économiques utiles dans le domaine de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail et de les diffuser auprès des organes communautaires, des Etats membres et de tout tiers intéressé. La Commission européenne est par ailleurs assistée par plusieurs comités dans l'élaboration et la mise en œuvre de ses programmes d'action communautaire et plus particulièrement dans le cadre de son objectif de réduction des risques de maladies et d'accidents professionnels, tels le Comité consultatif pour la sécurité, hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail déjà évoqué, le Comité de hauts responsables de l'Inspection du Travail[1090] et le Comité scientifique en matière de limites d'exposition professionnelle à des agents chimiques.[1091]

L'action de la Commission tente de tenir compte des évolutions que connaît le secteur de l'emploi. A titre d'illustration, sa stratégie présentée pour la période 2002-2006 se donne pour objectifs essentiels d'adapter la politique et les règles communautaires à de nouveaux types de risques sur le lieu de travail que sont les situations de stress, les affections liées à l'utilisation d'ordinateurs de même que le harcèlement moral et les intimidations au travail. La question du harcèlement n'a cependant pas été totalement absente des préoccupations du législateur communautaire qui, jusqu'ici, s'est toutefois principalement concentré sur le harcèlement sexuel.

4. Protection de la dignité au travail

Dans sa résolution du 29 mai 1990 relative à la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail[1092], le Conseil invite les Etats membres à informer et à sensibiliser les employeurs et les travailleurs sur les comportements de harcèlement sexuel et sur les moyens d'y mettre fin, et à rappeler aux employeurs leurs obligations concernant l'interdiction de tels comportements, et l'interdiction de représailles à l'égard des plaignants. A la suite de cette résolution, la Commission européenne a adressé une recommandation du 27 novembre 1991 aux Etats membres les incitant à prendre des mesures de prévention du harcèlement sexuel au travail et de ses conséquences. La recommandation est accompagnée d'un Code de conduite conçu comme un ensemble de lignes

[1087] Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *J.O.C.E.* L 183 du 29.06.1989.
[1088] Voy. à titre d'exemple : Directive 89/654/CEE du Conseil du 30 novembre 1989 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail (première directive particulière au sens de l'article 16 § 1 de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.* L 393 du 30.12.1989 ; Directive 90/270/CEE du Conseil du 29 mai 1990 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation (cinquième directive particulière au sens de l'article 16§1 de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.* L 171 du 04.07.1990 ; Directive 90/394/ CEE du Conseil du 28 juin 1990 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (sixième directive particulière au sens de l'article 16§1 de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.* L 196 du 26.07.1990.
[1089] Règlement 2062/94/CE du Conseil du 18 juillet 1994 instituant une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, *J.O.C.E.* L 216 du 20.08.1994 ; Règlement 1643/95/CE de la Commission du 29 juin 1995 modifiant le règlement (CE) n° 2062/94 instituant une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, *J.O.C.E.* L du 07.07.1995.
[1090] Décision 95/319/CE de la Commission du 12 juillet 1995 portant création d'un comité des Hauts responsables de l'inspection du travail, *J.O.C.E.* L 283 du 25.11.1995.
[1091] Décision 95/320/CE de la Commission du 12 juillet 1995 relative à la création d'un comité scientifique en matière de limites d'exposition professionnelle à des agents chimiques, *J.O.C.E.* L 188 du 09.08.1995.
[1092] Résolution du Conseil, du 29 mai 1990, concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail, *J.O.C.E.* C 157 du 27.06.1990.

directrices à l'attention des employeurs, des syndicats et des employés pour la prévention du harcèlement sexuel et relatives à la procédure à suivre en cas de plainte.[1093]

En 1996, le premier rapport d'évaluation de la recommandation de 1991 susvisée relative à la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail mettait en exergue l'insuffisance des mesures nationales de prévention et de lutte contre le harcèlement sexuel.[1094] En conclusion, le rapport insistait sur la nécessité d'une approche globale au niveau communautaire tout en relevant que si cette solution recueillait l'adhésion des organisations syndicales, les organisations patronales souhaitaient pour leur part s'en tenir à des initiatives nationales. Le 19 mars 1997, une phase de consultation des partenaires sociaux fut lancée. Ces derniers déclinèrent cependant l'invitation qu'elle contenait à négocier une convention collective au niveau européen, privilégiant l'adoption d'un instrument juridique contraignant à celle de la convention collective proposée.[1095]

Sans être exclusivement consacrée au harcèlement sexuel, la *Directive 2002/73/CE* du 23 septembre 2002 concernant la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les domaines de l'emploi, de la formation professionnelle et des conditions de travail modifiant la directive 76/207 /CE [1096] prévoit un renforcement des mesures de lutte contre le harcèlement sexuel.[1097] Le harcèlement sexuel y est défini comme la ' situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant '. Le harcèlement sexuel y est qualifié de discrimination fondée sur le sexe et dès lors interdite.

5. Temps de travail

La *Directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail* traduit deux principes essentiels : d'une part le lien entre le temps de travail et la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et d'autre part le principe de l'adaptation du travail à l'homme dont l'employeur doit tenir compte en particulier pour atténuer la monotonie et la cadence de certaines tâches.[1098]

La Directive 93/104/CE contient des prescriptions minimales relatives aux périodes de repos journalière et hebdomadaire, à la durée maximale du travail hebdomadaire et aux congés annuels. La période minimale de repos par vingt-quatre heures est de onze heures consécutives. Pour un travail journalier supérieur à 6 heures, un temps de pause dont les modalités sont fixées par conventions collectives, par accord entre partenaires sociaux ou par la législation nationale, est requis de même qu'un jour de repos en moyenne suivant, sans interruption, la période de repos journalier au cours de chaque période de sept jours. La durée hebdomadaire de travail est limitée à 48 heures en moyenne, y compris les heures supplémentaires pour chaque période de sept jours. Des prescriptions particulières sont également prévues pour le travail de nuit. La durée maximale en sera de huit heures en moyenne par vingt-quatre heures. Les travailleurs de nuit bénéficieront d'une évaluation gratuite et régulière de leur état de santé, et en cas de problème de santé lié au travail nocturne, ils devraient, dans la mesure

[1093] Recommandation 92/131/CEE de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, *J.O.C.E.* L 49 du 24.02.1992 et Code de pratique de la Commission visant à combattre le harcèlement sexuel, *J.O.C.E.* L 49 du 24.02.1992.
[1094] Communication de la Commission du 24 juillet 1996 concernant la consultation des partenaires sociaux sur la prévention du harcèlement sexuel au travail, COM(96) 373 final.
[1095] Communication de la Commission du 24 juillet 1996 lançant la deuxième phase de consultation des partenaires sociaux sur la prévention du harcèlement sexuel au travail [SEC(97) 568 final - non publié au *J.O.C.E.*].
[1096] Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre 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, *J.O.C.E.* L 39 du 14.02.1976.
[1097] Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil 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, *J.O.C.E.* L 269 du 5.10.2002.
[1098] Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.C.E.* L 307 du 13.12.1993.

du possible, se voir proposer un travail de jour. Ils devront également bénéficier d'un niveau de protection en matière de santé et de sécurité qui soit adapté à la nature de leur travail et qui soit équivalent à celui des autres travailleurs, notamment en terme de disponibilité des services de protection.

Ces dispositions de la directive 93/104/CE s'appliquent à tous les secteurs d'activité à l'exception des transports, des activités en mer et des activités des médecins en formation. Elle a toutefois été modifiée par la *Directive 2000/34/CE* du 22 juin 2000 afin de couvrir ces secteurs et les activités exclues de sa version initiale.[1099]

IV. Conclusion : Les exigences contenues à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

D'abord considéré comme l'accessoire nécessaire d'une politique d'échanges intracommunautaires, le respect dû aux conditions justes et équitables de travail a progressivement fait l'objet d'une plus grande attention de la part du législateur communautaire jusqu'à être consacré au rang de droit fondamental à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Tel qu'il y est libellé, ce droit comprend trois garanties : (1) le droit à des conditions de travail qui respectent la santé et la sécurité du travailleur, (2) le droit à des conditions de travail qui respectent la dignité du travailleur et (3) le droit à une limitation du temps de travail, à des périodes de repos journalier et hebdomadaires ainsi qu'à une période annuelle de congés payés. Contrairement à l'article 4 de la Charte sociale européenne de 1961 et de la Charte sociale européenne révisée de 1996, l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ne contient donc pas de référence expresse à la protection du droit des travailleurs à une rémunération équitable.[1100]

Le droit à des conditions de travail qui respectent la santé et la sécurité du travailleur est déclaré se fonder sur la Directive 89/391/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail d'une part, et s'inspirer de l'article 3 de la Charte sociale européenne révisée et du paragraphe 19 de la Charte communautaire des droits des travailleurs d'autre part. L'accent est ainsi mis sur la nécessaire promotion de la prévention des accidents et maladies de travail en concertation avec les travailleurs ou leurs organisations représentatives, sur la réduction des risques, sur la formation et l'information des travailleurs et sur le contrôle effectif des dispositifs de prévention et de sécurité mis en place. Il est tenu compte tant de la catégorie de travailleurs concernés que de la nature de l'activité exercée pour déterminer la protection adéquate.

Le respect dû à la dignité du travailleur est inspiré de l'article 26 de la Charte sociale européenne révisée qui invite à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention tant en matière de harcèlement sexuel que de harcèlement moral. Les Conclusions du Comité européen des droits sociaux se révéleront, à cet égard, de précieux guides d'interprétation pour la définition des concepts et pour les aménagements procéduraux dont peuvent bénéficier les victimes de tels harcèlements. Même si le présidium ne s'y réfère pas explicitement, la qualification du harcèlement comme discrimination au sens de la Directive 2002/78/CE ouvre un nouveau volet communautaire de protection contre ces comportements.

Enfin, le droit à une limitation du temps de travail, à des périodes de repos journalier et hebdomadaire ainsi qu'à une période annuelle de congés payés se fonde, quant à lui, sur la Directive 93/104/CE

[1099] Directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 2000 modifiant la Directive 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive, *J.O.C.E.* L 195 du 01.08.2000.

[1100] Voy. cependant, au titre des réalisations communautaires sur cette question : le paragraphe 5 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 et l'Avis de la Commission sur une rémunération équitable du 1er septembre 1993 (COM (93) 388 final).

concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ainsi que sur l'article 2 de la Charte sociale européenne révisée et sur le point 8 de la Charte communautaire des droits des travailleurs. L'objectif de cette garantie est également de protéger la santé et la sécurité des travailleurs. Elle se traduit par l'adoption de prescriptions minimales en termes d'heures de travail. Le travail de nuit fait l'objet d'une attention particulière et est assorti de garanties spécifiques telles l'évaluation de l'état de santé des travailleurs de nuit et l'octroi d'un niveau de protection de leurs droits – en matière de sécurité et de promotion professionnelle notamment – qui doit être équivalent aux travailleurs de jour.

Si l'introduction du droit à des conditions justes et équitables de travail à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux est certes remarquable, il serait inexact de réduire les droits fondamentaux susceptibles de trouver application dans la relation de travail à cette seule disposition. Le droit à la non – discrimination (article 20), le droit à la protection de la vie privée (article 7), le droit à la protection des données à caractère personnel (article 8) ou encore le droit à la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle (article 33) sont, parmi d'autres, autant de droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui s'expriment également dan le cadre des relations de travail.

Article 32. Prohibition of child labour and protection of young people at work

The employment of children is prohibited. The minimum age of admission to employment may not be lower than the minimum school-leaving age, without prejudice to such rules as may be more favourable to young people and except for limited derogations.

Young people admitted to work must have working conditions appropriate to their age and be protected against economic exploitation and any work likely to harm their safety, health or physical, mental, moral or social development or to interfere with their education.

I. The prohibition of child labour and the protection of young people at work in international law

The first international body protecting children at work was the International Labour Organisation (ILO), which adopted minimum age conventions for determinate areas[1101], and conventions concerning protection standards at work.[1102]. However, two of the ILO conventions may be considered to be particularly important cornerstones in the field of child labour standards, namely ILO Convention 138[1103] which provides a general minimum age regime valid for all areas of work, and ILO Convention 182[1104] concerning the prohibition of the worst forms of child labour.[1105]

Also, relevant provisions can be found within the UN treaty regime. Whereas Article 24 of the International Covenant on Civil and Political Rights states generally that every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State, Article 10 (3) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights specifically deals with the issue of child labour. Accordingly, 'special measures of protection and assistance should be taken on behalf of all children and young persons without any discrimination for reasons of parentage or other conditions. Children and young persons should be protected from economic and social exploitation. Their employment in work harmful to their morals or health or dangerous to life or likely to hamper their normal development should be punishable by law. States should also set age limits below which the paid employment of child labour should be prohibited and punishable by law.'

All forms of exploitation of children were targeted first in the two major declarations on the rights of the child, namely the 1924 Declaration and the 1959 Declaration on the rights of the Child.[1106] Also,

[1101] ILO Minimum Age (Sea) Convention (Revised) No.58, 24 October 1936; ILO Minimum Age (Industry) Convention (Revised) No. 59, 22. June 1937; ILO Minimum Age (Non Industrial Employment) Convention (Revised) No. 60, 22 June 1937; ILO Minimum Age (Fishermen) Convention No. 113, 19 June 1959, ILO Minimum Age (Underground Work) Convention No. 123, 22 June 1965.

[1102] For example ILO Night Work of Young Persons (Non industrial occupations) No. 79, 9 October, 1946; ILO Night Work of Young Persons (Industry) Convention No. 6, 28 November 1919; ILO Medical Examination of Young Persons Convention (Sea) No. 16, 11 November 1921; ILO Medical Examination of Young Persons (Industry) Convention No. 77, 19. September, 1946; ILO Medical Examination of Young Persons (Underground Work) Convention No. 124, 23 June 1965.

[1103] ILO Convention No. 138 of 26 June 1973 concerning the Minimum Age for Admission to Employment.

[1104] ILO Convention No. 182 of 17 June 1999 concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour.

[1105] The European Commission has issued a Recommendation to EU Member States to ratify ILO Convention 182: Recommendation 2000/581/EC from the Commission of 15 September 2000 on the ratification of International Labour Organisation (ILO) Convention No. 182 of 17 June 1999 concerning the prohibition and immediate action for the elimination of the worst forms of child labour, OJ L 243 of 28.09.2000.

[1106] Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924, adopted on 26 September 1924, League of Nations O.J. Spec. Supp. 21, at 43 (1924), principle IV: *'The child must be…protected against every form of exploitation'* The Declaration of the

attention should be paid to Article 32 of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), according to which States Parties recognize the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development. Furthermore, the CRC covers also the protection against all other forms of exploitation (Article 36 CRC), particularly the exploitation of children in use of drugs (Article 33 CRC), sexual exploitation (Article 34 CRC, and also the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children), child trafficking (Article 35 CRC), as well as the recruitment of children in armed forces (Article 38 CRC, and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict).

While in the public opinion child labour seems to be perceived as a problem concerning solely the developing world, evidence shows that child labour is a reality in Member States of the European Union.[1107] At the European level, the issue of employment of children has been treated extensively in Article 7 of the European Social Charter 1961 of the Council of Europe (ESC) and the Revised European Social Charter 1996 (Revised ESC); within the European Union, primary European Union law does not explicitly mention the issue of child labour and conditions of work of young persons. However, it finds its base in the Articles concerning social policy (now Articles 136-145 EC-Treaty), especially Article 137 EC Treaty regarding the protection of health and safety of workers in the working environment.

In its recommendation of 31 January 1967, concerning the protection of young people at work,[1108] adopted on the basis of former Articles 117 and 118 EC Treaty (Social Provisions), the European Commission considered that it was necessary to adopt protective measures applicable in all Member States and concerning all young people working in whichever industry and whatever the nature of the work contract.

For the purpose of interpreting Article 32 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (in the following referred to as Charter of Fundamental Rights), the primary reference documents are Article 7 ESC, the Directive 94/33/EC adopted by the European Council on 22 June 1994 on the basis of the then Article 118a EC Treaty[1109] and Paragraphs 20-23 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers adopted by the Heads of State and of Government on 9 December 1989 (in the following referred to as Community Charter). According to the explanations of the Presidium of the Convention, these were the main sources of inspiration for Article 32 Charter of Fundamental Rights.[1110]

To the extent that child labour constitutes forced labour, slavery or servitude, regard has to be paid also to Article 4 European Convention on Human Rights.[1111]

Rights of the Child, G.A. res. 1386 (XIV), 14 UN GAOR Supp. (No. 16) at 19, UN Doc. A/4354 (1959) is more specific regarding the protection against child labour, its principle 9 states that: 'the child shall be protected against all forms of neglect, cruelty and exploitation. He shall not be the subject of traffic, in any form. The Child shall not be admitted to employment before an appropriate minim age, he shall in no case be caused or permitted to engage in any occupation or employment which would prejudice his health or education, or interfere with his physical, mental or moral development.'

[1107] UNICEF, Child Labour Today (February 2005), 32. Many of the children concerned are trafficked into the European Union for the purpose of economic and sexual exploitation. 'They include children from Albania begging in Greece, children brought from Romania to France, Italy and elsewhere to take part in criminal activities, Eastern European teenage girls forced into prostitution, and children imported especially from West Africa to work as live-in domestic workers in France, the UK and elsewhere.'

[1108] Recommendation 67/125/EEC from the Commisison of 31 January 1967 to the Member States on the protection of young workers, OJ L 25 of 13.02.1967.

[1109] Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, OJ L 216 of 20.08.1994.

[1110] CHARTE 4473/00, 30: *'This Article is based on Directive 94/33/EC on the protection of young people at work, Article 7 of the European Social Charter and Paragraphs 20 to 23 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers.'*

[1111] In the course of the drafting of Article 32, there was a proposal to add the prohibition of child labour in the provision on slavery and forced labour; see *Bernsdorf/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle (2002), 217.

While the standards of Article 7 ESC have been widely elaborated in conclusions of the European Committee on Social Rights, the European Court of Justice (ECJ) so far has not issued any case law developing the substance of the provisions of the Directive.[1112]

II. Application *ratione personae* of Article 32 of the charter

1. Definition of a 'child' for the purpose of the prohibition of employment of children

According to Article 1 of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), a child is, as a matter of principle, a person under the age of 18.[1113] However, for the purpose of the prohibition of employment of children, the definition of the term 'child' has to be construed in a different way.

1.1. The requirement of a 'minimum age' for the purpose of prohibition of 'normal' employment

As work performed by children is not necessarily harmful, the prohibition of 'normal' employment of persons under 18 would have to be considered as excessive.[1114] Thus, when stating that 'the employment of children is prohibited', a duty is imposed on States to define a minimum age for the admission to employment.[1115]

While Article 32 of the Charter of Fundamental Rights does not mention any concrete minimum age[1116], and limits itself to the criterion of the minimum school-leaving age, account has to be taken of Article 3 (b) of the Council Directive 94/33/EC, according to which a '*a child shall mean any young person of less than 15 years of age or who is still subject to compulsory full-time schooling under national law.'* The Directive imposes the obligation on Member States to ensure that in principle, the minimum age of employment or working is not lower than the minimum age at which compulsory full-time schooling imposed by national law ends or 15 years in any event.[1117] The minimum age of 15 years is also prescribed by Article 7 (1) of the European Social Charter, as well as by the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers,[1118] and by ILO Convention 138[1119].

This obligation set in Article 32 (1) Charter of Fundamental Rights is to be construed as a minimum standard; it is applicable *'without prejudice to such rules as may be more favourable to young people.'*

[1112] For the time being, the available jurisprudence consists of two judgments concerning France and Luxembourg respectively, condemning these two States for not having implemented the Directive within the prescribed time. ECJ, Case C-45/99, *Commission of the European Communities v. French Republic* (2000) ECR II-585 (judgment of 18 May 2000); ECJ, Case C-47/99, *Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxemburg* (2000) ECR I-8999 (judgment of 16 December 1999).

[1113] Article 24 of the Charter, whose source of inspiration is to be found in the CRC, follows the same concept.

[1114] The text of Article 32 (1) CRC suggests that not all forms of work were considered to be harmful to the child's development. Also, the Recommendation 1336 (1997) on combating child labour exploitation as a matter of priority, adopted by the Council of Europe Parliamentary Assembly on 26 June 1997 admit that 'types of child work occupy a spectrum which runs from activities wholly beneficial to a child's health and development at one extreme, to gross exploitation at the other.'

[1115] Whereas Article 32 (2) CRC limits itself to require the provision for a minimum age without further specification, most of the international law instruments provide for a minimum age of 15 years.

[1116] The inclusion of the age limit of 15 years was at first intended but finally omitted.

[1117] Article 1 (1) Council Directive 94/33/EC. Also, Recommendation 67/125/EEC calls for the age of admission to employment to be fixed at the age of fifteen.

[1118] Paragraph 20 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, 9 December 1989: 'Without prejudice to such rules as may be more favourable to young people, in particular those ensuring their preparation for work through vocational training, and subject to derogations limited to certain light work, the minimum employment age must not be lower than the minimum school-leaving age and, in any case, not lower than 15 years.'

[1119] Article 2 ILO Convention 138 (1): 'Each member which ratifies this Convention shall specify, in a declaration appended to its ratification, a minimum age for admission to employment or work within its territory and on means of transport registered in its territory'…(3): 'The minimum age specified in pursuance of paragraph 1 of this Article shall not be less than the age of completion of compulsory schooling and, *in any case, shall not be less than 15 years.'* Article 2 (4) though provides for an 'escape clause' for developing countries allowing them to set the minimum age at 14 under specific circumstances.

1.2. Applicability of the threshold of 18 years for harmful and exploitative work

As a whole, Article 32 of the Charter of Fundamental Rights applies to persons under the age of 18 under two major aspects, namely first, concerning the protective standards at work and secondly, for the prohibition of exploitation of work of 'young people'. This is also reflected by the provision of the Revised European Social Charter 1996 (Revised ESC) which requires a minimum age of 18 for dangerous work[1120], the ILO Convention 138 which applied 18 as a higher minimum age for dangerous work[1121], and the ILO Convention 182 on the worst forms of child labour which is applicable as a whole to persons under the age of 18.[1122]

2. The concept of 'young people'

'Young people' in the terminology of Article 32 European Charter of Fundamental Rights is based on the terminology used by the Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work. Accordingly, 'young person' shall mean any *person* under 18 years of age having an employment contract or an employment relationship defined by the law in force in a Member State and/or governed by the law in force in a Member State.[1123] The Directive also defines the adolescent as *'any young person of at least 15 years of age but less than 18 years of age who is no longer subject to compulsory full-time schooling under national law.'*[1124]

It is important to recall that 'children' as well as young people in the terminology of Article 32 Charter of Fundamental Rights are to be considered 'children' according to Article 1 CRC. They are beneficiaries of the all applicable rights conferred by the CRC, particularly of the right to education (Article 28 CRC), the right to rest and leisure (Article 31 CRC) and the right to be protected against all forms of exploitation (Articles 32-36 CRC). Likewise, Article 32 of the Charter of Fundamental Rights must be construed in the light of the umbrella clauses of the CRC, namely the best interest principle (Article 3 CRC), the right to be heard (Article 12 CRC),[1125] the right to non discrimination (Article 2 CRC).

III. Application 'ratione materiae'

1. 'Child labour' / 'child work' / 'employment of children'

[1120] Article 7 (2) Revised ESC; the corresponding provision in the ESC provides for a higher minimum age without further specification.

[1121] ILO Convention 138 Article 3: '

> (1) The minimum age for admission to any type of employment or work which by its nature or the circumstances in which it is carried out is likely to jeopardise the health, safety or morals of young persons shall not be less than 18 years.
>
> (2) The types of employment or work to which paragraph 1 of this Article applies shall be determined by national laws or regulations or by the laws or regulations or the competent authority may after consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist.
>
> (3) Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this Article, national laws or regulations or the competent authority may, after consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist, authorise employment or work as from the age of 16 years on condition that the health, safety and morals of the young persons concerned are fully protected and that the young persons have received adequate specific instruction or vocational training in the relevant branch of activity.'

[1122] Article 2 ILO Convention 182. The concept of the worst forms of child labour is discussed further below.

[1123] Article 3 (a) and Article 2 (1) Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *OJ* L 216, 20.08.1994.

[1124] Article 3 (c)) Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *OJ* L 216 , 20.08.1994.

[1125] See the Commentary on Article 24 of the Charter.

Whereas in the English version of the Charter,[1126] the title of Article 32 suggests that the subject matter of this provision is the prohibition of child labour, the first sentence of Article 32 (1) states that the 'employment of children' is prohibited. The corresponding provision of Council Directive 94/33/EC, Article 4 (1), states that Member States shall adopt the measures necessary to '*prohibit work by children'*.

The term 'child labour' is ambiguous. On the one hand, child labour is assimilated to exploitation and is construed as any form of work carried out by children under the age of 18 that is hazardous or interferes with the child's health, or physical, mental, spiritual, moral or social development. On the other, it is also used as a synonym for any work – not necessarily of an exploitative nature - performed by persons under the age of 15. Whereas the whole of Article 32 of the Charter of Fundamental Rights clearly prohibits child labour in the first sense,[1127] the prohibition of 'employment of children' simply refers to work performed by persons not having terminated their compulsory education.

Also, 'employment' should be construed extensively: In Europe, most of the cases of working children concern children in the agricultural sector[1128] and in informal work contracts, including in domestic work or family businesses, or in the street, whether paid or unpaid. It would make the provision devoid of sense by limiting the term 'employment' to formal work contracts. Also in the light of the jurisprudence of the European Social Committee regarding Article 7 (1) of the ESC, Article 32 first sentence must be interpreted to cover *'all economic sectors and all types of enterprises, including family businesses, as well as all forms of work, whether paid or not.'*[1129]

2. Exceptions to the prohibition of work by children

The prohibition of child labour in the Charter of Fundamental Rights is in conformity with the general trend in international law, aiming at its abolition. This trend is to a great extend legitimate, as child labour has shown to be exploitative in many cases and it heightens the risk of breaches of other human rights.

2.1. Conflict of rights

However, note has to be taken of the inherent conflict between the right of the child to be protected from child labour, and the freedom to choose an occupation and the right to engage in work, and to have equal access to employment. The prohibition of the employment of children therefore constitutes a potential interference with the right to work (Article 15 of the Charter of Fundamental Rights). Work performed by children can be beneficial insofar as it offers valuable job experience and training as well as the development of relevant skills, and therefore may be a condition for a better start on the

[1126] The use of the terms 'labour', 'work' and 'employment' instead of the uniform use of the term 'work' is a peculiarity of the English version.

[1127] Article 32 (2) of the Charter states that young people must be protected against economic exploitation and any work likely to harm their safety, health or physical, mental moral or social development or to interfere with their education. This provision is almost identical to Article 32 (1) of the CRC.

[1128] Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the twenty-eighth and twenty-ninth session: (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002): Poland, (E/2003/22), 364: The Committee expresses its concern that the relatively high incidence of child labour in rural areas, as acknowledged by the State party's delegation, has a negative impact on children's health and right to education....The Committee...recommends the adoption of legislation in order to regulate child labour in rural areas in such a way that the right to health and right to education of working children are fully protected.

[1129] ECSR, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal* (coll. compl. No. 1/1998) dec. (merits) of 9 September 1999, para 27. See also Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: France*, 25 April 1994 (CRC/C/15/Add.20) para 27: In the light of the best interests of the child and other provisions of the Convention on the Rights of the Child, as well as those of ILO Convention No. 138 to which France is a party, the Committee believes that the employment of children who have not yet completed their compulsory schooling, as admitted by the legislation in the case of domestic servants and family enterprises, including in the area of agriculture, deserves reconsideration by the State party…
As far as Council Directive 94/33/EC is concerned, Article 2 (2) allows Member States to exclude from the application of the Directive domestic service in a private household or work regarded as not being harmful, damaging or dangerous to young people in a family undertaking, however only if those work relationships are occasional or short term.) (Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *OJ* L 216, 20.08.1994).

labour market. This dilemma is reflected in the policy of the European Union which is on the one hand taking a protective attitude concerning work of young people, and on the other hand, is aiming at reducing youth unemployment. Action against youth employment is a key feature of European employment strategy[1130]. In the same vein, Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation[1131] proposes a balanced approach to this conflict of rights: While in general terms the Directive considers age to be a ground of discrimination, Article 6 of the Directive states that differences of treatment on the grounds of age may be justified for reasons of vocational integration or protection of young workers.[1132] Thus, especially measures implementing Council Directive 94/33/EC may be such a licit exception according to Article 6. As a consequence, a balance has to be found between the need of protection from exploitation and the need to provide adequate preparation for being competitive at the labour market. This calls for measures ensuring the right to education, including vocational training, and the access to employment. The approach of considering protection at the workplace and allowance for emancipation measures as complementary and intertwined, such as implied in Paragraph 22 of the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers[1133] is therefore to be welcomed.

2.2. The scope of 'limited derogations'

Regard has to be paid to Article 7 (1) ESC, providing that children under the age of 15 years may be employed 'in prescribed light work without harm to their health, morals or education'.[1134]

a. 'light work'

The European Committee on Social Rights has determined how the term 'light work' should be construed. Accordingly, the Committee has declared that agricultural and domestic work cannot automatically considered to be light work within the meaning of Article 7 (1) ESC. Light work 'does not entail any risk to the health, moral welfare, development or education of children.'[1135] The Committee specified further that light work is 'work which is unsuitable because of the physical effort involved, working conditions (noise, heat, etc) or possible psychological repercussions may have harmful consequences not only on the child's health and development, but also on its ability to obtain maximum advantage from schooling and more generally its potential for satisfactory integration in society.'[1136]

[1130] See for instance Resolution of the Council and of the representatives of the governments of the Member States, meeting within the Council, of 14 December 2000 on the social inclusion of young people, *OJ* C 374 of 28.12.2000. An aim of this resolution is to include young people in all aspects of society, in the field of employment, Member States are urged to promote measures to prevent young people being unemployed and develop new training opportunities for young people excluded from education and training systems, to foster access and return to work for those young people having the greatest difficulty in entering the world of work.

[1131] Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *OJ* L 303 of 02.12.2000.

[1132] Article 6 Directive 2000/78/EC: Justifications of differences of treatment on grounds of age.

'Member States may provide that differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

Such differences of treatment may include, among others

(a) the setting of special conditions on access to employment and vocational training, employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions, for young people, older workers…in order to promote their vocational integration or ensure their protection.

(b) the fixing of a minimum conditions of age, professional experience or seniority in service for access to employment or to certain advantages linked to employment.'

[1133] Paragraph 22 Community Charter: *Appropriate measures must be taken to adjust labour regulations applicable to young workers so that their specific development and vocational training and access to employment needs are met.*

[1134] Also, Paragraph 20 Community Charter provides for an exception concerning 'certain light work'.

[1135] ECSR, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal* (coll. compl. no. 1/1998) dec. (merits) of 9 September 1999, para. 29.

[1136] ECSR, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal* (coll. compl. no. 1/1998) dec. (merits) of 9 September 1999, para. 30.

Accordingly, the Committee requires that States, under the supervision of the Committee, define the types of work which may be considered light, or at the very least to draw up a list of those which are not. One criteria precluding the light nature of a work is its duration: 'Even though it has not set a general limit on the duration of permitted light work, the Committee has considered that a situation in which a child under the age of fifteen years works for between twenty and twenty five hours per week during school term or three hours per school day and six to eight hours on week day when there is no school is contrary to the Charter.'[1137]

b. Further exceptions provided by Council Directive 94/33/EC

Similarly, according to Directive 94/33/EC, Member States may provide exceptions for the prohibition of child work in the case of children pursuing cultural, artistic, sports or advertising activities, children of at least 14 years working under a combined work/training scheme or for children of at least 14 years of age performing light work.[1138]

3. The best interest principle as a tool of interpretation

According to Article 24 Charter of Fundamental Rights (inspired by Article 3 CRC), the best interest of the child shall be a primary consideration in all actions relating to children. The best interest principle should be used as a tool to decide when work should be prohibited and when it should be allowed. It has to be taken into consideration in construing the exceptions to the prohibition of child labour.[1139] Thus, for example, the employment of children in the arts, in advertisement or in cultural events (Directive 94/33/EC) should be conditioned by the best interest principle of the child.

IV. Protection of young people at work

1. Working conditions appropriate to their age

Article 32 (2) Charter of Fundamental Rights can be regarded as a *lex specialis* to general clauses concerning the working conditions (Articles 27-34 Charter of Fundamental Rights), and as a concretization of Article 24 of the Charter (rights of the child). They must be implemented taking into account the principle of non discrimination between men and women (Article 23)[1140]. They are also complementing Article 14 of the Charter, thus ensuring that work of young people does not hamper their education and that vocational training is considered an inherent part of youth workers rights.

The requirements regarding working conditions were initially intended to be explicitly enumerated in the text of the Charter. Guidance as to their scope can be found in the detailed provisons of Directive 94/33/EC, as well as in Article 7 ESC and the relevant jurisprudence of the European Social Committee. Accordingly, '*working conditions appropriate to their age'* consist in the following:

[1137] ECSR, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal* (coll. compl. no. 1/1998) dec. (merits) of 9 September 1999, para. 31.

[1138] Article 4 and 5 Directive 94/33/EC. Article 3 (d) of the Directive defines 'light work' in the following terms: all work which, on account of the inherent nature of the tasks which it involves and the particular conditions under which they are performed: is not likely to be harmful to the safety, health or development of children and is not such as to be harmful to their attendance at school, their participation in vocational guidance or training programmes approved by the competent authority or their capacity to benefit form the instruction received.

[1139] Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: France*, 25 April 1994 (CRC/C/15/Add.20) at para. 27: (The Committee) also encourages the State party to review the access by children to activities in the fashion industry in order to ensure that this only takes place on the basis of a case-by-case approach and in the light of the best interests of the child.

[1140] See in particular the provisions of the Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, *OJ* L 269 of 05.10.2002. Especially Article 2 (5) provides that Member State shall encourage to take measures to prevent all forms of discrimination on grounds of sex, in particular harassment and sexual harassment at the workplace. Article 3 applies equal treatment in relation to conditions for access to employment and self employment, as well as to access to all levels of vocational guidance, training and practical work experience, and to employment and working conditions.

1.1. Limitation of working hours, rest and annual vacations

The particular needs of young workers concerning vocational training, further education, but also rest and leisure, require the limitation of working time. This is already recognized by the ESC[1141] and by Paragraph 22 of the Community Charter, stating that the duration of work must be limited, without it being possible to circumvent this limitation to overtime. According to the European Social Committee, any law which allows under-sixteen year olds to work as many as eight hours a day or forty hours a week is contrary to this provision[1142]. For young workers over the age of sixteen years an upper limit of eight hours daily and 40 hours weekly is in conformity with Article 7 (4) ESC.

Article 7 (7) ESC provides for a minimum of three weeks annual holidays with pay for persons under 18 years old, the Revised ESC has extended this mandatory annual holiday periods to a minimum of four weeks, and Directive 94/33/EC provides for detailed safeguards concerning working hours (Article 8), rest period (Article 10), annual rest (Article 11), and breaks (Article 12).

1.2. Safeguarding the full benefit of compulsory education[1143]

The European Social Committee has found that in principle, children should not be permitted to do any kind of work before going to school in the morning.[1144] Furthermore, leisure and free time during vacations are not only a right and a value per se[1145], but also a condition of being able to safeguard the full benefit of compulsory education. Thus, young people should have enough time of rest and holidays. Accordingly, the mandatory rest period during long school holidays should be equal to half the holiday period.[1146]

Also, allowing children to work up to 3 hours per day has been considered excessive, whereas 2 hours of work per day and 17 hours per week during school term is admissible. In comparison, Article 8 (1) (b) of Directive 94/33/EC states that Member States which allow the work of children in a combined work/training scheme or performing light work other than cultural, sports, artistic or advertising activities shall adopt the measures to limit the working time of children to two hours on a school day and 12 hours a week for work performed in term-time outside the hours fixed for school attendance. According to Article 8 (1) (c) Directive 94/33/EC, the working time of children shall be limited to 'seven hours a day and 35 hours a week for work performed during a period of at least a week when school is not operating; these limits may be raised to eight hours a week in the case of children who have reached the age of 15.'

[1141] Article 7 (4) ESC: (the Contracting parties undertake) *to provide that the working hours of persons under 16 years of age shall be limited in accordance with the needs of their development, and particularly with their need for vocational training.*; Article 7 (4) Revised ESC provides for the limitation of working hours for persons under 18 years.

[1142] ECSR, *Conclusions* XI-I (Netherlands), p 95; *Conclusions* XIII-3 (Finland), p 294.

[1143] Article 7 (3) ESC and Article 7 (3) Revised ESC: (The Contracting Parties undertake) to provide that persons who are still subject to compulsory education shall not be employed in such work as would deprive them of the full benefit of their education.

[1144] ECSR, *Conclusions* XVII-2 (Finland): Nevertheless, where national law does allow this, adequate safeguards must be in place to allow the competent authorities to protect children from work which could deprive them of the benefit of their education In its *Conclusions* XII-1 (Netherlands), p 135, the Committee considers that allowing schoolchildren to deliver newspapers from 6 a.m. onwards before school is not in conformity with the ESC.

[1145] The right of the child (ie a person under 18) to rest and leisure is provided for in Article 31 (1) of CRC: States Parties recognize the right of the child to rest and leisure, to engage in play and recreational activities appropriate to the age of the child and to participate freely in cultural life and the arts.

[1146] ESCR, *Conclusions* XVII 2 (Germany): The Committee recalls that pupils in compulsory full-time education in Germany are permitted to work a maximum of four weeks during the holidays and the summer holidays in Germany last for approx. 6 weeks. The Committee refers to its case law stipulating that the mandatory rest period must allow children to rest after a one-year school term in order to benefit fully from the new school year following the holiday period. For this reason the mandatory rest period must be granted during the long school holidays, ie the summer holidays. The mandatory rest period for young persons over the age of 15 and still subject to compulsory education in Germany does not cover half of the long summer school holiday. Therefore the Committee concluded that Germany was not in conformity with Article 7 (3) ESC.

1.3. Vocational training

The 'specific development and vocational training needs' are of concern to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers.[1147] Accordingly, its Paragraph 23 provides 'that following the end of compulsory education, young people must be entitled to receive initial vocational training of a sufficient duration to enable them to adapt to the requirements of their future working life for young workers, such training should take place during working hours.' Article 7 (6) ESC and Article 7 (6) of the Revised ESC, as well as Article 8 (3) Directive 94/33/EC[1148] provide that the time spent by young persons in vocational training during normal working hours shall be treated as forming part of the working day.

1.4. Prohibition of night work

Another protective feature is the prohibition of night work.[1149] The almost identical provisions of Paragraph 22 Community Charter and of Article 7 (8) ESC and Article 7 (8) Revised ESC state that night work should be prohibited in the case of workers of under 18 years of age, save in the case of certain jobs laid down in national legislation or regulations. According to the European Social Committee, laws and regulations must cover all sectors of the economy[1150] and be applicable to both men and women.[1151]

Article 9 of the Directive 94/33/EC specifies that for children, the term '*night work'* shall apply to work performed between 8 p.m. and 6 a.m. and for adolescents, to work performed between 10 p.m. and 6 a.m. or between 11 p.m. and 7 a.m.[1152] However, the Directive also provides for detailed exception clauses to the prohibition of night work.[1153] These exceptions (complemented by protective safeguards) are justified insofar as they comply with the inherent nature of activities in specific branches (such as the explicitly listed cases of the shipping or fishery sector, the armed forces or the police, hospitals or similar establishments, and cultural, artistic sports or advertising activities). Insofar, they are necessary in order to comply with the need of non discriminative access to employment by young people.

1.5. Regular medical control for persons under 18

Article 7 (9) ESC and Article 7 (9) Revised ESC provide that 'persons under the age of 18 year of age employed in occupations prescribed by national laws or regulations shall be subject to regular medical control.'[1154]
The intervals between check ups must not be too long. In this regard, an interval of two years in the case of young seamen has been considered to be too long by the Committee.[1155]

2. Exceptions provided by Directive 94/33/EC

The Directive provides for some 'escape clauses' by authorizing Member States to derogate from specific provisions; in this case member states are required to determine the conditions, limits and

[1147] Article 22 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers.
[1148] The time spent on training by a young person working under a theoretical and/or practical combined work/training scheme or an in-plant work experience scheme shall be counted as working time.
[1149] See also ILO Night Work of Young Persons (Non Industrial Occupations) Convention, 1946 (No. 79) and Night Work of Young Persons (Industry) Convention (Revised), 1948, (No. 90).
[1150] ECSR, *Conclusions* XIII-2 (Cyprus), p 96 and *Conclusion*s XIII-3 (Turkey), p 305.
[1151] ESCR, *Conclusions* XII-2 (Malta), p 130.
[1152] Article 10 (1) (a) and (b) Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *OJ* L 216 , 20.08.1994.
[1153] Article 10 (2) and (3) Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *OJ* L 216 , 20.08.1994.
[1154] See also ILO Medical Examination of Young Persons (Industry) Convention, 1946 (No.77) and ILO Medical Examination of Young Persons (Non Industrial Occupations) Convention, 1946 (No. 78).
[1155] ECSR, *Conclusions* X-1 (Sweden), p 89.

procedures by legislative or regulatory provisions. For instance, exceptions are authorized from the eight hours a day/40 hours a week for children under the training/working scheme and for adolescents[1156]; Article 4 (2) and Article 5 provide for the possibility of exceptions from the prohibition of work performed by children. Article 7 (3) provides for the possibility to authorise derogations from the prohibition of the employment of adolescents under the safety-conditions specified in Article 7 (2) of the Directive; Article 9 provides for possibilities to limit the prohibition of night work of adolescents for specific branches and under restrictive conditions, Article 10 allows derogations from the provision concerning rest time for adolescents. Also, Article 13 provides that in the event of force majeure, some of the safeguards protecting adolescents (but not children) may be derogated, provided that 'such work is of a temporary nature and must be performed immediately, that adult workers are not available and that the adolescents are allowed equivalent compensatory rest time within the following three weeks.'

These derogations are always subject to 'legislatory or regulatory provision' and conditioned either by conditions determined by the Directive itself (such as the authorization of the work of children in cultural or similar activities in Article 5, or the mentioning of specific economic branches for which night work may be authorized in Article 9 (2) (b) or for which the provisions concerning rest time for adolescent may be derogated), or via the provision of exceptions by the Member State or finally, 'where there are objective grounds for doing so.'[1157]

3. Protection against economic exploitation

The term 'economic exploitation' is not defined; as for Article 32 CRC, it is submitted that it should not automatically be used as a synonym of child work; child work is not necessarily exploitative per se. However, the following features of exploitative work can be distinguished: no financial remuneration or significantly less than for adults; work at a too low age, too many hours of work, too little rest, working conditions detrimental to the well being of the child, deprivation of education, vocational training and self progress for the future.

The requirements regarding rest and working conditions have been discussed above, considering the corresponding clauses of the ESC. Concerning the requirement of fair wages and other appropriate allowances, regard should be paid to Article 7 (5) ESC[1158]. By assessing whether State Parties are complying with this provision, the Social Committee compares young workers´ remuneration with the starting wage or the minimum wage paid to adults. Wages that are 30% lower than the adult worker's starting or minimum wage are acceptable in the case of young workers aged 15-16, and 20% difference is acceptable in the case of young workers aged 16-18. Apprentices must be granted an allowance which must be equal at least to one third of the adult minimum or starting wage at the beginning of the apprenticeship and at least two third at the end. However, the Committee has insisted that '*the apprenticeship system must not be deflected from its purpose and be used to underpay young workers'.*[1159]

The adult reference wage must in all cases be sufficient to comply with Article 4 (1) ESC. If the reference wage is too low even a young workers' wage which respects these percentage differentials is not considered fair.

Finally, slavery and forced labour constitute the worst form of economic exploitation. As far as persons under 18 are concerned, Article 32 of the Charter overlaps with Article 4 ECHR and Article 5 of the Charter of Fundamental Rights[1160].

[1156] Article 8 (5) Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *OJ* L 216 , 20.08.1994.
[1157] eg Article 8 (5), Article 9 (2) (b) Directive 94/33/EC.
[1158] Article 7 (5) ESC: (The Contracting Parties undertake) *to recognize the right of young workers and apprentices to a fair wage or other appropriate allowances.*
[1159] ECSR, *Conclusions* XVII-2 (Belgium), p 5.
[1160] See the discussion of relevant case law further below.

4. Protection against any work likely to harm their safety, health or physical, mental, moral or social development or to interfere with their education

Article 32 Charter of Fundamental Rights protects young people against any work likely to harm their safety, health or physical, mental, moral or social development or to interfere with their education. The provision is exclusively concerned with harms originating from 'work'. Its scope is therefore narrower than Article 7 (10) ESC, which covers dangers not only within, but also outside the working environment.[1161] However, some of the dangers envisaged by the Committee while commenting on Article 7 (10) ESC are work related and therefore relevant to the interpretation of Article 32 of the Charter. Apart from dangers emanating from the circumstances such as those provided for by Article 7 Directive 94/33/EC[1162] protection must be afforded against all forms of sexual exploitation and trafficking,[1163] and also in the case of children working on the street, inclusive those who are begging.[1164]

In this respect, attention should be paid to applicable international instruments, most importantly to ILO Convention 182, to the relevant provisions of the CRC and to its optional Protocols. According to the ILO Convention 182,[1165] the worst forms of child labour include all forms of slavery, servitude and forced labour, including forced recruitment for use in armed conflict[1166]; commercial sexual exploitation[1167] and other illicit activities (eg drug trafficking)[1168]. These are unconditional forms and have to be abolished as such. The worst forms of child labour also include hazardous work that jeopardises the lives, health or morals of those involved.

Article 7 of Directive 94/33/EC provides in a detailed manner for the measures to be taken by Member States in order to ensure that young people are protected from any specific risks to their safety, health and development; and Article 6 enumerates the measures that employers have to adopt in order to

---

[1161] Article 7 (10) ESC: (the Contracting Parties undertake) 'to ensure special protection against physical and moral dangers to which children and young persons are exposed, and particularly against those resulting directly or indirectly from their work'. This covers in particular, the protection of children against all forms of exploitation and against the misuse of information technologies. This Article covers also the trafficking of human beings. ECSR, Conclusions XVII-2 (Belgium): 'In light of the fact that the new information technologies have contributed to the increase in certain forms of sexual exploitation of children and created new forms, states parties should adopt measures in law or practice to protect children from their misuse'.

[1162] For example, work involving harmful exposure to toxic agents, to radiation or work involving the risk of accidents or in which there is a risk to health from extreme cold or heat, or from noise or vibration.

[1163] ECSR, *Conclusions* XVII- 2 (Germany*):* 'Article 7 (10) requires states parties to have an effective policy against the sexual exploitation of children which should cover the three following primary and interrelated forms: child prostitution, child pornography and the trafficking of children. States parties should adopt legislation which criminalizes all acts of sexual exploitation and should adopt a national plan of action combating the three above mentioned forms of exploitation.

[1164] ECSR, Conclusions (Germany): States parties should under 7 (10) prohibit the use of children in other forms of exploitation such as servitude, being used as beggars or pickpockets or trafficking for the purpose of organ removal. States parties must also take measures to protect and assist street children'.

[1165] Article 3 ILO Convention 182:

For the purpose of this Convention, the term the worst forms of child labour comprises

(a) all forms of slavery or practices similar to slavery, such as the sale and trafficking of children, debt bondage and serfdom and forced or compulsory labour, including forced or compulsory recruitment of children for use in armed conflict

(b)the use, procuring or offering of a child for prostitution, for the production of pornography or for pornographic performances

(c) the use, procuring or offering of a child for illicit activities, in particular for the production and trafficking of drugs as defined in the relevant international treaties

(d) work which, by its nature or the circumstances in which it is carried out, is likely to harm the health, safety or morals of children.

[1166] See Article 38 CRC, providing for a minimum age of 15 years for the recruitment in the armed forces; See also the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict which in particular rises the minimum age of compulsory recruitment at 18.

[1167] See Articles 34 and 35 CRC and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography. See also the Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography, *OJ* L 13/44 of 20.01.2004.

[1168] See Article 33 CRC.

protect the safety and health of young people. An Annex to the Directives enumerates non exhaustively physical, biological and chemical agents, processes and work from which young people must be protected.[1169]

Concerning slavery, servitude and forced labour, regard should also be paid to the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In the case of *Siliadin v. France*[1170], the applicant, Ms. Siliadin, a Togolese National arrived in France when she was fifteen and a half years old, together with Mrs D, who was supposed to regularize the girl's immigration status and to arrange for her education. Instead, her passport was confiscated and the girl became an unpaid servant to Mr and Mrs. D before Mrs. D 'lent' the applicant to another couple, Mr and Mrs B, where she became a 'maid of all work', with a work schedule from 7.30 a.m. until 10.30 p.m., without days of and without being paid, and having to sleep in the children's bedroom on a mattress on the floor and wearing old clothes. When the matter was finally known by the prosecuting authorities, criminal proceedings were brought against Mr and Mrs. B. The defendants were initially convicted to a 12 month imprisonment but were acquitted by the court of appeal.

The European Court of Human Rights considered that Article 4 ECHR was one of the rights giving rise to positive obligations, consisting in the adoption and effective implementation of criminal-law provisions making the practices set out in Article 4 a punishable offence.

Taking into account the circumstances of the case, especially the fact that the applicant was minor and had an illegal immigration status and was therefore totally depending on the defendants, the Court considered that Ms Siliadin had at least been subjected to forced labour within the meaning of Article 4 of the Convention. While the Court did not find that the treatment amounted to slavery, it considered that she had been a victim of servitude due to her being subjected to forced labour for almost 15 hours a day, and seven days a week. Additionally, being a minor, she was vulnerable and isolated, had no means of subsistence and was not sent to school.

V. Article 32 and external relations of the EU

Although for the time being, the competencies of the European Court of Justice concerning the second and third pillar are limited, the Charter of Fundamental Rights is in principle applicable to all the policies of the European Union.[1171] The issue of child labour and labour standards for young people is important in the field of external relations of the EU; especially trade arrangements may have to be seen in the light of the Charter of Fundamental Rights. A Resolution of the European Parliament on child labour in the production of sports equipment from 13 June 2002 *'condemns all forms of child exploitation and calls for the eradication of child labour, particularly in the football industry'* and *'calls on the European Union and its Member States to ensure that provision is made in agreements with these countries for the protection of children against violence, exploitation – in particular through child labour – and abuse.*'[1172] A further Resolution by the European Parliament focussing on the exploitation of children in developing countries[1173] calls for the integration of children´s rights, especially regarding the right not to be exploited by child labour, in the trade policy of the Union. Specifically, the European Parliament asks the European Commission to ensure that Article 50 (concerning trade and labour standards) of the Cotonou agreement be implemented.

[1169] Also, Article 15 of Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, *OJ* L 183 of 29.06.1989, 1, provides that particularly sensitive risk groups must be protected against the dangers which specifically affect them.
[1170] Eur. Ct. H.R (2nd sect.), *Siliadin v. France* (Appl. No. 73316/01) judgment of 26 July 2005.
[1171] *Borowsky* in Meyer, *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (2003), Artikel 51, 566.
[1172] Resolution of the European Parliament on child labour in the production of sports equipment from 13 June 2002, para. 1 and para. 3.
[1173] European Parliament Resolution on the exploitation of children in developing countries, with a special focus on child labour, 5 July 2005.

The abolition of child labour has been on the agenda of the European Union for a long time. In particular, the system of generalized tariff preference is a tool used to give incentives to third countries to apply labour standards set by the ILO and specifically to introduce measures aimed at abolishing child labour in the sector of activities concerned. Regulation 2501/2001 of 10 December 2001 applying a scheme of generalized tariff preferences for the period of 1 January 2002 to 31 December 2004[1174] simplifies the system of general preferences and strengthens the requirements regarding workers rights insofar as the ILO standards must be integrated into national legislation and as the advantages granted may be withdrawn in cases of serious and systematic violation of these standards.

VI. Conclusions

Article 32 is imposing positive obligations on the State Party. The 'obligation to protect' translates itself through obligations to take legislative and other appropriate measures to ensure that the provision is respected in practice. For instance, State parties should establish criminal and other sanctions in order to penalize the exploitation of child labour. Also, an effective system of supervision, mainly by the Labour Inspectorate should be provided for.[1175]

On the one hand, Article 32 clearly prohibits all kinds of exploitative, abusive or hazardous child work. In the light of international law standards in force, in particular ILO Convention 182 on the worst forms of child labour but also the ILO Minimum Age Convention No. 138 and the two Optional Protocols to the CRC, the protection of Article 32 extends to all persons under the age of 18 in this respect.

On the other hand, the threshold for the prohibition of 'normal' employment of children applies to persons who have not reached the minimum school-leaving age, or, as provided by Directive 94/33/EC and by other applicable instruments, the minimum age of 15 years. The main source of interpretation of the scope of the 'working conditions appropriate to their age' can be found mainly in the detailed provisions of the cited Directive and in the Conclusions and the jurisprudence of the European Social Committee concerning Article 7 ESC.

The option to provide for 'limited derogations' to the prohibition of the employment of children under 15 years concerns mainly the allowance of 'light work', i.e. work that does not entail any risk to the health, moral welfare, development or education of the children. Finally, while deciding under which circumstances work should be prohibited or allowed, regard must be paid in particular to the best interest principle in the sense of Article 3 CRC, restated in Article 24 of the Charter of Fundamental Rights, as well as to the principle of non discrimination.

[1174] Regulation 2501/2001 of 10 December 2001 applying a scheme of generalized tariff preferences for the period of 1 January 2002 to 31 December 2004 *OJ* L 345 of 31.12.2001.

[1175] ECSR, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal* (coll. compl. no. 1/1998) dec. (merits) of 9 September 1999, para. 32: *It considers that the Labour Inspectorate has a decisive role to play in effectively implementing Article 7 of the Charter.*

Article 33. Vie familiale et vie professionnelle

1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social.

2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

I. Introduction

Le champ matériel de l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est assez large et vise à la fois la protection de la famille en tant qu'institution juridique au sens large (premier paragraphe) et la protection de certains droits indispensables à la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle (deuxième paragraphe). L'article 33 de la Charte doit se lire à la lumière de l'article 23 de la Charte qui cherche à la fois à intégrer la 'dimension de genre' dans toutes les politiques et actions communautaires et à mettre en place des mesures spécifiques en faveur des femmes en vue d'éliminer les inégalités structurelles persistantes. Cette seconde acception couvre la protection contre les licenciements pour des motifs liés à la maternité, le droit à un congé de maternité payé et le droit à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

II. La protection de la famille.

La protection juridique de la famille, en tant que telle, est assurée par de nombreux instruments internationaux et européens. L'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) dispose que la famille est ' l'élément naturel et fondamental de la société ' et qu'à ce titre, elle a droit à la protection de la société et de l'État. L'article 10§1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) établit que les Etats parties reconnaissent ' une protection et une assistance aussi large que possible à la famille en tant qu'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge '. Ces deux dispositions se fondent par ailleurs sur l'article 16§4 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. La protection de la famille fait également l'objet des articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe (CEDH) qui protègent respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit de fonder une famille. Ces dispositions sont à la source des articles 7 et 9 de la Charte des droits fondamentaux. Enfin, les parties I.16 de la Charte sociale européenne et de la Charte sociale européenne révisée disposent que ' la famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit une protection sociale, juridique et économique appropriée pour assurer son plein développement '. Ces principes sont ensuite développés dans les articles 16 des deux instruments.

III. La conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle.

1. Introduction

La conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle constitue une des nombreuses applications du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes protégé, notamment, par l'article 23 de la Charte. L'article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes souligne la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans l'éducation des enfants. La Convention n°156 et la Recommandation nº 165 sur les travailleurs ayant des

responsabilités familiales de l'Organisation internationale du travail (OIT – 1981) proposent différentes mesures en vue d'assurer et d'encourager la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle. L'article 27 de la Charte sociale européenne révisée traite du 'droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement' et propose, notamment, ' que les Etats s'engagent à prendre des mesures appropriées pour permettre aux travailleurs ayant des responsabilités familiales d'entrer et de rester dans la vie active ou d'y retourner après une absence due à ces responsabilités, de tenir compte de leurs besoins en ce qui concerne les conditions d'emploi et la sécurité sociale ainsi que de développer ou promouvoir des services, publics ou privés, en particulier les services de garde de jour d'enfants et d'autres modes de garde '. Le paragraphe 16 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ajoute qu'en vue d'assurer l'égalité de traitement et l'égalité des chances entre hommes et femmes, ' (…) il convient (…) de développer des mesures permettant aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales. Le Règlement 1260/1999 portant dispositions générales sur les fonds structurels[1176] aborde la question de la prise en compte de la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle dans l'évaluation ex-ante de l'efficacité des interventions structurelles de l'action communautaire. Cette question est également abordée dans les conclusions de la Présidence du Conseil européen de Lisbonne 23 et 24 mars 2000[1177] ainsi que par la Résolution du Conseil relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale [1178].

2. La protection de la grossesse et la maternité

L'article 10§2 du PIDESC dispose qu' 'une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants'. L'article 4§2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes souligne que l'adoption par les Etats parties de mesures spéciales visant à protéger la maternité ne doit pas être considérée comme étant un acte discriminatoire. La Charte sociale européenne révisée confirme que les travailleuses, en cas de maternité, on droit à une protection spéciale (Partie 1. 8). L'article 8 de la Charte sociale européenne révisée énumère en particulier une série de mesures concrètes visant à protéger la grossesse et la maternité, notamment, le congé de maternité d'au moins quatorze semaines, l'interdiction de licenciement pour cause de grossesse ou de maternité, la réglementation du travail de nuit des femmes enceintes, ayant récemment accouché ou allaitant leurs enfants. La Convention n° 183 de l'OIT ainsi que la Recommandation n°191 de l'OIT sur la protection de la maternité s'inscrivent dans la lignée de la Charte sociale européenne révisée. La Directive 92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail[1179] constitue en droit communautaire, l'instrument principal en matière de protection de la grossesse et de la maternité. La Directive 2002/73/CE relative à l'application du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès au travail, à la formation et la promotion professionnelles et les

[1176] Règlement (CE) n° 1260/1999 du Conseil du 21 juin 1999 portant dispositions générales sur les Fonds structurels *J.O.C.E.* L 161 du 26.06.1999.

[1177] Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, DOC/00/8.

[1178] Résolution du Conseil et des ministres de l'emploi et de la politique sociale, réunis au sein du Conseil du 6 juin 2000, relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale, *J.O.C.E.* C 218 du 31.07.2000.
Voir aussi: Note du Comité de Représentants Permanents (13481/00 LIMITE SOC 437) du 17 novembre 2000 qui insiste sur la promotion d'une meilleure articulation entre vie professionnelle et vie familiale, les mesures indiquées dans le V^{ème} Programme d'action communautaire sur la stratégie concernant l'égalité entre les femmes et les hommes 2001-2005, la Recommandation du Conseil (2002/178/CE) du 18 février 2002 sur l'application des politiques de travail dans les Etats membres, la Résolution du Parlement européen du 28 janvier 1999 sur la protection de la famille et de l'enfant (B4-0800/1988, A4-0004/1999, R4-0004/1999) et le Livre Vert 'Partenariat pour une nouvelle organisation du travail', COM(97) 128 final du 16 avril 1997, qui comprend une réflexion sur l'incidence des mesures de conciliation dans l'organisation du travail.

[1179] Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.* L 348 du 28.11.1992, p. 1.

conditions du travail[1180], ajoute qu'une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence et que tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité peut être constitutif de discrimination.

3. La protection contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité

L'article 11(2a) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes impose aux Etats de prendre des mesures appropriées en vue d'interdire sous peine de sanctions, le licenciement pour cause de grossesse ou de congé de maternité. C'est ce que rappelle également la directive 92/85/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail[1181] (article 10).L'article 8 de la Convention n°183 de l'OIT relative à la protection de la maternité, précise à ce sujet que la charge de prouver que les motifs du licenciement sont sans rapport avec la grossesse, la naissance de l'enfant et ses suites ou l'allaitement incombe à l'employeur et qu'à l'issue du congé de maternité, la femme doit être assurée, lorsqu'elle reprend le travail, de retrouver le même poste ou un poste équivalent rémunéré au même taux. De la même façon, l'article 8§2 de la Charte sociale européenne révisée, engage les Etats parties à 'considérer comme illégal pour un employeur de signifier son licenciement à une femme pendant la période comprise entre le moment où elle notifie sa grossesse à son employeur et la fin de son congé de maternité, ou à une date telle que le délai de préavis expire pendant cette période'. La Cour de Justice des Communautés Européennes (C.J.C.E.) a pour sa part édicté une large jurisprudence relative à la protection de la grossesse et de la maternité. La Cour a, par exemple, reconnu l'effet direct de l'article 10 de la Directive 92/85/CEE et considère comme contraire au droit communautaire, le licenciement d'une femme à un moment quelconque au cours de sa grossesse en raison d'absences causées par une maladie trouvant son origine dans cette grossesse[1182], que son contrat de travail ait été conclu pour une durée déterminée ou indéterminée[1183].

4. Le droit au congé de maternité

L'article 10§2 du PIDESC dispose que ' les mères salariées doivent bénéficier, [pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants], d'un congé payé ou d'un congé accompagné de prestations de sécurité sociale adéquates'. La Directive 92/85 impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour que les travailleuses bénéficient d'un congé de maternité d'au minimum quatorze semaines continues, réparties avant et/ou après l'accouchement dont deux semaines obligatoires avant sa date prévue. Elle ajoute que les travailleuses enceintes bénéficieront d'une dispense de travail sans perte de rémunération pour se rendre aux examens prénatals dans le cas où ils ont lieu pendant le temps de travail. L'article 8§1 de la Charte sociale européenne ajoute que cette période de quatorze semaines de repos doit être assuré soit par un congé payé, soit par des prestations appropriées de sécurité sociale ou par des fonds publics. L'article 11 (2b) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes précise que le congé de maternité payé doit être accompagné de la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux. L'article 5 de la Convention n°183 de l'OIT ajoute que le congé de maternité payé doit être compatible avec des congés maladie en cas de complications ou risque de complications résultant de la grossesse ou de l'accouchement. Enfin la CJCE a décidé

[1180] Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.C.E.* L 269 du 5.10.2002, p. 15.

[1181] Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), *J.O.C.E.* L 348 du 28.11.1992, p. 1.

[1182] C.J.C.E., 30 juin 1988, *Mary Brown c. Rentokil*, C-394/96, *Rec*., p. I-4185.

[1183] C.J.C.E., 4 octobre 2001, *Jiménez Melgar c.. Mairie de Los Barrios*, C-438/99, *Rec*., p. I-6915. et C.J.C.E., 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, C-109/00, *Rec*., p. I-6993.

qu'est contraire au droit communautaire, une réglementation nationale qui prive une femme de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité[1184].

5. Le droit à un congé parental suite à la naissance ou l'adoption d'un enfant

L'article 27§2 de la Charte sociale européenne révisée oblige les Etats à prévoir la possibilité pour chaque parent, au cours d'une période après le congé de maternité, d'obtenir un congé parental pour s'occuper d'un enfant, dont la durée et les conditions seront fixées par la législation nationale, les conventions collectives ou la pratique. La Directive 96/34/CE concernant l'accord-cadre sur le congé parental[1185] se fonde sur le point 16 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui prévoit qu'il 'convient (…) de développer des mesures permettant aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales' et évoque les conditions minimales à respecter en matière de congé parental pour la mère ou pour le père[1186]. Elle consacre le droit individuel à un congé parental des travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, le droit de retrouver son poste de travail ou un travail équivalent à l'issue du congé parental, la protection contre le licenciement lié au congé parental, le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition à la date du début de congé parental et l'application de ces droits à l'issue du congé ainsi que l'autorisation de s'absenter du travail pour cause de force majeure liée à des raisons familiales urgentes. Le congé parental est également indirectement visé par la Convention nº 156 de l'OIT sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales.

6. L'aménagement du temps du travail

La conciliation entre la vie professionnelle et familiale implique souvent un aménagement du temps du travail pour les femmes et pour les hommes. L'article 21 §1 (b) de la Charte Sociale européenne révisée se réfère indirectement à l'aménagement du temps du travail en disposant qu'en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité des chances et de traitement entre les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales et entre ces travailleurs et les autres travailleurs, les Etats s'engagent à prendre des mesures pour tenir compte de leurs besoins en ce qui concerne les conditions d'emploi et la sécurité sociale. La Directive 93/104/CE[1187] fixe des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail et organise certains aspects de l'aménagement du temps de travail tels que le repos journalier et hebdomadaire, le temps de pause, le travail de nuit, la durée maximale hebdomadaire de travail, le congé annuel, l'évaluation de la santé et transfert au travail de jour des travailleurs de nuit ou le rythme du travail. La Directive 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES [1188] reconnait l'impact du travail à temps partiel sur l'emploi et a pour objet d'assurer la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel, d'améliorer la qualité du travail à temps partiel, de faciliter le développement du travail à temps partiel sur une base volontaire ainsi que de contribuer à l'organisation flexible du temps de travail d'une manière qui tienne compte des besoins des employeurs et des travailleurs. Dans l'affaire Kowalska v. Freie un Hansestadt Hamburg[1189], la CJCE considère que l'article 119 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à

[1184] C.J.C.E., 30 avril 1998, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés / Thibault*, C-136/95, *Rec*., p. I-2011.
[1185] Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *J.O.C.E.* L 145 du 19.06.1996, p. 4.
[1186] A ce sujet, voir aussi la Recommandation du Conseil 92/241/CEE du 31 mars 1992 concernant la garde des enfants, dans laquelle les Etats membres étaient invités à favoriser des congés spéciaux accordés aux parents actifs ayant des enfants à charge, la Résolution du Parlement européen du 28 janvier 1999 sur la protection de la famille et de l'enfant, qui invite les Etats à mieux associer les pères à l'éducation des enfants ainsi que la Note du Comité de représentants permanents du 17 novembre 2000 dans laquelle le Comité insiste sur les congés parentaux.
[1187] Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.C.E.* L 307 du 13.12.1993, p. 18.
[1188] Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES - Annexe : Accord - cadre sur le travail à temps partiel, *J.O.C.E.* L 14 du 20.01.1998, p. 9.
[1189] C.J.C.E., 27 juin 1990, *Kowalska c. Freie un Hansestadt Hamburg*, C-33/89, *Rec*., p. I-2591.

l'application d'une disposition d'une convention collective qui permet aux employeurs d'exclure du bénéfice d'une indemnité temporaire en cas de cessation de la relation de travail des travailleurs à temps partiel, lorsqu' il s'avère qu'en pratique, davantage de femmes travaillent à temps partiel, à moins que cette différence de traitement puisse se justifier par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. La Cour a précisé que la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes s'oppose aussi à ce qu'une législation nationale prescrive, pour le calcul de l'ancienneté des fonctionnaires, que les périodes d'emploi pendant lesquelles l'horaire accompli est compris entre la moitié et les deux tiers de l'horaire de travail normal ne sont comptées qu'aux deux tiers[1190]. Une décision similaire a été rendue dans l'affaire Hill et Stapleton v. Rhe Revenue Commissioners et Department of Finance[1191] pour l'attribution des échelles de rémunération. Enfin, la Cour ajoute qu'une différence de rémunération entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel ne constitue une discrimination interdite par l'article 119 du Traité que si elle n'est en réalité qu'un moyen indirect pour réduire le niveau de rémunération des travailleurs à temps partiel en raison de la circonstance que ce groupe de travailleurs se compose, de manière exclusive ou prépondérante, de personnes de sexe feminin[1192].

7. L'organisation de services spécifiques de garde d'enfants.

La conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle implique enfin l'organisation et la mise en place de services spécifiques de garde d'enfants. C'est ce que vise l'article 27§1(c) de la Charte sociale européenne révisée qui encourage les Etats à développer ou promouvoir des services, publics ou privés, en particulier les services de garde de jour d'enfants et d'autres modes de garde. La Recommandation 92/241/CEE du Conseil concernant la garde des enfants[1193] demande aux Etats de mettre en place des services de garde d'enfants pendant que les parents travaillent, suivent un enseignement ou une formation, en vue d'obtenir un emploi ou sont à la recherche d'un emploi ou d'un enseignement ou d'une formation en vue d'obtenir un emploi. La Recommandation insite sur le fait que ces services 'soient offerts à des prix abordables aux parents'. Dans l'arrêt Lommers, la CJCE déclare que le droit communautaire ne s'oppose pas à une réglementation qui, dans un contexte caractérisé par une insuffisance avérée de structures d'accueil adéquates et abordables, réserve aux seuls fonctionnaires féminins des places de garderie. La Cour ajoute cependant qu''il n'en va toutefois de la sorte que pour autant que l'exception ainsi prévue en faveur des fonctionnaires masculins soit notamment interprétée en ce sens qu'elle permet à ceux d'entre eux qui assument seuls la garde de leurs enfants d'avoir accès à ce système de garderie aux mêmes conditions que les fonctionnaires féminins'. En vue de renforcer les mesures permettant de concilier la vie familiale et la vie professionnelle,les conclusions de la présidence du Conseil européen de Barcelone[1194] dispose que 'les États membres devraient éliminer les freins à la participation des femmes au marché du travail et, conformément à leurs systèmes nationaux en la matière, s'efforcer de mettre en place, d'ici 2010, des structures d'accueil pour 90 % au moins des enfants ayant entre trois ans et l'âge de la scolarité obligatoire et pour au moins 33 % des enfants âgés de moins de trois ans'.

[1190] C.J.C.E., 2 octobre 1997, *Gerster / Freistaat Bayern*, C-1/95, *Rec*., p. I-5253.
[1191] C.J.C.E., 17 juin 1998, *Hill et Stapleton / The Revenue Commissioners et Departement of Finance*, C-243/95, *Rec*.,p. I-3739.
[1192] C.J.C.E., 31 mars 1981, *Jenkins / Kingsgate,* 96/80, *Rec*., p. 911.
[1193] Recommandation 92/241/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la garde des enfants. Le 4 février 1998, la Commission a adopté un rapport sur la mise en œuvre de la recommandation du Conseil du 31 mars 1992 concernant la garde des enfants (COM(98) 237 final, non publié au Journal officiel).
19 Conseil européen Barcelone 15 et 16 mars 2002, Conclusions de la présidence, DOC/02/8 du 18 mars 2002.

Article 34. Sécurité sociale et aide sociale

1. L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse,ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales.

2. Toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

3. Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales.

I. Introduction

L'article 34 de la Charte est construit autour de trois principes : reconnaître un droit d'accès aux prestations sociales et aux services sociaux aussi large que possible, en accorder le bénéfice aux étrangers en situation régulière dans l'Union, consacrer un droit à l'aide sociale et au logement garantissant la dignité de la personne humaine.

II. Les sources textuelles

1. Le droit d'accès aux prestations sociales

Le droit d'accès aux prestations sociales est posé par l'article 12 de la Charte sociale européenne de 1961. Ce dernier constitue la référence principale de l'article 34 de la Charte, selon le Présidium, même s'il n'a pas le même degré de précision. La Charte dans sa version de 1961 visait essentiellement à garantir 'l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale' sans aller jusqu'à en délimiter le contenu exact. Ce 'droit à la sécurité sociale' a été élargi lors de la révision de 1996 avec la reconnaissance d'un 'droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale'[1195] et un 'droit au logement'[1196] que l'on retrouve ici sous une forme édulcorée dans le paragraphe 3 de l'article 34 comme le 'droit à une aide au logement'. Ce droit à l'aide et aux prestations sociales est également évoqué par d'autres textes qui ne sont pas tous contraignants.

La Déclaration universelle des droits de l'Homme dans ses articles 22 et 25 posait déjà le droit à la sécurité sociale et le droit à la protection sociale notamment en matière de protection de l'enfance et de la maternité. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (PIDESC) a consacré le 'droit à la sécurité sociale y compris les assurances sociales'[1197], le droit à une protection particulière des mères et des enfants[1198] ainsi que le droit de toute

[1195] Article 30 de la Charte sociale révisée en 1996.
[1196] Article 31 de la Charte sociale révisée en 1996.
[1197] Article 9 du PIDESC.
[1198] Article 10 du PIDESC.

personne à un niveau de vie suffisant[1199]. Des résolutions diverses de la Commission des droits de l'Homme les ont précisés[1200].

Différents textes de l'Organisation internationale du travail concernent également les normes de sécurité sociale[1201], la sécurité et la santé des travailleurs[1202], la protection de la maternité[1203].

Le Conseil de l'Europe consacre ces droits dans le Code européen de sécurité sociale[1204], la Convention européenne de sécurité sociale[1205] et son protocole et dans une série de recommandations visant à lutter contre l'exclusion et la précarité sociale[1206]. La proposition ambitieuse d'un protocole additionnel à la CEDH relatif aux droits sociaux fondamentaux[1207] et recoupant le droit à la protection sociale n'a pas eu de suite dans les Etats parties[1208].

Le droit de l'Union européenne s'est également penché en profondeur sur ces droits. L'article 137§3 du traité communautaire autorise un soutien de la Communauté et un complément à l'action des Etats en la matière à l'unanimité et son article 140 en prévoit les modalités d'exercice[1209]. La Charte communautaire des droits fondamentaux prévoit le droit de 'tout travailleur de la Communauté européenne à une protection sociale adéquate' et le 'bénéfice…des prestations de sécurité sociale d'un niveau suffisant', y compris pour ce qui concerne les 'personnes exclues du marché du travail'[1210]. Cette consécration du droit à la protection sociale implique une coordination des orientations retenues par les différents systèmes nationaux. La recommandation du Conseil du 27 juillet 1992 sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale a enclenché cet effet d'entraînement afin de moderniser et de garantir la pérennité de tels systèmes, tant du point de vue structurel[1211] que sur le plan du fond[1212], en raison notamment du caractère national de telles dispositions.

Par ailleurs, l'élimination des inégalités de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale a été progressivement posée par la directive 79/7 du 17 décembre 1978.

2. Le droit aux prestations sociales des travailleurs

Le droit aux prestations sociales des travailleurs se déplaçant dans la Communauté trouve son fondement dans le traité communautaire lui-même et ses articles 42 et 51, car il constitue à la fois une condition et un élément central de l'égalité de traitement qui permet à la libre circulation des travailleurs de s'exercer. Il correspond également à l'article 13 § 4 de la Charte sociale européenne qui affirme cette égalité de traitement entre les ressortissants des Etats parties. La Charte communautaire

[1199] Article 11 du PIDESC.
[1200] Résolutions 2001/28 et 2001/31 du 20 avril 2001 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU sur le 'logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant' et sur 'les droits de l'homme et l'extrême pauvreté'.
[1201] Convention 102 de l'OIT du 28 juin 1952 sur la norme minimale de sécurité sociale.
[1202] Partie II de la Convention 155 de l'OIT du 22 juin 1981 sur la santé et la sécurité des travailleurs.
[1203] Articles 6 et 7 de la Convention 183 de l'OIT du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité.
[1204] Partie I du Code européen de sécurité sociale révisé, du 16 novembre 1990.
[1205] Article 4 de la Convention (STE 078) du 14 décembre 1972 révisée en 1994.
[1206] Pour l'ensemble, voir : http://www.coe.int/T/F/Cohésion_sociale
[1207] Recommandation 1415 (1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'homme relatif aux droits sociaux fondamentaux.
[1208] Voir la réponse du Comité des Ministres adoptée à la 750e réunion des Délégués des Ministres (18 avril 2001), DOC. 9047.
[1209] '… la Commission encourage la coopération entre les États membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale relevant du présent chapitre, et notamment dans les matières relatives: (…) à la sécurité sociale…à la protection contre les accidents et les maladies professionnels; (…) À cet effet, la Commission agit en contact étroit avec les États membres…'
[1210] Point 10.
[1211] Un système d'information mutuel sur la protection sociale dans l'Union (MISSOC) a été mis en place avant qu'un Comité de la protection sociale soit institué par décision du Conseil le 29 juin 2000.
[1212] Communication de la Commission du 14 juillet 1997, *Une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale,* COM(99) 347 final.

des droits sociaux fondamentaux dans son point 2 pose le principe du bénéfice de la protection sociale de l'Etat membre d'accueil.

Le droit dérivé mettant en œuvre le principe de libre circulation a donc abondamment développé ce droit, en premier lieu pour ce qui concerne les actifs avant de concerner les non-actifs. Le règlement de base 1408/71 et ses textes d'application[1213] permettent la coordination des régimes de protection sociale et il a fait l'objet de propositions de simplification. La directive 98/49 du 29 juin 1998 s'est préoccupée des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté tandis que la Commission s'interrogeait sur l'avenir[1214] de ces systèmes complémentaires.

Le droit plus général du droit à la protection sociale des non-actifs a été abordé sous une forme dérogatoire à l'égalité de traitement pour ce qui concerne le droit de séjour des étudiants par la directive 93/96[1215]et en ce qui concerne les retraités par la directive 90/365[1216]. Ces deux textes permettent aux Etats membres de s'assurer de la réalité d'une assurance sociale des personnes concernées en cas de ressources insuffisantes. La Commission a proposé une simplification générale de l'ensemble du dispositif qui permettrait de limiter à quatre années ces restrictions[1217].

Le cas de la protection sociale des ressortissants d'Etats tiers s'inscrit dans le même cadre, celui de l'égalité de traitement qui résulterait de l'adoption d'un statut de résident de longue durée dans l'Union. La proposition d'une directive[1218] allant en ce sens et qui permettrait le bénéfice de la protection sociale et des soins de santé ainsi que l'assistance sociale est en voie d'adoption. En revanche, l'extension des dispositions du règlement 1408/71 aux ressortissants de pays tiers a été réalisée, en se basant sur l'article 63§4 du traité d'Amsterdam et en se référant expressément à l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux[1219].

3. La lutte contre l'exclusion sociale

La lutte contre l'exclusion sociale a été saisie par le droit de l'Union, en complément du droit international et du droit du Conseil de l'Europe précités[1220]. L'article 137 du traité communautaire prévoit ainsi que la Communauté complète et soutient l'action des Etats afin de 'lutter contre l'exclusion sociale'[1221] sans que des mesures contraignantes puissent être adoptées en raison de l'invocation de leur compétence nationale et du principe de subsidiarité par les Etats membres. La

[1213] Règlement 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.* L 149 du 5.07.1971, p. 2. Ce règlement a été mis à jour par le règlement 118/97, *J.O.C.E.* L 28 du 30.01.1997, p. 1 et modifié en dernier lieu par le règlement n° 1386/2001 du 5 juin 2001, *J.O.C.E.* L 187 du 10.07.2001, p. 1.
[1214] COM(99) 134 final du 11 mai 1999.
[1215] Directive 93/96 du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, *J.O.C.E.* L 317 du 18.12.1993, p. 59.
[1216] Directive 90/365 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *J.O.C.E.* L 180 du 13.07.1990, p. 28.
[1217] Proposition 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, COM(2001) 257 final, *J.O.C.E.* C 270 du 25.09.2001, p. 150. Voy. Aussi le texte de la directive adoptée : Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 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, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO* L 158 du 30.04.2004.
[1218] Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM2001) 127 final du 13 mars 2001, *J.O.C.E.* C 240 du 28.08.2001, p. 79. Voy. Aussi le texte de la directive adoptée : Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO* L 016 du 23.01.2004.
[1219] Cinquième considérant du Règlement 859/2003 du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement 1408/71 et du règlement 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, *J.O.C.E.* L 124 du 20.05.2003, p. 1.
[1220] Pour le Conseil de l'Europe, voir Recommandation n° R (2000) 3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité.
[1221] Article 137, § 2.

technique des Programmes d'action et des recommandations[1222] a été utilisée jusqu'au Sommet de Lisbonne en mars 2000 où la question a été abordée par le Conseil européen qui a prôné l'utilisation de la méthode de coordination ouverte pour parvenir à des résultats dans la lutte contre l'exclusion sociale et promouvoir un 'processus d'inclusion sociale'[1223], avec le soutien du Parlement européen.

III. Les sources jurisprudentielles

L'essentiel des références jurisprudentielles concernant l'article 34 de la Charte résulte de la jurisprudence considérable de la Cour de Justice liée au volume contentieux des questions de protection sociale. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme contient peut-être les potentialités les plus prometteuses du point de vue des droits fondamentaux.

1. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

Elle est essentiellement appuyée sur la libre circulation des travailleurs et la coordination des systèmes de protection sociale et a permis de déterminer le champ d'application du droit aux prestations sociales au regard du droit communautaire. La Cour de Justice a ainsi délimité le champ d'application personnel du droit aux prestations sociales en s'attachant à en exclure les situations jugées comme étant purement internes[1224] et à en définir les bénéficiaires de façon libérale[1225]. Elle en a interprété également le champ d'application matériel de façon constructive en s'efforçant de combiner au sein de la libre circulation des personnes les règles relatives à la sécurité sociale, couvertes par le règlement de base 1408/71 et les règles d'assistance sociale qui en étaient exclues[1226].

Pour l'essentiel et au delà des considérations techniques relatives à l'accès ou à la totalisation et à la transférabilité des prestations, la jurisprudence communautaire a privilégié le principe d'égalité de traitement comme technique d'interprétation du droit aux prestations sociales, que ces discriminations soient ouvertes[1227] ou cachées[1228].

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Si elle ne touche pas directement encore la matière de l'article 34 par défaut de titre juridique au sein de la CEDH, plusieurs facteurs sont susceptibles de modifier l'ordre des choses, notamment par le biais des 'obligations positives' pesant sur les Etats. La prise en compte des prestations sociales au titre de la protection des 'biens' et combinée avec l'interdiction des discriminations est la plus connue[1229]. En l'état actuel du droit, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

[1222] Par exemple voir la décision 89/457 du Conseil du 18 juillet 1989 portant établissement d'un programme d'action communautaire à moyen terme concernant l'intégration économique et sociale des groupes de personnes économiquement et socialement moins favorisées, *J.O.C.E.* L 224 du 02.08.1989, p. 10 ; la Recommandation 92/441 du Conseil du 24 juin 1992, portant sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale, *J.O.C.E.* L 245 du 26.08.1992, p.46 ; la décision du Parlement européen et du Conseil du 7 décembre 2001 établissant un programme d'action communautaire pour encourager la coopération entre les Etats membres visant à lutter contre l'exclusion sociale, *J.O.C.E.* L 10 du 10 janvier 2002.

[1223] Voir le site internet de la Commission 'Sécurité sociale et insertion sociale'.

[1224] C.J.C.E., 16 décembre 1992, *Koua Poirriez*, C-206/91, *Rec*., p. I-6703; C.J.C.E., 11 octobre 2001, *Khalil*, C-180/99, *Rec*., p. I-7438.

[1225] Par exemple pour des travailleurs frontaliers (C.J.C.E., 13 mars 1997, *Huijbrechts*, C-131-95, *Rec*., p. I-1418), des travailleurs à temps partiel (C.J.C.E., 30 janvier 1997, *Inasti*, C-221-95, *Rec*., p. I-635), les membres de la famille et les survivants (C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Inzirillo*, 63/76, *Rec*., p.2057), les fonctionnaires (C.J.C.E., 5 mars 1998, *Kuzler*, C-194/96, *Rec*., p. I-921).

[1226] C.J.C.E., 27 mars 1985, *Hoeckx*, 249/83, *Rec*., p. 982, à propos du 'minimex' belge; C.J.C.E., 20 juin 1991, *Newton*, C-356/89, *Rec*., p. I-3035, à propos de la 'mobility allowance' britannique. Voir également pour les rapports entre droit de la concurrence et droit de la protection sociale : C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96, *Rec*., p. I-5863.

[1227] C.J.C.E., 17 juin 1975, *Epoux F. / État belge,* aff. 7/75, *Rec.1975*.

[1228] C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. 41/84, *Rec*., p. 1.

[1229] Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche* (req. n° 17371/90), arrêt du 16 septembre 1996, *Rec*. 1996-IV.

reconnaît implicitement le droit à un logement adéquat[1230] même s'il elle déclare expressément que la CEDH ne couvre pas le droit 'de se voir fournir un domicile'[1231]. Deux articles de la CEDH pourraient néanmoins servir de point de jonction avec l'article 34, sans faire état de l'égalité de traitement. L'article 3 de la CEDH pourrait aujourd'hui concerner, au titre des 'traitements dégradants', l'insuffisance du niveau des prestations sociales dans un Etat partie[1232] tout comme leurs obligations positives au titre de l'article 8 pourraient prochainement contraindre les Etats à un niveau minimal d'efficacité en matière d'aide sociale et d'assistance aux démunis[1233], en particulier au plan du paragraphe 3 de l'article 34 de la Charte. La mention qui est faite dans l'article 34§3 de la finalité du droit à une aide sociale, 'assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes', autorise vraisemblablement à relier dans l'article 34 l'exigence de 'dignité' de la personne humaine à la CEDH.

IV. Le contenu des droits

L'exercice du droit posé par l'article 34 dans ses trois paragraphes est conditionné par son champ d'application : il joue 'selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales', formule rituelle de la Charte qui confirme le libellé des paragraphes 1 et 3 selon lesquelles 'l'Union reconnaît et respecte' les droits en question.

Il ne s'agit donc pas d'une attribution directe de droit, celui-ci dépendant des conditions précises de sa réglementation, y compris lorsque le droit est consacré directement comme pour le paragraphe 2 de l'article 34 et le droit à protection sociale des personnes se déplaçant dans l'Union. Ce constat est renforcé par la mise à jour des explications accompagnant la Charte qui précise que 'la référence aux services sociaux vise les cas' où ces services ont déjà été instaurés et ' n'implique aucunement que de tels services doivent être créés quand il n'en existe pas'[1234].

Le contenu précis des droits se définit donc au regard des prescriptions du droit communautaire et du droit national même si l'article 34 implique des précisions autonomes.

En premier lieu, le paragraphe 1 délimite au plan matériel le droit d'accès aux prestations et services sociaux : il s'agit de la protection de la maternité, de la protection contre la maladie, les accidents du travail la dépendance ou la vieillesse, la perte d'emploi. L'ensemble de ces hypothèses est largement couvert par le règlement 1408/71 et il correspond aux hypothèses des articles 12 et 13 de la Charte sociale. L'assistance sociale et la protection par un régime de sécurité sociale deviennent donc une garantie minimale. Il convient néanmoins de lire cette garantie en matière de libre circulation des personnes à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice qui constate l'absence d'une harmonisation en la matière : 'les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque Etat membre et, partant, dans les droits des personnes qui y travaillent' n'ont pas vocation être touchées par le traité et son article 51'[1235].

En second lieu, le domaine de la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, l'approche de l'Union apparaît beaucoup plus problématique. Loin de conférer un véritable droit au logement,

[1230] Cour eur. D.H., *Lopez Ostra c. Espagne* (req. n° 16798/90), arrêt du 9 février 1994, *Ser.* A, No. 303 C.
[1231] Cour eur. D.H. (G.C.), *Chapman c. Royaume Uni* (req. n° 27238/95), arrêt du 18 janvier 2001, para. 99 : 'il est à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile mais il existe malheureusement …beaucoup de personnes sans domicile. La question de savoir si l'Etat accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire'
[1232] La Cour n'a pas exclu qu'une telle insuffisance puisse 'en principe soulever une question au titre de l'article 3' (Cour eur. D.H. (2ème sect.), *Larioshina c. Russie* (déc.), n° 56869/00, 23 avril 2002). Voir également Cour eur. D.H., *Z. c. Royaume Uni* (req. n° 29392/95), arrêt du 10 mai 2001 ; Cour eur. D.H., *D.P. et J.C. c. Royaume Uni* (req. n° 38719/97), arrêt du 10 octobre 2002; Cour eur. D.H., *E et a. c. Royaume Uni* (req. n° 33218/96), arrêt du 26 novembre 2002.
[1233] Cour eur. D.H.(2ème sect.) , *Marzari c. Italie* (déc.), n° 36448/97, 4 mai 1999 ; Cour eur. D.H.(4ème sect.), *La Parola et autres c. Italie* (déc.), n°39712/98, 30 novembre 2000.
[1234] Mise à jour des explications relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux, CONV 828/03, 9 juillet 2003, p. 32.
[1235] C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. 41/84, *Rec*., p. 1.

l'article 34§3 se borne à en autoriser la reconnaissance et le respect. Il ne s'agit ici en effet que d'un 'droit à une aide au logement'. On est donc en retrait des dispositions équivalentes de la Charte sociale où mention était faite d'un 'exercice effectif' du droit et de mesures appropriées de prévention et d'assistance, le 'risque' étant en l'espèce expressément évoqué. La question du droit au logement, souvent en débat dans les Etats membres où il est parfois spécifiquement reconnu[1236], est ainsi évacuée alors même que l'on en fait parfois un critère d'admission comme en droit des étrangers sur la base du règlement 1612/68. La judiciarisation de ce droit, à l'inverse des propositions du Comité des droits économiques sociaux et culturels des Nations Unies semble donc très problématique[1237].

[1236] Voir par exemple l'article 42 de la Constitution du royaume d'Espagne.

[1237] Comité des droits économiques sociaux et culturels des Nations Unies, Observation n°4 sur le droit à un logement suffisant adoptée en 1991 et Fiche d'infomation n° 21 sur le droit à un logement convenable. (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale 4, réimprimé en Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004)).
Les Fiches d'information publiées par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme sont disponibles à l'adresse suivante : http://www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/fact_fr.htm

Article 35. Protection de la Santé

Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier des soins médicaux dans les conditions établies par les législations et les pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.

I. Introduction

L'article 35 de la Charte figure dans le chapitre intitulé ' Solidarité ' de la Charte. Il s'agit d'une innovation par rapport à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, laquelle ne contient pas de disposition générale relative à un droit à la santé individuel des citoyens. Certes, certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme relatives à divers articles de la Convention, tel que l'article 3, qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, ont pu toucher au sujet de la santé, lorsqu'il était porté atteinte à celle du requérant. D'autres articles justifient des restrictions à certaines libertés, en vue de la protection de la santé publique. Ainsi l'article 8 de la Convention, qui est relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, proscrit toute ingérence d'une autorité publique, même si elle est prévue par la loi, sauf si elle est nécessaire dans une société démocratique, notamment à la protection de la santé. De même, les articles 9, 10 et 11 relatifs à la liberté de pensée, de conscience et de religion, à la liberté d'expression et à la liberté de réunion et d'association font encore référence à la santé ou à la protection de la santé comme exception justifiant des restrictions à ces libertés.

L'article 35 de la Charte ne contient pas de définition du vocable ' santé ' ou de celle de la notion de ' santé humaine '. Divers textes internationaux et européens préexistants font référence à la santé. Il s'agit d'en dégager une définition. Par après, sera analysée la situation de droit, consécutive à l'adoption de l'article 35.

II. Une définition internationale de la santé ?

Pour apprécier si une définition mondiale ou régionale du concept de la santé existe, il y a lieu d'analyser les instruments internationaux, puis d'étudier en comparaison les sources européennes en la matière.

1. Instruments internationaux

1.1. L'Organisation mondiale de la santé

La Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), datant du 22 juillet 1946, dispose à l'article 1er que *le but de l'Organisation mondiale de la santé est d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible*. Le concept de santé est défini dans le préambule de la Constitution de l'OMS, pour laquelle *la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.*

Dans ce cadre, la santé de la population mondiale est considérée comme un objectif relevant de l'action de l'OMS, mais non pas comme une obligation incombant directement aux Etats membres de l'organisation.

En 1978, la Conférence internationale sur les soins de santé primaires réunie à Alma-Ata, sous l'égide de l'OMS, précisa la nature juridique et le contenu du droit à la santé en affirmant que 'la santé, qui est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en l'absence de maladie ou d'infirmité, est un droit fondamental de l'être humain, et que l'accession au niveau de santé le plus élevé possible est un objectif social extrêmement important qui intéresse le monde entier et suppose la participation de nombreux secteurs socio-économiques autres que celui de la santé'. Ladite Conférence qualifie donc d'une part la santé comme un véritable droit fondamental pour l'être humain, tout en soulignant d'autre part que l'accession au niveau de santé *le plus élevé possible* demeure un objectif. On verra qu'au niveau européen, cette distinction entre droit et objectif reste d'actualité et pose toujours problème.

1.2. L'Organisation des Nations-Unies

En ce qui concerne, l'Organisation des Nations-Unies (ONU), des références plutôt générales sont faites à la santé.

Ainsi, l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 proclame:

> Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires….

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966, retient à l'article 12 § 1 que les Etats parties reconnaissent 'le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre', ce droit devant être garanti par une série de mesures prévues au paragraphe 2 dudit article.

Lors de la 22ème session à Genève en 2000, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, institué par le Pacte de 1966, adopta un texte fondamental intitulé ' Observation générale n° 14, droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint '. Il y affirme notamment que 'le droit à la santé ne saurait se comprendre comme le droit d'être en bonne santé. Le droit à la santé suppose à la fois des libertés et des droits'.

Le droit à la santé est encore consacré, au paragraphe e) IV) de l'article 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, qui indique que 'les Etats parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants … e) Droits économiques, sociaux et culturels, notamment … iv) Droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux'.

Une formulation analogue se retrouve au paragraphe 1 f) de l'article 11 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, qui proclame que 'les Etats parties s'engagent à prendre toutes le mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier …f) Le droit à la protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction'.

On trouve encore à l'article 24.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, que 'les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services'.

Enfin, 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 du 4 mars 1997, dite Convention d'OVIEDO, prévoit à l'article 3 que les Etats signataires 'prennent, compte tenu des besoins de santé et des ressources disponibles, les mesures appropriées en vue d'assurer, dans leur sphère de juridiction, un accès équitable à des soins de qualité appropriés'.

Notons encore, en ce qui concerne le monde du travail, une convention de l'Organisation Internationale du Travail, à savoir celle relative à la sécurité et la santé des travailleurs, du 22 juin 1981.[1238] Selon elle, 'le terme santé, en relation avec le travail, ne vise pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité; il inclut aussi les élément physiques et mentaux affectant la santé directement liés à la sécurité et à l'hygiène du travail'[1239].

Les textes internationaux cherchent dès lors à proclamer un but, qui est à garantir la santé de tout un chacun. La santé peut être définie en fonction de la définition de l'OMS, qui constate que l'absence de maladie ou d'infirmité ne suffit pas pour être en bonne santé, mais qui veut garantir un bien-être complet à tout citoyen. Cependant, aucun texte contraignant ne proclame un véritable droit à la santé, en tant que droit fondamental.

2. Sources européennes

La Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 prévoit à l'article 11 que en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties contractantes s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment: 1. à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente; 2. à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé; 3. à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies épidémiques, endémiques et autres.

Cette charte, ainsi que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. Aussi, l'article 19 de cette dernière charte proclame que Tout travailleur doit bénéficier dans son milieu de travail de conditions satisfaisantes de protection de sa santé et de sa sécurité . La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs reste simplement une déclaration solennelle, qui fixe les grands principes sur lesquels se fonde le modèle européen du droit du travail et qui fut adoptée par le Conseil européen de Strasbourg.

Le Parlement européen a, pour sa part, dans une résolution datant du 19 janvier 1984 et libellée *' Pour une charte européenne des patients '* eu recours au concept de droit à la santé[1240].

Sans prétendre être, en aucun cas, exhaustif à ce sujet, notons que l'agenda social européen approuvé par le Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000 souligne la nécessité d'un niveau élevé et durable de protection de la santé humaine[1241].

III. La situation de droit, consécutive à l'adoption de l'article 35 sur la protection de la santé

Il faut constater d'emblée que l'adoption de l'article 35 de la Charte n'a pas modifié l'état de droit régnant au niveau international, alors qu'il ne fait pas consacrer un droit à être en bonne santé, mais tout au plus un droit à la santé, et encore, réduit à sa plus simple expression, à savoir au droit d'accès à

[1238] C 155.
[1239] Article 3 e).
[1240] *J.O.CE.* C 46 du 20.02.1984 p.104.
[1241] *J.O.C.E.* C 157 du 30.05.2001 p.4.

la prévention en matière de santé et aux soins médicaux, tels que prévus par les législations nationales.

Les commentaires du praesidium de la Convention européenne nous guident pour le reste, en soulignant que 'les principes contenus dans cet article sont fondés sur l'article 152 du traité CE, remplacé désormais par l'article III-278 de la Constitution, ainsi que sur les articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne'.[1242] La seconde phrase de l'article reproduit l'article III-278, paragraphe 1. Il découle à la fois du libellé même de l'article 35 et des commentaires du praesidium, que le droit à la protection de la santé et aux soins médicaux - qui peut être vu sous l'angle d'un droit à caractère individuel, ainsi que l'objectif d'une protection d'un haut niveau - qui lui peut-être analysé comme un but général à caractère collectif de la société, sont l'objet de mesures législatives et de pratiques relevant principalement des Etats membres et beaucoup moins du champ d'action communautaire.

1. La santé, une politique de l'Union

C'est le traité de Maastricht qui a permis l'existence d'une politique communautaire en matière de santé publique. La santé publique ne figurait pas dans le traité de Rome comme une mission de la Communauté européenne, ni comme une action de celle-ci. La protection de la santé publique était envisagée comme une dérogation à la liberté de circulation des marchandises[1243] et plusieurs directives en matière de police sanitaire avaient ainsi été adoptées[1244], exerçant ainsi une compétence qui n'était pas positive, mais de minimisation des risques pour la santé publique.

Actuellement, les compétences de l'Union en la matière sont ancrées principalement à l'article 152 du traité CE, figurant au titre XIII consacré à la santé publique, qui déclare comme objectif *un niveau élevé de protection de la santé humaine*[1245].

Or cet article ne donne à la Communauté qu'une compétence d'action, afin de compléter les politiques nationales en matière de santé publique, puisque l'article 3 CE prévoit que cette action se borne à une contribution à la réalisation du niveau élevé de protection de la santé. Il ne s'agit donc pas d'une politique européenne de la santé en tant que telle, d'autant plus que les compétences en matière sanitaire relèvent toujours principalement des Etats membres et que le paragraphe 2 de l'article 152 prévoit uniquement une coordination par ces Etats membres de leurs politiques et programmes.
De plus, la Constitution européenne prévoit une compétence partagée entre l'Union et les Etats membres pour légiférer en ce qui concerne les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique et la protection et l'amélioration de la santé humaine, laquelle demeure une action d'appui, de coordination ou de complément de l'Union.

L'article 152 §5 CE insiste bien sur le fait que l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des Etats membres *en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux.*

Certes, la Cour de Justice des Communautés Européennes a développé depuis un certain temps une jurisprudence en matière de sécurité sociale, et plus particulièrement en ce qui concerne la liberté de soins de santé des patients à l'intérieur de l'Union et le droit au remboursement de prestations en matière de soins reçues à l'étranger ou de produits médicaux acquis dans un autre Etat membre.[1246]

[1242] Droit à l'assistance sociale et médicale.
[1243] V. Michel, ' La compétence de la Communauté en matière de santé publique ' *in* L'Europe de la santé, *Revue des Affaires Européennes 2003-2004/2,* Bruxelles, Bruylant, pp.157 et suiv.
[1244] Directive 64/432/CEE du Conseil du 26 juin 1964 relative à des problèmes de police sanitaire en matière d'échanges intracommunautaires d'animaux des espèces bovine et porcine *J.O.C.E.* L121 du 29.07.1964 ; Directive 64/433/CEE du Conseil du 26 juin 1964 relative à des problèmes sanitaires en matière d'échanges intracommunautaires de viandes fraîches, *J.O.C.E* L 121 du 29.07.1964 ; Directive 71/118/CEE du Conseil du 15 février 1971 relative à des problèmes sanitaires en matière d'échanges de viandes fraîches de volaille, *J.O.C.E* L 055 du 08.03.1971.
[1245] Article 152 § 1 CE (tel que modifié par le traité d'Amsterdam).
[1246] Voir notamment : C.J.C.E., 16 mars 1978, *Pierick,* aff.117/77, *Rec*., p.825 ; C.J.C.E., 28 avril 1998, *Decker,* C-120/95, *Rec*., p.1831 ; C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll et Union des Caisses de Maladie,* C-158/96, *Rec*., p.1931 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms,* C-157/99, *Rec*., p.5473 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Vanbraeckel,* C-368/98, *Rec*., p.5363 ; C.J.C.E.,

Ainsi, petit à petit, la Cour a dit pour droit que l'autorisation d'obtenir des soins à l'étranger ne pouvait être refusée par les organismes de sécurité sociale nationaux si le patient prouvait qu'il pourrait y obtenir des soins plus efficaces ou reçus dans un délai plus raisonnable que dans son propre pays (*Pierick)*. Elle y affirme encore le droit au remboursement de soins reçus à l'étranger au tarif de remboursement de l'Etat d'affiliation (*Kohll*), peu importe qu'il s'agisse d'une clinique privée ou publique (*Smits*), le droit au remboursement d'équipement médical acheté à l'étranger (*Decker)* et se prononce pour un droit au remboursement très étendu des soins reçus par un titulaire de pension (*IKA*).

L'autorisation préalable de soins à l'étranger demeure certes, mais est encadrée par des nécessités liées notamment à la qualité du traitement que le patient peut obtenir dans son propre pays. Enfin, il est de jurisprudence que l'autorisation préalable ne peut valoir pour des prestations médicales non hospitalières (*Müller-Fauré).*

De même, depuis 1988, la Cour estime qu'en matière agricole, la protection de la santé doit faire partie des objectifs de la législation.[1247]

La Cour a encore rendu les Etats membres attentifs, en matière de denrées alimentaires, sur la protection de la santé, dont les juges ont constamment affirmé la compétence exclusive des Etats membres[1248].

On peut ainsi estimer que si l'Europe de la santé reposait 'pour l'essentiel sur son passage par d'autres logiques, sur l'utilisation d'autres principes, son intégration dans d'autres contextes et, par ailleurs, sur une compétence indiscutable dans son existence mais dont la substance trahit une grande prudence'[1249], l'incorporation dans le traité d'un titre spécifique relative à la santé publique en fait actuellement une véritable politique de l'Union. Celle-ci devra bien entendu respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité, communs à toutes les actions européennes.

2. La santé, droit fondamental?

Le champ matériel d'application du droit à la santé doit tenir compte de cette répartition des compétences en matière de santé et de la définition même de l'article 35 de la Charte. Il en résulte bien que l'accès, à la fois à la prévention de la santé et au bénéfice des soins médicaux, constitue un droit très général, trop général pour être juridiquement définissable et étroitement soumis aux effets des législations nationales qui régissent la santé et les systèmes de soins, de sorte qu'il ne constitue pas un droit individuel invocable devant la Cour européenne.

Il en est de même pour la protection de la santé, qui est relève uniquement d'un objectif de l'Union européenne. Une telle analyse a d'ailleurs pu être faite dans un des Etats membres fondateurs de l'Union. Ainsi, en France, le Conseil d'Etat a annulé une ordonnance du juge du premier degré, qui avait ordonné à l'administration d'une prison de transférer un détenu atteint d'une maladie coronaire dans une cellule dans laquelle il ne serait pas ou moins exposé aux effets du tabagisme passif. La décision admet que la protection de la santé publique est un principe de valeur constitutionnelle. Mais elle dénie au droit à la santé le caractère d'une liberté fondamentale, au sens de l'article 521-2 du Code de justice administrative français. Les juges ont estimé que l'administration a fait ce qu'elle pouvait pour limiter les effets du tabagisme au détenu et n'a pas porté une atteinte grave et manifestement

---

HTM Peerbooms, 12 juillet 2001, C-157/99, *Rec*., p.5473 ; C.J.C.E., 13 mai 2003, *Müller-Fauré et van Riet,* C-385/99, *Rec*., p. 4509 ; C.J.C.E., 23 octobre 2003, *Patricia Inizan / Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts de Seine,* C-56/01, *Rec*., p. 12403 ; C.J.C.E., 25 février 2003, *IKA,* C-326/00, *Rec*., p. 1703.

[1247] C.J.C.E., 23 février 1988, *Royaume-Uni / Conseil,* aff. 68/86, *Rec*., p. 855.

[1248] Voy. Par ex. C.J.C.E., 14 juillet 1983, *Sandoz,* aff. 174/82, *Rec*., p. 2445 ; C.J.C.E., 17 septembre 1998, *Harpegnies,* C-400/96, *Rec*., p. 5121.

[1249] M. Blanquet, ' avant-propos ' *in* L'Europe de la santé, *Revue des Affaires Européennes 2003-2004/2*, Bruxelles, Bruylant, p.155.

illégale à une liberté fondamentale.[1250] Cependant, même si la santé ne peut être qualifiée de droit fondamental individuel en tant que tel, sa protection ainsi que la prévention en la matière, charrient toute une série de mesures prises en faveur de la santé publique.

Il faut rappeler que la compétence de l'Union existe dans des domaines qui ont un impact direct sur la santé, puisqu'elle est compétente pour arrêter des mesures *' dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique ',* en vertu de l'article 152§4 CE.

D'autre part, la santé étant un domaine très large, l'Union doit la protéger dans des domaines tels que la santé des travailleurs[1251].

D'ailleurs, le Conseil européen du 19 juillet 2002 siégeant sur le sujet de la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne a mis l'accent sur la nécessité de renforcer la coopération afin de *promouvoir autant que possible l'accès à des soins de santé de grande qualité… .*[1252]

Ensuite, là où les textes de droit trouvent leur limite, le recours à la jurisprudence des juges européens permet de tracer un cercle encore plus large autour de la défense de la santé. Ainsi, le principe de précaution a été consacré par la Cour de Luxembourg en matière de denrées alimentaires[1253] ou par le Tribunal de Première Instance en matière de médicaments[1254]. Ce principe de précaution a encore été appliqué lors de la crise dite de la ' vache folle '[1255]. La Cour a affirmé le primat de la protection collective de la santé, en refusant de mettre fin à l'embargo de la France sur l'importation de bovin britannique.[1256] A tel point que le principe de précaution a fini par être consacré comme un véritable principe général de droit communautaire[1257]. Ce principe de précaution figure dans le droit dérivé européen en matière d'organismes génétiquement modifiés[1258] ou encore en matière alimentaire[1259]. Il faudra suivre les effets des prochaines crises, pour évaluer comment fonctionne le système de prévention de la santé publique européen et les développements éventuels en matière de renforcement de la santé publique.

La Cour a encore tracé les contours des droits individuels relatifs à la santé, en affirmant le droit de garder le secret sur son état de santé, à propos d'un agent temporaire européen, qui refusait qu'un test de dépistage du sida soit effectué en vue de son embauche.[1260] Cette décision est basée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les juges européens interdisent dès lors, qu'en cas de refus de l'intéressé, l'administration procède à tout test – même indirect - susceptible d' aboutir à soupçonner ou à constater l' existence de cette maladie.

On peut dresser donc une sorte d'inventaire de ce que contiendrait, non pas le droit individuel à une santé parfaite, mais le principe général de l'accès à une prévention en matière de santé et à l'octroi de

[1250] CE. Ord. Réf., 8 sept. 2005, n°284803, *Garde des sceaux c/ Bunel*, La semaine juridique, Paris, Ed. gén. n°38, 21 septembre 2005, Actualités, p.1671.
[1251] Article 137 CE.
[1252] *J.O.C.E* C 183 du 01.08.2002, pp.1-2.
[1253] C.J.C.E., 23 septembre 2003, *Commission / Danemark,* C-192/01, *Rec*., p. 9693.
[1254] C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband e.V.,* C-322/01, *Rec.* p.14887, T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artegodan Gmbh e.a. / Commission,* T-74/00, *Rec*., II-4945, pt 184, T.P.I.C.E., 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaticals BV / Conseil de l'Union Européenne,* T-392/02, *Rec*., p. 4555.
[1255] C.J.C.E., 5 mai 1998, *Royaume-Uni /Commission,* C-180/96, *Rec*., p. 2265.
[1256] C.J.C.E., 13 décembre 2001, *Commission / France,* C-1/2000, *Rec*., p. 9989.
[1257] N. de Grove-Valdeyron, ' Le principe de précaution, nouvel instrument du droit communautaire de la santé ' *in* L'Europe de la santé, *Revue des Affaires Européennes 2003-2004/2*, Bruxelles, Bruylant, pp.265-276.
[1258] Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination des OGM dans l'environnement, *J.O.C.E* L 106 du 17.04.2001.
[1259] Règlement 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions de la législation alimentaire, instituant l'autorité européenne de sécurité des aliments et fixant les procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, *J.O.C.E* L31/1 du 01.02.2002.
[1260] C.J.C.E., 5 octobre 1994, *X / Commission,* C-404/92, *Rec*., p.4737, pt.17.

soins médicaux, en fonction d'un objectif de protection de la santé humaine qui est d'un niveau élevé, selon les termes de l'article 35 de la Charte.

Le problème qui est ainsi posé, est celui de l'accès aux soins, aux bons soins d'ailleurs. L'article 35 n'utilise pas les termes *' d'égalité d'accès aux soins ',* mais garantit simplement le droit de bénéficier des soins médicaux selon la loi et la pratique nationales. Il est vrai que garantir l'égal accès aux soins en tant que tel aurait eu des répercussions très importantes sur les systèmes de sécurité sociale, qui malgré toutes les mesures prises, n'arrivent jamais à assurer en pratique une égalité de soins à tous les citoyens.

L'accès aux soins contient des ' sous-droits ', qui peuvent être déclinés sous la forme de l'acceptation des soins, du refus des soins et du choix des soins[1261]. L'acceptation des soins met en jeu des questions telles que les examens médicaux obligatoires, les vaccinations obligatoires, l'injonction thérapeutique (par un juge pénal par exemple) ou l'hospitalisation sous contrainte de malades mentaux.[1262]

Quant au choix des soins, il faut se rapporter à la jurisprudence relative au Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, *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* (article 22§1).[1263]

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, en matière de santé, relève principalement des articles 3, 5 et 8 de la Convention, étant donné l'absence d'un droit spécifique à la santé dans ladite Convention. En ce qui concerne l'article 3, la Cour de Strasbourg a jugé qu'il n'y avait pas de traitement inhumain dans le chef d'une administration qui forçait un prisonnier à se nourrir.[1264] Mais constitue un traitement inhumain le fait d'expulser un étranger et qui a pour résultat d'interrompre l'administration de soins palliatifs.[1265] En ce qui concerne l'article 8 § 1 de la Convention, il faut se référer à l'arrêt *Pretty*, qui concernait une requérante qui souffrait des effets dévastateurs d'une maladie dégénérative qui allait entraîner une détérioration graduelle de son état et une augmentation de sa souffrance physique et mentale[1266]. L'intéressée souhaitait atténuer cette souffrance en exerçant un choix consistant à mettre fin à ses jours avec l'assistance de son mari. Cet arrêt, sans légitimer l'euthanasie, affirme que *l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit porte atteinte à l'intégrité physique*. La Cour refuse cependant de donner au droit à l'autodétermination le sens d'un choix à la mort plutôt qu'à la vie.

L'ensemble des dispositions légales et des mesures prises au niveau de la Communauté puis de l'Union autour de l'accès aux soins peut finalement être qualifié d'*Europe communautaire des patients*[1267]. Les différentes directives de reconnaissance des diplômes des médecins et autres professionnels de la santé tels que les infirmiers ou pharmaciens, qui favorisent l'établissement de ceux-ci dans d'autres Etats membres[1268], les mesures et débats relatifs à la bioéthique, notamment à la recherche sur les cellules souches embryonnaires et au respect du droit à la dignité de l'homme, les campagnes de prévention contre les maladies telles que le SIDA, les thématiques et décisions de justice liées aux droits des femmes à l'avortement, à l'euthanasie, aux droits des personnes handicapées, à la situation des enfants hospitalisés, l'accès aux soins des personnes les plus marginalisées telles que prisonniers, personnes en situation précaire et demandeurs d'asile, l'égalité

[1261] L. Dubouis, ' Une singulière liberté, la liberté de se soigner ' *in* Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruxelles, Bruylant, 2005, Vol. I, pp.727-746.
[1262] ibid.
[1263] *J.O.C.E* L 149 du 05.07.1971; cf. note 7.
[1264] Cour eur. D.H., arrêt *Herczegfalvy c. Autriche* (req. n° 10533/83) du 24 septembre 1992, *Ser.* A, No. 244.
[1265] Cour eur. D.H., arrêt *D. c/ Royaume-Uni* (req. n° 30240/96) du 2 mai 1997, *Rec.*1997-III.
[1266] Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* (req. n° 2346/02) du 29/ avril 2002, *Rec*. 2002-III.
[1267] M. Bélanger, 'l'Europe communautaire des patients' *in* L'Europe de la santé, Revue des Affaires Européennes 2003-2004/2, Bruxelles, Bruylant, pp.213-219.
[1268] A ce sujet, voir la Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *J.O.C.E* L 255 du 30.09.2005.

entre le secteur hospitalier public et privé ou encore l'étendue de la couverture de la sécurité sociale sont quelques-uns des thèmes qui démontrent que la problématique de la santé est générale. Les mesures communautaires décidées afin de faciliter le remboursement des soins de santé à l'étranger participent de ce souci de garantir un accès aux soins le plus équitable et le plus facile possibles, telles que le remplacement du formulaire E111 par la carte sanitaire européenne, facilitant ainsi la libre circulation du malade en Europe.

Et le domaine de la santé est d'une telle importance, que ce ne sont pas uniquement les praticiens de la santé qui se sentent concernés. Ainsi, l'Union Internationale des Avocats a adopté, lors du congrès de Fez en septembre 2005, une charte de la santé, dans laquelle elle proclame, à l'article 1er, que *' le droit à la santé est un droit personnel, inaliénable et imprescriptible. Toute atteinte à ce droit est une atteinte à la dignité humaine '.*

Finalement, pour faire avancer la santé vers un droit plus évolué en tant que droit fondamental pour le citoyen, c'est l'ensemble de la société européenne qui devra progresser. Et pour cela, il faut que l'Europe demeure…en bonne santé .

Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général

L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion économique et sociale de l'Union.

I. Introduction

Le droit d'accès aux services d'intérêt économique est étranger à la convention européenne des droits de l'homme, même si l'on peut arguer que l'absence d'un accès minimum à certains services publics la vie privée ne peut être vécue dignement et qu'une mesure de suppression d'un tel accès pourrait constituer un comportement contraire à l'article 8. Cependant l'article 36 de la Charte va beaucoup plus loin qu'une telle garantie hypothétique et constitue une avancée sur le plan des droits fondamentaux même si pour l'essentiel il n'innove guère par rapport au droit communautaire existant. Cet article représente ce qui subsiste d'une proposition française plus ambitieuse relatives aux services d'intérêt économique général. On sait qu'il s'agit de la préoccupation classique de sauvegarder face au courant communautaire de libéralisation des services publics (énergie, transports, postes et télécommunications…) et à l'application stricte du droit de la concurrence, les spécificités de certains Etats membres. C'est la raison pour laquelle, bien que certains aient fortement douté qu'il s'agisse véritablement d'une question de droits fondamentaux, dans l'intérêt d'un consensus sur la Charte, cette disposition a été introduite.

Ses effets sont très limités. Tout d'abord, elle est formulée comme un principe et non comme créant un droit subjectif. Elle signifie que, lorsqu'elle légifère, l'Union doit respecter le principe d'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est établi par les législations et pratiques nationales. L'effectivité de l'accès est donc renvoyé à la législation nationale ce qui signifie que l'article 36 est conçu essentiellement comme un principe protecteur des mesures nationales relatives à l'accès aux services publics. Lorsque les Etats membres ont jugé nécessaire de définir un service minimum pour permettre l'accès des citoyens à certaines prestations, la législation communautaire ne peut remettre en cause ce service.

Les finalités du principe d'accès sont définies. Il s'agit de préserver la cohésion sociale et territoriale qui constitue l'un des éléments mis en valeur par l'article 16 CE, relatif aux services d'intérêt économique général. S'agissant de la cohésion sociale, le service minimum a pour objet de permettre à tous quels que soient leurs revenus de bénéficier d'un certain nombre de prestations. La libéralisation d'un certain nombre d'activités ne doit pas fonctionner comme un principe d'exclusion. La cohésion territoriale garantit que, quel que soit leur lieu de résidence, les habitants doivent pouvoir bénéficier d'une desserte minimale par les services publics même si, sur le plan économique, il s'agit d'une activité non rentable. Elle a pour conséquence que les autorités publiques peuvent pour garantir l'accès accorder des subventions aux entreprises afin de leur permettre d'assurer l'accès aux services publics.
Enfin, le droit d'accès n'entre pas en contradiction avec les dispositions du traité. Ceci indique qu'il ne s'agit pas d'introduire de nouvelles restrictions à l'application des règles de concurrence, mais de se situer dans le cadre de l'article 16 CE selon lequel : ‘ ; eu égard à la place qu'occupant les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et de conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions’. L'autre disposition concernant les services d'intérêt général est celle relative à la concurrence puisque l'article 86, paragraphe 2 du traité précise que

l'application des règles de concurrence ne doit pas faire échec 'à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière' qui est impartie aux services économiques d'intérêt général.

Le droit d'accès aux services publics est reflété de manière particulière dans d'autres dispositions de la Charte, notamment dans l'article 29 sur le droit d'accès aux services gratuits de placement ou dans l'article 14 sur le droit à l'éducation et l'accès à la formation professionnelle ou continue. Enfin, on peut considérer à certains égards que le refus de cet accès peut porter atteinte à la dignité humaine dans la mesure où faute d'accès à des services élémentaires comme l'eau, le gaz ou l'électricité, il devient difficile de mener une existence digne. C'est d'ailleurs sous cet angle que le juge belge avait abordé le problème dans un jugement du 25 janvier 1988 à propos de la fourniture d'énergie (cour d'appel de Bruxelles, JLMB, 1989, p.1132)

II. Législation communautaire et jurisprudence communautaire

Le droit d'accès prend classiquement la forme en droit communautaire du service universel. Chaque fois que sont prises des mesures de libéralisation dans un secteur déterminé est prévue ou imposée la possibilité pour les Etats membres la possibilité de maintenir un service minimum accessible à l'ensemble des consommateurs sur l'ensemble de leur territoire. Les Etats peuvent contribuer fonctionnement de ce service universel déficitaire par nature à condition de respecter des conditions de transparence et de proportionnalités des subventions allouées. On peut citer à cet égard la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communication électronique. Cette directive est exemplaire parce qu'elle établit un cadre réglementaire harmonisé qui garantit la fourniture d'un service universel. Font partie du service universel, le raccordement au réseau téléphonique, le service de renseignement téléphonique et les annuaires, la mise à disposition de postes téléphoniques publics payants, une tarification permettant l'accès aux personnes de faible revenu, l'accès gratuit aux numéros d'appel d'urgence. Ce service doit être mis à la disposition de tous les utilisateurs finals 'indépendamment de leur position géographique et…à un prix abordable' (article 1). Les obligations de service universel peuvent faire l'objet de subventions pour leur coût net calculé dans des conditions de transparence. On trouvai déjà de telles règles dans la directive 97/67/CE concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté. Elle vise la densité des points de contacts, les horaires des levées et distributions de courriers, les types d'envoi (lettre ou colis) qui relèvent du service universel (pour d'autres exemples, voir notamment la directive 2003/54/CE sur le marché intérieur de l'électricité).

S'il existe une abondante jurisprudence sur les services d'intérêt économique général, elle ne porte pas sur le droit d'accès en lui-même, mais essentiellement sur les subventions attribuées à certains opérateurs économiques pour compenser les coûts liés à des activités d'intérêt général. Ces subventions doivent-elles être considérées comme des aides d'Etats notifiées à la Commission ou sont-elles exemptées du régime des aides. La Cour de justice a mis fin à une jurisprudence fluctuante dans son arrêt Altmark, relatif aux transports, lequel établit que les compensations destinées à permettre l'accomplissement des activités de service public ne tombent pas sous le régime des aides dès lors

- que l'entreprise est effectivement chargée d'obligations clairement définies de service public,
- que les paramètres de calcul de la compensation sont objectifs et transparents,
- que la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir l'exécution des obligations compte tenu d'un bénéfice raisonnable,
- que si l'opérateur n'est pas choisi dans le cadre d'un marché public, le niveau de compensation soit calculé sur la base des coûts encourus par un opérateur moyen ; ,bien géré et pourvu du matériel adéquat en tenant compte des recettes encaissées et d'un bénéfice raisonnable (arrêt du 24 juillet 2003, aff. C-280/00)

On ne doit pas méconnaître l'importance de cette jurisprudence, car la question de la compensation des obligations de service public est l'élément déterminant de l'instauration d'un service universel et la garantie du droit d'accès.

Article 37. Protection de l'environnement

Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable

I. Introduction

L'article 37 de la Charte se présente comme un décalque des articles 2 et 6 du traité CE. Il emprunte à l'article 2 les références à un haut niveau de protection de l'environnement et à l'amélioration de sa qualité et à l'article 6 l'exigence d'intégration de la protection de l'environnement dans toutes les politiques communautaires. Divisée quant à la formulation d'un droit à l'environnement, la convention n'a pas pu aller plus loin qu'un rappel de l'acquis des traités. Elle a notamment refusé toute solution qui aurait pu faire du droit à l'environnement un droit subjectif en écartant une formule qui aurait rendu 'toute personne' titulaire de ce droit. De la même manière, elle a écarté toute référence à un droit à l'information ou à la consultation en matière d'environnement. L'article 37 n'établit pas un droit subjectif, mais un principe qui s'impose à l'Union dans ses actions. Ceci pose bien entendu la question de la justiciabilité du droit tel qu'il est garanti. Dans la conception qu'avaient les auteurs de la Charte, la justiciabilité du principe naissait essentiellement lorsque le droit prévu était concrétisé à travers de mesures d'application adoptées tant par l'Union que par les Etats membres. Cette vision a été confirmée de manière restrictive dans les modifications apportées à la Charte par la Convention sur l'avenir de l'Europe. L'article II-112, paragraphe 5 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe[1269], qui vise à remplacer l'actuel article 52 de la Charte, dispose : 'Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes'. Il est donc possible à un particulier d'invoquer l'article 37 à l'encontre d'un acte communautaire relatif à l'environnement dès lors qu'il ne vise pas un niveau élevé de qualité de l'environnement ou n'améliore pas la qualité de celui-ci. La même possibilité est ouverte à l'encontre des mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire. De même, dans la mesure où les préoccupations environnementales doivent être prises en compte dans l'ensemble des politiques de l'Union, une telle action devrait être ouverte contre tout acte, quel que soit son objet, dès lors qu'il contrevient à l'article 37. Ainsi, un acte pris sur la base de l'article 95 (marché intérieur) peut être contesté au regard de l'article 37.

Reste à préciser la signification qu'il convient de donner à 'un niveau élevé de qualité de l'environnement' et à 'une amélioration de la qualité de celui-ci'. Le sens de la seconde expression est plus aisé à établir puisque toute mesure qui aurait pour effet de dégrader la qualité de l'environnement contreviendrait aux exigences de l'article 37. Par contre, s'agissant du 'niveau élevé', s'agit-il du niveau le plus élevé possible ? La Cour de justice a été confrontée à cette question à propos de l'interprétation de l'article 130 R (aujourd'hui 174) qui fait lui référence à 'un niveau de qualité élevé'. Elle a tout d'abord précisé qu'en raison de la nécessaire mise en balance des différents objectifs et de la complexité de mise en œuvre des critères, le contrôle du juge était limité à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. Il s'agit donc d'un contrôle minimal. S'agissant du niveau élevé, elle a jugé qu'il ne devait pas nécessairement s'agir du niveau le plus élevé techniquement possible. Il est vrai qu'elle a notamment justifié cette considération par le fait que le traité réservait aux Etats membres la

[1269] *J.O.C.E.* C 310 du 16.12.2004

possibilité d'adopter des mesures plus contraignantes[1270]. Il reste à savoir si, s'agissant aujourd'hui d'un droit fondamental, une autre interprétation se fera jour. Le texte de la Charte reprenant celui du traité et, faisant référence à un niveau élevé et non pas au niveau le plus élevé possible, un revirement de jurisprudence n'est guère probable.

L'article 175, paragraphe 2 indique sur quels principes est fondée l'action de la Communauté : principe de précaution et d'action préventive, principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et principe du pollueur-payeur. Ces principes ne sont pas incorporés dans la Charte, mais ils doivent être pris en considération, car ils constituent des moyens d'atteindre un niveau élevé de protection de l'environnement. Ils serviront d'ailleurs principalement comme justification à des limitations portées à d'autres droits garantis au nom de la protection de l'environnement. Leur rôle devrait être important lorsque le juge sera amené à mettre en balance la protection de l'environnement avec des droits, comme le droit de propriété ou la libre entreprise, qui se verront limités en raison d'exigences environnementales.

Enfin, la protection de l'environnement ne résulte pas seulement de l'article 37. Elle peut résulter aussi de l'article 7 de la Charte relatif à la protection de la vie privée, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. *infra*). Une mesure qui contrevient à l'exigence de protection de l'environnement peut non seulement être attaquée parce qu'elle ne met pas en œuvre un niveau élevé de protection, mais aussi en raison des atteintes qu'elle porte à la vie privée.

II. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme ne contient aucune référence à un quelconque droit à un environnement sain et naturel. Ce n'est donc qu'indirectement à travers la protection de la vie privée que la Cour a pu assurer la protection des personnes privées pour autant que les atteintes à l'environnement aient une incidence sur leur vie privée. La jurisprudence de la Cour a pu varier à travers le temps, mais les lignes directrices en sont aujourd'hui fixées dans un arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Hatton et autres c. Royaume-Uni*[1271]. Cet arrêt s'inscrit en régression par rapport à jurisprudence antérieure. Il s'agissait en l'espèce d'apprécier l'atteinte portée à la vie privée des requérants par le bruit des avions qui utilisaient l'aéroport d'Heathrow. Pour la Cour, l'article 8 peut inclure un droit à être protégé contre des atteintes graves à l'environnement puisqu'elles peuvent affecter 'le bien-être d'une personne privée et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans autant mettre en grave danger la santé de l'intéressé'[1272]. Cependant, dans la mesure où le mécanisme européen de contrôle reste subsidiaire, les autorités nationales sont mieux placées que le juge européen pour faire face à la situation. L'Etat jouit donc d'une large marge d'appréciation. La Cour doit apprécier dans ce contexte les mesures prises par les autorités britanniques. Elle note que l'on peut apprécier les faits sous deux aspects : soit considérer la législation britannique comme constituant une ingérence dans la vie privée, soit estimer que le gouvernement britannique, n'étant pas propriétaire d'Heathrow, avait l'obligation positive de prendre des mesures pour protéger la vie privée des requérants. Mais, dans les deux cas, des principes semblables s'appliquent. Il faut établir une balance entre les nuisances dont sont victimes les requérants et l'intérêt de la société (bien-être économique du pays dans son ensemble, mais aussi intérêt des compagnies aériennes et de leurs clients). Pour la Cour, l'Etat a en l'espèce, ménagé un juste équilibre entre ces intérêts et a adopté les mesures contestées sur la base d'enquêtes et d'études appropriées. L'article 8 n'a pas été violé. Par contre, en raison du caractère limité du contrôle juridictionnel qui pouvait être exercé sur ces mesures, l'article 13 a été violé. Le contrôle par le biais de l'article 8 se limite donc a examiner si les intérêts des particuliers ont été pris en considération et si la balance d'intérêt qui fonde l'action ou l'abstention contestée est justifiée

[1270] C.J.C.E., 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech c/S et T.*, C-284/95, *Rec.,* p. I-4301.
[1271] Cour eur. D.H. (G.C.), *Hatton c. Royaume-Uni (*req. nº 36022/97*),* arrêt du 8 juillet 2003.
[1272] Cour eur. D.H., *Lopez Ostra c. Espagne*, arrêt du 9 décembre 1994, *Ser*. A, No. 303-C, § 31

III. La législation communautaire

La législation environnementale communautaire est abondante. N'est retenue ici que celle qui est en rapport étroit avec le droit garanti par l'article 37. En ce sens, l'oeuvre d'approfondissement se situe principalement dans le domaine de l'information et de la participation des citoyens. Il s'agit là d'une manifestation de la tendance à la procéduralisation des droits. Dans la mesure où les particuliers ne disposent pas d'un véritable droit subjectif, l'Union leur reconnaît des prérogatives dans les domaines procédural, ce qui ouvre le champ à des actions judiciaires au cas où les procédures ne seraient pas respectées par les autorités publiques. Le premier texte communautaire a été la directive 90/313/CE qui consacrait la liberté d'accès à l'information en matière environnementale et réglementait les conditions d'accès aux informations. Ce texte précurseur a vu sa portée dépassée par la convention d'Aarhus négociée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe des Nations-Unies et signée par la Communauté en juin 1988. Dans ce cadre, la directive de 1990 a été remplacée par une nouvelle directive 2003/4/CE. D'autres textes sont en préparation notamment en ce qui concerne l'accès à la justice en matière d'environnement. S'agissant de la participation du public à l'élaboration de certains plans et programmes concernant l'environnement, la directive 2003/35/CE qui modifie les directives 85/337/CE et 96/61/CE concrétise les dispositions de la convention d'Arrhus en ce qui concerne la participation et l'accès à la justice. Elle fixe les modalités d'information et de participation du public et impose aux Etats membres de prévoir un recours devant une instance juridictionnelle ou un autre organe indépendant et impartial lorsque les dispositions de la directive ne sont pas respectées.
La directive sur la responsabilité environnementale adoptée en mars 2004 traduit dans le droit positif l'application du principe pollueur-payeur. Elle privilégie les actions de prévention lorsque apparaît la probabilité d'un dommage et organise les modalités de réparation du dommage lorsque celui-ci est réalisé.

Enfin, pour compléter l'arsenal, la décision-cadre 2003/80/JAI définit les infractions environnementales et harmonise les sanctions pénales. Cette décision a été adoptée sur la base du titre VI TUE. La Commission a introduit un recours, car elle estime que certaines des dispositions de cette décision devaient relever d'une base juridique communautaire.

Article 38. Protection des consommateurs

Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union

I. Analyse de l'article 38 de la Charte

L'article 38 s'inspire de l'article 153 du traité CE. Il emprunte au paragraphe 1 l'exigence d'un niveau élevé de protection et au paragraphe 2 le fait que cette protection soit prise en compte dans les politiques de l'Union. La formulation de l'article 38 laisse penser que, tout comme en matière d'environnement, la Charte n'établit pas de droit subjectif qui serait adressé à ' toute personne ' mais un ' principe ' social et économique qui est érigé au rang des droits fondamentaux. S'il semble satisfaire aux exigences de clarté et possède un caractère inconditionnel, les deux premières conditions pour qu'une disposition puisse être reconnue d'effet direct, l'article 38 ne remplit pas le critère selon lequel aucune mesure intermédiaire ne doit s'interposer entre l'individu et l'acte pour la mise en œuvre des règles qui y sont énoncées. Toutefois, la justiciabilité des droits des consommateurs sur la base de cet article n'est pas totalement écartée. Certes, il serait difficile pour un consommateur ou une association de consommateurs d'agir à travers les voies de recours directs pour faire constater, en vertu de l'article 38, la nullité d'un acte, la carence d'une institution ou le manquement d'un Etat, cela en raison des conditions strictes de recevabilité de tels recours. Mais lorsqu'un acte communautaire ou un acte national pris dans le domaine du droit communautaire est contraire à l'article 38, le juge ne peut, une fois la portée juridique de la Charte établie, ignorer cette disposition. En effet la justiciabilité ne se limite pas à l'effet direct, loin de là, elle existe à de nombreux niveaux différents. Le juge est donc confronté à deux problèmes distincts. D'une part, il doit déterminer où se situe le ' niveau élevé de protection des consommateurs ' consacré par la Charte et, d'autre part, il doit apprécier ce niveau au regard ' des politiques de l'Union '.

S'agissant du premier problème, au fur et à mesure des différentes affaires relatives aux consommateurs, la Cour de justice a pu établir une véritable politique jurisprudentielle tendant à construire un équilibre entre d'une part les impératifs des libertés fondamentales et, d'autre part, les exigences de la protection d'un niveau élevé des consommateurs. Premièrement, la protection ne s'applique qu'à un 'consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé'[1273] ; la Cour peut cependant retenir une définition moins stricte dès lors que les éléments de fait en l'espèce l'exigent[1274]. En second lieu, la protection ne doit aboutir, dans l'Etat membre concerné, à la 'cristallisation des habitudes de consommation'[1275] même si les particularités propres à chaque Etat membre liées à la consommation peuvent être prises en compte. En dernier lieu, si l'existence de solutions moins restrictives dans un Etat membre n'empêche pas un autre Etat membre de prendre des mesures plus strictes de façon à atteindre un niveau de protection plus élevé[1276], il est de jurisprudence constante que le principe de reconnaissance mutuelle interdit de déroger à une liberté fondamentale

[1273] C.J.C.E., 30 avril 1991, *SCP Boscher*, C-239/90, *Rec*., p. I-2023 ; C.J.C.E., 16 juillet 1998, *Gut Springenheide & Tusky* , C-210/96, *Rec*., p. I-4657; C.J.C.E., 6 juillet 1995, *Mars*, C-470/93, *Rec*., p. I-1923; C.J.C.E., 28 janvier 1999, *Verbraucherschutzverein eV*, C-303/97, *Rec*., p. I-513; C.J.C.E., 12 octobre 2000, *Ruwet*, C-3/99,.*Rec*., p. I-8749.

[1274] C.J.C.E., 16 mai 1989, *Buet*, aff. 382/87, *Rec*., p. 1235. La Cour attire l'attention du juge national sur le fait que la vente par démarchage des documents d'enseignement peut être interdite au vu des caractéristiques du consommateur dans ce domaine.

[1275] C.J.C.E., 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, aff. 178/84, *Rec*., p. 1227 (affaire dite 'loi de pureté').

[1276] Par ex., C.J.C.E., 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, *Rec*., p. I-1141; C.J.C.E., 2 février 1994, *Estée Lauder*, C-315/92, *Rec*., p. I-317; v. aussi sur la variabilité du niveau de protection nécessaire en fonction de la complexité du produit ou service concerné, C.J.C.E., 09 juillet 1997, *SCI Parodi*, C-222/95, *Rec*., p. I-3899.

lorsque le motif d'intérêt général recherché par la mesure nationale est déjà couvert par une protection équivalente offerte dans le pays d'origine[1277].

En ce qui concerne le domaine de la protection, si l'article 153 du traité issu de sa version du traité d'Amsterdam, ne limite pas cette protection aux seules politiques de l'Union mais prévoit que la Communauté ' contribue ' d'une manière générale à la protection des consommateurs pour la promotion de leurs différents droits, l'article 38 de la Charte prévoit simplement que cette protection est assurée dans les politiques de l'Union. Il s'agit ici de rester clair et concis dans la formulation des droits énoncés et non pas de désavouer des actions jusque là menées par la Communauté principalement dans le cadre des articles 95 et 153 du traité CE. En effet, une réelle volonté politique d'améliorer la protection des consommateurs au niveau européen était apparue dès 1972 au sommet de Paris. C'est ainsi que le Conseil avait adopté le ' premier programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs '[1278] suivie en 1981 d'un deuxième programme[1279]. En 1986, l'Acte unique européen a fait référence à l'obligation d'assurer ' un niveau de protection élevé … ' à la charge des institutions communautaires dans le cadre du marché intérieur. Jusqu'au traité de Maastricht, plusieurs Résolutions du Conseil ont tracé des lignes d'action[1280] au point de fonder ' une politique informelle '[1281] de protection des consommateurs[1282]. Avec le Traité de Maastricht la protection des consommateurs devient une véritable politique commune.

II. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La protection des consommateurs n'a pas été consacrée en tant que telle par la Convention européenne des droits de l'Homme. L'apport de la Charte est donc importante. Quant à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le sujet ne fait que des apparitions très occasionnelles. Ainsi, par exemple, l'information des consommateurs peut-elle faire partie de la liberté d'expression des éditeurs spécialisés dans ce domaine[1283].

III. La législation communautaire

Aujourd'hui en tant qu'élément du marché unique et composant de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice, la protection des consommateurs dans l'Union constitue une politique à part entière. La législation communautaire en la matière est abondante. Les principaux domaines des mesures communautaires sont premièrement, l'information, l'éducation et la représentation du consommateur, deuxièmement, la protection de sa santé et sa sécurité, troisièmement, la protection de ses intérêts économiques.

[1277] Voy, par ex., C.J.C.E., 28 avril 1977, *Thieffry*, aff. 71/76, *Rec*., p. 765; C.J.C.E., 16 décembre 1980, *Fietje*, aff. 27/80, *Rec*., p. 3839; C.J.C.E., 3 octobre 1990, *Procédure pénale contre Bouchoucha,* C-61/89, *Rec*., p.I-3551*)*; C.J.C.E., 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, C-340/89, *Rec*., p. I-2357; ….

[1278] Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *J.O.C.E.* C 92 du 25.04.1975, p. 1.

[1279] *J.O.C.E.* C 133 du 03.06.1981, p. 1.

[1280] Résolution du Conseil du 23 juin 1986 concernant les futures orientations de la politique de la Communauté économique européenne pour la protection et la promotion des intérêts des consommateurs, *J.O.C.E.* C 167 du 05.07.1986, p. 1; Résolution du Conseil du 15 décembre 1986 concernant l'intégration, dans les autres politiques communes, de la politique à l'égard des consommateurs, *J.O.C.E.* C 3 du 07.01.1987, p. 1; Résolution du Conseil, du 9 novembre 1989, sur les priorités futures pour la relance de la politique de protection des consommateurs, *J.O.C.E.* C 294 du 22.11.1989, p. 1.

[1281] M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2ème éd., Bruylant-Académia, 2002, p. 567.

[1282] V. aussi le premier plan d'action triennal qui a été établi par la Commission pour 1990-1992 (COM (90) 88 final).

[1283] Cour eur. D.H., *Hertel c. Suisse* (req. n°. 25181/94), arrêt du 25 août 1998, *Rec*. 1998-VI; Cour eur. D.H., *Klaus Beermann c. Allemagne* (req. n° 10572/83), arrêt du 25 octobre 1989, *Ser.* A, No. 165 ; v. aussi, Cour eur. D.H., *Cantoni c. France* (req. n°17862/91), arrêt du 22 octobre 1996, *Rec*. 1996-V (à propos de la Directive 65/65 du Conseil du 26 janvier 1965 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques) et Cour eur. D.H., *Mellacher et autres c. Autriche* (req. n° 10522/83), arrêt du 23 novembre 1989, *Ser.* A, No. 169 (à propos de la mesure autrichienne de réduction des loyers).

En ce qui concerne l'information, l'éducation et la représentation des consommateurs tout d'abord, on peut citer la Directive 75/106/CEE relative au préconditionnement en volume de certains liquides en préemballages, la Directive 79/112 sur la présentation des denrées alimentaires maintes fois modifiée et reprise, la Directive 79/581 sur la protection des consommateurs en matière d'indication de prix, la Directive 84/450 sur la publicité trompeuse, la Directive 90/496/CEE relative à l'étiquetage nutritionnel des denrées alimentaires, le Règlement (CEE) n° 2081/92 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, la Décision no 372/1999 mettant en place l'EHLASS, qui est actuellement le système communautaire d'information sur les accidents domestiques et de loisirs, et, le système communautaire d'échange rapide d'informations, le Règlement (CE) nº 1139/98 concernant la mention obligatoire, dans l'étiquetage de certaines denrées alimentaires produites à partir d'organismes génétiquement modifiés, la Directive 2000/13/CE relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, le Règlement (CE) nº 50/2000 concernant l'étiquetage des denrées et ingrédients alimentaires contenant des additifs et arômes génétiquement modifiés, la Directive 2001/37/CE relative aux produits du tabac et la Décision de la Commission du 9 octobre 2003 portant création d'un groupe consultatif européen des consommateurs. Dernièrement la Commission a adopté le Règlement (CE) n° 65/2004 instaurant un système pour l'élaboration et l'attribution d'identificateurs uniques pour les organismes génétiquement modifiés.

Quant à la protection de la santé et la sécurité, on peut évoquer par exemple la Directive 76/768 sur les produits cosmétiques, la Directive 88/378/CEE relative à la sécurité des jouets, la Décision de la Commission du 23 juillet 1997 instituant des comités scientifiques dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire, la Directive 1999/45/CE relative à la classification, à l'emballage et à l'étiquetage des préparations dangereuses, la Directive 2001/95/CE relative à la sécurité générale des produits et le Règlement (CE) n° 178/2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire et instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires. Enfin, on peut se référer à la Résolution du Conseil du 1er décembre 2003 sur la sécurité des services aux consommateurs, et au Règlement (CE) n° 1829/2003 sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés.

La protection des intérêts économiques du consommateur a fait l'objet de nombreuses mesures elle aussi. Ainsi, la Directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse, la Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, la Directive 85/577/CEE concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, la Directive 87/102/CEE relative au crédit à la consommation, la Directive 90/314 relative aux voyages, vacances et circuits à forfait, la Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, la Directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la Directive 98/6/CE relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, la Directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, la Directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation, la Directive 2000/31/CE dite 'directive sur le commerce électronique', la Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, et la Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE. Il ne faut pas oublier que l'effectivité de ces droits prévus par les textes communautaires dépend de la facilité pour les consommateurs d'accéder en justice[1284].

[1284] voy. la Résolution du Conseil du 25 juin 1987 sur l'accès des consommateurs à la justice, *JO* C 176 du 04.07.1987

La protection des consommateurs n'est pas seulement régie par le droit communautaire. En effet, il est possible de trouver des actes adoptés en vertu de l'article 34 du traité sur l'Union[1285]. Cela montre que l'emprise de l'Union sur la protection des consommateurs est considérable et que la politique communautaire continue son développement pour une protection sans cesse plus complète[1286].

[1285] Décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, *JO* L 149 du 02.06.2001.
[1286] Voy. Décision 20/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 décembre 2003 établissant un cadre général pour financer les activités communautaires à mener à l'appui de la politique des consommateurs pendant les années 2004 à 2007.

Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'Etat membre où elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat.

2. Les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, libre et secret.

I. Instruments internationaux

Au niveau international, l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) dispose :

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables:

- De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
- De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;
- D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

L'Observation générale n°25 relative à l'article 25 PIDCP rappelle que le droit de vote et de se porter candidat sont étroitement liés à la liberté d'expression, d'assemblée et d'association qui sont des conditions essentielles pour l'exercice de ces droits (paragraphe 12 de l'O.G. n.25)[1287]. Le paragraphe 12 de l'Observation générale n° 25 souligne en particulier que ' des informations et tous les documents requis devraient être disponibles dans les langues des minorités. Des moyens spécifiques, par exemple un système de photographies ou de symboles, devraient être adoptés afin que les électeurs analphabètes soient suffisamment informés pour faire leur choix '. Le paragraphe 25 insiste sur le fait que l'exercice des droits de vote et d'éligibilité requièrent des médias libres.

L'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose :

1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.
2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.
3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote.

L'article 5 (c) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) requiert des Etats parties qu'ils s'engagent ' à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de

[1287] Comité des droits de l'homme, Observation générale No.25 (57), Observations générales adoptées au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traites, UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : (…) c) Droits politiques, notamment droit de participer aux élections -- de voter et d'être candidat -- selon le système du suffrage universel et égal, droit de prendre part au gouvernement ainsi qu'à la direction des affaires publiques, à tous les échelons, et droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques' (…).

Et l'article 7 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), quant à lui, dispose que :

> Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans la vie politique et publique du pays et, en particulier, leur assurent, dans des conditions d'égalité avec les hommes, le droit :
>
> a) De voter à toutes les élections et dans tous les référendums publics et être éligibles à tous les organismes publiquement élus;
> b) De prendre part à l'élaboration de la politique de l'Etat et à son exécution, occuper des emplois publics et exercer toutes les fonctions publiques à tous les échelons du gouvernement;
> c) De participer aux organisations et associations non gouvernementales s'occupant de la vie publique et politique du pays.

Enfin, l'article 15 de la Convention-Cadre pour la protection des minorities nationals du Conseil de l'Europe impose aux Etats de créer les conditions nécessaires pour la participation effective des individus appartenant à des minorités nationales notamment dans les affaires publiques.

II. Droit communautaire

1. Introduction

Au niveau europeén, ce droit constitue une transposition du principe de démocratie sur lequel se fonde l'Union européenne, tel qu'affirmé à l'article 6 CE. Dans ce contexte, on rappelle qu'au début les députés du parlement européen (en anglais, les 'MEPs') étaient désignés par les membres des parlements nationaux, puis à partir du 1979 par les citoyens dans leurs pays d'origine et à partir du 1992, par les citoyens dans leurs pays de résidence. En ce qui concerne l'évolution de l'institution il faut, en particulier, mentionner l'arrêt *Les Verts c. Parlement européen*,[1288] qui a anticipé les modifications de l'article 230 du Traité CE, introduites par le Traité de Maastricht : la Cour a affirmé que le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du PE destinés à produire des effets juridiques vis – à- vis des tiers.

Le droit en examen trouve son fondement dans l'article 19 CE, introduit par le Traité de Maastricht. Comme prévu par l'article 52 de la Charte, le droit s'exerce dans les conditions et limites définies par les traités communautaires. Par ce biais, les modalités d'exercice du droit de vote et d'éligibilité adoptées en application de l'article 19 (2) CE restent valables et, en premier lieu, 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[1289].

L'article 19 CE prévoit que le Conseil est chargé d'arrêter les modalités d'application pratiques de l'article 19, et qu'il peut, aussi, prévoir des dérogations visant à tenir compte de situations spécifiques dans un Etat membre (voir article 4 de la Directive 93/109/CE précitée).

[1288] C.J.C.E., 23 avril 1986, *' Les Verts ' c. Parlement européen*, C- 294/83, *Rec*., p. 1339.
[1289] 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, *J.O.C.E.* L 329 du 30.12.1993, p. 34.

Le premier paragraphe de l'article 39 de la Charte confère aux citoyens de l'Union l'électorat actif et passif aux élections au Parlement européen dans leurs pays de résidence, en éliminant tout lien entre appartenance nationale et pays où le droit de vote et d'éligibilité peut être exercé. Le principe à la base des élections au Parlement européen et élections municipales – tels que consacrés à l'article 19 du CE – est le suivant : les droits de vote et d'éligibilité sont reconnus aux ressortissants des autres Etats membres dans les mêmes conditions que celles applicables aux nationaux (il s'agit donc d'une application du principe de non-discrimination).

Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre (article 17 (1) CE). Etant donné qu'il n'existe pas d'harmonisation en matière d'attribution de la nationalité au niveau européen, l'application de ce critère peut donner lieu à des difficultés, comme il s'est avéré dans l'affaire *Micheletti*[1290]. Le critère de résidence retenu pour déterminer le lieu d'exercice du droit de vote constitue le complément nécessaire à la liberté de circulation et de séjour. Aucune exigence particulière en matière de durée de la résidence, différente de celle applicable aux nationaux, peut être requise aux citoyens de l'Union non ressortissants de l'Etat de résidence (article 5 directive).

Le deuxième paragraphe de l'article 39 de la Charte indique les principes généraux qui régissent les élections au Parlement européen. Ces principes s'inspirent du droit constitutionnel des Etats membres et de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit le droit à des élections libres :

> Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.

Cette disposition a été explicitement déclarée applicable aux élections au Parlement européen par la Cour européenne des droits de l'homme[1291]. Dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*[1292] la Cour a précisé que le libellé de l'article 3 énonce un droit de caractère individuel, ce caractère étant à la base de toute la Convention: […] la 'coloration interétatique' du libellé de l'article 3 (P1-3) ne reflète aucune différence de fond avec les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Elle semble s'expliquer plutôt par la volonté de donner plus de solennité à l'engagement assumé et par la circonstance que dans le domaine considéré se trouve au premier plan non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils et politiques, mais celle, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures positives pour 'organiser' des élections démocratiques.

Sur le critère d'inéligibilité, dans l'arrêt *Podkolzina*[1293], la Cour constate qu'une loi sur les élections parlementaires postulant l'inéligibilité des citoyens ne maîtrisant pas la langue nationale au niveau supérieur de connaissance, poursuit une finalité légitime mais doit être proportionnée au but recherché.

Dans l'arrêt *Sadak et al. c. Turquie*, relatif au droit d'être élu et d'exercer son mandat, la Cour rappelle que l'article 3 du Protocole n° 1 consacre un principe caractéristique d'un régime politique véritablement démocratique, et qu'il revêt dans le système de la Convention une importance capitale. Elle relève qu'en l'espèce les requérants furent déchus automatiquement de leur mandat parlementaire à la suite de la dissolution du DEP et estime que cette mesure revêt un caractère d'une extrême sévérité, incompatible avec la substance même du droit d'être élu et d'exercer un mandat, et qu'elle a porté atteinte au pouvoir souverain de l'électorat qui a élu les requérants. Elle conclut par conséquent à la violation de l'article 3 du Protocole n° 1. Dans l'arrêt *Parti Communiste unifié de Turquie c. Turquie*[1294] la Cour a signalé l'importance des partis politiques comme influant sur les institutions. On

[1290] C.J.C.E., 7 juillet 1992, *Micheletti*, C-369/90; *Rec*., p. 4193.
[1291] Cour eur. D. H. (G.C.), *Matthews c. Royaume-Uni* (req. n° 24833/94), arrêt du 18 février 1999, *Rec.* 1999-I.
[1292] Cour eur. D. H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c.Belgique* (req. n° 9267/81), arrêt du 2 mars 1987, *Ser.* A, No.113.
[1293] Cour eur. D. H. (4ème sect.), *Podkolzina c Lettonie* (req. n° 46726/99), arrêt du 9 avril 2002, *Rec.* 2002-II.
[1294] Cour eur. D. H., *Parti Communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Rec*. 1998-I, p. 307.

signale aussi l'arrêt *Kennedy Lindsay et al. c. Royaume Uni*[1295] qui a souligné l'importance de garantir la participation et la représentation des minorités nationales aux élections (en l'espèce, il s'agissait du recours au scrutin proportionnel en Ulster pour l'élection des représentants britanniques au Parlement européen).

2. Droit dérivé

La Directive 93/109/CE a fixé 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. Les citoyens européens ont la liberté de choisir le lieu d'exercice du droit de vote et d'éligibilité entre le pays de résidence et le pays d'appartenance nationale (article 4 (1) directive). Par conséquent, ils ne peuvent pas voter deux fois. L'exercice du droit de vote dans le pays de résidence est subordonné à la manifestation de la volonté du citoyen dans ce sens (article 8 (1) directive). Une fois que le citoyen a choisi d'exercer son droit dans l'Etat de résidence plutôt que dans celui de sa nationalité, il est assujetti aux mêmes règles que les nationaux de l'Etat hôte.

En matière de conditions d'éligibilité et de déchéance du droit de vote, la Directive 93/109/CE prévoit qu'un double régime s'applique aux citoyens de l'UE qui décident d'exercer leur droit de participation aux élections au Parlement européen dans leur pays de résidence: la déchéance du droit d'éligibilité et/ou du droit de vote déclarée dans une décision individuelle en matière civile ou pénale adoptée soit dans l'Etat d'appartenance nationale soit dans l'Etat de résidence empêche l'exercice de ces droits dans l'Etat de résidence.

La Directive 93/109/CE prévoit aussi la possibilité d'adopter des dispositions dérogatoires en matière de durée minimale de résidence de non ressortissants pour les Etats où la proportion de citoyens de l'Union, qui y résident sans en avoir la nationalité et qui ont atteint l'âge de voter, dépasse 20% de l'ensemble des citoyens en âge de voter et qui y résident.

Par ailleurs, la décision 2002/772/CE a modifié l'acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom[1296]. Les principales nouveautés concernent l'introduction dans tous les Etats membres du principe de l'élection des membres du Parlement européen au scrutin de type proportionnel : la répartition des circonscriptions électorales ainsi que la procédure électorale doivent respecter le principe de proportionnalité, l'incompatibilité de la qualité de membre du Parlement européen avec celle de membre d'un parlement national. Toutefois, en l'absence d'harmonisation, dans chaque pays de l'Union les élections au Parlement européen se déroulent selon une procédure régie par la loi nationale.

L'élaboration d'une procédure électorale uniforme à niveau européen n'aurait pas comme base juridique l'article 19 CE mais l'article 190 § 4 CE, qui prévoit comme procédure que le Conseil, statuant à l'unanimité, après avis conforme du Parlement européen, qui se prononce à la majorité des membres qui le composent, arrêtera les dispositions dont il recommandera l'adoption par les États membres, conformément à leur règles constitutionnelles respectives.

[1295] Cour eur. D. H., *Kennedy Lindsay et al. c. Royaume Uni* (déc), 8 mars 1979, t.15, p 247.
[1296] *J.O.C.E.* L 283 du 21.10.2002, p. 1.

Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État.

A l'origine, en ce qui concerne la participation des citoyens communautaires à la vie politique, le droit communautaire était peu avancé. Par contre, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales était déjà reconnu par certains Etats membres à condition de réciprocité (Royaume-Uni et Irlande, Belgique et Pays-Bas, Portugal seulement pour les citoyens de langue portugaise), liés entre eux par histoire, langue et culture. On doit, entre autre, rappeler la Convention du Conseil de l'Europe sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local (STE n° 144) du 5 février 1992. Le chapitre C de cette Convention prévoit le droit de vote aux élections municipales pour les étrangers à la même condition du citoyen mais le subordonne à une période de résidence de cinq ans. Ce chapitre est, toutefois, passible de réserve.

Avec le Traité de Maastricht le droit en examen a été introduit dans le Traité CE par l'article 19. L'article 40 de la Charte, reproduit l'article 19 (1), premier alinéa du Traité CE. Comme dans le cas de l'article 39 de la Charte, les modalités d'exercice du droit de vote déjà adoptées en application de l'article 19 (1) CE restent valables conformément à l'article 52 de la Charte. Le critère de citoyenneté est le même que celui prévu par l'article 39.

La disposition du Traité CE se limite à affirmer l'égalité de traitement entre les citoyens communautaires pour le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales. La Directive 94/80/CE[1297], du 19 décembre 1994 en a fixé les modalités de l'exercice. L'exercice du droit de vote dans le pays de résidence est subordonné à la manifestation de la volonté du citoyen dans ce sens (article 7 (1) directive). Les élections municipales auxquelles l'article 40 fait référence sont celles indiquées par la directive comme 'les élections au suffrage universel direct visant à désigner les membres de l'assemblée représentative et, le cas échéant, selon la législation de chaque Etat membre, le chef et les membres de l'exécutif d'une collectivité locale de base' (article 1 (1) lettre b). Dans l'annexe à la directive, chaque Etat a indiqué les collectivités locales auxquelles la directive est applicable. Les exigences de durée de résidence minimale dans le territoire de la collectivité locale concernée par les élections doivent être les mêmes pour les nationaux et les non nationaux citoyens de l'Union (article 4 directive). Des restrictions peuvent être apportées par les Etats quant à l'éligibilité de non ressortissants aux fonctions de chef ou d'adjoint ou de membre de l'exécutif d'une collectivité locale de base (article 5 (3) directive). Les Etats peuvent également exclure les non ressortissants élus membres d'un organe représentatif de la participation à la désignation des électeurs d'une assemblée parlementaire ou à l'élection des membres de cette assemblée (article 5 (4) directive). La déchéance du droit d'éligibilité déclarée dans une décision individuelle en matière civile ou pénale adoptée dans l'Etat d'origine empêche l'exercice de ce droit dans l'Etat de résidence (article 5 (1) directive). Les conditions d'incompatibilité prévues pour les nationaux sont applicables également aux non ressortissants (article 6 (1) directive). Les Etats peuvent disposer que la qualité d'élu municipal dans l'Etat de résidence est également incompatible avec des fonctions exercées dans d'autres Etats membres équivalentes à celles qui entraînent une incompatibilité dans l'Etat de résidence (article 6 (2) directive).

La Directive 94/80/CE prévoit la possibilité d'adopter des dispositions dérogatoires en matière de durée minimale de résidence requise aux non ressortissants pour les Etats où la proportion de citoyens

[1297] Directive 94/80/CE du Conseil du 19 décembre 1994 fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité, *J.O.C.E.* L368 du 31.12.1994.

de l'Union, qui y résident sans en avoir la nationalité et qui ont atteint l'âge de voter, dépasse 20% de l'ensemble des citoyens en âge de voter et qui y résident.

Article 41. Droit à une bonne administration

1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et agences de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment :

- le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;
- 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 ;
- l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

3. Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres

4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues de la Constitution et doit recevoir une réponse dans la même langue.

I. Introduction

Le droit à une bonne administration est considéré comme l'un des droits les plus novateurs de la Charte même s'il a fait l'objet de peu de débats lors de la Convention. Recoupant une jurisprudence communautaire largement établie, son principal intérêt consiste en effet à prémunir toute personne contre les erreurs de l'administration et il est caractéristique de la 'communauté de droit' qui unité les Etats membres. A ce titre, il apparaît comme le pendant du droit à une bonne justice, dans une approche moderne de la démocratie administrative à laquelle les Etats nordiques notamment sont attachés et dont ils sont les promoteurs. La formulation générale de ce droit applicable à 'toute personne' indépendamment de tout lien de nationalité ou de citoyenneté doit être remarquée pour sa généralité et elle doit être rapprochée des dispositions spécifiques des articles 42 et 43 de la Charte qui en sont des modalités d'application. La mise en avant de la 'bonne administration' de l'Union s'effectue à la fois par une approche jurisprudentielle et par une lecture administrative.

II. Les caractères du droit à une bonne administration

Le terme 'bonne administration' ne figure pas en tant que tel dans le traité communautaire qui contient quelques indices en ce sens, principalement à propos de la production normative. De fait, cette préoccupation s'est systématisée davantage à l'occasion des activités de contrôle de l'administration communautaire, tant par la voie contentieuse qu'administrative et notamment par l'intermédiaire du médiateur européen, tandis que le débat sur la 'bonne gouvernance' s'ouvrait dans la sphère politique sans que la Charte s'en fasse finalement l'écho malgré une proposition initiale en ce sens[1298].

La jurisprudence communautaire avait repris très tôt la notion de bonne administration[1299], avant de l'ériger en 'principe de bonne administration'[1300], principe confondu parfois avec le principe de

[1298] Voir la Contribution 67, Charte 4184/00 du 28 mars 2000.
[1299] C.J.C.E., 13 juillet 1961, *Meroni & Co. et autres c. Haute Autorité de la CECA*, aff. jointes 14, 16, 17, 20, 24, 26 et 27/60 et 1/61, *Rec*., p. 321.

'bonne gestion administrative'[1301] avant que son utilisation ne soit finalement systématisée par le juge[1302].

Les précisions qui sont données par le paragraphe premier permettent d'en dégager les caractéristiques: le droit de toute personne à un traitement de ses affaires par les institutions et organes de l'Union de manière *impartiale* , *équitable* et *dans un délai raisonnable* . La parenté des termes utilisés avec le droit au juge de l'article 6 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte traduit l'inspiration des auteurs de la charte : il s'agit de consacrer le droit à une bonne administration au même titre qu'il existe un droit à une *bonne justice* . Les caractères de l'action publique en dérivent : impartialité, équité et célérité commandent donc la réponse de l'administration communautaire comme le juge communautaire l'a affirmé : 'le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance fondamentale… Parmi ces garanties figurent, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce'[1303], ceci avec la discrétion requise[1304] et dans un délai qui ne porte pas atteinte aux intérêts du destinataire[1305] notamment lorsque l'institution en cause bénéficie d'une compétence discrétionnaire comme en matière de manquement[1306].

Le Code européen de bonne conduite administrative largement impulsé depuis 1995 par les services du médiateur européen et approuvé par une résolution du Parlement européen[1307] reprend ces prescriptions. Il s'est diffusé dans les services des organes et institutions de l'Union[1308], suivant en cela un mouvement recommandé par le Conseil de l'Europe[1309]. L'article 5 du Code interdit toute discrimination dans les demandes émanant du public et dans la prise de décision et ses articles 8[1310] et 9[1311] rappellent les impératifs des principes d'impartialité et d'indépendance et d'objectivité tandis que son article 11 formule le principe d'équité[1312].

III. Le contenu du droit à une bonne administration

[1300] C.J.C.E., 11 juillet 1974, *Pierre Guillot c. Commission*, aff. 53/72, *Rec*., p. 791.
[1301] C.J.C.E., 15 mars 1984, *Tradax Graanhandel BV c. Commission*, aff. 64/82, *Rec*., p. I-1359.
[1302] C.J.C.E., 31 mars 1992, *Burban c. Parlement européen*, C-255/90, *Rec*., p. I-2253.
[1303] C.J.C.E., 21 novembre 1991, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, C-269/90, *Rec*., p. I-5469.
[1304] T.P.I.C.E., 6 juillet 2000, *Volkswagen c. Commission*, T-62/98, *Rec*., p. II-2707.
[1305] C.J.C.E., 27 novembre 2001, *Z c. Parlement européen*, C-270/99, *Rec*., p. I-9197; T.P.I.C.E., 20 avril 1999, *LVM et a*., aff. jointes, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, *Rec*. p. II-931; T.P.I.C.E., 14 février 2001, *Trabisco SA c. Commission*, T-26/99, *Rec*., p.II-633.
[1306] T.P.I.C.E., 30 janvier 2002, Max.*mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission*, T-54/99, *Rec*., p. II-313.
[1307] Rapport R. Perry, 27 juin 2001, A5-0245/2001.
[1308] Le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP) a adopté le code du médiateur le 15 décembre 2000; la Fondation pour l'amélioration des conditions de vie et de travail a adopté le code du médiateur le 11 février 2000; l'Agence européenne pour l'environnement (AEE) a adopté le code du médiateur le 20 mars 2000; l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (AEEM) a adopté le code du médiateur le 1er décembre 1999; l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies a adopté le code du médiateur le 29 février 2000; le Centre de traduction des organes de l'Union européenne a adopté le code du médiateur le 10 février 2000 (entré en vigueur le 31 mars 2000); l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail a adopté le code du médiateur le 30 décembre 1999; l'Office communautaire des variétés végétales a adopté le code du médiateur le 12 avril 2000; la Banque européenne d'investissement (BEI) a adopté le Code le 19 janvier 2001; la Commission européenne a adopté le Code de bonne conduite administrative le 13 septembre 2000 (*J.O.C.E.* L 308 du 8.12.2000).
[1309] Recommandation R (2000) 10 du Comité des Ministres aux Etats membres du 11 mai 2000 sur les codes de conduites pour les agents publics.
[1310] alinéa 1. Le fonctionnaire est impartial et indépendant. Il s'abstient de toute action arbitraire qui lèse les membres du public ainsi que de tout traitement préférentiel pour quelque raison que ce soit.
alinéa 2. La conduite du fonctionnaire n'est jamais guidée par des intérêts personnels, familiaux ou nationaux ou par des pressions politiques. Le fonctionnaire ne prend pas part à une décision dans laquelle lui, ou un de ses proches, a des intérêts financiers'.
[1311] 'Lors de la prise de décision, le fonctionnaire tient compte des facteurs pertinents et les pondère comme il se doit dans la décision, tout en excluant tout élément non pertinent'.
[1312] 'Le fonctionnaire agit avec impartialité et de manière équitable et raisonnable'.

Dans sa branche administrative, le droit formulé par l'article 41 se décompose en deux types d'exigences, l'une est relative à la production des actes et elle concerne le principe de motivation. L'autre est relative aux procédures contradictoires[1313] et elle comprend tout à la fois le droit d'accès au dossier et le droit d'être entendu.

- *le droit de toute personne à être entendu* dans l'hypothèse où une décision défavorable la concernerait individuellement et avant qu'elle ne soit prise est formulé par l'article 41§2 alinéa 1. Il est l'expression classique des droits de la défense[1314.] La Cour de justice l'a énoncé à de multiples reprises depuis longtemps[1315] et elle l'a formulé en des termes de principe[1316]. Le juge souligne ce '*principe fondamental du droit de la procédure*'[1317] qu'il s'agisse de procédures disciplinaires[1318] ou qu'il s'agisse de droit matériel et notamment du droit de la concurrence, à l'égard des Etats membres[1319] comme des particuliers[1320], même sans réglementation spécifique[1321]. Le juge, outre le caractère fondamental de ce principe, relie expressément cette garantie au caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'institution communautaire[1322].

- *le droit d'accès au dossier* formulé par l'alinéa 2 de l'article 41§2 est également un droit fondamental de la procédure administrative non contentieuse comme le juge l'a posé dans un arrêt de principe[1323], afin d'assurer la protection effective d'un droit fondamental conféré par le traité. Il convient en effet que ses bénéficiaires puissent le défendre dans les meilleures conditions et disposer de la faculté de décider s'il convient ou non d'exercer leur droit à une protection juridictionnelle, cette finalité expliquant que la garantie concerne des décisions définitives. Il prend évidemment un sens particulier dans les procédures susceptibles d'aboutir à une sanction ou une décision défavorable[1324] et il fait partie intégrante de la procédure non contentieuse[1325].

- *le droit à la motivation des décisions prises par l'administration* est posé par l'alinéa 3 de l'article 41§2. Il s'agit de l'un des droits des plus classiques du droit communautaire par lequel d'ailleurs ce dernier marque sa différence de qualité avec le droit interne où la règle n'existe pas toujours. L'article 288 du traité CEE traduit la volonté des auteurs du traité de motiver les actes du droit dérivé que sont les règlements, directives et décisions communautaires. L'article 41§2 va plus loin encore puisque sa formulation

[1313] 'Le principe du contradictoire est un principe général du droit dont la Cour de justice assure le respect. Il s'applique à toute procédure susceptible d'aboutir à une décision d'une institution communautaire affectant de manière sensible les intérêts d'une personne', C.J.C.E., 10 juillet 2001, *Ismeri Europa Srl c. Cour des comptes*, C-315/99, *Rec*., p.I-5281.
[1314] C.J.C.E., 9 novembre 1983, *Michelin*, aff. 322/82, *Rec*. p. 3461.
[1315] C.J.C.E., 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint c. Commission*, aff. 17/74, *Rec*. p. 1063.
[1316] 'Le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l' encontre d' une personne et susceptible d' aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré, même en l' absence de toute réglementation concernant la procédure en cause' (C.J.C.E., 29 juin 1994. *Fiskano AB c. Commission*, C-135/92, *Rec*. p. I-2885).
[1317] C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, aff. 85/76, *Rec*., p. 461 ; C.J.C.E., 10 juillet 1986, *Belgique c. Commission*, aff. 234/84, *Rec*., p. 2263; C.J.C.E., 10 juillet 1986, *Belgique c. Commission*, aff. 40/85, *Rec*. p. 2321; C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec*., p. 2859; C.J.C.E., 14 février 1990, *France c. Commission*, C-301/87, *Rec*., p. I-307; C.J.C.E., 21 mars 1990, *Belgique c. Commission*, C-142/87, *Rec*., p.I-959; C.J.C.E., 12 février 1992, *Pays Bas e.a. c. Commission*, C-48/90 et C-66/90, *Rec*., p.I-565
[1318] C.J.C.E., 4 juillet 1963, *Alvis*, aff. 32/62, *Rec*., p.101; C.J.C.E., 11 juillet 1968, *Van Eick c. Commission*, aff. 35/67, *Rec*., p. 481.
[1319] C.J.C.E., 21 mars 1990, *Belgique c. Commission*, C-142/87, *Rec*., p. 2589.
[1320] C.J.C.E., 21 novembre 1991, *TU München*, C-269/90, *Rec*., p. I-5469.
[1321] C.J.C.E., 18 octobre 1989, *Orkem*, aff 374/87, *Rec*., p. 3283
[1322] *ibidem*.
[1323] C.J.C.E., 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec*., p. 4097.
[1324] Notamment en matière disciplinaire (C.J.C.E., 29 janvier 1985, *F. c. Commission*, aff. 228/83, *Rec*., p. 275) ou de concurrence (T.P.I.C.E., 29 juin 1995, *Solvay c. Commission*, T-30/91, *Rec*., p. II-1775).
[1325] C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, aff. 85/76, *Rec*., p. 461; T.P.I.C.E., 18 décembre 1992, *Cimenteries et a. c. Commission*, T-10/92 et a., *Rec*., p. II-2667.

> est générale c'est-à-dire qu'elle concerne l'ensemble des décisions de l'administration communautaire au sens large. Il est explicité par l'article 18 du Code de bonne conduite administrative. Ce souci d'exprimer systématiquement les motifs des actes communautaires, quelle que soit leur portée individuelle ou générale, se justifie à la fois à titre pédagogique afin de s'assurer d'une bonne compréhension des normes communautaires et aussi afin de garantir les destinataires quant au contenu de la règle les concernant. La jurisprudence classique de la Cour a donc vocation ici à s'appliquer qu'il s'agisse des caractères de la motivation[1326] ou de sa sanction, puisque l'absence de cette formalité substantielle entraîne l'invalidité de l'acte en cause.

A ce rappel, il faut ajouter l'attention particulière que porte le juge communautaire lorsque la décision incriminée entraîne des conséquences défavorables, qu'il s'agisse de décisions à caractère disciplinaire[1327] ou de décisions en matière de concurrence[1328]. Les contraintes qui pèsent alors sur l'autorité communautaire sont accrues afin de préserver les droits de la personne intéressée[1329].

IV. Le droit à réparation

L'article 41 § 3 garantit le droit de toute personne à la réparation des dommages subis en raison de l'action des institutions ou de leurs agents. Il est l'exacte reproduction de l'article 288 du traité communautaire qui fixe le régime de la responsabilité non contractuelle de la Communauté. Cette réparation doit être assumée par la Communauté et relève du contrôle de la juridiction communautaire dans des conditions comparables à la responsabilité incombant aux Etats membres en vertu de leurs obligations communautaires[1330]. L'exercice de ce droit est cadré par une référence explicite aux '*principes généraux du droit des Etats membres*' qui le gouvernent et son application jurisprudentielle a fait l'objet de très nombreux développements. La responsabilité non contractuelle de la Communauté ne saurait être engagée que si un ensemble de conditions, en ce qui concerne l'illégalité du comportement reproché à l'institution communautaire, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement illégal et le préjudice invoqué, est réuni[1331]. La jurisprudence a précisé que la responsabilité de la Communauté pour des actes normatifs ne saurait être engagée qu'en présence d'une violation d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers. Si l'institution a adopté l'acte dans l'exercice d'un large pouvoir d'appréciation, l'engagement de la responsabilité de la Communauté exige, en outre, que la violation soit caractérisée, c'est-à-dire qu'elle revête un caractère manifeste et grave[1332] et leur abstention obéit aux mêmes règles[1333].

Il est tout à fait caractéristique que le juge communautaire n'hésite pas désormais à relier la violation du principe de bonne administration et l'engagement de la responsabilité de la Communauté[1334].

V. Le droit à la diversité linguistique

[1326] C.J.C.E., 9 juillet 1969, *Commission c. Italie*, aff. 1/69, *Rec*., p. 277.
[1327] C.J.C.E., 5 mai 1966, *Gutmann c. Commission*, aff. 18/65 et 35/65, *Rec*., p.149.
[1328] C.J.C.E., 2 avril 1998, *Commission c. Sytraval*, aff. C-367/95, *Rec*., p.I-1719; T.P.I.C.E., 17 février 2000, *Stork Amsterdam BV c. Commission*, T-241/97, *Rec*., p. II-309.
[1329] C.J.C.E., 22 janvier 1986, *Eridania*, aff. 250/84, *Rec*., p.117; C.J.C.E., 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80, *Rec*. p. 1805.
[1330] C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Bergaderm SA c. Commission*, C-352/98, *Rec*., p. I-5291.
[1331] C.J.C.E., 17 décembre 1981, *Ludwigshafener Walzmühle e.a. c. Conseil et Commission*, aff. 197/80 à 200/80, 243/80, 245/80 et 247/80, *Rec*. p. 3211; T.P.I.C.E., 13 décembre 1995, *Exporteurs in Levende Varkens e.a. c. Commission*, T-481/93 et T-484/93, *Rec*., p. II-2941.
[1332] C.J.C.E., 2 décembre 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conseil*, aff. 5/71, *Rec*., p. 975, point 11; C.J.C.E., 25 mai 1978, *Bayerische HNL e.a. c. Conseil et Commission*, aff. 83/76 et 94/76, 4/77, 15/77 et 40/77, *Rec*. p. 1209, point 6 ; et C.J.C.E., 30 mai 1989, *Roquette Frères c. Commission*,aff. 20/88, *Rec*., p. 1553.
[1333] C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Grands moulins de Paris c. CEE*, aff. 50/86, *Rec*. p. 4833.
[1334] T.P.I.C.E., 26 février 2003, *CEVA c. Commission*, T-344/00 et T-345/00, *Rec*., p. II-229.

Le droit à la diversité linguistique caractérise la construction communautaire depuis les origines et il apparaît comme une garantie essentielle de celle-ci. Le régime linguistique de la Communauté s'est en effet développé sur la base de l'acceptation progressive des langues des nouveaux participants à la Communauté[1335] et a fourni le cadre d'un multilinguisme unique dans le droit des organisations internationales. Les 'langues des traités' au sens de l'article 41§4 sont donc actuellement au nombre de onze, avant de passer à seize après les élargissements.

L'article 290 du traité communautaire prévoit que '*le régime linguistique des institutions de la Communauté est fixé par le Conseil à l'unanimité, sans préjudice des dispositions relatives à la Cour de Justice*'. Le traité de Maastricht a étendu le jeu de ces dispositions dans son article 28 relatif à la PESC et son article 41 relatif à la JAI et une déclaration jointe précise que tous les actes adoptés ou à publier relatifs à la PESC doivent être traduit '*immédiatement dans toutes les langues officielles de la Communauté*'.

Le règlement 1/58 du 15 avril 1958 fixe symboliquement[1336] le régime linguistique de la Communauté[1337] et en vertu de son article 3, *les textes adressés par les institutions à un État membre ou à une personne relevant de la juridiction d'un État membre sont rédigés dans la langue de cet État* . Il en découle une obligation pour les institutions de correspondre avec l'extérieur dans la langue officielle de l'Etat destinataire, même si le règlement renvoie la mise en œuvre du principe au règlement intérieur de chaque institution. Ces derniers ont donc intégré un pluralisme linguistique qui est par ailleurs affirmé par l'article 22 de la Charte qui impose le respect de la diversité linguistique , dans un souci de garantir la non-discrimination sous cet angle de vue. Le Parlement européen[1338] a également largement souligné la nécessité de ce plurilinguisme unique dans l'ordre international[1339] et il est l'institution qui applique intégralement ce plurilinguisme. Le Code européen de bonne conduite administrative a repris pour cette raison dans son article 13 l'obligation pour les fonctionnaires de veiller à répondre aux lettres qui leur sont adressées dans la langue de l'Union qui a été utilisé pour la demande.

Indépendamment des questions liées au fonctionnement institutionnel, la particularité du système communautaire tient largement dans l'existence d'un système de production de normes contraignantes et opposables aux particuliers. La question linguistique devient alors un élément essentiel de la démocratie administrative car elle conditionne l'accès de l'administré à la connaissance des règles qui le concernent. L'opposabilité des règles communautaires est donc liée à la publicité qui leur est donnée dans une langue officielle de l'Union, c'est-à-dire dans une langue accessible à leur destinataire. La Cour de Justice a rarement eu à connaître de contentieux relatifs à la question linguistique, et veille pour l'essentiel à ce que le contenu de la décision en cause soit bien compris par son destinataire[1340]. L'article 41 § 4 va plus loin encore car dans un souci de communication directe et d'intelligibilité, il impose aux institutions de répondre à ceux qui s'adressent à elles, indépendamment de leur qualité de citoyenneté, dans la langue de l'Union utilisée. La préservation d'une communication directe entre les institutions européennes et le public passe donc par l'affirmation de ce droit de communiquer dans la langue d'origine. Son corollaire paraît couler de source : l'obligation de répondre à un administré dans une langue donnée contient implicitement mais nécessairement celle de répondre c'est-à-dire de ne pas laisser sans réponse une lettre d'un administré.

[1335] Article 314 CE.
[1336] Car il est le premier règlement communautaire adopté.
[1337] Règlement n° 1 portant fixation du régime linguistique de la Communauté Économique Européenne *J.O.C.E.* B 17 du 6.10.1958, p. 385.
[1338] Rapport Nyborg sur le problème du multilinguisme de la Communauté européenne, *J.O.C.E.* C 292 du 8.11.1982; Rapport Hänsch sur la conception et la stratégie de l'Union européenne dans la perspective de son élargissement et de la création d'un ordre global à l'échelle de l'Europe, *J.O.C.E.* C 42 du 15.02.1993.
[1339] L'ONU connaît six langues officielles, le Conseil de l'Europe deux (anglais, français), l'U.E.O. en admet huit.
[1340] C.J.C.E., 16 décembre 1975, *Suiker Unie c. Commission*, aff. 40/73, *Rec*. p. 1663; C.J.C.E., 15 juillet 1970, *ACF c. Chemiefarma c. Commission*, aff. 41/69, *Rec*. p. 661

Les articles 14 et 15 du Code de bonne conduite en tirent la conséquence en fixant des procédures d'accusé de réception, d'indication du fonctionnaire et du service responsable et des obligations de transmission vers le service compétent de l'institution concernée[1341].

[1341]. '1. Si une lettre ou une requête destinée à l'institution est adressée ou transmise à une direction générale, une direction ou une unité non compétente pour en traiter, ses services veillent à ce que le dossier soit transmis sans délai vers le service compétent de l'institution.
2. Le service qui reçoit initialement la lettre ou la requête informe l'auteur de cette transmission et indique le nom et le numéro de téléphone du fonctionnaire auquel le dossier a été confié.
3. Le fonctionnaire informe le citoyen ou l'association des erreurs ou omissions qui pourraient s'être glissées dans les documents en leur donnant la possibilité d'apporter les corrections nécessaires.'

Article 42. Right of access to documents

Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, has a right of access to European Parliament, Council and Commission documents.

I. The significance and context of right of access to document

Right of access to documents is an integral part of the legal framework seeking to ensure democracy and transparency of the EU decision-making process. Article 42 conveys the commitment contained in Article 1 of the European Union Treaty to a decision-making process which respects the principle of transparency, and confirms the desire expressed in Declaration of the Final Act of the Treaty of Maastricht to improve public access to the information held by the institutions in order to strengthen the democratic nature of the Union's institutional system. Article 42 has, therefore, an important role in ensuring and promoting the democracy and legitimacy of the EU decision-making process.

Article 42 of the Charter is one of those rights recognized by the Charter which are based on the Community Treaties as it reiterates Article 255 EC. Right of access to documents is related to several other fundamental rights recognized in the Charter, most notably the freedom of expression and information (Article 11) and the right to good administration (Article 41). In fact, right of access to documents must actually be understood as a precondition for these rights.

Right of access to documents must be reconciled with other fundamental rights, most notably the protection of the privacy and integrity of the individual and personal data (Articles 7 and 8 of the Charter). Whenever the request for access relates to documents whose disclosure may involve the processing of personal data, it becomes necessary to balance the interests of the applicant with those of the person affected by the processing of such data. Access to documents must be refused to the extent that disclosure would undermine the protection of the privacy and integrity of the individual.

II. The rise of right of access to documents

Transparency, including right of access to documents, became a real issue in the EU in the 1990s. The concern with transparency was linked up with a more general discussion about the democracy of EU decision-making. The European Ombudsman and some EU Member States who have traditionally favoured openness – especially the Netherlands and the three Nordic countries Denmark, Finland and Sweden – played important roles in bringing transparency to the agenda in the 1990s.

In 1992, the Member States adopted a (legally non-binding) Declaration to the Treaty of Maastricht on the right of access to information. A year later, the Council and the Commission adopted a Code of Conduct on public access to Council and Commission Documents (*OJ* 1993 L 340/41). Subsequently, the three major EU institutions – the European Parliament, the Council and the Commission – made Decisions for the purpose of giving effect to the Code of Conduct. They were soon followed by other EU institutions and bodies, in many cases as a reaction to an own initiative inquire undertaken by the European Ombudsman.[1342] The European Court of Justice and the European Court of First Instance

[1342] See especially the European Ombudsman's decision of 20 December 1996, on the own-inquiry investigation begun in June 1996, http://www.europarl.eu.int/ombudsman/recommen/en/317764.htm – Following this investigation, the Ombudsman presented a Special Report to the European Parliament in December 1997, noting that rules had been adopted in accordance with his recommendations, but that they concerned only the existence and public availability of such rules, http://www.europarl.eu.int/ombudsman/special/pdf/en/970616.pdf.

also began to define rules and principles governing access to documents in their case law in the course of the 1990s.[1343]

The entry into force of the Amsterdam Treaty in 1998 marked a new phase. The Amsterdam Treaty enshrined right of access to documents by inserting this fundamental right into the Treaty framework through its Article 255. Article 42 of the Charter essentially reproduces Article 255EC, which provides as follows:

> 1. Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, shall have a right of access to European Parliament, Council and Commission documents, subject to the principles and the conditions to be defined in accordance with paragraphs 2 and 3.
> 2. General principles and limits on grounds of public or private interest governing this right of access to documents shall be determined by the Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 within two years of the entry into force of the Treaty of Amsterdam.
> 3. Each institution referred to above shall elaborate in its own Rules of Procedure specific provisions regarding access to its documents.

Unlike Article 42 of the Charter, Article 255 EC spells out conditions and limits for access to documents. However, these conditions and limits apply to Article 42 by virtue of Article 52, paragraph 3 of the Charter which provides as follows: 'Rights recognised by this Charter which are based on the Community Treaties or the Treaty on European Union shall be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties.'

However, the added value of Article 42 of the Charter is that it acknowledges right of access to documents in a Charter which aggregates *fundamental* rights in the European Union. In this way, the Charter goes further than international human rights treaties which do not contain right of access to documents. For instance, the European Convention on Human Rights is silent on this right. The European Court of Human Rights has also ruled that Article 10 concerning freedom of expression does not 'confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual'.[1344]

III. Legislative framework for giving effect to the right of access to documents

According to paragraph 2 of Article 255EC, 'general principles and limits on grounds of public or private interest governing this right of access to documents shall be determined by the Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 within two years of the entry into force of the Treaty of Amsterdam.' In addition, paragraph 3 of the same Article requires that European Parliament, the Council and the Commission must elaborate in their own Rules of Procedure specific provisions regarding access to its documents.

Today, there are several EU measures that lay down more detailed provisions on right of access to documents. The most important measure laying down more detailed provisions on the exercise of right

[1343] See e.g. ECJ, Case C-170/89, *Bureau Européen des Unions de Consommateurs v. Commission of the European Communities*, [1991] *ECR* I-570 (judgment of 28 November 1991), and ECJ, Case C-58/94, *Kingdom of the Netherlands v. Council of the European Union*, [1997] *ECR* I-2169 (judgment of 5 March 1997).
A majority of the cases concerning transparency were decided by the Court of First Instance. See e.g. Case T-194/94, *Carvel and Guardian Newspapers v. Council*, [1995] *ECR* II-2765 (judgment of 19 October 1995); Case T-105/95, *WWF (UK) v. Commission*, [1998] *ECR* II-313 (judgment of 5 March 1997); Case T-174/95, *Tidningen Journalisten v.* Council, [1998] *ECR*-II 2289 (judgment of 17 June 1998).

[1344] See Eur. Ct. H. R., *Leander v. Sweden* (Appl. No. 9248/81), judgment of 26 March 1987, *Ser.* A, No. 116. See also Eur. Ct. H. R., *Gaskin v. United Kingdom* (Appl. No. 10454/83), judgment of 7 November 1989, *Ser.* A, No. 160.

of access to documents is *Regulation No 1049/2001 on public access to Parliament, Council and Commission documents* which entered into force in 2001.[1345] Subsequently, the European Parliament,[1346] the Council[1347] and the Commission[1348]have also amended their own rules of procedures to give effect to Regulation. In addition, there are specific EC measures in the field of environmental protection which give effect to the Århus Convention on access to information, public participation in decision making and access to justice in environmental matters.[1349]

IV. Scope of right of access to documents

The right of access to documents covers access to documents held by the three EU institutions, the European Parliament, the Council and the Commission, but the obligation to be open also extends to other bodies and agencies of the Union (the European Central Bank[1350]). It is neither the object nor the effect of Article 42 of the Charter, or Regulation No 1049/2001 to amend national legislation on access to documents. It is a different thing that, by virtue of the principle of loyal cooperation which governs relations between the institutions and the Member States, Member States should take care not to hamper the proper application of the relevant EU measures. Member States should also respect the security rules of the EU institutions.

The key term 'documents' must be construed in a broad sense. This term covers any content whatever its medium (written on paper or stored in electronic form or as a sound, visual or audiovisual recording) concerning a matter relating to the policies, activities and decisions falling within the institution's sphere of responsibility (Article 3, subparagraph a, of Regulation No 1049/2001).[1351] Furthermore, right of access to documents must be understood so as to cover access to the information contained in the EU documents. As a result, Article 42 of the Charter actually protects the right of access to *information*.[1352]

[1345] Regulation (EC) 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, *OJ* L 145 of 31.5.2001, pp. 43-48. See also Joint declaration relating to Regulation (EC) No. 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, *OJ* L 145 of 31.5.2001, p. 43.

[1346] Access to the European Parliament documents is governed by the following measures:
Regulation of the European Parliament, Rules of procedure, 16th edition, July 2004. Chapitre XVI - General rules for the conduct of sittings, Rule118 - Distribution of documents. Chapitre XXII - Openness and transparency, Article 172 - Public access to documents, *OJ* L 202 of 2.8.1999; Decision of the European Parliament of 13 November 2001, adapting its Rules of Procedure to the provisions of European Parliament and Council Regulation (EC) No.1049/2001 on public access to Parliament, Council and Commission documents. (2001/2135(REG); and Bureau Decision 2001/1229, on public access to European Parliament documents, *OJ* C 374, 29.12.2001 p. 1.

[1347] Access to the Council documents are governed by the following measures:
Council Decision 2001/264/EC of 19 March 2001 adopting the Council's security regulations, *OJ* L 101 of 11.4.2001, p. 1; Decision of European Parliament of 23 October 2002, Interinstitutional agreement between the European Parliament and the Council concerning access by the European Parliament to sensitive information of the Council in the field of security and defense policy, *OJ* C 298 of 30.11.2002; and Interinstitutional Agreement of 20 November 2002, between the European Parliament and the Council concerning access by the European Parliament to sensitive information of the Council in the field of security and defence policy, *OJ* C 298 of 30.11.2002, p. 1.

[1348] Commission Decision 2001/937/EC of 5 December 2001 amending its rules of procedure (notified under document number C(2001) 3714), *OJ* L 345 of 29.12.2001, p. 94, and Commission Decision 2002/47/EC of 23 January 2002 amending its Rules of Procedure (notified under document number C(2002) 99), *OJ* L 021 of 24.1.2002, p. 23.

[1349] Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, *OJ* L 041 of 14.02.2003, p. 26. See also Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC - Statement by the Commission, *OJ* L 156 of 25.6.2003, p. 17.

[1350] Decision 2004/258/EC of the European Central Bank of 4 March 2004 on public access to European Central Bank documents (ECB/2004/3), *OJ* L 080 of 18.3.2004, p. 42.

[1351] Regulation (EC) 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, *OJ* L 145 of 31.5.2001. See also Joint declaration relating to Regulation (EC) No. 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, *OJ* L 145 of 31.5.2001, p. 43.

[1352] See : ECJ, C-353/99 P, *Council v. Hautala*, [2001] *ECR* I-9565 (judgment of 6 December 2001). See also,

Right of access to documents must also be understood broadly so that it is not only something for citizens of the Union. This right is also enjoyed by all natural and legal persons residing or having their office in any of the Member States.

Provisions prescribing limits on grounds of public or private interest regarding access to documents must always be construed strictly and in accordance with the principle of proportionality. The need to ensure the public the widest possible access to document entails, together with the principle of proportionality, that the EU institutions are obliged to consider giving *partial* access to the information which is not covered by the exception. Therefore, the fact that some part of the document contains information covered by the exception does not necessarily entail that the whole document falls beyond access.[1353]

On account of their highly sensitive content, certain documents should be given special treatment. Article 9 of Regulation No 1049/2001 lays down rules for treatment of sensitive documents.

Right of access to documents penetrates the constitutional structure of the Union as a whole. Although Article 255 EC, on which Article 42 of the Charter is based, is inserted in the EC Treaty, the scope of the right of access to documents transcends the EC and, accordingly, extends to cover the second and third pillar by virtue of Articles 28(1) and 41(1) of the Treaty on European Union. As a result, right of access to documents also applies to documents relating to the Common Foreign and Security Policy and Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters.

V. Exceptions to right of access to documents

Fundamental rights of the Charter cannot be considered as absolute so that they could not be restricted in any way, manner or form. Although Article 42 of the Charter is silent on the limitations for access to documents, Article 255 EC contains an express mention of possible limits 'on grounds of public or private interest'.

On the one hand, right of access to documents may be restricted by 'private interest'. Article 7 of the Charter guarantees everyone's right to respect for his or her private and family life or communications, whereas Article 8 deals with the protection of personal data. These rights often function as reasons limiting access to documents.[1354] Indeed, Regulation 1049/2001 stipulates that 'the institutions shall refuse access to a document where disclosure would undermine the protection (…) of the privacy and integrity of the individual, in particular in accordance with Community legislation regarding the protection of personal data.' (Article 4, § 1, b).

On the other hand, there are certain important 'public interests' that may provide a justification for the limitation on right of access to documents. Such interests may have to do with public security, defence and military matters, international relations, financial, monetary or economic policy. Exceptions also apply where disclosure would undermine the protection of commercial interests, court proceedings and legal advice, inspections, investigations and audits, and the institution's decision-making process.

All exceptions to right of access to documents must, however, be interpreted strictly, and in the light of the principle of the right to information and the principle of proportionality.[1355] In the final analysis,

---

T-106/99, *Karl L. Meyer v. Commission of the European Communities*, [1999] *ECR* II-03273 (judgment of 27 October 1999).

[1353] ECJ, C-353/99 P, *Council v. Hautala*, [2001] *ECR* I-9565 (judgment of 6 December 2001). See also: ECJ, Case C-353/01 P, *Mattila v. Council and Commission*, [2004] *ECR* I-1073 (judgment of 22 January 2004).

[1354] The European Ombudsman has stated that the European institutions often violate citizen's rights on access to information, sometimes unjustifiably, by referring to rules on data protection. See Report on the annual report on the activities of the European Ombudsman for the year 2001.C5-0296/2002 - 2002/2086(COS) *Doc.:* A5-0267/2002.

[1355] See: ECJ, C-353/99 P, *Council v. Hautala*, [2001] *ECR* I-9565 (judgment of 6 December 2001). See also T-188/98, *Kuijer v Council*, [2000] *ECR* II-1959 (judgment of 6 April 2000).

decision-making concerning access to documents often involves the process of balancing and weighing, in accordance with the principle of proportionality, between the right of access to documents, on the one hand, and the private or public interest, on the other hand. Total refusal of access to a document is often unwarranted because it may be possible to grant *partial* access to a document, while at the same time sufficiently safeguarding some important public or private interest.[1356].

[1356] See: ECJ, C-353/99 P, *Council v. Hautala*, [2001] *ECR* I-9565 (judgment of 6 December 2001).

Article 43. Ombudsman

Any citizen of the Union and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State has the right to refer to the Ombudsman of the Union cases of maladministration in the activities of the Community institutions or bodies, with the exception of the Court of Justice and the Court of First Instance acting in their judicial role.

I. Legal basis of the work of the Ombudsman

The origins of the Ombudsman institution can be traced back as far as to 1713 when the King of Sweden appointed an officer to investigate whether the actions of the officials were in accordance with the law. This institution developed later on into the office of Chancellor of Justice supervising courts and other public authorities dealing with unlawful actions. In 1809, the Swedish Parliament appointed an Ombudsman of justice ('justitieombudsman') carrying out the same task on behalf of the parliament. The ombudsman institution was created in Finland in 1919. Both Sweden and Finland upheld the Office of Chancellor of justice and the Ombudsman institution dealing with complaints. The origin of the Ombudsman institution is strongly connect with the Nordic countries as Denmark followed Sweden and Finland by including a provision in the Danish Constitution establishing the Ombudsman institution in 1953 followed by Norway and New Zealand in the early 1960s.[1357]

The office of the European Ombudsman was established by the Treaty of Maastricht to deal with complaints of maladministration by the institutions and bodies of the European Community. This was a way of bringing the EU closer to its citizens.[1358] The European Ombudsman became operational in September 1995. The legal basis for the work of the Ombudsman is based upon articles 21 and 195 of the EC Treaty and on Article 107d of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community.[1359] In accordance with article 195 (4) EC, the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties was adopted by the European Parliament in 1994 generally referred to as the Statute of the Ombudsman[1360]. According to article 14 of the Statute, the Ombudsman shall adopt implementing provisions concerning the general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties. In light of the experience in the operation of the Ombudsman's office, new implementing provisions dealing with the internal operation of the Ombudsman's office were adopted in July 2002 and became operational as of 1 January 2003[1361].

II. The right to complain to the Ombudsman

Article 43 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides for the right to complain to the Ombudsman in cases of maladministration in the activities of Community institutions

[1357] For more information with regard to the origin of the modern Ombudsman institution, see the website of the International Ombudsman institute: http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/eng/history.html
[1358] See Article 1 (2) TEU.
[1359] The Treaty establishing a Constitution for Europe signed on 29 October 2004 provides in Article I-49: 'A European Ombudsman elected by the European Parliament shall receive, examine and report on complaints about maladministration in the activities of the Union institutions, bodies, offices or agencies, under the conditions laid down in the Constitution. The European Ombudsman shall be completely independent in the performance of his or her duties'. The corresponding provisions to Articles 21 and 195 EC in the Constitutional Treaty are Articles I-10 (2) (d) and III-335 respectively (*OJ* C 310 of 16.12. 2004).
[1360] Decision 94/262/ECSC, EC, Euratom of the European Parliament of 9 March 1994 on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties. *OJ* L 113 of 4.5.1994, p. 15.
[1361] The text of the implementing provisions and the Statute of the Ombudsman are published on the Ombudsman Website http://www.euro-ombudsman.eu.int in all official languages of the EU.

and bodies. This provision guarantees the right to file a complaint under the same conditions as provided for under articles 21 and 195 of the EC Treaty in accordance with article 52 (2) of the Charter.[1362] Article 21 EC provides that 'Every citizen *may* apply to the Ombudsman established in accordance with article 195'. In accordance with article 195 (1) :

The European Parliament shall appoint an Ombudsman empowered to receive complaints from any citizen of the Union or any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State concerning instances of maladministration in the activities of the Community institutions and bodies, with the exception of the Court of Justice and the Court of First Instance acting in their judicial role.

In accordance with his duties, the Ombudsman shall conduct inquiries for which he finds grounds, either on his own initiative or on the basis of complaints submitted to him direct or through a Member of the European Parliament, except where the alleged facts are or have been the subject of legal proceedings. Where the Ombudsman establishes an instance of maladministration, he shall refer the matter to the institution concerned, which shall have a period of three months in which to inform him of its views. The Ombudsman shall then forward a report to the European Parliament and the institution concerned. The person lodging the complaint shall be informed of the outcome of such inquiries. The Ombudsman shall submit an annual report to the European Parliament on the outcome of his inquiries.

The Treaty confers, despite of the formulation in article 21 EC, on all citizens a subjective right to refer to the Ombudsman complaints in cases of maladministration including the right to informed of the results of the inquiries in accordance with the Statute of the Ombudsman and the implementing provisions. Consequently, the complaint must fall within the mandate of the Ombudsman. In essence, general criteria for filing a complaint are that the complainant is a person, natural or legal, entitled to file a complaint. The complaint must concern a possible maladministration in the activities of the Community institutions and bodies, however, not against the Court of Justice or the Court of First Instance in their respective judicial role. The notion 'activity' is to be interpreted broadly extending also to inactivity by the institutions and bodies of the Community. Inactivity as well as activity by the institutions and bodies can result in maladministration. No definition or authoritative list exists of what constitutes a 'Community body'. The Community institutions are listed in article 7 EC. With the term 'bodies' is, however, meant bodies established by the Treaties, such as the European Investment Bank, the Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Central Bank as well as bodies set up under Treaties including decentralized agencies.[1363] The Ombudsman's own-initiative inquiry into age discrimination in recruitment concerned all Community institutions, bodies, and decentralized agencies.[1364]

The right to complain to the Ombudsman is an integral part of citizenship of the EU as provided for in part two of the EC Treaty. Citizenship of the European Union is, however, not a formal requirement to lodge a complaint. In accordance with article 195 EC, the Ombudsman is only empowered to receive

[1362] Article 52 (2) of the Charter reads: 'Rights recognized by this Charter which are based on the Community Treaties or by the Treaty on European Union shall be exercised under the Conditions and within the limits defined by those treaties'. Article 43 of the Charter is beyond any doubt based on Articles 21 and 195 EC. This is also confirmed in the EU Charter Presidium explanations relating to the complete text of the Charter. CHARTE 4473/00, Convent 49 and updated by the Praesidium of the European Convention, *OJ* C 310 of 16.12.2004, p. 424.

[1363] European Center for Development and Vocational Training; European Foundation for the Improvement of Living Conditions and Working Conditions; European Environment Agency; Office for Harmonization of the Internal Market; European Training Foundation; European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction; Community Plant Variety Office; European Medicines Agency; European Monitoring Centre for Racism and Xenophobia: European Agency for Reconstruction; European Maritime Safety Agency; European Aviation Safety Agency; European Food Safety Authority; European Agency for Safety and Health at Work; Translation Centre for bodies of the European Union; European Network and Information Security Agency.

[1364] OI/2/2001/(BB)OV of 27.6. 2002. This own-initiative inquiry resulted in the abolishment of age discrimination in recruitment to Community institutions and bodies on the basis of Article 21 (1) of the Charter. This also applies to age limits in recruitment of trainees. See draft recommendation by the Ombudsman to the European Commission in complaint 2107/2002/(BB)PB of 15.6. 2004.

complaints from EU citizens, natural persons residing within the territory of a Member State and legal persons having its registered office in a Member State. Therefore, non-nationals residing outside the territory of the EU fall outside the mandate of the Ombudsman. The Ombudsman has interpreted the requirement of residence broadly so that it is sufficient for a person to lodge a complaint being *de facto* within the territory of Union.[1365] The Ombudsman has furthermore given a broad interpretation of the concept of legal personality by endorsing complaints from entities other than private persons, such as associations and interests groups lacking formal legal personality.[1366] A complaint may be submitted directly or through a Member of the European Parliament.[1367] There is no requirement in the EC Treaty or in the Statute of the Ombudsman to meet any test of having a legal interest or suffering of injustice in relation to the complaint filed. Therefore, the complainant does not necessarily have to be individually affected by an alleged maladministration in order to have a right to complain. This position has been accepted by the Ombudsman by endorsing *actio popularis* complaints. A complaint may be sent by letter, fax or e-mail in any of the official languages of the Union in accordance with article 21 (3) EC.

After the Treaty of Amsterdam, the mandate of the Ombudsman was widened to include the third pillar. Article 41 of the Treaty on European Union, as amended by the Treaty of Amsterdam, includes article 195 in the list of articles of the EC Treaty, which applies with regard to the provisions relating to the areas referred to in Title VI (police and judicial cooperation in criminal matters) TEU. As a result the Ombudsman included Europol within his mandate.[1368] Title VI of the TEU includes the provisions relating to Europol and to the Council's promotion of co-operation through Europol. The mandate of the Ombudsman does not cover the second pillar consisting of common foreign and security policy of the EU.[1369]

III. Grounds for inquiries and admissibility criteria

An Ombudsman inquiry may be instigated on the basis of complaints or on the Ombudsman's own initiative for which he finds sufficient grounds for.[1370] Apart from the criteria that the complaint has to fall within the mandate of the Ombudsman to investigate maladministration, the complaint must fulfill conditions of admissibility established under article 195 EC, the Statute of the Ombudsman and the implementing provisions.[1371] The Ombudsman distinguishes between complaints being outside of the mandate, complaints that are within the mandate but inadmissible under the Statute and complaints that are within his mandate and admissible, but nevertheless provide for no grounds to instigate an inquiry.[1372] The Ombudsman has a very wide discretion with regard to the merits of complaints, i.e. how he deals with the complaint.[1373] He is under no obligation to instigate an inquiry draw up recommendations, pursue friendly settlements or send reports to the European Parliament, in particular, if a complaint is too general or does not contain sufficient amount of evidence of alleged maladministration. The Ombudsman will neither instigate an inquiry if another competent body, for example the Committee of Petitions of the European Parliament, has dealt with the matter and no new evidence is brought to the attention of the Ombudsman.[1374]

[1365] Complaint 972/96, Annual Report of 1996, p. 15.
[1366] Complaint 472/96 Annual Report of 1998, pp. 191-198.
[1367] See Article 2 (2) of the European Ombudsman Statute.
[1368] See Draft recommendation to Europol on public access to documents OI/1/99/ in 1999 Annual Report, p. 254.
[1369] Article 28 of the Treaty of the European Union.
[1370] Article 195 (1 subpara. 2) EC and Article 3 (1) of the Ombudsman Statute.
[1371] See Articles 1 (3), 2 (3), 2 (4) and 2 (8) of the Statute of the Ombudsman and Article 4 (1) and (2) of the implementing provisions.
[1372] During the year 2004, the office of the Ombudsman received 3726 complaints of which 25,2 % (919) fell within the mandate and 74,8 % (270) outside the mandate of the ombudsman most of them not directed against a Community institution or body. See Ombudsman's annual report of the year 2004 of 8.3.2005. p. 173. The number of complaints increased with 53 % compared to 2003 as a result of the enlargement with 10 new Member States as of 1 May 2004.
[1373] Case T-209/00, *Lamberts v. European Ombudsman*, [2001] *ECR* II-765 (judgment of 10 April 2002), para. 57.
[1374] Complaint 646/97, Annual Report of 1997, p. 29.

The Statute provides that the author and object of the complaint must be identified. Upon filing a complaint, the person may request that the complaint remain confidential. A complaint must be made within two years of the date on which the facts came to the knowledge of the complainant and be proceeded by the appropriate administrative approaches to the institutions and bodies concerned. Complaints related to work relationships between the Community institutions and bodies and their officials, all possibilities for internal administrative requests and complaints must have been exhausted before lodging a complaint to the Ombudsman. Furthermore, article 195 EC prevents a complaint to the ombudsman if the alleged facts are or have been subject of any legal proceedings. This restriction is not limited merely to the European Court of Justice or the Court of First Instance, but to all court proceedings. Article 2 (7) of the Statute of the Ombudsman provides that '[w]hen the Ombudsman, because of legal proceedings in progress or concluded concerning the facts which have been put forward, has to declare a complaint inadmissible or terminate consideration of it, the outcome of any enquiries he has carried out up to that point shall be filed definitively'.[1375]

IV. Concept of maladministration

The EC Treaty specifies that the criteria for review by the Ombudsman are alleged maladministration. Neither article 195 EC nor the Statute of the Ombudsman defines the term 'maladministration'. Therefore, it is for the Ombudsman to define what is meant by the open-ended concept maladministration. In 1995, the Ombudsman chose not to define the concept, due to reasons of 'the open-ended nature of the term is one of the things that distinguishes the role of the Ombudsman from that of a judge'.[1376] In his first annual report, the Ombudsman, however, stated that maladministration include cases where 'a Community institution or body fails to act in accordance with the Treaties and with the Community acts that are binding upon it, or if it fails to observe the rules and principles of law established by the Court of Justice and Court of First Instance'.[1377] The ombudsman provided for a non-exhaustive list of examples of maladministration, such as administrative irregularities and omissions, abuse of power, negligence, unlawful procedures, unfairness, malfunction or incompetence, discrimination, avoidable delay, lack of refusal of information. The first report also identified limits to what might constitute maladministration. Complaints of the political nature rather than of an administrative nature are inadmissible. For instance, complaints about the political nature the work of the European Parliament and its organs are outside the scope of remit of the Ombudsman. The task of the ombudsman is neither to examine the merits of legislative acts. Upon request by the European Parliament in 1996 on a need for a clear definition of the concept of maladministration, the Ombudsman provided for the following definition in his annual report of 1997:

'Maladministration occurs when a public body fails to act in accordance with a rule or principle which is binding upon it'.[1378]

The European Parliament welcomed this definition provided for by the Ombudsman in 1998 and by the Commission in 1999. Therefore, the Ombudsman's first and most essential task is to establish whether a Community institution or body has acted lawfully.[1379] An inquiry into alleged maladministration therefore should identify the facts and the rules and principles, which the institutions and bodies have failed to respect. Consequently, failure to act in accordance with the law is maladministration. Wrongful interpretation of the law by the administrators responsible for its implementation can also constitute maladministration.[1380] In complaint 449/96, the Ombudsman responded to the Commission that in insisting that 'wrongful application of the law' cannot constitute maladministration stated that 'the first and most essential task of the Ombudsman when conducting

[1375] Complaint 339/98, Annual Report of 1999, p. 21.
[1376] Ombudsman Annual Report of 1995, p. 17.
[1377] Report of the Ombudsman for the year 1995 I, para. 3.2.
[1378] 1997 Annual Report of the Ombudsman, p. 23
[1379] Ibid., p. 24.
[1380] Complaint 449/96 in Annual Report of the Ombudsman 1998, p. 47, where the Ombudsman gives his response to the Commission.

inquiries into possible instances of maladministration in the activities of a Community institution or body is to establish whether the institution concerned has acted lawfully. In carrying out this task, the Ombudsman is mindful of the fact that the highest authority on the meaning and interpretation of Community law is the Court of justice'. In the Ombudsman's own-initiative investigation 3/99, the Commission accepted the Ombudsman's competence to investigate into error of legal interpretations hence constituting a form of maladministration.[1381]

In cases of maladministration, the Ombudsman first seeks for a friendly solution on how the situation could be rectified. If this is not feasible, the Ombudsman can make a critical remark where there no longer is a possibility to eliminate maladministration or the maladministration have no general implications and no follow-up action by the Ombudsman seems to be necessary.[1382] According to article 3 (6) of the Statute, the Ombudsman draws up recommendations where the institution or body could rectify maladministration, but a search for a friendly solution has proven unsuccessful or when a maladministration seems to have general implications indicating a systematic problem or otherwise is particularly of a serious nature. If the Community institution fails to respond to a draft recommendation, the Ombudsman may send a special report to the European parliament, thus constituting a last resort of the Ombudsman.[1383] The Ombudsman can also instigate own-initiative inquiries in order to investigate possible systematic problems in the institutions.[1384] The Ombudsman findings are legally non-binding with regard to the administration on how to deal with a particular case. The Ombudsman office is a quasi-judicial institution acting a mediator between the citizens and EU authorities. In this connection, it is necessary to state that the right to good administration expressed in article 41 of the Charter and maladministration are two sides of the same coin. The implementation of right to good administration consists a major part of the work of the Ombudsman. Bias, unfair excessive delay in handling his or her affairs by the institutions and bodies of the Union constitute maladministration. Article 41 (1) of the Charter provide that 'Every person has the right to have his of her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union'. An important part of the right to good administration is the Union's commitment to openness and transparency. The right to access to documents recognized in article 42 of the Charter as a fundamental right constitute therefore an important aspect of the work of the Ombudsman. Failure to comply with rules governing the right to public access to documents constitute an instance of maladministration. Consequently, articles 41, 42 and 43 of the Charter jointly operate as a minimum standard of good administrative behavior by the European Union institutions and constitute an important part of the work of the Ombudsman.

[1381] OI/3/99/(IJH)PB of 27.10. 2000, pp. 10-13.

[1382] See Article 7 of the Decision of the European Ombudsman adopting implementing provisions (http://www.euro-ombudsman.eu.int/in). In 2004 for instance, the Ombudsman instituted 36 critical remarks (Ombudsman's annual report of the year 2004 of 8.3.2005. p. 21).

[1383] Article 3 (5) of the Ombudsman Statute. In 2004, the Ombudsman proposed 12 friendly solutions, 17 draft recommendations and one special report (Ombudsman annual report 2004 of 8.3.2005, p. 178).

[1384] Eight such investigations were opened in 2004. Such inquiries may be opened on the basis of alleged maladministration when a complaint is submitted by a non-citizen/resident of the Union or a legal person with a registered office in a Member State.

Article 44. Right to petition

Any citizen of the Union and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State has the right to petition the European Parliament.

I. Legal basis for petition the European Parliament

The origin of the right to petition, within an European Community context, can be found in a European Parliament resolution of 1977 demanding the right to petition for citizens of the Community.[1385] In 1981, after the first direct elections to the European Parliament, the European Parliament amended its Rules of Procedure formally endorsing the right of petition for Community citizens. It was, however, not until 1987 that the Committee of Petitions was established. In 1989, the right to petition was recognized in other Community institutions with the inter-institutional agreement by the European Parliament, the Council and the Commission.[1386] The institution of the right to petition to the European Parliament was formally recognized in Treaty context with the adoption of the Treaty of Maastricht in 1992 transforming petitions based on Community custom to a treaty protected right. Article 21 EC provides for the right of every citizen of the Union to petition the European Parliament in accordance with article 194 EC. Article 194 provides as follows:

> Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, shall have the right to address, individually or in association with other citizens or persons, a petition to the European Parliament on a matter which comes within the Community's fields of activity and which affects him, her or it directly.

In accordance with the annex VI of the Rules of Procedures of the European parliament, the Committee of Petitions 'is responsible for matters relating to petitions (article 21 of the EC Treaty), considerations thereof and action to be taken in connection therewith, and relations to the Ombudsman'. Chapter XXIII of the Rules of Procedure provides in Articles 174, 175 and 176 for details with regard to the functioning of the Committee of petitions and the right to petition in itself.[1387] Article 44 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides for the right to petition to the European Parliament. This provision guarantees the right to petition under the same conditions as provided for in articles 21 and 194 of the EC Treaty in accordance with article 52 (2) of the Charter.[1388]

[1385] *OJ* C/299/26 of 12.12.1977.
The right to petition is recognized in many constitutions of the Member States of the EU. This right is also recognized in the Inter-American Declaration of the Rights and Duties of Man in article XXIV providing that 'Every person has the right to submit respectful petitions to any competent authority, for reasons of either general or private interest, and the right to obtain a prompt decision thereon'. The right to petition was also recognized as a fundamental right in Article 23 of the Declaration of Fundamental Rights and Freedoms of the European Parliament of 1989 providing that 'Everyone shall have the right to address written requests or complaints to the European Parliament' (*OJ* C 120/51 of 16.5.1989).

[1386] *OJ* C/120/90 of 12.4.1989.

[1387] The text of the Rules of Procedure of the European Parliament are published on the European Parliament website http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PROG=RULES-EP&L=EN&REF=TOC in all official languages of the EU.

[1388] Article 52 (2) of the Charter: 'Rights recognized by this Charter which are based on the Community Treaties or by the Treaty on European Union shall be exercised under the Conditions and within the Limits defined by those treaties'. Article 44 of the Charter is beyond any doubt based on Articles 21 and 194 of the EC treaty. This is also confirmed in the Presidium explanations relating to the complete text of the Charter (Updated explanations relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, 9 July 2003, CONV 828/03).

II. Admissibility Criteria

The right to petition is an integral part of the EU citizenship concept as provided for in part two of the EC Treaty. The right to submit a petition is, however, not a formal requirement restricted to EU citizens despite of the formulation in article 21 that only citizens have the right to petition the European Parliament. Article 194 EC makes it clear that also non-citizens, natural or legal persons, residing or having its registered office in a Member State have the right to address to the European Parliament. *Ratione personae,* the right to submit a petition therefore includes citizens of the EU, residents of the Member States, legal persons having their registered office in a Member State. The field of admissibility *ratione personae* was extended by the European Parliament in 1993 in amending its Rules of Procedure by adding a new paragraph providing for a possibility by natural or legal persons neither being citizens of the EU nor residing in a Member State or having a registered office in a Member State to submit a petition being registered a filed separately. In accordance with article 174 (10) of the Rules of Procedure, the President shall send a monthly record of such petitions to the Committee of Petitions, which may wish to consider petitions considered worthwhile, i.e. raising issues falling within the activities of the Community. Non-resident citizens have in other words not an automatic right to address the European Parliament *ratione personae.* This is, however, a result of the European Parliaments willingness to include a possibility of allowing the right of non-citizens to submit petitions falling under Community law.

A petition may be sent by letter, fax or e-mail in one of the official languages of the Union in accordance with article 21 (3) EC. Petitions written in any other language will be subject of consideration only if the petitioner has attached a translation or summary in one of the official languages of the EU.[1389] Article 174 (2) of the Rules of Procedure provides that the author must be identified, i.e. shall include the name, nationality and permanent address of the petitioner. The petitioner may request the petition to be treated in confidence. There is a formal requirement that the petitioner, natural or legal person, must be affected individually by an activity falling within the field of activities of Community law. The petitioner has to meet the test of affecting him or her directly by measures taken by the institutions and bodies under Community law. The *locus standi* requirement has been interpreted broadly in that there is no requirement for a petitioner to prove an exclusive interest in order for a petition to meet admissibility criteria. *Actio popularis* are therefore excluded as the right to petition must be exercised based on a certain interest to file a petition. Matters falling within the Community's field of activity do affect the individual more and more directly without there being a need to demonstrate exclusive interest. Environmental pollution may constitute as an example. In case of an environmental catastrophe, the resulting pollution may have effects affecting a large amount of people directly.[1390] A petition may be submitted individually or in association with other citizens or persons.[1391] Besides the above-mentioned formal requirements of admissibility *ratione personae,* the petition must fulfill requirements *ratione materiae.* In accordance with article 194 EC, the petition must fall within the Community's field of activity. Article 174 (1) of the Rules of Procedure of the European Parliament, however, provides that any citizens and natural or legal person have the right to petition 'on a matter which comes within the European Union's fields of activity and which affects him, her directly'. Furthermore, article 174 (5) provides that 'petitions entered in the register shall be forwarded by the President to the Committee responsible, which shall ascertain whether the petitions registered fall within the sphere of activities of the European Union'. This does not, however, mean that the right to petition would generally have been extended to include the activities of the institutions of the Union to cover the second and third pillars. The European Parliament Rules of Procedure in article 174 provide only for a general right to receive petitions with regard to the activities of the Union's institutions. Consequently, the second and third pillar matters are excluded from the issues being subject to a petition. Petitions *rationae materiae* are therefore admissible concerning the content of the EC treaty and secondary Community legislation connected with the action by Community institutions and bodies and Member States implementing Community law.

[1389] Rules of Procedure of the European Parliament, Article 174 (3).
[1390] During the parliamentary year 2003-2004, the Committee of Petition received 15 collective petitions with over 1000 signatories each.
[1391] Rules of Procedure of the European Parliament, Article 174 (1).

Only some 18-23 % of petitions are declared inadmissible. Petitions treated as inadmissible mostly concern internal matters of the Member States falling outside the scope of Community law. The petition is therefore admissible with regard to the activities of Community institutions and bodies acting within the sphere of the first pillar, i.e. within Community law. The right to petition to the European Parliament is now recognized in treaty context providing a legal basis for the right to petition formerly being based on custom.[1392] The EU Charter has now recognized the right to petition to the European Parliament as a fundamental right of Union law.[1393] The Committee on Petitions, on the basis of an opinion of the legal service of the European Parliament, has made it a general rule to suspend consideration of petitions at the same time being subject to consideration by a national or Community court.[1394] Petitions can be directed against the institutions and bodies of the Community as well as to Member States implementing Community law. A complaint directed against the European Ombudsman regarding alleged maladministration can therefore also be sent to the European Parliament as a petition, while not the other way around.

III. Examination of petitions

The scope of the right to petition is broad. Besides the requirement that the petition must fall within the activities of the Community's field of activity, the petition may consist of an individual or collective complaint or a request for an intervention or concern the legislative activity of the Community. Admissible petitions can either be transferred to the Commission requesting for action or information, be forwarded to the legal service of the European Parliament or forwarded to other parliamentary committees requesting for information or opinion. Most of the petitions concern the activities or inactivity of the Member States concerning issues of Community law. Mostly, petitions received by the Committee of Petitions are either referred other standing Committees of the European Parliament or to request information from the European Commission.[1395] If a petition concerns an alleged infringement of Community law by a Member State, the Commission registers the petition as a complaint received by it in the role of the guardian if the treaty is providing information to the Committee of Petition in that context. The treaty of Nice has extended the right of the European Parliament to instigate proceedings before the European Court of Justice as a result of petitions of serious failures on the part of the Member States opening up new possibilities and new powers for the Committee of Petitions in initiating this procedure under article 230 EC.

Petitions can roughly be divided into three categories. Firstly, petitions where the petitioner calls on the Community to legislate or modify its legislation. Secondly, petitions drawing upon alleged infringements of the rights embodied in the EU Charter of Fundamental Rights and thirdly of petitions where the petitioner draws attention to an infringement or improper implementation of Community law being of disadvantage of an individual's legitimate interest or his or her personal rights.[1396] Most of the work of the Committee of Petitions is devoted to petitions concerning infringements of the rights guaranteed under the treaties or secondary legislation, while greater attention has been given to petitions concerning calls for new or modified legislation by the European Community, being aware

[1392] See the Inter-institutional Declaration by the Commission, the European Parliament and the Council, *OJ* C 120 of 12.4.1989, p. 90.
[1393] The Committee of Petition received 1313 petitions during the period 11.3.2003 – 14.3.2004 and 107 petitions from non-Union citizens resident in third countries. Report on the deliberations during the parliamentary year 2003-2004 (A6-0040/2005) of 11.2.2005. In comparison, during the parliamentary year 1985-1986 a total of 234 petitions were filed by the European Parliament and during parliamentary year 1992-1993 a total of 900 petitions were filed by the European parliament.
[1394] See Report of 19 March 2001 of the Committee on Petitions of the European Parliament on the institution of the petition at the dawn of the 21st century (A5-0088/2001) of 19.3.2001, p. 12.
[1395] The Commission has, due to the resources available being able to conduct investigations, undertaken to supply written and oral information on petitions at the request of the Committee of Petitions. This is based upon the inter-institutional agreement between the European Parliament, Commission and the Council of 1990. See supra note nr. 9.
[1396] See European Parliament resolution of 37 November 2001 on European citizens right to petition (A5–0429/2001) of 27.11.2001, pp. 7-8.

that the European Parliament has not the power to initiate new legislation. In particular, the European Parliament receives a great number of petitions dealing with issues of discrimination, freedom of movement, the environment, consumer protection, recognition of diplomas and social affairs.

IV. A tool for democratic control

Petitions to the European Parliament and complaints to the European Ombudsman are the two main ways by which the European citizens and persons residing within the EU are able to address the Community institutions with regard to monitoring the implementation of Community law *a posteriori*. These two institutions represent a means of direct communications with regard to institutional activity of the Community contributing to the reinforcement of democratic control over Community legislation and administration constituting a powerful control over the daily activities of the EU and the Member States in implementing Community law. The institution of petition is important not only for the citizens, but also for the Community institutions. The institutions and bodies of the Union have a direct link of information provided for by the citizens with regard to problems encountered in implementing Community law. The Committee of Petition can offer to the EU and the Member States an overview of problems encountered by the citizens with regard to European and national administration. The institutions of petitions have therefore an important role to play in the overall development and integration of the Union. Despite of the importance of the right to petition, problems with these institutions occur. A big problem constitutes in the delays, which have been build up in the processing of petitions, i.e. the time between the registration of a petition and its initial consideration.[1397] To this end, the Committee of Petitions has drawn attention to the need to, *inter alia*, review the 1989 Inter-institutional agreement in order to shorten the time required to deal with petitions by defining clear, coherent and binding framework for the Cooperation with the European Parliament.[1398] In light of the wish to bring the EU closer to its citizens by making the institution of petition more known among the citizens of the EU, it is natural that the institution handling petitions also is in a position to do so within a reasonable timeframe.[1399] In its report for the parliamentary year 2003-2004, the Committee of Petitions asked the Council of Ministers including all Government Departments and Agencies of Member States and the Commission to set a three month deadline to give a detailed response to the Committee including the petitioner(s) or reasons given for delays.[1400] The right to instigate a petition is an important tool for the exercise of parliamentary scrutiny over the institutions and Member States of the European Union in implementing EU law by improving transparency and general awareness of the actions taken by the union vis-à-vis the European citizens that ultimately can result in initiating infringement procedures regarding the application of Community law before the European Court of Justice.

[1397] See Report of 19 March 2001 of the Committee on Petitions of the European Parliament on the institution of the petition at the dawn of the 21st century according to which the time between the registration and initial consideration of a petition can be up to one year, p. 11.
[1398] Ibid. p. 13.
[1399] See Report of 19 June 2003 on the deliberations of the Committee of Petitions during the parliamentary year 2002-2003. (A5-0239/2003) of 19.6.2003, pp. 9-11.
[1400] See Report of 11 February 2005 on the deliberations of the Committee of Petitions during the parliamentary year 2003-2003 (A6-0040/2005) of 11.2. 2005.

Article 45. Liberté de circulation et de séjour

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément au traité instituant la Communauté européenne, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre.

I. Introduction

La liberté de circulation et de séjour posée par l'article 45 de la Charte traite d'une question centrale dans l'Union européenne, au delà des acquis du droit international général. Elle formalise d'une part l'un des acquis les plus caractéristiques qui soient de la construction communautaire, celui du principe de libre circulation des personnes, qui est lui-même issu du principe originaire de libre circulation des travailleurs. Elle ouvre d'autre part la question particulièrement sensible de la libre circulation des ressortissants d'Etats tiers à l'intérieur de l'Union.

De façon générale, la liberté de circulation des personnes est inscrite dans tous les grands instruments internationaux, au premier rang desquels la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 dans son article 13[1401] et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dans son article 12[1402].

Elle fait également l'objet d'une attention particulière au sein du Conseil de l'Europe avec la Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1955 et l'Accord européen sur le régime de la libre circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe du 13 décembre 1957 dont l'article 1 consacre cette liberté. Si la CEDH n'a pas intégré ce droit directement, son protocole n° 4 du 16 septembre 1963 garantit dans son article 2 la 'liberté de circulation' en des termes très généraux et très classiques[1403]. Ceci explique que nombre de thèmes relatifs à la libre circulation des étrangers et aux modalités de leur séjour en Europe aient fait à Strasbourg l'objet de développements particulièrement conséquents sur les sujets sensibles[1404].

[1401] Article 13 § 1 : ' Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat; § 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays '.

[1402] Article 12 § 1 : ' Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence; § 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.; § 3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte; §4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays '.

[1403] ' §1 - Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. § 2 - Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. § 3 - L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui; § 4 - Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique '.

[1404] Par exemple :
Résolution 7(1969) sur le retour des travailleurs migrants dans leur pays d'origine; Résolution 35(1970) sur la scolarisation des enfants des travailleurs migrants; Résolution 11(1976) sur l'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs migrants; Résolution 33(1978) sur le regroupement familial dans le cadre des migrations de travailleurs; Résolution 44(1978) sur les migrations clandestines et l'emploi illégal des travailleurs étrangers; Recommandation Rec(1979)10 sur les femmes migrantes; Recommandation Rec(1984)9 sur les migrants de la deuxième génération; Recommandation Rec(2000)15 sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée; Recommandation Rec(2002)4 sur le statut juridique des personnes admises au titre du regroupement familial;

Néanmoins, le droit de l'Union européenne donne sa signification et sa portée la plus accomplie à la liberté de circulation des individus. En premier lieu car l'article 2 du traité sur l'Union lui assigne pour objectif le maintien et le développement d'un espace '*au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes*', formulation reprenant l'article 14 du traité communautaire qui se traduit par l'apparition d'un titre IV dédié aux politiques relatives à cette libre circulation, tout en capitalisant les acquis de la libre circulation des ressortissants communautaires dans son titre III. En second lieu parce l'Union européenne à Maastricht puis Amsterdam lie désormais les droits de citoyenneté de l'article 18 du traité communautaire au droit à la libre circulation. Enfin parce que depuis les origines, les relations extérieures de la Communauté et notamment les accords d'association et de coopération avec les Etats tiers ont aménagé un accès privilégié à certaines catégories de ressortissants étrangers. Le droit originaire, le droit dérivé et la jurisprudence construisent donc le régime de ce droit fondamental de façon très complète et distinguant deux grandes catégories de destinataires.

II. Le droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement

L'article 18§1 du traité communautaire éclaire la formulation du droit à la libre circulation de l'article 45§1 de la Charte qui l'a reprise à la lettre. Ce dernier se borne à en féminiser la portée ('*tout citoyen ou toute citoyenne*') et à ne plus faire référence expresse au droit communautaire complémentaire qui en conditionnait l'application à Maastricht et Amsterdam. Les explications accompagnant la Charte lient néanmoins toujours son application à l'article 50§2, c'est-à-dire à l'application de ce droit complémentaire[1405].

Cette consécration générale est une avancée considérable mais elle ne correspond pas encore à une liberté complète des citoyens tant le dispositif juridique actuellement applicable est encore demeuré en retrait. Cette nouvelle formulation de la liberté de circulation appelle donc une mise à niveau normative[1406] qui corresponde à un environnement juridique et politique différent. Si l'article 18§2 apparaît comme une base juridique résiduelle, c'est en se fondant principalement sur les dispositions du traité relative à la libre circulation des personnes à un titre économique que cette adaptation peut avoir lieu actuellement. Les articles 40, 44 et 52 du traité visant la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et de prestation de services en forment le centre auxquels il faut ajouter l'article 62 du traité communautaire qui prévoit également que le Conseil arrêtera les mesures propres à assurer l'absence de tout contrôle aux frontières intérieures, '*qu'il s'agisse de citoyen de l'Union ou de ressortissants d'Etats tiers*'.

Le dispositif juridique d'application de la libre circulation des personnes est d'une complexité et d'un volume considérables qui justifie son réexamen et sa mise à jour. Ce ne sont pas moins de deux règlements et de neuf directives qui régissent la matière[1407], en raison de la variété des destinataires,

[1405] Voir Convention, Mise à jour des explications relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux, 9 juillet 2003, CONV.828.

[1406] Proposition 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, COM(2001) 257 final, *J.O.C.E.* C 270 du 25.09.2001, p. 150. Voy. Aussi le texte de la directive adoptée : Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 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, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO* L 158 du 30.04.2004.

[1407] Règlement (CEE) 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.* L 257 du 19.10.1968, p.2, modifié par le règlement 2434/92, *J.O.C.E.* L 245 du 26.08.1992, p.1; Directive 68/360 du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.* L 257 du 19.10.1968, p.13; Directive 73/148 du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, *J.O.C.E.* L 172 du 28.06.1973, p.14; Directive 90/364 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, *J.O.C.E.* L 180 du 13.07.1990, p.26; Directive 90/365 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *J.O.C.E.* L

actifs ou non actifs, et des objectifs recherchés, accès au territoire ou droits inhérents au séjour. Il a fait l'objet de nombreuses interprétations jurisprudentielles et de critiques liées à son caractère partiel et incomplet, en particulier au regard de l'absence d'un véritable régime unifié de la libre circulation, de la persistance d'un certain nombre de limitations, et de l'obscurité de certaines définitions notamment au regard du regroupement familial. Les nombreux manquements des Etats membres ont également permis à la Cour de Justice d'apporter les précisions indispensables sur ce point.

La question essentielle est celle de l'effet direct du droit de libre circulation tel que posé par l'article 18 du traité communautaire. Après avoir hésité à trancher[1408], la Cour de Justice considère que

> s'agissant… du droit de séjourner sur le territoire des États membres prévu à l'article 18, paragraphe 1, CE, il convient de constater que celui-ci est reconnu directement à tout citoyen de l'Union par une disposition claire et précise du traité CE... Certes, ce droit de séjour des citoyens de l'Union sur le territoire d'un autre État membre est reconnu sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité CE ainsi que par les dispositions prises pour son application. Toutefois, l'application des limitations et conditions admises à l'article 18, paragraphe 1, CE pour l'exercice dudit droit de séjour est susceptible d'un contrôle juridictionnel. Par conséquent, les éventuelles limitations et conditions de ce droit n'empêchent pas que les dispositions de l'article 18, paragraphe 1, CE confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder[1409].

Les destinataires du droit de libre circulation et de séjour sont naturellement les citoyens de l'Union et les membres de leur famille, ce qui fait de la possession de la nationalité d'un Etat membre un critère décisif, réglé sur la base de l'article 17 du traité communautaire qui exige la possession de la nationalité d'un Etat membre[1410], question dont le droit national est exclusivement en charge[1411]. Il importe donc que tout citoyen de l'Union puisse en administrer la preuve auprès des autorités de l'Etat membre concerné[1412].

Sur cette base, le champ d'application personnel de la libre circulation s'est progressivement étendu. En premier lieu et sur les bases du principe de libre circulation des travailleurs, ces derniers et les membres de leurs familles ont été les premiers bénéficiaires du principe, sous réserve d'être placés dans une situation d'application du droit communautaire et non purement interne[1413]. La notion de 'travailleur' comme celle de 'famille' a néanmoins appelé de multiples interventions complémentaires de la Cour de Justice, la première question donnant l'occasion d'affronter le protectionnisme des Etats membres. La question du lien familial en revanche a nécessité le concours conjoint des textes et de la jurisprudence. Sur leurs bases, un véritable droit au regroupement familial a permis de concerner le conjoint, les descendants du travailleur ou de son conjoint[1414] et leurs ascendants. Diverses difficultés demeurent cependant : celle des disparités de cette réglementation avec les autres bénéficiaires de la libre circulation en est une puisque le droit de séjour des étudiants est en retrait de ce dispositif. L'étendue du lien familial est une question plus sensible. La Cour de Justice considère en effet que le terme conjoint ne s'étend pas en l'état actuel du droit aux partenaires non mariés[1415], sauf

---

180 du 13.07.1990, p. 28; Directive 93/96 du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, *J.O.C.E.* L 317 du 18.12.1993, p. 59.

[1408] C.J.C.E., 12 mai 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, *Rec*., p. I-2691.

[1409] C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Baumbast*, C-413/99, *Rec*., p. I-7091.

[1410] C.J.C.E., 7 juillet 1992, *Micheletti*, C-369/90, *Rec.*, p. I-4239; C.J.C.E., 20 février 2001, *Kaur*, C-192/99, *Rec.*, p. I-1237.

[1411] Déclaration n°2 annexée au traité de Maastricht.

[1412] C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Wijsenbeek*, C-378/97, *Rec*., p. I-6207 : ' l'exercice des droits conférés aux citoyens de l'Union par l'article 8 A du traité (devenu, après modification, article 18 CE) de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres suppose, tant que des dispositions communautaires relatives aux contrôles aux frontières extérieures de la Communauté, impliquant également des règles communes ou harmonisées en matière notamment de conditions d'accès, de visas et d'asile, n'ont pas été adoptées, que les personnes concernées soient en mesure d'établir qu'elles ont la nationalité d'un État membre'.

[1413] C.J.C.E., 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88, *Rec*., p. I-3763; C.J.C.E., 7 juillet 1992, *Singh*, C-370/90, *Rec*., p. I-4265.

[1414] A la condition d'être âgés de moins de 21 ans et à charge.

[1415] C.J.C.E., 17 avril 1986, *Reed*, C-59/85, *Rec*., p. 1283, point 13.

discrimination avec la situation des nationaux[1416], et pas davantage aux personnes du même sexe[1417]. La 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 n'a pas suivi les amendements du Parlement européen désireux d'une définition libérale de la notion de famille, incluant les partenaires non mariés et homosexuels, et elle renvoie au droit civil de chaque Etat membre le soin de le faire en les incitant à la compréhension.

Le champ des bénéficiaires de la libre circulation a été largement élargi à la suite de l'Acte Unique avec l'adoption de trois directives complémentaires le 28 juin 1990, accordant le droit de séjour aux étudiants, aux travailleurs ayant cessé leur activité, et plus généralement aux ressortissants communautaires n'en bénéficiant pas à un autre titre[1418]. Une directive de codification est en cours d'adoption et elle offrirait un statut juridique homogène aux citoyens de l'Union, y compris aux étudiants, passé un délai de trois mois de séjour libre et à compter d'une résidence de longue durée de cinq années.

Le contenu des droits garantis est lié à la liberté de circuler et séjourner, indépendamment de tout prolongement socio-économique qu'il faut par ailleurs systématiquement lier avec le principe de non-discrimination[1419].

Le droit d'entrée et de sortie du territoire d'un Etat de l'Union est la première garantie et il s'exerce dans un cadre qui n'est pas inconditionné. Certes, la Cour indique que le droit d'entrée et de séjourner le territoire d'un autre Etat membre est '*un droit directement conféré*' par le traité[1420] mais il ne s'en exerce pas moins dans le cadre de la réglementation. Si celle-ci exclut tout visa d'entrée ou formalité analogue, la présentation de documents d'identité et la constatation d'un long séjour dépassant trois mois par la délivrance de droit d'une carte de séjour ne sont pas contraires à la liberté de circulation[1421]. La possibilité de contrôle par les Etats ne l'est pas davantage[1422], en particulier pour les membres de la famille qui sont des ressortissants d'Etats tiers. La question est du reste liée aux mesures impliquées par l'article 62§1 du traité communautaire qui prévoit que le Conseil arrête ' des mesures visant, conformément à l'article 14, à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse de citoyens de l'Union ou de ressortissants des pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures (…)'.

Le droit au séjour est lui dominé par le jeu du principe de non-discrimination. Ce dernier implique le droit pour le citoyen de l'Union de bénéficier de conditions d'existence comparables à celles des ressortissants de l'Etat d'accueil[1423]. Droit au logement[1424], droit aux études pour les enfants et aux prestations financières les facilitant[1425], droit à la protection sociale[1426] en sont autant d'illustrations. La protection de la vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH est également assurée[1427] même si là encore le juge exige que le rattachement à une situation communautaire soit effectif, à propos des

[1416] C.J.C.E., 13 février 1985, *Diatta*, C-267/83, *Rec*., p.567.
[1417] C.J.C.E., 31 mai 2001, *D et Royaume de Suède contre Conseil*, C-122/99, *Rec*., p. I-4319, point 34.
[1418] Directive 90/364 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, *J.O.C.E.* L 180 du 13.07.1990, p.26; Directive 90/365 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *J.O.C.E.* L 180 du 13.07.1990, p. 28; Directive 93/96 du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, *J.O.C.E.* L 317 du 18.12.1993 p. 59.
[1419] C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Rec*., p. I-6193 : 'le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique'
[1420] C.J.C.E., 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, *Rec*., p.497.
[1421] C.J.C.E., 5 mars 1991, *Giagounidis*, C-376/89, *Rec*., p. I-1069.
[1422] C.J.C.E., 7 juillet 1976, *Watson*, aff. 118/75, *Rec*. p. 1185 ; C.J.C.E., 25 juillet 2002, *M.R.A.X*, C-459/99, *Rec*., p.I-6591.
[1423] C.J.C.E., 12 mai 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, *Rec*. p. I-2691.
[1424] C.J.C.E., 12 mai 1989, *Commission c. RFA*, aff. 249/86, *Rec*., p. 1286.
[1425] C.J.C.E., 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9/74, *Rec*., p.773.
[1426] Y compris en matière de discrimination à rebours au cas où un Etat pénaliserait l'un de ses ressortissants pour avoir exercé son droit à la libre circulation, C.J.C.E., 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, *Rec*., p. I-6191.
[1427] C.J.C.E., 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, *Rec*. p. I-6279.

droits de résidence d'une veuve de nationalité extra-communautaire[1428], lui permettant d'assurer l'éducation de ses enfants. La nouvelle directive prend cette situation en compte.

L'exercice du droit à la libre circulation et au séjour peut néanmoins connaître certaines limites interprétées par la jurisprudence de la CEDH comme de la CJCE. Cette dernière explique que ces restrictions 's'inspirent de l'idée que l'exercice du droit de séjour des citoyens de l'Union peut être subordonné aux intérêts légitimes des États membres'[1429], même si les limitations au droit à la libre circulation, droit fondamental et personnel excédant désormais le champ économique, font l'objet d'une attention particulière.

La réserve d'ordre public est un point commun tout à la fois de l'article 2§3 du Protocole n° 4 additionnel à la CEDH et à l'article 48 du traité communautaire. Elle couvre les préoccupations liées à la sécurité publique[1430], la moralité publique et la santé[1431]. Les juridictions européennes ont eu à en connaître en ce qui concerne l'interdiction d'accès au territoire comme l'expulsion de ressortissants d'Etats membres de l'Union[1432] ou pas. Elle a également traité des restrictions à la liberté de circulation telles que les mesures spéciales de placement judiciaire ou d'assignation à résidence en s'assurant de la proportionnalité d'ingérences aussi lourdes dans le droit à la libre circulation[1433]. Elle a même vérifié la conformité de mesures interdisant l'exercice de cette liberté telles que la confiscation de passeports[1434] qu'elle analyse comme une ingérence grave.

Le droit communautaire dérivé organise spécifiquement le jeu des préoccupations liées à la clause d'ordre public, en particulier avec la directive 64/221 du 25 février 1964 qui a fait l'objet de multiples interprétations jurisprudentielles[1435]. Celle-ci visent 'à coordonner les mesures justifiées par la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique envisagée par les articles 48 et 56 du traité, afin de concilier l'application de ces mesures avec le principe fondamental de la libre circulation des personnes dans la Communauté et l'élimination de toute discrimination, dans le domaine d'application du traité, entre les nationaux et les ressortissants des autres Etats membres'. Ceci implique que 'les dérogations aux règles relatives à la libre circulation des personnes constituant des exceptions à interpréter strictement'[1436] et que le juge s'assure de leur proportionnalité et du respect du principe de non-discrimination avec les ressortissants nationaux[1437], faute d'interdiction radicale de ces mesures restrictives. Par ailleurs, la Cour se montre particulièrement attentive aux garanties de procédure qui sont détaillées par la directive, dont le droit de recours.

Cette réserve en droit communautaire peut jouer tout à la fois à l'égard de mesures d'éloignement du territoire dont le juge communautaire s'assure qu'elle n'est pas telle qu'elle entrave définitivement le droit à la libre circulation par son automaticité[1438], mais aussi à propos de refus d'entrée[1439]. Le juge admet également l'interdiction de séjour sur une partie du territoire avec des considérants de principe résumant sa jurisprudence : 'ni l'article 48 du traité ni les dispositions de droit dérivé qui mettent en oeuvre la liberté de circulation des travailleurs ne s'opposent à ce qu'un État membre prononce, à l'égard d'un travailleur migrant ressortissant d'un autre État membre, des mesures de police administrative limitant le droit de séjour de ce travailleur à une partie du territoire national à condition:

[1428] C.J.C.E., 9 janvier 2003, *Nani Givane*, C-257/00, *Rec.*, p. I-345.
[1429] C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Baumbast*, C-413/99, *Rec*., p. I-7091, point 90.
[1430] C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec*. p.1337.
[1431] C.J.C.E., 18 mai 1992, *Adoui et Cornouaille*, aff. 115 et 116/81, *Rec*., p.1665.
[1432] Cour eur. D.H., *Piermont c. France* (req. nos 15773/89 et 15774/89), arrêt du 27 avril 1995, *Ser.* A, No. 314.
[1433] Cour eur. D.H., *Guzzardi c. Italie* (req. n° 7367/76), arrêt du 6 novembre 1980, *Ser.* A, No. 39; Cour eur. D.H. (G.C.), *Labita c. Italie* (req. n° 26772/95), arrêt du 6 avril 2000, *Rec.* 2000-IV.
[1434] Cour eur. D.H. (1ère sect.), *Baumann c. Autriche* (req. n° 76809/01), arrêt du 22 mai 2001.
[1435] C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec*., p. 1219; C.J.C.E., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec*. p. 1999.
[1436] C.J.C.E., 26 février 1975, *Bonsignore*, aff. 67/74, *Rec*., p. 297.
[1437] C.J.C.E., 17 juin 1997, *Mann Singh Shingara*, C-65/95 et *Radiom,* C-65/95, *Rec*., p. I-3343; C.J.C.E., 30 avril 1998, *Commission c. Allemagne*, C-24/97, *Rec*., p. I-2133.
[1438] C.J.C.E., 19 janvier 1999, *Calfa*, C-348/96, *Rec*., p. I-11.
[1439] C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Yiadom*, C-357/98, *Rec*., p. I-2965.

- que des motifs d'ordre public ou de sécurité publique fondés sur son comportement individuel le justifient,
- que, en l'absence d'une telle possibilité, ces motifs ne puissent conduire, en raison de leur gravité, qu'à une mesure d'interdiction de séjour ou d'éloignement de l'ensemble du territoire national

- et que le comportement que l'État membre concerné vise à prévenir donne lieu, lorsqu'il est le fait de ses propres ressortissants, à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à le combattre'[1440].

Dès lors, l'inscription de ce droit à la libre circulation dans la Charte pose le problème non pas de la compatibilité de principe de la réserve d'ordre public avec ce droit fondamental mais des perspectives de plus en plus exceptionnelles dans lesquelles elle est susceptible de jouer.

Au regard de ces questions, la limitation résultant de l'exigence de '*ressources suffisantes*' afin de ne pas constituer une charge déraisonnable pour les finances de l'Etat d'accueil et pour son système social qui est contenue dans les directives 'étudiants' et retraités' peut sembler secondaire même si elle peut faire office d efrein à travers l'exigence d'assurance maladie. Elle pèse néanmoins sur le jeu de la libre circulation dans la mesure où la CJCE reconnaît une '*certaine marge de manœuvre*' aux Etats membres en la matière[1441].

III. La liberté de circulation et de séjour des ressortissants d'Etats tiers en situation régulière

Elle est une conséquence obligée de la constitution d'un espace territorial unique ouvert à la libre circulation des personnes et des biens et sa formulation tourne désormais la page des querelles entre Etats. Plusieurs commentaires préalables l'éclairent. En premier lieu, les débats au sein de la Convention se sont focalisés sur le choix du verbe '*pouvoir*' qui indiquait pour certains la constitution d'un droit à la libre circulation tandis que la majorité estimait à juste titre qu'il ne s'agit là que d'une simple '*faculté*' d'octroi. En second lieu, l'exercice de ce droit est conditionné par l'application du traité communautaire, y compris en ce qu'il prévoit de restrictions et de dérogations territoriales[1442] mais aussi par les accords passés par la Communauté et notamment les accords d'association[1443]. En troisième lieu, les titulaires de ce droit sont les titulaires 'résiduels' c'est-à-dire ceux qui ne sont pas bénéficiaires de ce droit à un autre titre, en tant que réfugiés, en vertu de l'article 18 de la Charte, ou en tant que membres de la famille d'un ressortissant communautaire. Ces derniers tombent sous le coup de dispositions particulières tant en ce qui concernent l'accès au territoire, qu'au séjour ou à leur éloignement forcé, notamment au plan procédural. Enfin, le champ d'application personnel de ce droit est défini par la situation 'légale' de ses destinataires, ce qui en exclut donc l'immigration irrégulière.

Le renvoi effectué par l'article 45§2 à la conformité au traité communautaire est à double sens. Il oblige à prendre à nouveau en compte la situation dérogatoire de certains Etats membres au regard de la communautarisation des politiques migratoires et à exclure leur territoire des dispositifs en cours. Il délimite le champ de l'article 45§2 au cadre du titre IV du traité. L'article 62 paragraphe 1 prévoit ainsi des mesures relatives à l'absence de contrôles en cas de franchissement des frontières intérieures, son paragraphe 2 règle la question du franchissement des frontières extérieures et des visas tandis que son paragraphe 3 prévoit des '*mesures fixant les conditions dans lesquelles les ressortissants des pays tiers peuvent circuler librement sur le territoire des Etats membres pendant une durée maximale de trois mois*'. L'article 63 paragraphe 3 a) traite des mesures relatives aux conditions d'entrée et de séjour y compris aux fins du regroupement familial et les réponses à l'immigration clandestine et son

[1440] C.J.C.E., 26 novembre 2002, *Oteiza Olazabal*, C-100/01, p. I-10981, point 45.
[1441] C.J.C.E., 25 mai 2000, *Commission c. Italie*, C-424/98, *Rec*., p. I-4001; C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk,* C-184/99, *Rec*., p. I-6193.
[1442] Le constat ne vaut pas seulement pour les trois Etats membres en situation dérogatoire mais aussi pour les nouveaux adhérents pour lesquels une période probatoire a été décidée avant la disparition des contrôles aux frontières intérieures.
[1443] C.J.C.E., 4 mai 1999, *Sürül*, C-262/96, *Rec*., p. I-2685; C.J.C.E., 27 novembre 2001, *Jany*, C-268/99, *Rec*., p. I-8615.

paragraphe 4 prévoit lui '*des mesures définissant les droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière de séjour dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire*'.

L'accès au territoire des Etats membres de l'Union est commandé essentiellement par la question des visas, tant en ce qui concerne les modèles de visas que la détermination des pays dont les nationaux doivent être munis de visas[1444], domaine dans lequel l'essentiel du droit de l'Union a été fixé à partir de lignées directrices anciennes[1445]. L'admission régulière sur le territoire entraîne un permis de séjour[1446] et elle implique nécessairement un rapprochement des législations nationales dans une perspective d'intégration[1447]. Il devrait en résulter à moyen terme un corpus juridique accordé aux ressortissants de pays tiers visant à définir des droits et d'obligations 'comparables' sinon équivalents à ceux des ressortissants nationaux, tout en établissant une distinction en fonction de la durée du séjour, ébauchant ainsi à moyen terme une 'citoyenneté civile'. La question du retour des personnes en séjour irrégulier en revanche est au centre des préoccupations de l'Union[1448], faisant partie intégrante de sa politique commune d'immigration. L'adoption de procédures communes d'éloignement et la concertation dans l'exécution doivent évidemment se dérouler dans le respect des droits fondamentaux. A ce titre, la directive 2001/40 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement[1449] des ressortissants de pays tiers est une première étape du processus.

L'entrée et le séjour peuvent être justifiés et facilités par l'Union européenne pour des raisons objectives. Le regroupement familial en est une illustration importante au regard des obligations internationales de la Communauté et de ses Etats membres et de son impact tant pour les ressortissants communautaires, que pour les réfugiés ou les étrangers ordinaires. La reconnaissance d'un droit au regroupement familial pour les ressortissants de pays tiers titulaires d'un titre de séjour d'une durée de validité supérieure ou égale à un an et ayant une perspective fondée d'obtenir un droit au séjour durable est acquise, avec l'adoption d'une directive en ce sens. Les États membres auront le droit d'exiger que les ressortissants de pays tiers, pour pouvoir exercer ce droit, respectent certaines mesures d'intégration conformément au droit national mais leur égalité de droits avec le regroupant est essentielle, notamment en matière de formation et d'accès à l'emploi. Certaines catégories d'étrangers pourraient également faire l'objet d'une attention particulière afin de leur ménager un accès privilégié au territoire de l'Union, tels que les réfugiés, les chercheurs ou les étudiants.

La définition plus générale d'un cadre juridique relatif aux conditions d'entrée et de séjour afin d'accéder à un emploi salarié ou d'une activité indépendante est une pièce manquante essentielle au

[1444] Règlement (CE) 1683/95 du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa, *J.O.C.E.* L 164 du 14.07.1995, p.1 modifié par le Règlement 334/2002 du 18 février 2002, *J.O.C.E.* L 53 du 23.02.2002; Règlement (CE) 333/2002 du Conseil, du 18 février 2002, établissant un modèle uniforme de feuillet pour l'apposition d'un visa délivré par les États membres aux titulaires d'un document de voyage non reconnu par l'État membre qui établit le feuillet, *J.O.C.E.* L 53 du 23.02.2002, p.3; Règlement (CE) 2317/95 du Conseil, du 25 septembre 1995, déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres, *J.O.C.E.* L 234 du 03.10.1995, p.7 modifié par les règlements 574/99, 539/2001, 2414/2001 453/2003; Règlement (CE) 693/2003 du Conseil du 14 avril 2003 portant création d'un document facilitant le transit (DFT) et d'un document facilitant le transit ferroviaire (DFTF) et modifiant les instructions consulaires communes et le manuel commun, *J.O.C.E.* L 99 du 17.04.2003, p.8; Règlement (CE) 415/2003 du Conseil, du 27 février 2003, relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit, *J.O.C.E.* L 64 du 07.03.2003, p.8; Règlement (CE) 1091/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, *J.O.C.E.* L 150 du 06.06.2001, p.4.

[1445] Plan d'action commun du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre de l'ELSJ, *J.O.C.E.* C 19 du 23.01.1999, p. 1 .

[1446] Règlement (CE) 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, *J.O.C.E.* L 157 du 15.06.2002, p.1.

[1447] Point 13 des Conclusions de Tampere (voy. Communication de la Commission du 3 juin 2003 sur l'immigration, l'intégration et l'emploi du 3 juin 2003 (COM (2003) 336).

[1448] Communication de la Commission du 10 avril 2002*, Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier* (COM (2002) 175). Communication de la Commission du 3 juin 2003 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 du 3 juin 2003.

[1449] Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *J.O.C.E.* L 149 du 02.06.2001, p.34.

dispositif. Parasitée par le débat sur les 'quotas' d'immigration devant l'établissement desquels l'Union hésite, cette liaison entre séjour et emploi est indispensable à établir.

Elle aboutit à la définition d'un statut des résidents de longue durée, lui aussi évoqué à Tampere, impliquant d'une part une égalisation des droits socio-économiques avec les citoyens de l'Union, celle-ci étant en passe de se construire dans un certain nombre de domaines tels que la sécurité sociale[1450], indépendamment des conséquences des accords d'association passés avec des Etats tiers. D'autre part, elle permet de définir les conditions dans lesquelles les résidents de longue durée pourraient circuler dans un autre Etat membre de l'Union, au besoin avec l'idée d'un Etat de seconde résidence.

Le principe de non-discrimination doit enfin servir de lien entre ces dispositifs épars. Outre le droit au traitement national inscrit dans nombre d'accords[1451], la législation communautaire[1452] qui interdit les discriminations raciales s'applique évidemment aux migrants et elle couvre un champ d'application étendu, incluant l'emploi, l'éducation, la sécurité sociale, les soins de santé, l'accès aux biens et services et au logement. Même si ces directives ne s'attaquent pas aux discriminations fondées sur la nationalité et sont sans préjudice des conditions applicables à l'entrée et au séjour de ressortissants de pays tiers et du traitement qui découle de leur statut juridique, elles s'appliquent à toutes les personnes résidant dans les États membres, et donc aux ressortissants de pays tiers.

[1450] Règlement (CE) 859/2003 du Conseil, du 14 mai 2003, visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) No.1408/71 et du règlement (CEE) No.574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, *J.O.C.E.* L 124 du 20.05.2003, p. 1.
[1451] C.J.C.E., 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, C-63/99, *Rec*., p. I-6477.
[1452] Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.* L 180 du 19.07.2000, p.22; 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, *J.O.C.E.* L 303 du 02.12.2000, p.16.

Article 46. Protection diplomatique et consulaire

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État.

Le droit à une protection diplomatique et consulaire des citoyens de l'Union garanti par l'article 46 de la Charte reproduit à la lettre les termes de l'article 20 du traité communautaire[1453], tels que le traité de Maastricht en a jeté les bases depuis 1992. Il n'a donné matière à aucune application jurisprudentielle à ce jour et il dépend pour sa mise en œuvre effective de textes d'application communautaires ultérieurs.

L'historique de ce droit remonte aux propositions du Comité Adonnino[1454] concernant les droits de citoyenneté et il est l'un des éléments du triptyque aux côtés du droit de suffrage et d'éligibilité et des droits de circulation et séjour des citoyens européens. Il s'inscrit exactement dans les mêmes débats relatifs à l'absence de personnalité juridique de l'Union et à la relativité d'une citoyenneté européenne de 'substitution' ou 'd'adjonction'.

Le constat matériel justifiant l'inscription du droit à la protection diplomatique et consulaire dans l'ordre juridique communautaire est des plus simples : il existe très peu d'Etats tiers dans lesquels l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne sont représentés et sont donc capables de faire bénéficier leurs citoyens des mécanismes de la protection diplomatique classique en droit international public[1455]. Dès lors et malgré le handicap de l'absence de personnalité juridique de l'Union qui aurait autrement permis un rattachement 'par défaut'[1456], le choix a été fait de permettre dans ce cas aux Etats membres de faire bénéficier les ressortissants de l'Union européenne de leur protection mutuelle.

Le constat juridique est plus complexe à tirer. La jurisprudence internationale classique affirme que seul le lien de nationalité donne à l'Etat le droit de revendiquer et d'exercer la protection diplomatique de ses ressortissants[1457]. Les règles relatives à la nationalité n'ayant pas été affectées par l'instauration d'une citoyenneté de l'Union, il existerait donc un obstacle. La jurisprudence relative à la 'protection fonctionnelle' de ses agents exercée par une organisation internationale[1458] n'a pas non plus matière à jouer en l'espèce au profit des citoyens de l'Union[1459].

Le droit international public général autorise cependant des dérogations à l'exclusivité de la règle de la protection diplomatique. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques[1460] et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires[1461] formulent des hypothèses où un Etat tiers peut exercer sa protection par délégation ou par procuration. Parmi ces hypothèses, le

[1453] Mise à jour des explications relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux, 9 juillet 2003, CONV 828/03.
[1454] Bull. CE suppl. 7/85 p.22.
[1455] Dans son 2ème rapport sur la citoyenneté européenne, la Commission notait que les 15 Etats membres n'étaient représentés que dans cinq Etats (Etats-Unis, Russie, Japon, Chine, Suisse) et que dans dix sept Etats, ils n'étaient que deux Etats membres à être représentés.
[1456] Voir la proposition X8 de la Commission, in Conférences intergouvernementales, contributions de la Commission, Bull. CE, 1/91.
[1457] C.P.J.I., 28 février 1939, *Affaire des Chemins de fer Panevys Saldutiskis*, Série A/B n°76.
[1458] C.I.J., Avis consultatif, 11 avril 1949, *Dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. p. 174.
[1459] Pour une invocation : Ordonnance de la C.J.C.E. du 28 novembre 1996, *Odigitria AAE c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-293/95 P, *Rec*. 1996 I, p. 6129.
[1460] Article 6 : 'plusieurs Etats peuvent accréditer la même personne en qualité de chef de mission auprès d'un autre Etat à moins que l'Etat accréditaire ne s'y oppose'.
[1461] Article 8 : 'après notification appropriée à l'Etat de résidence et à moins que celui-ci ne s'y oppose, un poste consulaire de l'Etat d'envoi peut exercer des fonctions consulaires dans l'Etat de résidence pour le compte d'un Etat tiers'.

cas de la rupture des relations diplomatiques permet ainsi de confier la protection des intérêts d'un Etat et de ses ressortissants à un Etats tiers, avec l'accord de l'Etat accréditaire[1462]. L'article 46 de la Charte et l'article 20 du traité s'appuient directement de ces dispositions sans y ajouter d'apport notable.

L'inspiration de l'article 46 consiste donc à faire jouer la solidarité des Etats membres de l'Union européenne afin qu'elle supplée en cas de besoin leurs difficultés respectives. Il s'agit donc sur une base de réciprocité davantage que de façon intégrée ou commune, de pallier l'incapacité d'un Etat membre à assurer la protection de ses ressortissants, de façon momentanée ou durable. L'article 46 fonde et organise explicitement ce mandat qui demeure néanmoins soumis aux règles du droit international c'est-à-dire à l'acceptation de l'Etat tiers. Néanmoins, il ne s'agit pas d'entamer la souveraineté des Etats mais plus simplement de systématiser au sein de l'Union une pratique inter-étatique déjà ancienne.

Le droit à la protection diplomatique formulé par l'article 46 pose essentiellement la question de son exercice par les citoyens de l'Union. Le traité de Maastricht prévoyait en effet une date butoir, celle du 31 décembre 1993, pour que les Etats membres prennent entre eux 'les règles nécessaires' et engagent en tant que de besoin 'les négociations internationales requises en vue d'assurer cette protection'. La disparition de la mention de ce délai de rigueur dans le traité d'Amsterdam et le silence gardé par l'article 46 de la Charte ne doivent pas laisser penser que ce droit complémentaire qui conditionne le jeu de l'article 46 a été élaboré ou qu'il ne serait plus indispensable. Les critiques portées par la Commission[1463] et le Parlement européen[1464] demeurent encore vérifiées, tout particulièrement en ce qui concerne les rapports avec les Etats tiers dont l'acceptation est requise.

En effet au plan juridique, l'action normative de l'Union a été des plus réduites avec la seule adoption de deux textes concrétisant l'article 20. En premier lieu, la décision 95/553[1465] a permis de définir les principaux aspects de la protection accordée aux citoyens de l'Union par les représentations diplomatiques et consulaires des autres Etats membres.

Aux termes de cette décision, tout citoyen de l'Union européenne bénéficie de la protection consulaire auprès de toute représentation diplomatique ou consulaire d'un État membre si, sur le territoire où il se trouve, il n'existe ni représentation permanente accessible, ni consul honoraire accessible et compétent de son propre État membre ou d'un autre État le représentant d'une manière permanente. Celles-ci donnent suite à la demande de protection de l'intéressé pour autant qu'il soit établi que celui-ci possède la nationalité d'un État membre de l'Union européenne par la production d'un passeport ou d'un titre d'identité.

L'objet de cette a protection comprend : l'assistance en cas de décès; en cas d'accident ou de maladie graves; en cas d'arrestation ou de détention; l'assistance aux victimes de violences; l'aide et le rapatriement des citoyens de l'Union européenne en difficulté.Afin de donner tout son sens à l'égalité de traitement avec les nationaux qui est visée par l'article 46, les représentations diplomatiques et consulaires accordant la protection traitent le demandeur comme un ressortissant de l'État membre qu'elles représentent.

Pour novateur qu'il soit, ce dispositif n'est vraisemblablement à la hauteur des potentialités de l'article 46 dans la mesure où la décision de 1995 correspond simplement en définitive à une assistance

[1462] Article 45 alinéa c de la Convention de Vienne du 18 avril 1961.

[1463] 'Les dispositions destinées à mettre en œuvre ce droit élevé par la Charte des droits fondamentaux au rang des droits fondamentaux ne sont toujours pas juridiquement d'application en raison du fait que certains Etats membres n'ont pas mis en œuvre les dispositions législatives nécessaires au plan national', Troisième rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union, COM(2001)706 du 7 septembre 2001, p.16.

[1464] Dans sa résolution du 5 septembre 2002, le Parlement européen 'invite les États membres qui n'ont pas encore adopté dans leur ordre juridique les mesures internes nécessaires à assurer la protection diplomatique et consulaire aux citoyens de l'U.E. dont l'État d'origine n'a pas de représentation, à le faire rapidement', point 13.

[1465] Décision 95/553 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, *J.O.C.E.* L 314 du 28.12.1995, p. 73.

consulaire et n'aborde pas les questions de fond. On est encore loin ici de la 'définition commune minimale de la protection que tout citoyen de l'Union peut attendre de toute représentation consulaire ou diplomatique d'un Etat membre'. En effet, il n'est encore dit mot du degré d'obligation pesant sur l'Etat sollicité ou de la latitude de choix qui peut lui être offerte entre les postes diplomatiques susceptibles d'être sollicités

La seconde mesure adoptée par l'Union est beaucoup plus modeste : il s'agit d'une décision PESC établissant un titre de voyage[1466] au motif que '*l'établissement de ce titre de voyage provisoire commun est de nature à fournir une aide véritable aux citoyens de l'Union européenne en détresse*' et parce que les Etats membres seraient '*persuadés que l'établissement d'un tel document fera clairement apparaître les avantages concrets liés à la qualité de citoyen de l'Union européenne*'.

Au total, il est à craindre que l'article 34 de permette de vérifier l'actualité de l'affirmation du Parlement européen qui constatait que ' le droit à la protection consulaire et diplomatique reste encore très théorique'[1467].

[1466] Décision 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 (96/409/PESC), *J.O.C.E.* L 168 du 06.07.1996, p.4.
[1467] Résolution sur le Deuxième rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union COM(97)230 final, *J.O.C.E.* C 226 du 02.07.1998, p. 61 point 21.

Article 47. Right to an effective remedy and to a fair trial

Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law.

Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

I. Right to an effective remedy

By means of the first paragraph of Article 47, access to justice becomes a constitutional right in the Community law context. Thus the principle of the rule of law requiring judicial review of an act interfering with a right of an individual and the corresponding need for grant of an effective remedy, in cases of unjustified infringement is guaranteed by the Charter. This principle is required by the notion of respect of effective rights of individuals and constitutes an essential aspect of democratic accountability.

The Court of Justice has attributed special importance to the principle guaranteed by Article 47 from an early stage, in demanding that individuals should enjoy the opportunity to assert their rights through the courts as indeed required by the notion of judicial control of the executive that underlies the constitutional traditions common to the Member States.[1468] 'Individuals are entitled to effective judicial protection of the rights they derive from the Community legal order, and the right to such protection is one of the general principles of law.'[1469]

1. The scope of Article 47 of the Charter

The reference to 'everyone' in the first and second paragraph of Article 47 specifies the jurisdictional scope of Article 47; it is a right guaranteed for everyone within the jurisdiction of a Member State of the European Union, in accordance with the right to equality.

The right to 'access to court' guaranteed by Article 47 is applicable in relation to the 'rights and freedoms guaranteed by the law of the Union'. It has been consistently stated by the Court of Justice that: 'Community law … not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where expressly granted by the Treaty, but also by reason of obligations which the Treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon the Member States and upon the institutions of the Community.'[1470] The possibility for redress in the event of unjustified interference is thus envisaged whenever such rights or freedoms are violated, as a result of a failing of one of the duties

[1468] ECJ, Case 222/84, *Johnston*, [1986] *ECR* 1651 (judgment of 15 May 1986); ECJ, Case 222/86, *Heylens*, [1987] *ECR* 4097 (judgment of 15 October 1987); ECJ, Case C-97/91, *Oleificio Borelli*, [1992] *ECR* I-6313 (judgment of 3 December 1992); ECJ, Case C-224/01, *Kobler v. Republik Osterreich*, [2003] *ECR* I-10239 (judgment of 30 September 2003).
[1469] ECJ, Case C-222/84, *Johnston*, [1986] *ECR* 1651 (judgment of 15 May 1986), para. 18; ECJ, Case C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores v. Council*, [2002] *ECR* I-6677 (judgment of 25 July 2002), para. 39; ECJ, Case C-263/02 P, *Commission v. Jego-Quere &Cie SA*, [2004] *ECR* I-3425 (judgment of 1st April 2004), para. 29.
[1470] ECJ, Case C-26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, [1963] *ECR* 1 (judgment of 5 February 1963).

generated by such rights on the part of another private party, a Member State or the Community institutions.

The right to judicial review is thus not subsidiary to other Charter rights in the way of Article 13 of the European Convention on Human Rights. It empowers individuals to challenge a measure affecting any right conferred to them by the law of the Union taken as a whole and not only in respect of the fundamental rights guaranteed in the Charter. In that respect the scope of Article 47 is wider than that of Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights which is restricted to the determination of the civil rights and obligations of an applicant. Further in light of the principle of the indivisibility of rights that is inherent in the whole Charter of Fundamental Rights, the requirement for judicial review and possibility for reparation exists equally for social and economic rights protected either by the Charter directly or governed measures of Community law. Thus Article 47 potentially renders a variety of social and economic rights justiciable.

2. The principle of effectiveness

'Then there is the requirement of effectiveness: access to court must be effective. A formal entitlement to institute proceedings is not enough: to be effective, the right of access requires that practical impediments must not unduly obstruct the exercise of the right'.[1471] The fundamental rights guaranteed by the Charter as well as other rights that individuals derive from Community law are not intended to be theoretical and illusory but practical and effective.[1472] Thus their exercise must not be rendered 'virtually impossible or successively difficult'.[1473]

The principle of 'Effective judicial review', inherent in the evolution of administrative law by the ECJ presupposes in general that the court to which a matter is referred may require the competent authority to notify its reasons for its decision.[1474] In instances where the effective protection of a fundamental right conferred by the Treaty is involved, the individuals concerned must be able to defend that right under the best possible conditions and have the possibility of deciding, with full knowledge of the relevant facts, whether there is any point in their applying to the courts.[1475] The application of the principle of effective judicial control was held to have a dissolving effect on factors attempting to exclude the exercise of power of review by the courts.[1476]

Each case raising the question whether a national procedural provision renders the application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. Therefore the basic principles of the domestic judicial system, such as the protection of the rights of defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, can be scrutinised by the ECJ in the context of the application of the principle of effectiveness. [1477]

3. Right to access to court

[1471] F.G. Jacobs, 'The right to a Fair Trial in European Law' [1999] *E.H.R.L.R.* 2.
[1472] Eur. Ct. H.R., *Marckx v. Belgium* (Appl. No. 6833/74), judgment of 13 June 1979, *E.H.R.R.* 330, para.31; Eur. Ct. H.R., *Airey v. Ireland* (Appl. No. 6289/73), judgment of 9 October 1979, *E.H.R.R.* 305, para.24; Eur. Ct. H.R., *Artico v. Italy* (Appl. No. 6694/74), judgment of 13 May 1980, *E.H.R.R.* 1, para. 33.
[1473] ECJ, Case C-312/93, *Pertbroeck v. Belgian State*, [1995] *ECR* I-4599 (judgment of 14 December 1995), para. 23; ECJ, Case C-326/96, *Levez*, [1998] *ECR* I-7835 (judgment of 1 December 1998), para. 18; ECJ, Case C-120/97, *Upjohn v. Licensing Authority*, [1999] *ECR* I-223 (judgment of 21 January 1999), para. 32.
[1474] ECJ, Case 222/86, *Union nationale des entraineurs et cadres techniques professionnels du football (UNECTEF) v. Georges Heylens*, [1987] *ECR* 4097 (judgment of 15 October 1987).
[1475] ECJ, Case 222/86, *Union nationale des entraineurs et cadres techniques professionnels du football (UNECTEF) v. Georges Heylens*, [1987] *ECR* 4097 (judgment of 15 October 1987).
[1476] ECJ, Case C-222/84, *Johnston*, op. cit.
[1477] ECJ, Case C-63/01, *Evans v. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, [2003] *ECR* I-14447 (judgment of 4 December 2003).

'The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings'.[1478] As such the right to access constitutes an inherent element of the fair trial right. In the context of the Charter this feature of the right to fair trial is protected explicitly, and it covers equally access to the Community Courts as well as access to national courts and tribunals.

3.1. The role of national courts

The general rule is that rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are to be exercised in accordance with national procedural rules. Such rules can not be interpreted or applied in a way as to deny obligations generated by such rights. As such the right of access to justice is inherent in the doctrine of direct effect that holds Member States responsible to ensure effective judicial control as regards compliance with the applicable provisions of Community Law and of national legislation intended to give effect it. In the words of Advocate General Jacobs 'in 1963 in *Van Gend en Loos* ... the Court stated that the Community constitutes a 'new legal order' that confers rights on individuals. Ever since then the Court has consistently held that Community law creates rights 'which national courts must protect' but the content of that principle has been progressively developed, and once again the principle of effectiveness has been brought into play.'[1479]

Since the discretion of a Member State, on whose territory an exercise is to be carried out, forms part of a procedure which leads to the adoption of a Community decision, that Member State is obliged to comply with the aforesaid requirement of judicial control. Therefore, any decision taken by the various national authorities that may affect the effective protection of fundamental rights conferred by the Treaty on Community subjects, must be capable of being made the subject of judicial proceedings in which its legality can be reviewed and the person concerned must be able to ascertain the reasons for the decision taken in this regard.[1480]

The principle of effective judicial protection may require national courts to review all legislative measures and to grant interim relief where appropriate even when there is no relevant national provisions on which such relief may be based. 'Any provision of a national legal system and any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from he national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent, even temporarily, Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements, which are the very essence of Community law…the full effectiveness of Community law would be just as much impaired if a rule of national law could prevent a court seised of a dispute governed by Community law from granting interim relief, if it were not for a rule of national law, is obliged to set aside that rule.'[1481]

In the absence of measures of implementation of a right conferred by Union law, it is for the domestic legal system to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights in question, including for example applicable limitation periods. In such a case the principles of equivalence and effectiveness must be respected. It is clear however that such domestic conditions cannot be less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature. It would be a different story altogether though where such domestic rules render the exercise of the rights which the national courts are obliged to protect impossible in practice.[1482]

[1478] Eur. Ct. H.R., *Golder v. United Kingdom* (Appl. No. 4451/70), judgment of 21 February 1975, 1 *E.H.R.L.R*. 525, para. 31.
[1479] F.G. Jacobs, 'The right to a Fair Trial in European Law' [1999] *E.H.R.L.R.* 2.
[1480] ECJ, Case C-340/89, *Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz*, [1991] *ECR* I 2357 (judgment of 7 May 1991).
[1481] ECJ, Case C-213/89, *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and Others (Factortame I)*, [1990] *ECR* I-2433 (judgment of 19 June 1990), paras. 19 to 22.
[1482] ECJ, Case 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland (preliminary ruling requested by the Bundesverwaltungsgericht)*, [1976] *ECR* 1989 (judgment of 16 December 1996); ECJ, Case C-63/01, *Evans v. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, op. cit.

Further, it is for the national courts, where appropriate after obtaining a preliminary ruling, to rule on the lawfulness of a national measure on the same terms on which they review any definite measure adopted by a national authority which is capable of adversely affecting third parties and, consequently, to regard an action brought for that purpose as admissible even if the domestic rules of procedure do not provide for this in such a case.[1483]

3.2. Judicial review by the European Court of Justice

Access to justice is one of the fundamental elements of a Community based on the rule of law. It is guaranteed in the legal order based on the EC Treaty whose clear purpose is to establish a complete and effective system of legal remedies and procedures designed to permit the European Court of Justice to review the legality of measures adopted by the institutions.[1484] In *Les Verts v. European Parliament*[1485] the Court emphasised that the European Community is 'a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty.' In fact the 'purpose of attaching the Court of First Instance to the Court of Justice and of introducing two levels of jurisdiction was, first, to improve the judicial protection of individual interests, in particular in proceedings necessitating close examination of complex facts, and second, to maintain the quality and effectiveness of judicial review in the Community legal order, by enabling the Court of Justice to concentrate on its essential task, namely to ensure that in the interpretation and application of Community law the law is observed.'[1486] The guarantee of the right to an effective remedy under Community Law applies both to Members States and to the Institutions of the Union when implementing Community Law and does so for all rights guaranteed by Community law.

4. The 'General Framework'

The Treaty, in connection with the requirement of effective legal remedies contains a corpus of provisions designed to offer the necessary legal protection to individuals whose rights conferred by Community law have been affected. Articles 230 and 241 EC, on the one hand, and Article 234 EC, on the other establish a system of legal remedies and procedures designed to ensure review by the Community Courts of the legality of acts of the institutions.

Under that system, where natural or legal persons cannot, by reason of the admissibility conditions laid down in the fourth paragraph of Article 230 EC, directly challenge Community measures of general application, they are able according to the rulings of the Court of Justice either to plead the invalidity of such acts before the Community Courts indirectly under Article 241 EC or to approach the national courts and request for a preliminary reference to the Court of Justice since such courts would not be empowered themselves to declare those measures invalid.[1487]

Individuals may be able to contest conduct lacking the features of a decision, which could not be challenged by an action for annulment, through an action for non-contractual liability under Article 235 EC and the second paragraph of Article 288 EC when the conduct is of such nature as to entail liability for the Community. A further possible route for redress would constitute an objection as to a measure's illegality under Article 241 EC.

[1483] ECJ, Case C-312/93, *Pertbroeck v. Belgian State*, *op. cit.,* para. 23; ECJ, Case C-326/96, *Levez*, op. cit. para. 18; ECJ, Case C-120/97, *Upjohn v. Licensing Authority*, *op. cit.,* para. 32; ECJ, Case C-97/91, *Oleificio Borelli SpA v. Commission of the European Communities*, *op. cit.*

[1484] ECJ, Case 294/83, *'Les Verts' v. European Parliament*, [1986] *ECR* 1339 (judgment of 23 April 1986).

[1485] ECJ, Case 294/83, *'Les Verts' v. European Parliament*, [1986] *ECR* 1339 (judgment of 23 April 1986), para. 23.

[1486] ECJ, Case C-185/95 P, *Baustahlgewebe Gmbh v. Commission*, [1998] *ECR* I-8417 (judgment of 17 December 1998).

[1487] ECJ, Case C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores v. Council*, *op. cit.,* para. 40; ECJ, Case C-263/02 *P Commission v. Jego-Quere &Cie SA*, [2004] *ECR* I-3425 (judgement of 1st April 2004), para. 30.

The Court of Justice is clear however that 'although it may seem desirable that individuals should have, in addition to the possibility of an action for damages, a remedy under which actions of the Community institutions liable to prejudice their interests but which do not amount to decisions may be prevented or brought to an end, it is clear that a remedy of that nature, which would necessarily involve the Community judicature issuing directions to the institutions, is not provided for by the Treaty. It is not for the Community judicature to usurp the function of the founding authority of the Community in order to change the system of legal remedies and procedures established by the Treaty.'[1488]

5. Proceedings for annulment

The fourth paragraph of Article 230 EC enables natural or legal persons to institute proceedings against a decision addressed to them or the provisions of a regulation that 'in reality constitute a decision' that is of direct and individual concern to them. If the action is well-founded, the contested measure is declared void. The Court of Justice has held that natural or legal persons have no right under Article 230 to bring an action before the Court concerning the validity of a directive. [1489] The conditions for admissibility laid down in this provision form a significant limitation to the ability of individuals to challenge different actions that affect them[1490] and have been heavily criticised as contrary to the scope of the right of access to Court.

The traditional interpretation of paragraph 4 of Article 230 EC was introduced by the Court of Justice in 1963 in *Plaumann v Commission* where it was held that natural or legal persons have *locus standi* to bring an action only if they can be considered as individually concerned by a measure not directly addressed to them.[1491] That would be the case only when a measure affects their position because of certain attributes peculiar to them, or because of factual circumstances which differentiate them from all other persons and distinguishes them individually in the same way as an addressee.[1492] Thus the measure in question must differentiate the applicant from others.[1493] The restrictiveness of the *Plaumann* test has rendered access to the Community Court overtly difficult which shows 'an underdeveloped approach to the rights of legal redress of European citizens whose interests are affected by the ever increasing impact of European legislation.'[1494]

[1488] Cases T-172/89 and T-175/98 to T-177-98, *Salamander and Others v. Parliament and Council*, [2000] *ECR* II-2487 (judgment of 27 June 2000), para. 75; Case T-377/00, *Philip Morris International Inc*, [2003] *ECR* II-1 (judgment of 15 January 2003), paras. 123, 124.

[1489] Opinion in ECJ, Case C-491/01, *British American Tobacco*, [2002] *ECR* II-11453 (judgment of 10 December 2002) where it was stated that 'Under Article 230 EC the validity of a directive can be examined only in a direct action brought by a Member State, the Council or the Commission. […]It must be inferred from the fact that the fourth paragraph of Article 230 EC sets out unequivocally the cases in which natural or legal persons have a right of action that the Community legislature expressly chose not to confer any direct right of access to the Community Courts in a case as at present. This is also in line with the Court's case-law, in which the Court imposes stringent requirements as to the particular interest that individuals must have in order to be able to institute proceedings before the Community Courts.'

[1490] In the explanations relating to the complete text of the Charter set out in Charte 4487/00 Convent 50
it is stated that the first paragraph of Article 47 is not intended to change the appeal system laid down in the Treaties nor the rules relating to admissibility.

[1491] ECJ, Case C- 25/62, *Plaumann v. Commission*, [1963] *ECR* 95 (judgment of 15 July 1963).

[1492] ECJ, Case C-321/95 P, *Greenpeace Council and Others v. Commission*, [1998] *ECR* I-1651 (judgment of 2 April 1998), para. 7; ECJ, Case C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores v. Council*, *op. cit.*

[1493] ECJ, Case C-309/89, *Codorniu v. Council*, [1994] *ECR* I-1853 (judgment of 18 May 1994).

[1494] Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, Ed.: Paperback, June 2002, p. 354.
For further analysis see among others: F.G.Jacobs, 'The evolution of the European Legal Order' (2004) 41 *C.M.L.Rev* 303 at p.313; E.Berry and S.Boyes, 'Access to Justice in the Community Courts: A limited right' *C.J.Q.*2005, 24 (APR), p. 224; M.Granger, 'Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals seeking judicial review of Community Acts: Jero-Quere et Ci SA v. Commission and Union de Pequenos Agricultores v Council' [2003] 66 *M.L.R.* 124 at p.132; F.Ragolle 'Access to justice for private applicants in the community legal order: recent (r)evolutions', *E.L.Rev.*2003, 28 (1), pp. 90-101; Vandersanden, 'Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées', *Cahiers de droit européen* 1995, p. 535.

Further an individual seeking an annulment of a measure must be a part of a closed class; the group of potential applicants concerned by the measure must be fixed and ascertainable at the time the contested measure is adopted.[1495]

The Court of First Instance[1496] has tried to liberalise the traditional interpretation of *locus standi* by bringing it closer to the principle of effective judicial control. Accordingly it laid down a reformed test that provided that a natural or legal person is to be regarded as individually concerned by a Community measure of general application that concerns him directly if the measure in question affects his legal position, in a manner which is both definite and immediate, by restricting his rights or by imposing obligations on him.

In response, the Court of Justice confirmed the *Plaumann* test . It expressed its understanding that the conditions limiting the circumstances under which a natural or legal person can bring an action must be interpreted in the light of the principle of effective judicial protection 'by taking into account of the various circumstances that may distinguish an applicant individually'. Nevertheless, it held that such an interpretation cannot be allowed to undermine the condition of individual concern laid down by the authors of the Treaty. [1497] 'The Community Courts would otherwise go beyond the jurisdiction conferred by the Treaty.' [1498]

The Court of Justice has also declined to grant *locus standi* to individuals to challenge the validity of a measure of general application even when the particular national procedural rules did not allow the individual to bring proceedings to contest the validity of the Community measure at issue. The Court considered that such a *locus standi* would require the examination and interpretation of national procedural law in each individual case, something that was considered to be beyond its jurisdiction when reviewing the legality of Community measures.[1499] In order to cover the resulting *lacuna* the Court has suggested that domestic law could permit an individual to seek from the national authorities a measure which may itself be contested before the national courts, so that the individual may challenge the legislation indirectly.[1500] It is settled case-law of the Court that in 'the absence of Community rules governing the matter it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from Community law, provided however that such rules are not less favourable than those governing similar domestic actions (the principle of equivalence) and do not render virtually impossible or successively difficult the exercise of rights conferred by Community law (the principle of effectiveness).' [1501]

The compatibility of the *Plaumann* interpretation of Article 230 (4) with the principle enshrined in Article 47 of the Charter remains questionable.[1502] This is despite the fact that the relevant rules have been criticised by members of the Court, and the academic community. Article III-270 intended to replace Article 230 EC when the Treaty establishing a Constitution for Europe enters into force, provides that an individual will be able to challenge any act which is of direct and individual concern to her rather than only decisions and regulations in the form of decisions.

[1495] ECJ, Case C-41-44/70, *Fruit Company v. Commission*, [1971] *ECR* 411 (judgment of 13 May 1971).
[1496] Case T-177/01, *Jego-Quere & Cie SA v. Commission of the European Communities,* [2002] *ECR* II-2365 (Order of 3 May 2002), 2 C.M.L.R. 44.
[1497] ECJ, Case C-263/02 P, *Commission v. Jero-Quere & Cie SA*, [2004] *ECR* I-3425 (judgment of 1 April 2004).
[1498] ECJ, Case C-263/02 P, *Commission v. Jego-Quere &Cie SA*, op. cit., para. 36.
[1499] ECJ, Case C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores v. Council*, op. cit., paras. 37 and 43; ECJ, Case C-263/02 P, *Commission v. Jego-Quere & Cie SA*, op. cit., para. 34.
[1500] ECJ, Case C-263/02 P, *Commission v. Jero-Quere & Cie SA*, op. cit., para. 35.
[1501] ECJ, Case C-312/93, *Pertbroeck v. Belgian State*, op. cit., para. 23; ECJ, Case C-326/96, *Levez*, op. cit., para. 18; ECJ, Case C-120/97 *Upjohn v. Licensing Authority*, op. cit., para. 32.
[1502] Opinion of A-G Jacobs in ECJ, Case C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores v. Council*, op. cit.
A-G Geelhoed in Case C-491/01, *British American Tobacco*, also expressed doubts whether the restrictive interpretation by the Court of the fourth paragraph of Article 230 EC satisfies in full the fundamental entitlement of individuals of access to the courts.

6. The preliminary reference procedure

Article 234 EC provides individuals with indirect access to the Court of Justice when other direct avenues are precluded. It is the view of the Court of Justice that the entitlement of individuals to have their rights vindicated effectively is mostly guaranteed through the preliminary reference procedure.[1503]

The importance of the Article 234 procedure is enhanced by the development by the Court of the doctrine of direct effect. Where originally only 'directly applicable' Regulations might have been expected to be invoked before national courts, these courts may now be required to apply Treaty Articles, Decisions and Directives. Even when Community law is not directly effective it may be invoked before national courts on the principles of indirect effect or State liability. The Court seems willing to widen the preliminary reference avenue in order to cover an otherwise juridical vacuum leaving individuals exposed.[1504]

In this context, individuals may plead the invalidity of a Community Act of general application before national courts even when that act has not actually been the subject of implementing measures adopted pursuant to national law and such a preliminary reference will be deemed admissible. In that respect, it is sufficient if the national court is called upon to hear a genuine dispute in which the question of the validity of such an act is raised indirectly.[1505]

7. The right to an effective remedy

In the words of Advocate General Geelhoed 'A system of legal remedies should be established in such a way that it makes provision to prevent, so far as possible, damage arising or at least to limit the extent of the damage. To put in other words: it cannot be correct to construe the provisions of the EC Treaty guaranteeing judicial access in such a way as to exclude the possibility to individuals to limit such damage.'[1506]

The general principle of effective judicial protection ensuring the effectiveness of Community law is also at the core of the principle of State Responsibility; the liability and consequent obligation befalling on a Member State to make good the loss or damage caused to individuals by a breach of Community law. [1507] It presupposes access to the courts not merely in respect of administrative and legislative measures but also in relation to a failure of a Member State to implement Community rules.

Advocate General Leger noted in his Opinion in *Case C-224/01 Kobler v. Austria*[1508] 'In order to obtain effective judicial protection of the rights which they derive from Community law it is not sufficient for individuals to be entitled to invoke Community law correctly. It is also necessary, if a supreme court renders a decision contrary to Community law, for individuals to be in a position to obtain redress, at least where certain conditions are fulfilled. Where there is no possibility of an appeal against a decision of a supreme court, an action for damage alone serves- in the final analysis- to ensure that the right infringed is restored and, finally, to ensure that the effective judicial protection of the rights which individuals derive from Community law is of an appropriate level.'

[1503] ECJ, Case C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores v. Council*, op. cit. This seems to be the rationale of the Court's restrictive interpretation of paragraph 4 of Article 230 EC. (Opinion of A-G in C-491/01, *British American Tobacco*).

[1504] ECJ, Case C-491/01, *British American Tobacco*, [2002] *ECR* I-11453 (judgment of 10 December 2002). The validity of the Directive in issue could only be examined under a preliminary reference since under Article 230 EC a directive can only be examined in direct actions brought by a Member State, the Council or the Commission and in special cases by the European Parliament, the Court of Auditors or the ECB.

[1505] ECJ, Case C-491/01, *The Queen and Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd*, [2002] *ECR* I-11453 (judgment of 10 December 2002).

[1506] Opinion in Case C-491/01, op. cit., para. 57.

[1507] ECJ, Cases C-6/90 and C-9/90, *Francovich and Others*, [1991] *ECR* I-5357 (judgment of 19 November 1991) and ECJ, Cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, [1996] *ECR* I-1029 (judgment of 5 March 1996).

[1508] ECJ, Case C-224/01, *Kobler v. Republik Osterreich*, [2003] *ECR* I-10239 (judgment of 30 September 2003).

In *Kobler* the Court of Justice extended the principle of State Liability to the acts of the judicial authorities and especially decisions by the national Supreme Court that breach Community law. It considered that in international law a State which incurs liability for breach of an international commitment is viewed as a single entity, irrespective of whether the breach which gave rise to the damage is attributable to the legislature, the judiciary or the executive.

The Court noted that 'in the light of the essential role played by the judiciary in the protection of the rights derived by individuals from Community rules, the full effectiveness of those rules would be called in question and the protection of those rights would be weakened if individuals were precluded from being able, under certain conditions, to obtain reparation when their rights are affected by an infringement of Community law attributable to a decision of a court of a Member State adjudicating at last instance.'

The Court's reasoning is consistent with the rationale of the corresponding protection guaranteed by the framework of the European Convention of Human Rights. Before the European Court of Human Rights, individuals directly plead the doctrine of State Responsibility for the acts or omissions of a national court, while by virtue of the rule of exhaustion of domestic remedies the judicial decision at issue will be that of a supreme court. Applicants in such proceedings if successful will be eligible for compensation in the form of 'just satisfaction'.

In respect to the interpretation of the 'effective remedy' it is interesting to note that the Court of Justice has held that adequate compensation for loss must correspond to factors such as the effluxion of time until actual payment of the awarded sum. Member States are free, in order to compensate for the loss suffered by victims as a result of the effluxion of time, to choose between awarding interest or paying compensation in the form of aggregate sums which take account of the effluxion of time.[1509]

In an action for damages allegedly inflicted by a common position taken jointly under the Second and Third Pillars, the First Instance Court decided that it had jurisdiction to examine the action in respect of the claim that an act by the Council acting in the field of Title VI of the Treaty constituted an abuse of procedure which deprived the applicants of judicial protection.[1510]

In relation to the lack of an effective judicial remedy that was pleaded before the Court in that action, the Court admitted that the applicants in this case would have no access to an effective judicial remedy either before the Community Courts or before the national courts. Nevertheless, the Court noted, the lack of a judicial remedy per se could not form the basis of an independent Community competence within the context of a legal system that is based on the principle on delegated competences in accordance with Article 5 EU.

8. Proceedings that may amount to abuse of dominant position

The application of the right of access to court may in exceptional circumstances be limited in the case of legal proceedings that are capable of constituting an abuse of a dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty. [1511]

There are two cumulative criteria that are to be satisfied in order for legal proceedings to constitute such abuse. These criteria constitute an exception to the general principle of access to courts, and therefore must be construed and applied strictly in a manner which does not defeat the application of the general rule. Firstly, the action cannot reasonably be considered as an attempt to establish the rights of the undertaking concerned and can only be taken as harassment to the opposite party. The

[1509] ECJ, Case C-63/01, *Evans v. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, op. cit.
[1510] Case T-338/02, *Segi and Others v. Council of the European Union*, (Order of the Court of First Instance (Second Chamber) of 7 June 2004).
[1511] CFI, Case T-111/96, *ITT Promedia NV v. Commission of the European Communities*, [1998] *ECR* II-2937 (judgment of 17 July 1998), para. 60.

first criterion requires determining whether such an action was intended to assert what that undertaking could, at that moment, reasonably consider to be its rights. According to the second part of that criterion, as worded, it is satisfied solely when the action did not have that aim, that being the sole case in which it may be assumed that such action could only serve to harass the opposing party. The second criterion is that the proceedings in question must constitute part of a plan with purpose to eliminate competition.[1512]

II. Right to a fair hearing in all proceedings of criminal, civil and administrative nature

The second paragraph of Article 47 guarantees the right to a fair hearing in all proceedings of criminal, civil and administrative nature. It provides that all its guarantees are to be respected upon the violation of rights and freedoms conferred by Community law.[1513] The principles of 'the rule of law' and 'due process' are at the core of the substantive protection of the individual against state power and as such form an ancient achievement of the law. They are found in the Magna Carta of 1215 and have been ever since widely included in different constitutions.

Under Community law the right to fair hearing is not confined to disputes relating to civil law rights and obligations as is the case for the protection guaranteed by Article 6 (1) ECHR. Thus the protection offered under Article 47 is wider in scope.[1514] In all other aspects the guarantees afforded by the European Convention on Human Rights apply in a similar way to the Union.[1515]

The guarantees offered by Community Law in regards to fair trial seem to apply not only in respect to courts but also to arbitration bodies that are equally obliged to deliberate under the same conditions as a court and its procedures must guarantee that individuals before it must be aware of any matter which might be used against them and have the opportunity to submit their comments thereon. [1516] The determination of the fulfilment of such obligations falls with the national courts.

1. The effect on the institutions of the Community

The Community institutions must abide by general principles governing the protection of procedural rights, for example the 'right to be heard', the right of legal privilege[1517], confidentiality of business secrets and the presumption of innocence.[1518] These principles are particularly important under the competition rules.

[1512] Case T-105/95, *WWF UK v. Commission*, [1997] *ECR* II-313 (judgment of 5 March 1997).

[1513] For an application of the fundamental principle of the law of the Union which requires the right to a fair hearing to be observed in all proceedings see: ECJ, Case 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission,* [1979] *ECR* 461 (judgment of 13 February 1979).

[1514] For example under the European Court of Human Rights case-law, 'disputes relating to the recruitment, careers and termination of service of civil servants are as a general rule outside the scope of Article 6 (1)' (see for instance Eur. Ct. H.R., *Massa v. Italy* (Appl. No. 14399/88), judgment of 24 August 1993, *Ser.* A, 265 B) when they are raised by public servants 'whose duties typify the specific activities of the public service in so far as the latter is acting as the depositary of public authority responsible for protecting the general interests of the State or other public authorities' (Eur. Ct. H.R. (GC), *Pellegrin v. France* (Appl. No. 28541/95), judgment of 8 December 1999, *Rep.* 1999-VIII, para. 66). Article 47 of the Charter seems to cover the protection of such persons.

[1515] The European Convention on Human Rights sets out detailed protection for fair trial rights. Article 6 protects the right to procedural fairness in the context of a public hearing before an independent and impartial tribunal which delivers reasoned judgments, protects the presumption of innocence in criminal proceedings and the specific rights for an accused person in criminal proceedings to be informed of the charge, provides for trial within reasonable time, legal assistance, ensures the possibility of cross-examination of witnesses.

[1516] In ECJ, Case C-63/01, *Evans v. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, op. cit., Mr. Evans claimed that an arbitration procedure related compensation awards for victims of damage or injury caused by unidentified or insufficiently insured vehicles, did not comply with the requirements of effective judicial control, as developed in the case-law of the ECJ, or to the requirements of the right to fair trial under Article 6 of the ECHR, since a victim according to the said procedure was not granted an oral hearing and could only appeal against the arbitrator's award only on the ground of serious irregularity affecting the arbitration or on a question of law.

[1517] ECJ, Case C-155/79, *AM & S Europe v. Commission*, [1982] *ECR* 1575 (order of 4 February 1981).

[1518] Case T-30/91, *Solvay v. Commission*, [1995] *ECR* II-1775 (judgment of 29 June 1995), para. 73.

The Community Courts must ensure that natural or legal entities who may be the subject of unfavourable decisions and penalties by the Commission are guaranteed a fair hearing and proper procedural safeguards.[1519] The Court has consistently ruled that there is a general rule of Community law that 'a person whose interests are perceptibly affected by a decision taken by a public authority must be given the opportunity to make his point of view known'.[1520] Thus a party in administrative proceedings 'must have been afforded the opportunity to make known its views on the truth and relevance of the facts and circumstances alleged and on the documents used by the Commission to support its claim that there has been an infringement of the Treaty.'[1521]

2. 'Due Process' Rights

The need for fairness in administrative proceedings has been reflected in the evolution of due process rights that cover besides the right to a fair hearing, legal representation, the privileged nature of communications between individuals and their legal representatives and the principle of non-self-incrimination.

Inherent in the second indent of Article 47 is the right to defence that includes the right to be heard, the right to be informed of the charge, the right to use the means of evidence relevant to the defence or, as the case may be the right to legal assistance and the right to consult the file by a subject of administrative procedure.[1522]

The Community Court has consistently held that respect for the right to a fair hearing in any procedure brought against a person which may lead to an act adversely affecting him, in particular a procedure which may lead to penalties being imposed, constitutes a fundamental principle of Community law. The principle of the right to be heard requires the public authority to hear interested parties before adopting a decision which concerns them.[1523] This requires that any person on whom a penalty may be imposed must be placed in a position in which he can effectively make known his view on the matters on the basis of which the penalty is imposed and can produce any evidence relevant to his defence.[1524]

The right to consult the file as an aspect of the right of defence is well respected in the jurisprudence of the Court of Justice in competition matters. This right has been reinforced by Article 47 of the Charter taken together with Article 41 (2) that stipulates that every person has the right to be heard by the institutions of the Union before any individual measure which could affect him or her adversely is taken and the right to have access to his or her file.

According to the settled case-law of the Community Court, the right to a fair hearing, as a right of the defence, requires that the undertaking concerned be afforded the opportunity, from the stage of the administrative procedure, to make known its views on the truth and relevance of the facts, objections and circumstances put forward by the Commission. If the Commission cannot justify its decision *a posteriori* by relying on evidence which was not communicated to the undertaking concerned in the

[1519] Despite the fact that the Commission cannot be described as a 'tribunal' within the meaning of Article 6 of the European Convention on Human Rights, see for example ECJ, Cases C-209-215 and 218/78, *Van Landerwyck v. Commission*, [1980] *ECR* 3125 (judgment of 29 October 1980; ECJ, Joined Cases 100-103/80, *Musique Diffusion Francaise v. Commission*, [1983] *ECR* 1825 (judgment of 7 June 1983).
[1520] ECJ, Case 17/74, *Transocean*, [1974] *ECR* 1063 (judgment of 23 October 1974), para. 15.
[1521] ECJ, Joined Cases 100-103/80, *Musique Diffusion Francaise v. Commission*, op. cit.
[1522] Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo in ECJ, Case C-204/00 P, *Aalborg Portland A/S v. Commission*, [2004] *ECR* I-123 (judgment of 7 January 2004).
[1523] ECJ, Case C-315/99 P, *Ismeri Europea v. Court of Auditors*, [2001] *ECR* I-5281 (judgment of 10 July 2001), para..28.
[1524] ECJ, Case C-135/92, *Fiskano v. Commission*, [1994] *ECR* I-2885 (judgment of 26 June 1994), ECJ, Case C-142/87, *Belgium v. Commission*, [1990] *ECR* I-959 (order of 15 June 1987); ECJ, Case C-78/01, *BGL and Bundesrepublik Deutschland*, [2003] *ECR* I-9543 (judgment of 23 September 2003).

course of the administrative procedure, the Court of First Instance should also not be able to use such evidence against the undertaking.[1525]

The right to a fair hearing applies not only to citizens but also to Member States. The principle has been recognised in the context of proceedings brought by a Community institution against Member States, such as those concerning the review of State aid or the monitoring of Member State conduct as regards public enterprises.[1526]

3. Proceedings before the Community Courts

Such proceedings are not excluded from the scope of Article 47, and the Court of Justice in its appellate jurisdiction must be satisfied that the general principles of Community law have been complied with in proceedings before the Court of First Instance. These principles include the right to fair legal process and in particular the right to legal process within a reasonable period. The reasonableness of the duration of a procedure before the Court of First Instance must be appraised in the light of the circumstances of each case and in particular the importance of the case for the person concerned, its complexity and the conduct of the applicant and the competent authorities.[1527]

4. 'Burden of Proof'

National rules applying to the admissibility of evidence fall within the scope of Community law.[1528] As stated by Advocate General Jacobs, 'the Court has held that the national rules on the burden of proof may in some cases hinder the exercise of Community rights: those rules may then have to be modified. For example, where a tax is unlawfully levied, and the State raises the defence that the tax was passed on to the consumer, the tax payer cannot be required to prove that he has not passed on the tax. Or if a woman employee is paid less than a man, the burden of proof may shift to the employer to show that the par practice was not discriminatory.'[1529]

The national courts must verify that such rules applicable to an action are not less favourable than those governing similar domestic actions (the principle of equivalence) and that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law (the principle of effectiveness.) In addition, the national court must consider whether such evidence must be excluded in order to avoid measures incompatible with compliance with fundamental rights, in particular the right to a fair hearing before a tribunal as laid down in Article 6 (1) of the ECHR.

The Court of Justice has noted that although Article 6 (1) of the ECHR does not lay down detailed rules on evidence and that according to the case-law of the Convention organs it is for the national courts to assess the evidence they have obtained and the relevance of any evidence that a party wishes to produce, the ECtHR in reviewing the fairness of a hearing examines the proceedings as a whole,

---

[1525] ECJ, Case C-338/00 P*, Volkswagen AG v. Commission*, [2003] *ECR* I-9189 (judgment of 18 September 2003), para. 109 (see para. 311 of First Instance).

[1526] ECJ, Joined Cases C-48/90 and C-66/90, *Netherlands and PTT Nederland v. Commission*, [1992] *ECR* I-565 (judgment of 12 February 1992), para. 44, and ECJ, Case C-288/96, *Germany v. Commission*, [2000] *ECR* I-8237 (judgment of 5 October 2000), para. 99.

[1527] ECJ, Case C-185/95 P*, Baustahlgewebe v. Commission of the European Communities*, [1998] *ECR* I-8417 (judgment of 17 December 1998). In this case proceedings before the Court of First Instance in relation to an infringement of competition rules that lasted for five years and six months were held to be unreasonably protracted despite the relative complexity of the facts at issue since (a) the proceedings were important for the applicant, its competitors and for third parties, (b) the applicant did not contribute significantly to the protraction and (c) the duration could not be justified by the constraints inherent in the proceedings or by any exceptional circumstances. A deduction of the fine imposed by the Court of First Instance was held to be an immediate and effective remedy.

[1528] In ECJ, Case C-276/01, *Joachim Steffensen*, [2003] *ECR* I-3735 (judgment of 10 April 2003), the Court was concerned with the admissibility of evidence in a procedure before a tribunal within the meaning of Article 6 (1) of the ECHR. Mr. Steffensen argued that in light of the fundamental right to a fair hearing and the principle of equality of arms, the results of analyses of foodstuff samples which could not be challenged by means of a second opinion could not be used as evidence in the proceedings before the national court.

[1529] F.G. Jacobs, 'The right to a Fair Trial in European Law', *E.H.R.L.R.* 1999/2, p. 153.

including the way in which evidence was taken. The Court observed that the under the case-law of the ECtHR where the parties are entitled to submit to the court observations on a piece of evidence, they must be afforded a real opportunity to comment effectively on it in order for the proceedings to reach the standard of fairness required by Article 6 (1) of the ECHR. This is especially so where the evidence pertains to a technical field on which the judges have no knowledge and is likely to have a preponderant influence on the assessment of the fact by the court.

5. Proceedings under Article 95 (4) and (6) EC

The principle of the right to be heard was held not to apply to the procedure provided under Article 95(4) and (6) EC[1530] since the above is initiated not by a Community institution but by a Member State with the decision of the Community institution being adopted merely in response to that initiative. This procedure is initiated by a Member State seeking the approval of national provisions derogating from a harmonisation measure adopted at Community level. In its request that Member State can comment on the decision it asks to be adopted and state the grounds for maintaining the national provisions in question according to Article 95 (4) EC. The Commission must obtain the necessary information within the prescribed period, without being required to hear once more the applicant Member State. The rationale for this restriction is based according to the Court of Justice on the intention of the authors of the Treaty for speedy conclusion of this procedure in the interests of both the applicant Member State and the proper functioning of the internal market. It stated that 'that objective would be difficult to reconcile with a requirement for prolonged exchanges of information and observations.' [1531]

III. Right of access to legal advice

The third paragraph of Article 47 provides for the ancillary right of access to legal advice and provides for the availability for legal aid as a prerequisite to effective access to justice. The right of access to justice is implicit in the doctrine of direct effect that inevitably involves the exercise of the right of access to justice. In light of the Court's commitment to 'practical and effective rights' legal representation and aid may sometimes be mandatory.

The question of whether the interests of justice require the grant of legal aid are to be determined in the light of the case as a whole, both for first instance proceedings and in relation to appellate or cassation courts proceedings.[1532] Free legal assistance must not be worthless in effect.[1533]

However the right of access to a court is not an absolute one since 'by its very nature calls for regulation by the state, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals.'[1534] The Strasbourg Court has consistently held that the obligation towards 'effective rights' does not extend to imply that the State must provide free legal assistance for every dispute relating to a 'civil right.' [1535] Members States are allowed a wide power of appreciation to decide the ways in which they will comply while it is well-acknowledged that legal-aid systems cannot function unless there are means of selecting the cases that should qualify for legal

[1530] ECJ, Case C-3/00, *Kingdom of Denmark v. Commission*, [2003] *ECR* I-2643 (judgment of 20 March 2003) para. 50.
[1531] ECJ, Case C-3/00, *Kingdom of Denmark v. Commission*, op. cit.
[1532] Eur. Ct. H. R., *Granger v. United Kingdom* (Appl. No. 11932/86), judgment of 28 March 1990.
[1533] The right to legal assistance under Article 6 (3) (c) of the European Convention on Human Rights has been interpreted as including a right to be represented by a competent lawyer. In Eur. Ct H. R., *Artico v. Italy* (Appl. No. 6694/74), judgment of 13 May 1980, *Ser.* A, No.37, it was noted that 'Article 6 (3) (c) speaks of 'assistance' and not of 'nomination'. Again, mere nomination does not ensure effective assistance, since the lawyer appointed may die, fall seriously ill, be prevented for a protracted period from acting or shirk his duties. If they are notified of the situation, the authorities must either replace him or cause him to fulfil his obligations…'
[1534] Eur. Ct. H. R., *Golder v. United Kingdom* (App. No. 4451/70), judgment of 21 December 1975, *Ser.* A. No. 18, para. 18.
[1535] Eur. Ct. H. R., *Airey v. Ireland* (Appl. No. 6289/73), judgment of 9 October 1979, *Ser.* A, No. 32.

aid.[1536] In this regard compliance with the obligations incumbent on Member States requires positive actions on the part of the domestic authorities.[1537]

Compliance with the obligation of maintaining a legal-aid scheme depends on the quality of that scheme.[1538] Such schemes must offer individuals substantial guarantees to protect them from arbitrariness. The existence of the opportunity to appeal against an unfavourable decision is important towards that end.

The European Court of Justice has ruled[1539] that according to the principles of equivalence and effectiveness it is incumbent on Member States and their institutions to assess whether legal assistance is to be granted in connection of a procedure required by a Directive.[1540]

The Hague Convention on International Access to Justice[1541] requires nationals and residents of Contracting Parties to be granted legal aid in other Contracting Parties for civil and commercial matters under the same conditions as if they resided there. The European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid[1542] and its additional Protocol[1543] enable a person resident in one of the Contracting Parties who wishes to apply for legal aid in civil, commercial or administrative matters in the territory of another Contracting Party to submit an application to this effect with the authorities in the State of his residency which undertakes to transmit the said application to the other State Party.

Council Directive 2002/8/EC in compliance with the requirements under the European Convention on Human Rights and in particular in respect of the principle of equality of both parties in a dispute, seeks to promote the application of legal-aid in cross-border disputes for persons who lack sufficient resources and where aid is necessary to secure effective access to justice. It lays down certain minimum common standards relating to legal aid in civil and commercial matters.[1544] It provides that Union citizens and Third Country nationals who lawfully reside in a Member State who cannot bear the costs of proceedings are eligible for legal aid where their application is not based on a manifestly unfounded action. The Directive provides that decisions rejecting such applications shall be duly reasoned[1545] and that Member States shall ensure that the possibility for their review remains open[1546] in accordance with the relevant indications of the European Court of Human Rights.

[1536] Eur. Ct. H. R. (2nd sect.), *Bertuzzi v. France* (Appl. No. 36378/97), judgment of 13 February 2003.
[1537] Eur. Ct. H. R., *Artico v. Italy*, op. cit.
[1538] Eur. Ct. H. R. (3rd sect.), *Del Sol v. France* (Appl. No. 46800/99), judgment of 26 February 2002, *Rep.* 2002-II and Eur. Ct. H. R. (3rd sect.), *Essaadi v. France* (Appl. No. 49384/99), judgment of 26 February 2002.
[1539] ECJ, Case C-63/01, *Evans v. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, op. cit.
[1540] Second Council Directive 84/5/EECof 30 December 1983 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, *OJ* L 043 of 15.02.1984, p. 27.
[1541] Concluded 25 October 1980.
[1542] Strasbourg, 27 January 1977.
[1543] Adopted in Moscow in 2001.
[1544] In view of para. 17 of the Preamble and Article 6 (3) of the Directive, Member States are entitled to reject legal aid applications when the applicant is claiming damage to his or her reputation but has suffered no material loss or when the application concerns a claim arising out of the applicant's trade or self-employed profession.
[1545] Article 15 (2) of Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, *OJ* L 026 of 31.O1.2003.
[1546] Article 15 (3) of Council Directive 20023/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, *OJ* L 026 of 31.O1.2003.

Article 48. Presumption of innocence and right of defence

1. Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

2. Respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed.

I. Summary of the corresponding provisions in international and European human rights instruments

1. Introduction

1.1. International instruments

Universal Declaration of Human Rights

Article 11(1) states that everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

International Covenant on Civil and Political Rights

Article 14(2) states that everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law. According to article 14 (3), in the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (…)

> (b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing; (…)
> (d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it; (…)
> (g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

Rome Statute of the International Criminal Court

Article 55(2)(b), on the rights of persons during an investigation, contains a right 'to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence'. Article 67(1)(g) includes, under the rights of the accused, the right 'not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent'.[1547]

1.2. Council of Europe

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

[1547] See also Rule 42 A (iii) of the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

Under Article 6(2), everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. Under Article 6(3), everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights :

> (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
> (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
> (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require ;
> (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
> (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

Presumption of innocence and the right of defence are fundamental principles of international human rights law and are included in the Charter in the same sense and with the same purpose as Articles 6(2) and 6(3) of the ECHR.[1548]

2. Presumption of innocence

The obligation under Article 6(2) ECHR is independent of the other Article 6 guarantees – it may be breached where the other provisions have been respected.[1549] Article 6(2) requires, *inter alia*, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused.[1550] Thus, the presumption of innocence will be infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence. However, legal presumptions are not in principle incompatible with Article 6. For example, the presumption of innocence does not preclude strict liability offences in which the prosecution may not be required to prove the *mens rea* of the accused.[1551]

Similarly, the drawing of inferences from the silence of the accused is not necessarily incompatible with Article 6. In *John Murray v. the United Kingdom,*[1552] the Court stated that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure. By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6. It is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the silence of the accused or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. However, these immunities cannot and should not prevent the accused's silence, in situations which clearly call for an explanation from him, being taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution. It follows from this understanding of 'the right to silence' that the question whether the right is absolute must be answered in the negative. The question in each particular case is whether the evidence adduced by the prosecution is sufficiently strong to require an answer. It is only if the evidence against the accused 'calls' for an explanation that a failure to give any explanation may as a matter of common sense allow the drawing of an inference that there is no explanation and that the accused is

[1548] LIBE, Parliamentary Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 48.
[1549] Eur. Comm. H.R., *I. and C v. Switzerland* (Appl. No. 10107/82), decision of 12 July 1984, *DR* 38, pp. 90 et seq.
[1550] Eur. Ct. H.R., *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain* (Appl. No. 10590/83), judgment of 6 December 1988, *Ser.* A, No. 146.
[1551] Eur. Ct. H.R., *Salabiaku v. France* (Appl. No. 10519/83), judgment of 7 October 1988, *Ser.* A, No. 141 A, para. 27; 'the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such'.
[1552] Eur. Ct. H.R., *John Murray v. the United Kingdom* (Appl. No. 18731/91), judgment of 8 February 1996, *Rep.* 1996-I.

guilty.[1553] In *John Murray,* the Court found that the drawing of reasonable inferences from the applicant's behaviour did not have the effect of shifting the burden of proof from the prosecution to the defence so as to infringe the principle of the presumption of innocence.
The Court emphasised the link between the presumption of innocence and freedom from self-incrimination in *Heaney and McGuinness v. Ireland.*[1554] The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense, the Court noted, the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6(2) of the Convention. In *Saunders v. the United Kingdom,* the Commission ruled that the presumption of innocence reflected the expectation that the state bear the general burden of establishing the guilt of an accused, in which process the accused is entitled not to be required to furnish any involuntary assistance by way of confession.[1555]

Article 6(2) can also be violated if a court official professes a view that the accused is guilty of an offence before the trial has taken place. In *Minelli v. Switzerland,* the Court held that the presumption of innocence will be violated if, without the accused's having previously been proved guilty according to law and, notably, without his having had the opportunity of exercising his rights of defence, a judicial decision concerning him reflect an opinion that he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding.[1556] The reasoning also applies to public statements by public officials - in *Allenet de Ribemont v. France,* the Court found that the presumption of innocence may be infringed not only by a judge or court but also by other public authorities. In *Krause v. Switzerland,* the Court stated that a fundamental principle of Article 6(2) was to provide protection against being treated by public officials as being guilty of an offence before this is established according to law by a competent court.[1557]

While Article 6(2) governs criminal proceedings in their entirety, and not solely the examination of the merits of the charge,[1558] the right to be presumed innocent under Article 6(2) arises only in connection with the particular offence charged.[1559] Thus, once an accused has properly been proved guilty of an offence, Article 6(2) can have no application in relation to allegations made about the accused's character and conduct as part of the sentencing process.[1560] However, in the EU Charter of Fundamental Rights, the rights are recognized as individual rights, and consequently Article 48 is outside the characterisation of criminal charge included in the ECHR and extended by the case law of the Court in Strasbourg.[1561] Similarly, the rights in Article 6(3) are guaranteed only to persons charged with a criminal offence. Article 6(3) therefore does not protect a person who is suspected of a criminal offence but has not yet been charged. But the 'right of defence' contained in the Charter is an individual right that applies, whether or not the individual faces a criminal charge.

3. Right of defence

Article 6(3) contains a list of minimum rights that form part of the wider concept of the right to a fair trial. The Strasbourg case law reflects the constituent nature of these rights, which can be interpreted

[1553] *Ibid.,* paras. 45, 47 and 51.
[1554] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Heaney and McGuinness v. Ireland* (Appl. No. 34720/97), judgment of 21 December 2000, *Rep.* 2000-XII.
[1555] Eur. Ct. H.R., *Saunders v. the United Kingdom* (Appl. No. 19187/91), judgment of 17 December 1996, *Rep.* 1996-VI, para. 72.
[1556] Eur. Ct. H.R., *Minelli v. Switzerland* (Appl. No. 8660/79), judgment of 25 March 1983, *Ser.* A, No. 62, para. 38.
[1557] Eur. Comm. H.R., *Krause v. Switzerland* (Appl. No. 7986/77), decision of 3 October 1978, 13 *DR* 73 (1978).
[1558] Eur. Ct. H.R., *Minelli v. Switzerland* (Appl. No. 8660/79), judgment of 25 March 1983, *Ser.* A, No. 62, para. 30.
[1559] Eur. Ct. H.R. (4th sect.), *Phillips v. the United Kingdom* (Appl. No. 41087/98), judgment of 25 July 2001, para. 35.
[1560] Eur. Ct. H.R., *Engel v. the Netherlands* (Appl. No. 5100/71), judgment of 8 June 1976, *Ser.* A, No. 22.
[1561] LIBE, Parliamentary Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 48.

in conjunction with Article 6(1),[1562] with each other,[1563] or form part of an overall reading of Article 6.[1564]

Article 6(3)(a): This provision is intended to facilitate the provision of the information necessary to the accused in the preparation of his defence. The Court found, in the case of *Brozicek v. Italy,* that the respondent state had violated the Article 6(3)(a) requirement through its failing to take any steps to verify whether the applicant, who was not of Italian origin nor resident in Italy, spoke Italian.[1565] The applicant in the case did receive a judicial notification, which listed the offences of which he was accused, stated the place and the date thereof, referred to the relevant Articles of the Criminal Code and mentioned the name of the victim. This was deemed by the Court to constitute notification of the nature and cause of the accusation.[1566] There would thus appear to be no requirement under Article 6(3)(a) that the state provides an account of the evidence against the accused. However, in *Pélissier et Sassi v. France,* the Court held that the defendant had the right to be informed not only of the cause of the accusation, that is to say the acts he is alleged to have committed and on which the accusation is based, but also the legal characterisation given to those acts. That information should be detailed.[1567]

Article 6(3)(b): In *Ofner v. Austria,* the overlap between Articles 6(3)(a) and 6(3)(b) was noted; the Court viewed compliance with the former as a necessary condition of compliance with the latter.[1568] The 'adequate time' requirement has been interpreted according to the facts of each case. In *X and Y v. Austria,* seventeen days notice was considered adequate for a case at trial stage before the ordinary courts for the requirements of the provision.[1569] Less time is required for appeals.[1570] 'Adequate facilities' have been interpreted by the Court as the opportunity to organize the defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial.[1571]

Article 6(3)(c): The aim of the provision is to ensure that the accused will have a defence that is 'practical and effective'.[1572] In *Poitrimol v. France,* the Court found that a person who deliberately avoids appearing in person can remain entitled to legal assistance of his own choosing within the meaning of Article 6(3)(c).[1573]

Article 6(3)(d): While the rules governing witnesses differ significantly depending on whether they feature within an accusatorial or an inquisitorial system, Article 6(3)(d), according to the Court in *Bonisch v. Austria,* requires equal treatment between defence and prosecution with regard to the calling and examination of witnesses.[1574] The full realization of the principle of equality of arms is thus the principal aim of Article 6(3)(d).[1575] The Court has found the use of anonymous witnesses to be

[1562] A notable example would be the principle of 'equality of arms', which is included under Article 6(1) but overlaps in criminal cases with Article 6(3)(d).
[1563] See, for example, Eur. Comm. H.R., *Ofner v. Austria*, (Appl. No. 524/59), 3rd Yearbook 322, 19 December 1960.
[1564] See, for example, Eur. Ct. H.R., *Vidal v. Belgium* (Appl. No. 12351/86), judgment of 22 April 1992.
[1565] Eur. Ct. H.R., *Brozicek v. Italy* (Appl. No. 10964/84), judgment of 19 December 1989, *Ser.* A, No. 167, para. 41.
[1566] *Ibid,* para. 42.
[1567] Eur. Ct. H.R. (GC), *Pélissier et Sassi v. France* (Appl. No. 25444/94), judgment of 25 March 1999, *Rep.* 1999-II, para. 51.
[1568] Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, p.250.
[1569] Eur. Comm. H.R., *X and Y v. Austria* (Appl. No. 7909/77), *DR* vol. 15, p. 160 (1978)).
[1570] Eur. Ct. H.R., *Huber v. Austria* (Appl. No. 5523/72), Yearbook of the ECHR (1975), vol. 18, p.
[1571] Eur. Ct. H.R., *Can v. Austria* (Appl. No. 9300/81), judgment of 30 September 1985, *Ser.* A, No. 96, paras. 51-52.
[1572] Eur. Ct. H.R., *Goddi v. Italy* (Appl. No. 8966/80), judgment of 9 April 1984, *Ser.* A, No. 76, para. 27.
[1573] Eur. Ct. H.R., *Poitrimol v. France* (Appl. No. 14032/88), judgment of 23 November 1993, *Ser.* A, No. 277 A, para. 35. The Court found that the suppression of the right was disproportionate in the circumstances.
See also Eur. Ct. H.R., *Krombach v. France* (Appl. No. 29731/96), judgment of 13 February 2001, *Rep.* 2001-II – 'there can be no question of an accused being obliged to surrender to custody in order to secure the right to be retried in conditions that comply with Article 6 of the Convention, for that would entail making the exercise of the right to a fair hearing conditional on the accused offering up his or her physical liberty as a form of guarantee.' (para. 87).
[1574] Eur. Ct. H.R., *Bonisch v. Austria* (Appl. No. 8658/79), judgment of 6 May 1985, *Ser.* A, No. 92, paras. 32 and 33. The Court in the case examined the applicant's complaints under the general rule of Article 6(1) 'whilst also having due regard to the paragraph 3 guarantees' (para. 29).
[1575] 5270/72, para. 91.

within the parameters of Article 6(3)(d),[1576] however, it has stated that a conviction should not be based solely or to a decisive extent on anonymous statements.[1577]

Article 6(3)(e): The Court has held that the provision does not require a written translation of all items of written evidence or official documents in the procedure. The interpretation assistance provided should be such as to enable the defendant to have knowledge of the case against him and to defend himself, notably by being able to put before the court his version of the events.[1578]

II. European Court of Justice

1. Presumption of innocence

In *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic,* an Opinion of Advocate-General Ruiz-Jarabo Colomer on Article 171 of the EC Treaty (now Article 228 EC), the issue of presumption of innocence was raised. The Advocate-General stated that one other reason why he did not consider it appropriate to regard the procedure under Article 171 as an action at criminal law was what might be called considerations of legal ontology. He stated that 'there is something highly irregular about granting to a defaulting Member State the same guarantees as are afforded to the accused in criminal proceedings, many of which derive from the fundamental principle of the presumption of innocence. That would be absurd! How can the State, which, as a democratic society, attaches primary importance to the principle of respect for the rule of law, claim any privilege for its own consistent failure to observe the same rule of law?' He concluded that the procedure provided for in Article 171 could not be treated in the same way as a procedure at criminal law, but is akin rather to a special judicial procedure for the enforcement of judgments. This does not mean, however, that the defendant State does not enjoy any procedural guarantees at all - which would also, he stated, be absurd - but rather that the extent of the rights of the defence which are to be granted to it must be in keeping with the objective pursued.[1579]

In *Montecatini SpA v the Commission,* the Court ruled that the presumption of innocence resulting in particular from Article 6(2) of the European Convention on Human Rights is one of the fundamental rights which, according to the Court's settled case-law, reaffirmed in the preamble to the Single European Act and in Article F(2) of the Treaty on European Union, are protected in the Community legal order. Given the nature of the infringements in question and the nature and degree of severity of the ensuing penalties, the principle of the presumption of innocence applies to the procedures relating to infringements of the competition rules applicable to undertakings that may result in the imposition of fines or periodic penalty payments.[1580]

In *Omer Nazli and Others v. Stadt Nurnburg,* the Court ruled that detention pending trial cannot mean expulsion from the labour force. However, there is another reason which absolutely precludes such an interpretation, namely, the presumption of innocence which is enshrined in Article 6(2) ECHR. That presumption implies that, until the day when the court having jurisdiction, by a decision constituting *res judicata*, determines whether he is guilty, an accused person is presumed innocent and, accordingly, may not be punished for offences which he is suspected of committing. The presumption of innocence must be construed in a particularly strict manner, so that any form of punishment, including deprivation of the right of access to employment, must be regarded as prohibited as long as

[1576] Eur. Ct. H.R., *Doorson v. the Netherlands,* (Appl. No. 20524/92), *Rec.* 1996-II, para. 69: 'the Convention does not preclude reliance, at the investigation stage, on sources such as anonymous informants.'
[1577] *Ibid,* para. 76.
[1578] Eur. Ct. H.R., *Kamasinski v. Austria* (Appl. No. 9783/82),judgment of 19 December 1989, *Ser.* A, No. 168, para. 74.
[1579] ECJ, C-387/97, *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, [2000] *ECR* I-5047 (judgment of 4 July 2000), paras. 41 and 42. The case is also relevant in relation to Article 49 of the Charter and the principles of legality – see below.
[1580] ECJ, C-235/92 P, *Montecatini SpA v the Commission*, [1999] *ECR* I-4539 (judgment of 8 July 1999), paras. 175 and 176. The Court found in the case that the Court of First Instance did not unduly reverse the burden of proof and did not set aside the presumption of innocence.

the accused, not having been tried, is entitled to invoke that presumption. The presumption of innocence is not amenable to any restriction and is in no way called into question by detention pending trial, which has its justification and rationale in the requirements of the investigation, and certainly not in punishment.[1581]

2. Right of Defence

Observance of the rights of the defence in all proceedings initiated against a person that are liable to culminate in a measure adversely affecting that person is a fundamental principle of Community law which must be guaranteed even in the absence of any rules governing the procedure in question. It follows from that principle that the Member State concerned must receive, before the decision to be notified to it is adopted pursuant to Article 90(3) of the Treaty, an exact and complete statement of the objections which the Commission intends to raise against it and must be placed in a position in which it may effectively make known its views on the observations submitted by interested third parties.[1582]

In *Atlantic Container Line and Others v. Commission,*[1583] decided on 30 September 2003, the applicants raised seven groups of pleas, the first being alleged infringement of the rights of defence. That plea focused on the Commission's statement of objections, which must set out clearly the facts upon which the Commission relies and its classification of those facts. Accordingly, as the Court of First Instance held in *Hercules Chemicals* v *Commission,*[1584] regard for the rights of defence requires that an applicant must have been put in a position to express, as it sees fit, its views on all the objections raised against it by the Commission in the statement of objections addressed to it and on the evidence which is to be used to support those objections. In the present case, the applicants argued that they were granted no opportunity to comment on the Commission's case prior to the adoption of the final decision, in accordance with the rights of the defence.[1585]

The rules necessary for the application of Articles 85 and 86 of the Treaty prescribe two successive but clearly separate procedures: first, a preparatory investigation procedure, and secondly, a procedure involving submissions by both parties initiated by the statement of objections.[1586] Only after having carried out a preparatory investigation by following a notification or a complaint or on its own initiative can the Commission be sufficiently informed, both in fact and in law, as to the lawfulness of those practices and therefore be able to decide whether or not to initiate the infringement procedure by issuing the statement of objections. The Court stated, however, that contrary to the applicants' submission, it does not follow that after issuing the statement of objections the Commission is prevented from continuing with its investigation, *inter alia* by sending requests for further information. The Commission can only deal in its decision with objections upon which the recipient undertakings have been afforded the opportunity of making known their views. According to the case-law, that requirement is observed where the decision does not allege that the persons concerned have committed infringements other than those referred to in the statement of objections and only takes into consideration facts on which the persons concerned have had the opportunity of making known their views.[1587] The statement of objections is thus a procedural measure adopted preparatory to the decision which represents the culmination of the administrative procedure.[1588] Consequently, until a final

[1581] ECJ, C-340/97, *Omer Nazli and Others v. Stadt Nurnburg*, [2000] *ECR* I-957 (judgment of 10 February 2000), paras. 42-45.
[1582] LIBE, Parliamentary Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 48.
[1583] Joined cases T-191/98 and T-212/98 to T-214/98; the applicants were challenging a Commission decision regarding certain provisions of an agreement called the Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA), which covered eastbound and westbound shipping routes.
[1584] Case T-7/89, *Hercules Chemicals* v *Commission*, [1991] *ECR* II-1711 (judgment of 17 December 1991), para. 51; see also Case T-334/94, *Sarrió* v *Commission*, [1998] *ECR* II-1439 (judgment of 14 May 1998), para. 39, and ECJ, C-60/81, *IBM v. Commission*, [1981] *ECR* 1857 (judgment of 7 July 1981), para. 15.
[1585] para. 99.
[1586] ECJ, C-374/87, *Orken v. Commission*, [1989] *ECR* 3283 (judgment of 18 October 1989), para. 20.
[1587] ECJ, C-41/69, *Chemiefarma* v *Commission*, [1979] *ECR* 661 (judgment of 15 July 1970), para. 94.
[1588] para. 114.

decision has been adopted, the Commission may, in view of the written or oral observations of the parties, abandon some or even all of the objections initially made against them and thus alter its position in their favour or, conversely, decide to add new complaints, provided that it affords the undertakings concerned the opportunity of making known their views in that respect.

The Court held that far from being a measure recording the Commission's final assessment of the lawfulness of the practices in question, the statement of objections is, on the contrary, a purely preparatory measure setting out the Commission's provisional findings, which it may revisit in the final decision. The Commission is therefore perfectly entitled, in order in particular to take account of the arguments or other evidence put forward by the undertakings concerned, to continue with its fact-finding after the adoption of the statement of objections with a view to withdrawing certain complaints or adding others as appropriate. Accordingly, the mere fact that the Commission continues its investigation after issuing the statement of objections by sending requests for further information cannot in itself affect the validity of the statement of objections. [1589]

Due observance of the rights of the defence in a proceeding in which sanctions such as those in question may be imposed requires that the undertakings and associations of undertakings concerned must have been afforded the opportunity during the administrative procedure to make known their views effectively on the truth and relevance of the facts and circumstances alleged and objections raised by the Commission. That requirement is satisfied if the decision does not allege that those concerned have committed infringements other than those referred to in the notice of complaints and only takes into consideration facts on which they have had the opportunity of making known their views.[1590]

III. Description of the Requirements of the Provision / Problematic Areas

1. Presumption of innocence

From the case law of the European Court of Human Rights, the problematic areas in relation to the presumption of innocence centre on such issues as the right to silence and freedom from self-incrimination. The most important question in any case involving the presumption of innocence is the degree to which the assertion of the right to silence will affect the burden of proof in criminal law cases, given that the presumption of innocence may be compromised where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence.

Outside of the criminal law process, Article 48 is concerned with providing protection against being treated by public officials as being guilty of an offence before this is established according to law by a competent court – the case law in this area is relatively uncontroversial.

The ruling by the European Court of Justice in *Commission v. Hellenic Republic* that Member States are not entitled to the same guarantees as are afforded to the accused in criminal proceedings is an important engagement by the Court with the presumption of innocence principles, and it is likely that this issue will be examined further in the Court's jurisprudence.

2. Right of defence

While the interpretation of the five provisions of Article 6(3) ECHR governing the right of defence tend to be decided on a case by case basis, there is a certain consistency in the Court's application of

[1589] para. 116 and 120; On the contrary, the Court noted, given the preliminary nature of the statement of objections, which reflects the adversarial nature of the administrative procedure applying the competition rules of the Treaty, the Commission must logically be able to send supplementary requests for information after issuing the statement of objections in order to be able, if necessary, to withdraw complaints or add new ones. It is irrelevant in this regard that those requests for further information raise fresh issues not addressed in the statement of objections.
[1590] para. 138.

these provisions that point to a settled approach that seeks, as a minimum, to ensure that the accused will have a practical and effective defence. Once the Court views this to be so, it will be reluctant to extend these rights beyond that minimum level on the understanding that different rules of procedure apply in different states and that the differences between civil and common law systems in criminal matters are quite significant. The recent *Atlantic Container Line* case before the European Court of Justice is a succinct yet important examination of the relationship between the 'statement of objections' by the Commission and the rights of defence.

Article 49. Principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties

1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national law or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than that which was applicable at the time the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that penalty shall be applicable.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omiss which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles recognised by the community of nations.

3. The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence.

I. Summary of the corresponding provisions in international and European human rights instruments

1. International instruments

Universal Declaration of Human Rights

Article 11(2) states that no one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed; nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time at which the offence was committed.

International Covenant on Civil and Political Rights

Article 15(1) states that no-one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

2. Council of Europe

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Under Article 7(1), no-one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. Article 7(2) states that the article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations.

Paragraphs 1 and 2 of Article 49 of the Charter have the same meaning and scope as Article 7 ECHR, except for the softer conventional exception regarding the retroactivity of criminal law added to the Charter.[1591]

[1591] LIBE, Parliamentary Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 49.

Cases taken under the non-derogable provisions of Article 7 rarely pass the admissibility stage and there are, consequently, only a small number of cases in which the Court has considered its meaning and scope. In cases involving an individual petition to the Court, the breach complained of must have resulted in the complainant being 'held guilty' of a criminal offence.[1592] Thus a prosecution that does not result in a conviction cannot be challenged under the article. However, under Article 24, states may question the compatibility of a law with Article 7 irrespective of whether or not convictions have been secured under the relevant legislation. In *Ireland v. United Kingdom*[1593], the Irish government questioned the validity, under Article 7, of the Northern Ireland Act 1972, which facilitated the retroactive application of security orders. The complaint was withdrawn when the Attorney General for the United Kingdom gave an undertaking that the Act would not be applied retroactively.

What constitutes a criminal offence can now be determined by reference to the Court's decision, under Article 6, in *Engel v. the Netherlands*.[1594] In earlier cases, such as *X v. FRG,*[1595] the Commission had excluded disciplinary offences in national law from what it considered to be a criminal offence, however, *Engel* saw the Court treat such offences in exceptional cases as 'criminal' for the purposes of Article 6, and this interpretation would also extend to cases taken under Article 7. There is also evidence to support a relatively wide reading of the meaning of 'criminal' under Article 7 in the drafting history of the Convention.

In *Kokkinakis v. Greece,* the Court pointed out that Article 7(1) is not confined to prohibiting the retrospective application of criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullem crimen, nulla poena sine lege)* and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of its relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable.[1596] Thus in *E.K. v. Turkey,* the Court found that there had been a violation of the *nulla poena sine lege* principle, whereby the applicant's conviction and sentencing to a term of imprisonment was based on too wide an interpretation of the relevant domestic provision, in which chief editors were liable to be imprisoned for a breach, whereby sub-editors, of which the applicant was one, were subject only to a fine.[1597] In *C.R. v. United Kingdom*, it was held that Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case.[1598] Article 7 applies if a person has been found guilty under international law as well as under national law.

Commentators believe that a criminal offence under international law refers to such offences which can lead to a prosecution of an individual under the national law of a state on the basis of their custody of the alleged offender (i.e. under the doctrine of universal jurisdiction.)[1599] Such offences would include, in customary international law, war crimes, piracy, hijacking, drug trafficking, the sabotage of aircraft, apartheid, attacks upon diplomats, the taking of hostages and torture.[1600]

The purpose of Article 7(2) is to ensure that Article 7 does not affect laws which, under very exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to suppress war

[1592] See *X v. United Kingdom,* No. 6056/73
[1593] Eur. Ct. H. R., *Ireland v. United Kingdom* (Appl. No. 5310/71), judgment of 18 January 1978.
[1594] Eur. Ct. H. R., *Engel v. the Netherlands* (Appl. Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72), judgment of 8 June 1976.
[1595] No. 4274/69.
[1596] Eur. Ct. H. R., *Kokkinakis v. Greece* (Appl. No. 14307/88), judgment of 25 May 1993, *Ser.* A, No. 260 A.
[1597] Eur. Ct. H. R., *E.K. v. Turkey* (Appl. No. 28496/95), judgment of 7 February 2002, paras. 54-56.
[1598] Eur. Ct. H. R., *C.R. v. United Kingdom* (Appl. No. 20190/92), judgment of 22 November 1995, para. 34; the Court found the development of the law in the case to be 'reasonably foreseeable', and thus upheld its validity.
[1599] Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, p.277.
[1600] *Ibid.*

crimes, treason, and collaboration with the enemy.[1601] The phrase 'general principles of law recognized by civilized nations' appears in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, and refers to those principles generally found in municipal systems.[1602] 'Nations' means all nations, and is not confined to the members of the Council of Europe. Article 7(2) is not required in the case of a conviction for a crime under international law, whether or not the domestic legal provisions were in place – this would come under Article 7(1). An example would be the German cases of *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany,* and *K-HW v. Germany.*[1603] Both cases involved the conviction of the applicants following the reunification of Germany; the former were senior figures in the GDR state apparatus, and decision-makers regarding the border policing regime, and the latter was a border policeman who, at the age of twenty, had shot and killed a person attempting to escape from the GDR into West Germany. The German courts had relied upon the fact that the GDR had ratified the International Covenant for Civil and Political Rights – the Court found in *Streletz* that GDR statute law and international treaties ratified by the former state provided a clear prohibition on disproportionate and arbitrary violations of the right to life. In *K-HW,* the Court again emphasized the GDR's own legal principles and internationally recognized human rights law in rejecting the application of a breach of Article 7(1).

II. European Court of Justice

In *Alpha Steel v. Commission,*[1604] the Court recognised (albeit indirectly) the existence in Community law of the general principle of *nulla poena sine lege*. The Court emphasised in the case that not every provision that imposes a burden on an individual constitutes a sanction, and ruled that Commission decision No 2794/80/ECSC of 31 October 1980 establishing a system of steel production quotas, while favouring any undertaking which had satisfied certain requirements, did not in any way constitute sanctions against undertakings not fulfilling the required conditions and could not therefore be considered to be in breach of the principle of *nulla poena sine lege*.

The case was highlighted in the subsequent *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, whereby the Advocate-General Ruiz-Jarabo Colomer stated that in *Alpha Steel,* the Commission had recognised the existence of the principle in community law. However, he emphasised the fact that *nulla poena sine lege* means that 'not every provision that imposes a burden on an individual constitutes a sanction.'[1605] In other words, only measures which may properly be described as sanctions merit the special protection afforded in criminal proceedings, not every provision which entails adverse financial consequences for a particular individual. Thus, the imposition of penalties under Article 171 of the EC Treaty (now Article 228 EC) was not subject to the rule that penal provisions must not have retroactive effect.

In *The Queen v Minister of Agriculture, FEDESA Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and Others,* the Court held that a directive which had retroactive effect outside the criminal sphere was permissible - Article 10 of the directive could not be interpreted as requiring Member States to adopt measures which conflict with Community law, in particular with the principle that penal provisions may not have retroactive effect, which Community law incorporates as a fundamental right among its general principles.[1606]

[1601] Eur. Ct. H. R., *X v. Belgium* (Appl. No. 1038/61)
[1602] Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, p.282.
[1603] Eur. Ct. H. R. (GC), *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* (Appl. No. 34044/96), judgment of 22 March 2001, *Rep.* 2001-II; and Eur. Ct. H. R. (GC), *K-HW v. Germany* (Appl. No. 37201/97), judgment of 22 March 2001, *Rep.* 2001-II.
[1604] ECJ, Case C-14/81, *Alpha Steel v. Commission*, [1982] *ECR* 749 (judgment of 3 March 1982).
[1605] *Ibid,* para. 83.
[1606] ECJ, Case C-331/88; *The Queen v Minister of Agriculture, FEDESA Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and Others*, [1990] *ECR* I-4023 (judgment of 13 November 1990) cited in LIBE, Parliamentary Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 49.

The principle of proportionality was raised in *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen eG v Hauptzollamt Lindau,* where the Court held that it was necessary to ascertain whether the penalty exceeded what was appropriate and necessary to attain the objective pursued by the rules which have been breached. More particularly, it was necessary to ascertain whether the penalty laid down by the provision in question to achieve the aim in view corresponded to the importance of that aim and whether the disadvantages caused were not disproportionate to the aims pursued.[1607]

III. Description of the Requirements of the Provision / Problematic Areas

It is appropriate to refer to the decisions of the European Court of Human Rights as the primary indicator of problematic areas in relation to the Article 49 principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties requirements. Under the non-derogable Article 7(1) ECHR, in addition to straightforward enforcement of the main thrust of the article in cases such as *Ireland v. United Kingdom,* cited above, issues such as what constitutes a criminal offence have arisen. The Court's interpretation of the *nulla poena sine lege* doctrine has proved more problematic, and it is in this area that crossover between ECHR and EU law has occurred. The *Commission v. Hellenic Republic* case outlines the Court of Justice's interpretation of the principle, and its relevance to treaty law.[1608]

The *CR v. United Kingdom* case illustrates some of the other problems that can arise with regard to principles of legality. While the decision reached may be the correct one, it is difficult to see how the Court can justify under Article 7(1) the retroactive application of a law which is not a clarification, but rather a reversal of the criminal law in question.

The *K-HW* case examined above represents a strict reading of Article 7(1); the Court did not take into account the *de facto* situation in the GDR at the time the offence was committed, it pointed only to the statute law that the applicant clearly violated. The outcome would be the same if a future applicant has acted within the relevant domestic legal code, but in violation of international law. Difficulties will arise, therefore, only in relation to acts which are not in violation of international law, as was the case in *CR v. United Kingdom.* Is it possible in such cases that the court could resort to the 'general principles recognized by the community of nations' of Article 7(2)? It would seem that this provision has a specific application, namely, to the international criminal tribunals, and the punishment of collaborators, and that the scope of the provision is limited to such cases.

[1607] ECJ, Case C-356/97; *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen eG v Hauptzollamt Lindau*, [2000] *ECR* I 5461 (judgment of 6 July 2000) cited in LIBE, Parliamentary Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 49.
[1608] The case is also relevant in relation to Article 48 and the presumption of innocence and rights of defence – see above.

Article 50. Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence

No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.

I. Introduction

The article embodies the *ne bis in idem* principle, i.e., the prohibition of double jeopardy in criminal proceedings. The *ne bis in idem* guarantee of Article 50 operates mainly at two levels. First of all, it applies within the jurisdiction of each EU Member State. Secondly, because the principle is also part of the EU *acquis*, it applies between the jurisdictions of the EU Member States either within the framework of their traditional co-operation or as a matter of EU treaties and legislation

II. Summary of the corresponding provisions in international and European human rights instruments

1. Introduction

The principle first found its way into international human rights law through Article 14, paragraph 7, of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), an equivalent of Article 14, does not provide for the mentioned guarantee.[1609] It is not until Protocol 7 to the ECHR enters into force in 1988 that the principle becomes part of the ECHR.

Article 14, paragraph 7, of the ICCPR provides:

> No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

Article 4 of Protocol 7 to the ECHR provides:

> 1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.
> 2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and the penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.
> 3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

2. The ECHR and the scope of Article 50

In accordance with Article 52 (3) of the Charter, it is to be presumed that, as a point of departure, the scope and content of Article 50 is identical to that of Article 4 of Protocol 7 to the ECHR. The commentary is required in relation to several legal notions forming part of Article 50.

[1609] Eur. Ct. H.R., *Gestra v. Italy* (dec.), No. 21072/92, 16 January 1995.

2.1. The notions of 'criminal proceedings' and 'offence'.

First of all, there are the notions of 'criminal proceedings' and 'offence'. In some domestic jurisdictions of European States there is a legal tradition to regulate minor offences in separate laws and proceedings. According to these domestic practices neither the proceedings, nor the offences concerned are necessarily considered as criminal. The European Court of Human Rights has addressed this issue in the framework of Article 6 of the ECHR. In case *Lauko v Slovakia* the question was whether the punishment for an administrative or minor offence would be subject to Article 6 guarantees as they apply in criminal proceedings. The Court found that:

> in order to determine whether an offence qualifies as 'criminal' for the purposes of the Convention, the first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence belongs, in the legal system of the respondent State, to the criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring … ..[1610]

The Court established that the 'general character of legal provision infringed … together with the deterrent and punitive purpose of the penalty imposed' 'show that the offence in question was criminal in nature'.[1611] On the basis of Article 52 (3) of the Charter and in the absence of the agreement to the contrary, in the determination of criminal proceedings and an offence for the purposes of the application of the *ne bis in idem* principle under Article 50, the three criteria, as identified *inter alia* in the *Lauko* case, taken separately or together, shall apply. For example, cases of violations of tax laws may also be subject to the application of the *ne bis in idem* principle.[1612]

2.2. The notion of 'final acquittal or conviction'.

Secondly, it is the notion of 'final acquittal or conviction'. Procedure laws of the Member States determine a final acquittal or conviction. They also determine instances when cases can be reopened despite a final decision which has entered into force. As recognised in Article 4 of Protocol 7 to the ECHR, the reopening of the case if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, does not raise the problems under the *ne bis in idem* principle. In the words of the Human Rights Committee, a treaty-monitoring body for the International Covenant on Civil and Political Rights, 'States make a clear distinction between a resumption of a trial justified by exceptional circumstances and a re-trial prohibited pursuant to the principle of *ne bis in idem*'.[1613] There is an important distinction for the purposes of the *ne bis in idem* principle between a resumption of a trial and a re-trial where the latter is prohibited.

Since Article 50 has the same scope and content as the ECHR in respect of the *ne bis in idem* principle, the same is provided in Article 50, except where the EU law has developed further as will be commented upon below. Considering that national criminal procedure laws continue playing a primary role in these matters, the divergent practices may not be excluded in the determination and application of the grounds for reopening of proceedings which may produce violations of the principle. A further harmonisation of domestic criminal procedure laws in this respect would be helpful for the purposes of the EU law and the EU Charter.

[1610] Eur. Ct. H.R., *Lauko v. Slovakia*, judgment of 2 September 1998, *Rep.* 1998-VI, para. 56.
[1611] *Ibid*., para. 58.
[1612] Eur. Ct. H.R. (1st sect.), *Janosevic v. Sweden* (Appl. No. 34619/97), judgment of 23 July 2002, *Rep.* 2OO2-VII.
At the same time disciplinary proceedings were not considered to fall within the ambit of criminal offence (Human Rights Committee, Views on Communication No. 1001/2001, *Mr Jacobus Gerardus Strik v. the Netherlands*, 2 December 2002 (CCPR/C/76/D/1001/2001)).
[1613] Human Rights Committee, General Comment 13 (1984), UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 14 (1994).**:** Equality before the courts and the right to a fair trial and public hearing by independent court established by law (Article 14), 13/04/84.

III. International conventions on co-operation of States

In relations between each two States, the differences in criminal procedure and other relevant laws may create further problems for individuals. The assessment still holds true that while at the national level the principle is generally recognised in the laws of States, at the international level, on the other hand, the *ne bis in idem* principle is not generally recognised.[1614] Through the further development of international criminal law, this is changing at least as far as the jurisdiction of international criminal tribunals is concerned.[1615] Traditionally, this was remedied through the conclusion of bilateral agreements between States concerning the mutual recognition of judgments in criminal matters or of the *ne bis in idem* principle in criminal proceedings.

The 1972 Council of Europe Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters in Article 35 prohibits the prosecution or punishment, or the enforcement of the sanction, in another State Party, if a person has been acquitted, the sanction has been imposed, or the conviction has followed. There are, however, exceptions to the obligation to comply with the principle in criminal matters. First, the principle does not apply if the act or a judgment thereof has a public status in another State unless that State has itself requested the proceedings. Second, the State where the act takes place does not have to recognise the principle unless it requests the proceedings. The definition of the scope of 'offence' for the purposes of the Convention in Article 1 may fall short of the case law of the European Court of Human Rights, as it emerged subsequently.[1616] This same approach to the principle and the definition of offence was adopted already earlier in the 1970 Council of Europe Convention on the International Validity of Criminal Judgments.[1617]

Today the ECHR would fill in to some extent the gaps or shortcomings of the Council of Europe Conventions in criminal matters. It has to be emphasised, however, that Article 4 of Protocol 7 to the ECHR imposes its obligations within and not between State Parties. It was explained by the European Commission of Human Rights that '*le principe du 'ne bis in idem' n'est vise à l'article 4 par. 1 du Protocole No 7 à la Convention que dans le cas où une personne a été poursuivie ou punie pénalment deux fois pour les mêmes faits par les jurisdictions du même Etat*.' The Commission furthermore noted that this principle was explicitly limited to the level of a national jurisdiction during its drafting process and that also Article 6 of the ECHR cannot be interpreted beyond the limits of the Protocol.[1618] In addition, not all States have ratified Protocol 7, including some EU Member States. It is therefore that the danger of the violation of the *ne bis in idem* principle at a European level was not prevented in an essentially bilateral framework of co-operation in criminal matters.

A further guarantee against violations of the *ne bis in idem* principle arising from divergent domestic practices is provided for by the 1957 Council of Europe Convention on Extradition. Article 9 prevents extradition for offences punishable by deprivation of liberty or a detention order for a maximum period of at least one year or by a more severe penalty, if a final judgment has been rendered or a decision has been adopted to terminate or not institute proceedings in the requested State. This Convention will be replaced as between the EU States by the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States as from 1 January 2004.[1619]

[1614] See comments in Part III, Section 1, of the Explanatory Report on the European Convention on international validity of criminal judgments, available at http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/070.htm

[1615] Article 20 of the Statute of the International Criminal Court.

[1616] Supra, notes 1-3.

[1617] It was recognised in the Explanatory Report to the Convention that at the time of the adoption of the Convention the harmonisation of the domestic practices of the States concerned regarding the principle had not reached the required degree of uniformity and it is therefore that the European Convention of Human Rights did not contain the principle at the time. Ibid. This has been remedied since.

[1618] Eur. Ct. H.R., *Gestra v. Italy* (dec.), No. 21072/92, 16 January 1995.

[1619] *OJ* L 190 of 18.7.2002., p.1.

IV. The EU *acquis*

The *ne bis in idem* principle has been recognised as part EU *acquis*. The principle is to be found as applicable in different legal contexts which go beyond the above described contents of European human rights law. First, it has been upheld as applicable in relation to the rights and obligations of the staff of the EC.[1620] Second, it applies in the area of the regulation of a common internal market and relations between EC institutions and persons more specifically.[1621] Third, the principle applies within the Schengen *acquis* which also includes more recent developments in the form of, inter alia, framework decisions and conventions between EU Member States with an aim to strengthen the co-operation based on the justice and home affairs provisions of the EU Treaty.[1622] The goal of the further developments in this area is to replace the traditional co-operation relations between States by a system of free movement of judicial decisions in criminal matters, covering both pre-sentence and final decisions, within an area of freedom, security and justice.[1623] This first step towards the achievement of this goal is the European arrest warrant which goes beyond the tradition inter-State co-operation in these matters. The Framework Decision on the warrant details the application of the principle *ne bis in idem* in Articles 3 and 4, even if these articles do not contain the exact term 'ne bis in idem'.

In accordance with Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 on the gradual abolition of checks at their common borders (hereafter – the CISA), the *ne bis in idem* principle is defined as follows:

> a person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.

Article 54 has also gone beyond the Council of Europe conventions, as presented above in this commentary. At the same time, Article 55 lists the instances in which Contracting Parties preserve the possibility of adopting some exceptions to the obligations of Article 54. Such exceptions are allowed for reasons of national security or other essential interests of the Contracting Party, where public officials have committed the acts concerned or where these acts were committed wholly or in part in the territory of the Contracting Party.

The ECJ in Joined Cases C-187/01 and C-385/01 had to answer the questions whether the *ne bis in idem* principle, laid down in Article 54 of the CISA, also applies to procedures whereby further prosecution is barred in the Contracting Party concerned.[1624] The Court found that the principle applies in relation to procedures at issue where the Public Prosecutor of a Member State discontinues criminal proceedings brought in that State, without the involvement of a court, once the accused has fulfilled certain obligations and, in particular, has paid a certain sum of money determined by the Public Prosecutor. This finding was in line with two fundamental principles as concerns the goals of the EU. The first goal is set forth in Article 2 of the Treaty of Amsterdam. That is the development of the Union as an area of freedom, security and justice in which the free movement of persons is assured. Secondly, Article 54 has a specific role to play in achieving the overall objective of the Union. It has to ensure that 'no one is prosecuted on the same facts in several Member States on account of his having exercised his right to free movement'.[1625] In view of the ECJ, this objective may not be

[1620] ECJ, Case 18/65, *Max Gutmann v. Commission of the EAEC*, [1996] *ECR*-75 (judgment of 15 March 1967).
[1621] Joined Cases T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, *LVM*, [1999] *ECR* II-931 (judgment of 20 April 1999), e.g. paras. 86 – 98.
[1622] Council Act of 29 May 2000 establishing in accordance with Article 34 of the Treaty on the European Union the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union, *OJ* C 197 of 12.7.2000, p. 1.
[1623] See Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, *OJ* L 190 of 18.7.2002., p.1.
[1624] ECJ, Case C-187/01, *Huseyin Gozutok* and Case C-385/01, *Klaus Brugge*, judgment of 11 February 2003.
[1625] *Ibid*., para. 38.

achieved unless the *ne bis in idem* principle also applies to definitely discontinuing prosecutions which do not take a form of a judgment. This application of the principle in the EU does not bar the victim or any other person harmed by the accused's conduct from bringing a civil action for damages.[1626] It is important that the practice develops in the execution of the European arrest warrant which follows the ECJ findings in the above case.

Finally, through reference to the ECHR in Article 6 of the Treaty on European Union and, before that, as a matter of general principles common to EC Member States, the *ne bis in idem* principle remains an integral part of the EU law providing at least a minimum standard of protection. While the applicability of the principle 'within the EU', as Article 50 of the Charter provides, is obviously not limited to its application within one Member State and thus the Charter standard goes beyond the minimum human rights standard.

[1626] *Ibid*., para. 47.

Article 51. Champ d'application

1.Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément leurs compétences respectives.

2. La présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités.

L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux énonce deux règles. Le paragraphe 1er définit les situations dans lesquelles la Charte peut trouver à s'appliquer. Le paragraphe 2 affirme le principe d'une neutralité de la Charte par rapport à la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union. Lorsque la Convention sur l'avenir de l'Europe, puis à sa suite les représentants des Etats membres réunis au sein de la Conférence intergouvernementale de 2004, ont prévu l'insertion de la Charte des droits fondamentaux en tant que partie II du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cette disposition a subi certaines adaptations de pure forme ; l'article 51 § 2 a en outre été complété de manière à préciser que la Charte n'opère aucune extension du champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de celle-ci[1627].

Les deux règles que contient l'article 51 de la Charte relèvent d'une démarche commune. L'adoption de la Charte et l'affirmation d'un catalogue de droits fondamentaux de l'Union visent à imposer à l'Union – et aux Etats membres dans la mesure où ils mettent en œuvre le droit de l'Union – certaines limites déduites des droits fondamentaux que la Charte codifie. L'article 51 de la Charte vise à éviter que la Charte serve en outre à justifier soit une extension du droit de l'Union à des situations qu'il ne régit pas selon le droit primaire (constitutionnel) ou le droit dérivé (législatif ou réglementaire), soit un développement des compétences de l'Union par rapport aux Etats membres.

I. L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux : l'article 51 § 1

La portée véritable de l'article 51 § 1 ne se laisse percevoir que si on le rapporte à la jurisprudence qu'a développée la Cour de justice des Communautés européennes en matière de droits fondamentaux. Afin de répondre à la menace que faisait peser sur l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit national des Etats membres, l'attitude de certaines juridictions constitutionnelles mettant en doute l'exigence de cette primauté lorsqu'elle risque de conduire à un affaiblissement des droits fondamentaux reconnus dans des constitutions étatiques, la Cour de justice de Communautés européennes a jugé à partir de 1969-1970 devoir faire figurer les droits fondamentaux de la personne parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect, en vertu de l'article 164 du traité CEE (devenu l'article 220 CE). Elle a identifié ces droits au départ des traditions constitutionnelles communes des Etats membres ainsi que des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres avaient adhéré ou à l'élaboration desquels ils avaient coopéré, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950, se voyant reconnaître dans ce cadre, depuis 1989, une 'signification

[1627] L'article II-111 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe dit que : 'La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution'.

particulière'[1628]. Cette jurisprudence, qui dès 1977 reçoit l'approbation des institutions politiques des Communautés européennes[1629], s'impose dès le départ aux institutions des Communautés européennes dans l'exercice de leurs compétences. Ainsi, le Parlement européen, le Conseil, la Commission, la Cour de justice et la Cour des Comptes – que l'article 7 CE définit comme les institutions de la Communauté européenne, l'Union partageant avec la Communauté son cadre institutionnel (article 3 al. 1 UE) – sont tenus de respecter ces droits fondamentaux.

Dans les années suivant l'inauguration de cette jurisprudence, celle-ci va s'étendre aux Etats membres lorsqu'ils prennent des mesures qui s'inscrivent dans le domaine d'application du droit communautaire. Dans la jurisprudence de la Cour, cette notion parfois jugée excessivement vague en doctrine recouvre trois situations. Premièrement, les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire vont s'imposer aux Etats membres *lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit communautaire*, c'est-à-dire lorsqu'ils appliquent un règlement, transposent une directive, ou exécutent une décision ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes[1630]. La justification en est simple. La jurisprudence de la Cour de justice consistant à faire figurer les droits fondamentaux parmi les principes généraux du droit communautaire vise à s'assurer que le transfert de compétences des Etats membres à la Communauté (ou, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht sur l'Union européenne le 1er novembre 1993, à l'Union) ne débouchera pas sur des atteintes aux droits fondamentaux généralement reconnus dans les Etats membres. Or, lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union, les Etats membres agissent comme une administration décentralisée de la Communauté ou de l'Union : ils ne sont que l'instrument par lequel le droit européen se déploie dans les ordres juridiques nationaux. Il est donc normal qu'ils soient soumis aux mêmes obligations que les institutions de l'Union elles-mêmes, dans le prolongement de l'action desquelles agissent, en pareil cas, les autorités nationales.

Deuxièmement, les Etats membres doivent respecter les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux de droit communautaire *lorsqu'ils font emploi d'une exception à une liberté que reconnaît le droit communautaire, dans les limites de ce que celui-ci admet*[1631]. Ainsi dans son arrêt *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) du 19 juin 1991, la Cour de justice considère-t-elle que* 'Lorsqu'un État membre invoque les dispositions combinées des articles 56 et 66 du traité [CEE, devenus après modification articles 46 et 55 CE] pour justifier, par des raisons d' ordre public, de sécurité publique et de santé publique, une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification, prévue par le droit communautaire, doit être interprétée

[1628] C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.,* p. 2859 (point 13); C.J.C.E., 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tilleorassi (ERT),* 260/89, *Rec.,* p. 2925 (point 41). L'arrêt *Hoechst* indique en effet que la Convention européenne des droits de l'homme revêt une 'signification particulière' parmi les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré (voy. le point 13 de l'arrêt *Hoechst*). Pour fonder cette affirmation, la Cour de justice des C.E. renvoie 'notamment' à son arrêt du 15 mai 1986 rendu dans l'affaire *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (aff. 222/84, *Rec.,* p. 1651). Cette référence n'emporte pas entièrement la conviction. Dans l'affaire *Johnston*, l'article 6 de la directive 76/207 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 (*J.O.C.E.* L 39, p. 40), est interprété à la lumière d'un principe général du droit (imposant le droit à un recours juridictionnel pour faire valoir ses droits) dont la Cour dit qu'il 'a été également consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme' (point 18).

[1629] Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977, *J.O.C.E.* C 103/1, du 27.4.1977.

[1630] C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf*, 5/88, *Rec.,* p. 2609 (point 19); C.J.C.E., 3 décembre 1992, *O. Borelli SpA*, C-97/91, *Rec.,* p. 6313 (points 14 et 15).

[1631] C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.,* p. 1219 (point 32). Pour une position plus hésitante adoptée quelques mois plus tard, voy. C.J.C.E., 7 juillet 1976, *L. Watson et A. Belmann*, 118/75, *Rec.*, p. 1185 (point 23) (alors que l'Avocat général A. Trabucchi lui suggérait de répondre par la négative – mais de répondre -, la Cour de justice des C.E. estime ne pas devoir prendre position sur la question de savoir si l'obligation imposée aux résidents de l'Etat membre d'accueil de communiquer aux autorités publiques l'identité des étrangers qu'ils hébergent constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée ou familiale, que garantit l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme: selon la Cour, 'de telles dispositions, qui relèvent pour l'essentiel de l'ordre interne de l'Etat, ne sauraient être appréhendées sous l'angle du droit communautaire que dans la mesure où elles apporteraient indirectement une restriction à la libre circulation des personnes'; la Cour ayant plus haut dans l'arrêt constaté que les dispositions en cause n'étaient pas contraires aux règles du traité relatives à la liberté de circulation des personnes, elle en déduit ne pas devoir exercer un contrôle du respect des droits fondamentaux invoqués; c'est pratiquement priver la garantie des droits fondamentaux de tout effet utile).

à la lumière des principes généraux du droit, et notamment des droits fondamentaux. Ainsi, la réglementation nationale en cause ne pourra bénéficier des exceptions prévues par les dispositions précitées que si elle est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. S'agissant d'une réglementation en matière de télévision, cela implique qu' elle soit appréciée au regard de la liberté d' expression, consacrée par l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme en tant que principe général du droit dont la Cour assure le respect'[1632].

Enfin, progressivement, selon une évolution parfois peu perceptible tant elle a paru aller de soi, les droits fondamentaux inclus parmi les principes généraux du droit communautaire n'ont plus seulement rempli la fonction de *limiter* la marge d'appréciation de l'Etat lorsqu'il prend des mesures qui s'inscrivent dans le domaine d'application du droit communautaire, c'est-à-dire de restreindre la liberté de l'Etat : ces droits fondamentaux ont également permis d'*étendre* la marge d'appréciation de l'Etat membre, dès lors qu'ils ont pu être invoqués avec succès par l'Etat membre qui tire argument de son souci de les réaliser *afin de justifier qu'il apporte certaines restrictions aux libertés que garantit le droit communautaire* – notamment la liberté de circulation des marchandises ou la libre prestation des services – qui, à défaut, n'auraient pu être considérées comme conformes au droit communautaire[1633]. Ainsi, dans l'arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, la Cour de justice des Communautés européennes a été amenée à justifier certaines restrictions soient apportées à la liberté fondamentale de circulation des marchandises que reconnaissent les articles 28 et 29 CE, au nom de la nécessité de respecter les droits fondamentaux d'expression et de réunion reconnus par les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme[1634]. De même dans l'affaire *Omega*, l'entreprise Omega contestait devant le *Bundesverwaltungsgericht* (le Tribunal fédéral administratif allemand) un arrêté rendu contre elle par l'autorité de police de Bonn lui interdisait d'autoriser dans son 'laserdrome' des jeux permettant de tirer sur des cibles humaines en utilisant un rayon laser ou d'autres appareils techniques. La Cour de justice a estimé, dans sa réponse à la question préjudicielle qui lui était adressée sur les restrictions pouvant être imposées à la libre prestation des services, que le besoin de protéger la dignité humaine pouvait justifier une restriction de cette liberté, conformément à l'article 46 CE combiné à l'article 55 CE[1635]. La Cour a rappelé que 'l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome' (par. 34). Citant l'affaire *Schmidberger*, la Cour relève au paragraphe 35 de son arrêt que 'Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la

[1632] C.J.C.E., 19 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE*, C-260/89, *Rec.,* p. I-2925 (points 43 et 45).

[1633] Voy. C.J.C.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, 352/85, *Rec.,* p. 2085; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, *Rec.,* p. I-4007; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission des C.E. c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.,* p. I-4069; C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, C-23/93, *Rec.,* p. I-4795. Ces décisions ont en commun d'admettre que la réglementation néerlandaise relative aux médias, si elle impose certaines restrictions à la libre prestation des services dans le but d'assurer une représentation équilibrée des différentes composantes de la société néerlandaise, peut être justifiée en tant qu'elle traduit une raison impérieuse d'intérêt général: la Cour constate en effet que le maintien du pluralisme est lié à la liberté d'expression, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire. Plus récemment, voy. C.J.C.E., 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertiebs GmbH c. Heinricht Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.,* p. I-3689 (point 18) ('...le maintien du pluralisme de la presse est susceptible de constituer une exigence impérative justifiant une restriction à la libre circulation des marchandises. En effet, ce pluralisme contribue à la sauvegarde de la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle liberté figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire'). L'article 11 § 2 de la Charte des droits fondamentaux précise à présent que 'La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés', et les explications que le Présidium a jointes à sa présentation de la Charte font référence à l'arrêt précité du 25 juillet 1991, rendu dans l'affaire *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda.* Ainsi, ce qui relevait auparavant du *choix* de l'Etat d'approfondir la signification de la liberté d'expression en organisant le pluralisme au sein des médias, devient une *obligation* considérée comme inhérente à la liberté d'expression elle-même.

[1634] C.J.C.E., *Schmidberger*, C-112/00, 12 juin 2003, Rec., p. I-5659.

[1635] L'article 46 CE, qui applique la clause sur les services en vertu de l'article 55 CE, permet des restrictions justifiées par des raisons de politique, de sécurité ou de santé publique.

libre prestation de services'.

Par conséquent, dans la jurisprudence qui vient d'être décrite, le 'domaine d'application' du droit de l'Union recouvre l'ensemble des situations dans lesquelles, compte tenu de l'étroitesse du lien de rattachement avec le droit européen, les Etats membres sont tenus au respect des droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit de l'Union, sous le contrôle de la Cour de justice. Parmi ces situations figure celles où les Etats membres mettent en oeuvre le droit de l'Union ; mais elles ne s'y ramènent pas pour autant. Or l'article 51 § 1er de la Charte dit que celle-ci s'applique 'aux E tats membres uniquement lorsqu'ils mettent en oe uvre le droit de l'Union'. Cette formule restrictive pourrait constituer simplement une restitution malhabile de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux de droit de l'Union. C'est ce que suggèrent les explications du Presidium, qui évoquent la jurisprudence de la Cour dont il résulterait 'sans ambiguïté' que 'l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux Etats membres que lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit communautaire' ou (dans la mise à jour des explications relatives à la Charte préparée dans le cadre de la Convention européenne) 'dans la champ d'application du droit de l'Union'.

Alternativement, l'on pourrait vouloir faire une inteprétation littérale de l'article 51 § 1er de la Charte et de la limite que cette disposition impose à l'invocabilité de la Charte vis-à-vis des actes des Etats membres. Selon cette interprétation, la Charte en tant que telle ne serait invocable à l'égard des actes des Etats membres que dans la mesure où ils 'mettent en œuvre' le droit de l'Union en agissant comme une administration décentralisée de l'Union, à l'exclusion des deux autres situations où les droits fondamentaux peuvent être invoqués contre ces actes en tant que principes généraux de droit de l'Union. Il importerait alors de souligner que ni les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux, ni les membres de la Convention européenne chargée de proposer un Traité constitutionnel ou, à leur suite, la Conférence intergouvernementale de 2004, n'ont souhaité autoriser une interprétation *a contrario* de la Charte – excluant une reconnaissance de certains droits fondamentaux parmi les principes généraux du droit de l'Union sous prétexte qu'ils ne figureraient pas dans la Charte –, ni faire obstacle à la possibilité pour les droits fondamentaux reconnus au sein de l'Union d'évoluer. L'article 9, § 3, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe indique que la Cour de justice doit pouvoir continuer à développer les droits fondamentaux par l'élaboration des principes généraux du droit dont elle assure le respect, sans que l'identification d'un certain nombre de droits dans la Charte y fasse obstacle[1636]. La Charte elle-même prévoit, à son article 53 (article II-113 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe), qu'elle ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union offre une protection des droits fondamentaux plus large que celle de la Charte elle-même[1637]. Dès lors, même si l'on retient de l'article 51 § 1er de la Charte l'interprétation la plus restrictive possible, ceci ne saurait faire obstacle à ce que les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit de l'Union puissent être invoqués plus largement, chaque fois que, les Etats membres agissant dans le domaine d'application du droit de l'Union, la Cour de justice s'estime compétente à en contrôler le respect.

II. La neutralité de la Charte par rapport à la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres : l'article 51 § 2

[1636] En vertu de l'article 9(3) du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 'les droits fondamentaux, garantis par la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et résultant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, constitueront les principes généraux du droit de l'Union'.

[1637] Selon l'article II-113 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe: 'Rien dans la Charte ne sera interprété comme restreignant ou, au contraire, affectant les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnus, dans leurs champs d'application respectifs, par le droit de l'Union, le droit international et par des accords internationaux dont l'Union ou tous les Etats membres sont signataires, y compris la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par les constitutions des Etats membres'.

L'Union ne peut agir que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées en vue d'atteindre les objectifs fixés par la Constitution[1638]. Ce principe d'attribution est une garantie essentielle de l'équilibre des rapports qui s'établissent entre les Etats membres et l'Union. L'article 51, § 2, de la Charte des droits fondamentaux prévoit que l'adoption de celle-ci ne saurait avoir pour conséquence de modifier cet équilibre. L'inscription de la Charte dans le Traité ne produit donc aucun impact sur la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union. Ce principe se laisse décomposer en deux règles distinctes. Seule la première règle est explicite dans le texte de l'article 51 § 2 de la Charte : celle-ci *n'a pas pour effet d'investir l'Union de compétences nouvelles, qu'elle ne détiendrait pas en vertu d'autres parties de la Constitution*. Le seul effet de la Charte est d'encadrer l'exercice des compétences qui sont exercées par l'Union ou par les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. La Charte impose donc une limite à la manière dont ces compétences sont exercées. L'Union ne peut aller au-delà des compétences qui lui sont attribuées, sous prétexte de réaliser les droits que reconnaît la Charte des droits fondamentaux. Quant à la seconde règle, elle a été formulée seulement dans le texte de cette disposition après sa modification accompagnant son insertion dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe : elle est que *la Charte n'a pas pour effet d'étendre le champ d'application du droit de l'Union*. Certaines situations demeurent en effet régies uniquement par le droit des Etats membres, sans que l'action de ceux-ci présente un quelconque lien de rattachement avec le droit de l'Union. C'est le cas lorsque les Etats membres ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union et ne s'inscrivent pas dans une exception que ménage à leur profit le droit de l'Union – qui, par exemple, définit à quelles conditions peuvent être tolérées certaines entraves aux libertés fondamentales de circulation que prévoit le traité ou à la prestation transfrontières des services. La Charte des droits fondamentaux ne sera pas invocable dans de telles situations. Naturellement, les Etats membres demeurent en tout état de cause tenus de respecter les droits et libertés fondamentaux définis dans les instruments internationaux auxquels ils sont parties. Mais la seule vocation de la Charte est d'accompagner le transfert de compétences des Etats membres vers l'Union, afin de garantir que tout le droit de l'Union demeure subordonné au respect des droits fondamentaux, y compris là où les Etats membres agissant en tant qu'acteurs du droit de l'Union. La Charte n'a pas vocation en revanche à s'appliquer de manière indépendante: elle ne s'applique que dans la mesure où une autre règle du droit de l'Union est applicable, et en combinaison avec cette règle[1639].

Ainsi, à la règle selon laquelle la Charte ne modifie pas la répartition des compétences existantes entre l'Union et les Etats membres, s'ajoute la règle selon laquelle la Charte n'a pas pour effet d'étendre le domaine d'application du droit de l'Union: la Charte ne sera pas invocable dans les situations qui sont régies uniquement par les Etats membres et que le droit de l'Union n'a nullement affectées. Le rappel de ces deux règles, que réunit l'article 51, § 2, de la Charte des droits fondamentaux, ne doit pas conduire à sous-estimer pour autant les possibilités dont l'Union dispose afin de contribuer au respect des droits fondamentaux dans l'Union. Indeed, a number of competences have been conferred upon the Union which make it possible for the Union to develop a fundamental rights policy. Although there is no authoritatively agreed list of such competences, almost all of them are competences which are not exclusive to the Union or the Community, but are shared between the Union or the Community and the Member States. Examples of such competences conferred upon the Union or the Community include Article 13 EC which provides that 'the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation'[1640]. This provision, inserted into the Treaty of Rome by the Treaty of Amsterdam, led to

[1638] L'article I-11 du Traité établissant une Constitution pour l'Union rend visible le principe d'attribution régissant les compétences de l'Union.

[1639] Il n'est donc pas justifié d'affirmer, par exemple, que les droits sociaux que la Charte énonce viendraient s'imposer dans les ordres juridiques nationaux des Etats membres, héritant des vertus – primauté et applicabilité directe – propres du droit de l'Union européenne. Ces droits sociaux ne seront invocables qu'à l'égard des actes adoptés par les institutions de l'Union, et les Etats membres seront tenus de les respecter dans la mesure seulement où ils agissent dans le domaine d'application de l'Union (par exemple, transposant une loi cadre ou exécutant une loi ou un règlement délégué). Les Etats membres de l'Union ne sont pas tenus de respecter la Charte lorsqu'ils adoptent des actes qui ne présentent avec le droit de l'Union aucun lien de rattachement quelconque.

[1640] The equivalent provision in the Treaty establishing a Constitution for Europe is Article III-124.

the adoption, on 29 June 2000, of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin,[1641] and on 27 November 2000, of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation,[1642] which are among the most important human rights instruments adopted in EC law. Soon thereafter, Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions[1643] was amended by Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002,[1644] again using the legal basis of Article 13 EC. Another relevant provision is Article 18 EC, which provides that 'every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in this Treaty and by the measures adopted to give it effect', and which served as basis for the adoption, by the European Parliament and the Council, of Directive 2004/38/EC of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States[1645]. It is on the basis of Articles 63 and 64 EC, which provide for the development by the Union of measures on asylum and immigration policy,[1646] that the Council adopted Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification,[1647] Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum-seekers,[1648] Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted,[1649] or Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.[1650] A large number of instruments were adopted in the social field on the basis of the EC Treaty, and the inclusion of the Social Protocol appended to the Maastricht Treaty in the EC Treaty, as a result of the Treaty of Amsterdam, has even expanded the possibilities in this regard. Even the provisions of the EC Treaty which are intended to provide a legal basis for the adoption of measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market (Article 95 EC)[1651] may be used in order to protect fundamental rights, as illustrated by the adoption of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data[1652] and its daughter directives providing a harmonized level of protection of the right to respect for private life with regard to the processing of personal data throughout the Union. Bien que l'existence d'un lien direct avec les exigences liées à l'établissement du marché intérieur soit requise et qu'ainsi, des limites strictes sont imposées à l'utilisation de cette disposition[1653], là où des différences trop importantes se font jour d'Etat membre à Etat membre dans des domaines tels que, par exemple, la protection de la santé ou la vie privée, le législateur de l'Union pourra intervenir afin de rétablir les conditions d'une libre circulation des marchandises et des services, ainsi que d'une concurrence non faussée. Title VI EU,

[1641] OJ L 180 of 19.7.2000, p. 22.
[1642] OJ L 303 of 2.12.2000, p. 16.
[1643] OJ L 39 of 14.2.1976, p. 40.
[1644] OJ L 269 of 5.10.2002, p. 15.
[1645] Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJ L 158 , 30.4.2004, p. 77.
[1646] The equivalent provisions in the Treaty establishing a Constitution for Europe are Articles III-266 and III-267.
[1647] OJ L 251 of 3.10.2003, p. 12.
[1648] OJ L 31 of 6.2.2003, p. 18.
[1649] OJ L 304 of 30.09.2004, p.12.
[1650] OJ L 326 of 13.12.2005, p. 36.
[1651] The equivalent provision in the Treaty establishing a Constitution for Europe is Article III-64.
[1652] OJ L 281 of 23.11.1995, p. 31.
[1653] Voy. C.J.C.E., 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, C-376/98, *Rec.*, p. I-8419 (interdiction de la publicité pour les produits du tabac); C.J.C.E., 10 décembre 2002, *The Queen and Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd. and Imperial Tobacco Ltd.*, C-491/01 (renvoi préjudiciel en interprétation et en validité de la directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac (*J.O.C.E.* L 194, p. 26)).

under which the Union may adopt measures in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, also may serve to develop a fundamental rights policy for the Union. For instance, it is on the basis of Article 31 EU regarding common action on judicial cooperation in criminal matters that the European Commission recently proposed the adoption of a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union,[1654] ainsi que, par exemple, une décision cadre relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.[1655]

L'on peut en outre soutenir que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait réalisé un élargissement supplémentaire des possibilités pour l'Union de légiférer en matière de droits fondamentaux. L'article I-3 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe fait figurer parmi les objectifs de l'Union la promotion de ses valeurs, parmi lesquelles le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que du respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités (article I-2); cela rend possible l'utilisation de la clause de flexibilité, relative aux pouvoirs implicites, si une action de l'Union paraît nécessaire dans le cadre des politiques de l'Union, relatives notamment à l'établissement d'un marché intérieur et d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (article I-18)[1656].

La Charte des droits fondamentaux n'a pas pour conséquence d'étendre la liste de ces compétences que l'Union s'est vu attribuer par les Etats membres. Cependant, elle influencera nécessairement la manière dont ces compétences sont exercées. L'ensemble de ces possibilités – et la liste présentée ci-dessus ne prétend pas à l'exhaustivité – doit en effet être réfléchie à la lumière de l'affirmation qui figure dans le rapport Duff du Parlement européen, exposant les motifs pour lesquels la Charte doit faire l'objet d'une intégration dans le droit primaire[1657]. Le Parlement note que, certes, 'la Charte n'attribue pas de compétences à l'Union ; au contraire, elle a pour effet de limiter l'exercice du pouvoir des institutions européennes en raison de l'obligation qui leur est faite de la respecter'. Mais il ajoute que 'dans le cadre de leurs compétences, les institutions ont également pour devoir de promouvoir le respect de ses dispositions'[1658]. Est ainsi avancée l'idée que la Charte des droits fondamentaux imposerait, non seulement des obligations négatives (de ne pas porter atteinte à la Charte par l'adoption de certaines mesures pouvant en entraîner la violation), mais également des obligations positives (de protéger et de promouvoir la Charte par l'adoption de certaines mesures). La Charte ne dit d'ailleurs pas autre chose, lorsqu'elle indique que les destinataires de ses dispositions – soit les institutions de l'Union et les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union – 'respectent les droits, observent les principes *et en promeuvent l'application*, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution' (article 51 § 1). This formulation suggests at least that the drafters of the Charter recognized that it may impose obligations beyond the purely negative duty to abstain from interfering without justification with these rights and principles. This should not be seen as being in tension with the provision according to which the Charter 'does not establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks defined by the Treaties' (Article 51(2)). Indeed, as clearly recognized for instance by the Working Group II 'Incorporation of the Charter/accession to the ECHR' constituted within the European Convention, where the same question arose when the Group assessed the impact the accession of the Union to the ECHR would have on the division of powers between the Member States and the Union, the exercise of *already existing* powers in order to conform to fundamental rights does not amount to the transferral of new powers.[1659] Given the strong link which the drafters of the Charter have sought to maintain between

[1654] COM(2004) 328 final, 28.4.2004.
[1655] COM(2005)475 du 4 octobre 2005.
[1656] Cette disposition correspond à l'actuel article 308 CE (ex article 235 CEE).
[1657] Rapport sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son statut futur (2002/2139(INI)), préparé au sein de la commission des affaires institutionnelles du Parlement européen (rapp. A. Duff) (doc. final A5-0332/2002, 8 octobre 2002).
[1658] Rapport sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son statut futur (précité), para. M de l'Exposé des motifs.
[1659] See the Final Report of the Working Group II, WG II 16, CONV 354/02, 22 October 2002, p. 13, about the consequences which could result from the accession of the Union to the European Convention on Human Rights: '…the Union would be

that instrument and the European Convention on Human Rights, moreover, this reasoning per analogy seems perfectly justifiable. It is in line with the idea that, as the Charter of Fundamental Rights constitutes an instrument for the protection of human rights, it should be interpreted accordingly, and therefore should be seen as capable of imposing positive obligations where this appears to be required for the effective protection of those rights.

imposed a 'positive' obligation to act to conform itself to the ECHR only to the extent that the treaty comprises the powers authorizing it to act'.

Article 52. Portée des droits garantis

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

2. Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.

3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

I. La version originelle de l'article 52 de la Charte

Dans la version de la Charte proclamée en ouverture du Sommet de Nice de décembre 2000, l'article 52 se compose de trois dispositions. Le premier paragraphe définit le régime des restrictions pouvant être apportées aux droits, libertés et principes que la Charte consacre. Le deuxième paragraphe établit un lien entre les dispositions de la Charte et celles des traités européens. Enfin, le troisième paragraphe contient un principe d'interprétation des dispositions de la Charte qui correspondent aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels. L'on commente chacun de ces paragraphes séparément.

1. Les restrictions admissibles aux dispositions de la Charte (article 52 § 1)

L'article 52, § 1er, de la Charte indique que 'toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union au besoin de protection des droits et libertés d'autrui'. Cette formule s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice, qui estime que, 'des restrictions peuvent être apportées à l'exercice des droits fondamentaux, […] à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, par rapport au but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits'[1660].

Le choix d'une clause générale de restriction contraste au premier abord avec celui qui a été fait par les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme. Ceux-ci ont précisé, pour chaque droit ou liberté reconnus, les objectifs d'intérêt général susceptibles de justifier qu'une restriction puisse lui être apportée. Cependant, selon l'article 52, § 3, de la Charte, 'dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite disposition. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le

[1660] Voy. par ex. C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Wachauf*, 5/88, *Rec.*, p. 2609, point 18; C.J.C.E., 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, C-292/97, *Rec.*, p. I-2737, point 45.

droit de l'Union accorde une protection plus étendue'. Le renvoi aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme pour l'interprétation des dispositions correspondantes de la Charte des droits fondamentaux s'étend au régime des restrictions aux droits et libertés de la Convention[1661]. Par ce biais, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme prévaut dès lors qu'il protège les droits fondamentaux à un niveau plus élevé. Ainsi, lorsque l'on voudra justifier certaines restrictions apportées à des droits de la Charte des droits fondamentaux par la poursuite d''objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union', encore faudra-t-il que l'objectif invoqué figure parmi les motifs jugés légitimes par la Convention européenne des droits de l'homme, pour chaque droit dont il s'agit.

2. Les dispositions de la Charte correspondant à des dispositions figurant dans les traités européens (article 52 § 2)

L'article 52 § 2 précise les conséquences qui s'attachent au fait qu'à plusieurs des dispositions de la Charte, correspondent des dispositions du Traité instituant la Communauté européenne ou du Traité sur l'Union européenne, que la Charte a reprises sans modification ou moyennant des modifications très minimes. L'article 52 § 2 de la Charte prévoit à propos de ces dispositions que 'Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci'. Ces dispositions, dont le Présidium de la Convention n'a pas jugé devoir établir une liste dans ses explications[1662], sont reprises sur le tableau suivant. Le tableau ne retient que les illustrations certaines de l'applicabilité de l'article 52 § 2 de la Charte. N'y figurent pas, d'autre part, les 'principes' qu'énumère la Charte (articles 35, 37 et 38), pour lesquels la clause de l'article 52 § 2 paraît moins pertinente.

[1661] Ainsi que le précisent les explications du présidium de la Convention: 'Le paragraphe 3 vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la C.E.D.H. en posant la règle que, dans la mesure où les droits de la présente Charte correspondent également à des droits garantis par la C.E.D.H., leur sens et leur portée, y compris les limitations admises, sont les mêmes que ceux que prévoit la C.E.D.H. Il en résulte en particulier que le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la C.E.D.H., qui sont donc rendues applicables aux droits couverts par ce paragraphe, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne'.

[1662] Bien que ces explications précisent parfois à propos de tel ou tel article de la Charte que 'conformément à l'article 52 § 2, il s'applique dans les conditions prévues par le traité'.

Charte	**Traité CE**	**Traité UE**
Art. 12 § 2 (partis politiques au niveau de l'Union)	Art. 191	
Art. 15 § 2 (liberté de circulation des travailleurs, liberté d'établissment, libre prestation des services)	Art. 39, 43 et 49	
Article 15 § 3 (conditions de travail égales pour les ressortissants d'Etats tiers)	Art. 137, § 3, al. 4	
Art. 21 § 2 (non-discrimination à raison de la nationalité)	Art. 12	
Art. 22 (diversité culturelle, religieuse et linguistique)	Art. 151 § 1 et § 4	Art. 6 § 3
Art. 23 al. 1 (égalité entre hommes et femmes)	Art. 141, §§ 1 à 3	
Art. 23 al. 2 (actions positives)	Art. 141 § 4	
Art. 36 (accès aux services d'intérêt économique général)	Art. 16	
Art. 39 § 1 (droit de vote et éligibilité aux élections du Parlement européen)	Art. 19 § 2	
Art. 39 § 2 (élection du Parlement européen)	Art. 190 § 1	
Art. 40 (droit de vote et éligibilité aux élections municipales)	Art. 19 § 1	
Art. 41 § 3 (droit à la réparation des dommages causés : resp. extra-contractuelle de la Communauté)	Art. 288, al. 2	
Art. 41 § 4 (s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues du traité)	Art. 21, al. 3	
Art. 42 (droit d'accès aux documents)	Art. 255	
Art. 43 (médiateur)	Art. 21 al. 2 et art. 195 § 1	
Art. 44 (pétition au Parlement européen)	Art. 21 al. 1 et art. 194	
Art. 45 § 1 (liberté de circulation et de séjour du citoyen de l'UE)	Art. 18	
Art. 46 (protection diplomatique et consulaire)	Art. 20	

La difficulté d'établir le tableau des clauses de la Charte auxquelles se réfère son article 52 § 2 tient cependant dans le fait que plusieurs des droits énoncés dans la Charte ont pour source d'inspiration *à la fois* un droit reconnu dans le traité sur l'Union européenne ou dans le traité instituant la Communauté européenne *et* un droit reconnu parmi les principes généraux du droit communautaire[1663] ou par la Convention européenne des droits de l'homme[1664] ou une convention internationale à laquelle

[1663] C'est le cas par exemple de la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte) que, pour ce motif, l'on n'a pas repris dans ce tableau.

[1664] C'est le cas du droit à la protection des données à caractère personnel (article 8 de la Charte), et cela bien que le Présidium de la Convention ne mentionne pas cet article parmi ceux qui correspondent à des droits reconnus dans la Convention européenne des droits de l'homme et auxquels s'applique par conséquent la clause de l'article 52 § 3 de la Charte. Les explications à propos de l'article 8 de la Charte mentionnent que celui-ci 'se fonde sur l'article 286 CE'. Mais en réalité ce n'est pas tant cette disposition que la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 qui définit le régime de la protection de la vie privée vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel. Or l'article 8 de la Charte ne dit pas que le droit à la protection des données à caractère personnel s'entend 'selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales', comme plusieurs autres articles de la Charte.

sont parties tous les Etats membres[1665]. Or dans une telle situation, si l'article 52 § 2 s'applique, la traduction que le droit en cause reçoit dans les traités venant donc en définir l'étendue, s'appliquent également, selon les cas, l'article 53 (Niveau de protection) ou l'article 52 § 3 de la Charte. Selon la première disposition, la Charte ne peut conduire à réduire le niveau de protection d'un droit déjà atteint 'par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, (...) ainsi que par les constitutions des Etats membres', dans le champ d'application respectif de ces différents droits; selon la seconde disposition, les droits de la Charte qui correspondent à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ont le même sens et la même portée que ceux que leur confère ce dernier instrument. Dans un certain nombre de cas, c'est donc en réalité *sous réserve que le droit revendiqué par l'individu ne reçoive pas une protection plus étendue à travers d'autres sources* que pourra jouer l'article 52 § 2 de la Charte, cette dernière disposition restreignant l'étendue du droit en cause à la signification qui lui est conférée par les traités où il trouve son fondement.

Une deuxième précision à apporter à propos de l'article 52 § 2 de la Charte concerne les situations où la disposition du Traité CE ou du Traité UE correspondant à une disposition de la Charte renvoie au législateur européen le soin de préciser les modalités selon lesquelles le droit en cause sera garanti. Ainsi, l'article 8 de la Charte, relatif à la protection des données à caractère personnel, 'se fonde sur l'article 286 CE', selon les explications du Présidium. Or l'article 286 CE prévoit à son tour que la loi ou loi-cadre européenne fixe les règles relatives à la protection des personnes physiques s'agissant du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union,[1666] par une extension à ces insitutions ou organes des règles communautaires relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Un tel renvoi en cascade (la Charte renvoyant au traité CE, celui-ci confiant au législateur communautaire le soin d'assurer la protection des données à caractère personnel) aurait pour conséquence paradoxale de faire dépendre la signification de telle disposition de la Charte du contenu que lui confère le législateur communautaire, si l'on n'admettait pas – ce qui, dans cet exemple, paraît s'imposer d'évidence – que dans l'accomplissement de cette tâche qui lui est confiée, le législateur européen demeure tenu par ces principes, tels que définis notamment par la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, mais dont les règles doivent être comprises comme s'étendant à tout type de traitement, automatisé ou non automatisé[1667].

3. Les dispositions de la Charte correspondant à des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels (article 52 § 3)

Dans les explications qu'il propose de l'article 52 § 3 de la Charte, le Présidium de la convention ayant élaboré la Charte des droits fondamentaux précise que 'le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des Communautés européennes'[1668]. Et pour faciliter l'utilisation de cette clause, le Présidium joint à ses explications deux listes: celle des 'articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la CEDH'; et celle des articles 'dont le sens est le même que les articles correspondant de la CEDH, mais

[1665] C'est le cas du droit d'asile (article 18 de la Charte), garanti 'dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne'.

[1666] Voy. 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 (JO L 8 du 12.1.2001, p. 1).

[1667] Dans cet exemple, cette exigence découle en outre de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux: bien que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne soit pas identifié comme correspondant à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux au sens de l'article 52 § 3 de la Charte, il doit être tenu compte dans l'interprétation d'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme, en tant que celle-ci considère que relève de la notion de 'vie privée' garantie par l'article 8 de la Convention européenne le traitement des données à caractère personnel.

[1668] CHARTE 4473/1/00, CONVENT 49.

dont la portée est plus étendue'. On peut sans doute contester, sur tel ou tel point, l'énumération que contient cette liste, l'idée générale n'en est pas moins claire, et mérite d'être approuvée: surtout dans un contexte où, par la médiation de la responsabilité internationale de ses Etats membres, le droit de l'Union européenne est soumis au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme[1669], la jurisprudence de celle-ci doit être prise en considération au moment où il est demandé de la Cour de justice qu'elle veille au respect de droits fondamentaux qui, en même temps qu'ils sont reconnus dans le droit de l'Union européenne, correspondent à une garantie de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels.

L'article 52 § 3 de la Charte prescrit par conséquent au juge européen – en ce compris le juge national faisant application du droit de l'Union – d'interpréter les dispositions de la Charte qui correspondent à des droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels en tenant compte de l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne des droits de l'homme. En cela, il ne fait que codifier la pratique actuelle de la Cour de justice des Communautés européennes. Depuis les années 1970, la Cour identifie les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit de l'Union, qu'elle développe conformément à sa mission d'assurer 'le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité' (article 220 CE), notamment au départ des 'instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré', ces instruments pouvant 'fournir des indications (*can supply guidelines*) dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire'[1670]. Un arrêt de 1975 contient une première référence explicite à la Convention européenne des droits de l'homme, qui à cette date est en vigueur à l'égard de tous les Etats membres[1671]. Pour la première fois dans un arrêt *Hoechst* de 1989, la Cour de justice affirme reconnaître à la Convention européenne des droits de l'homme une 'signification particulière' parmi les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont adhéré[1672]. Cette expression signifie notamment que dans la mesure où elle fait figurer les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme parmi les principes généraux du droit dont elle assure le respect, la Cour de justice intègre dans cette application l'interprétation que donne de ces dispositions la Cour européenne des droits de l'homme, exactement comme si elle acceptait l'application directe de la Convention.

Un des avantages que présente ce renvoi est de limiter le risque de divergences d'interprétation entre la Cour de justice des Communautés européennes d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme de l'autre, dans l'interprétation de garanties identiques. De manière générale, les observateurs de cette matière ont cependant largement exagéré l'ampleur de cette difficulté. Si l'on excepte le fait que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut à l'heure actuelle recevoir de requêtes dirigées contre l'Union ou la Communauté elles-mêmes et, ainsi, ne peut contrôler directement la compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme des décisions de la Cour de justice – point certes très important mais qui ne saurait occulter tous les autres -, celle-ci, gardienne des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, se situe par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme dans une position homologue à celle qu'occupent, par

[1669] Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* du 30 juin 2005 (req. n° 45036/98).
[1670] C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.,* p. 491 (point 13).
[1671] C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.,* p. 1219 (point 32).
[1672] C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.,* p. 2859 (point 13); C.J.C.E., 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tilleorassi (ERT),* 260/89, *Rec.,* p. 2925 (point 41). L'arrêt *Hoechst* indique en effet que la Convention européenne des droits de l'homme revêt une 'signification particulière' parmi les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré (voy. le point 13 de l'arrêt *Hoechst*). Pour fonder cette affirmation, la Cour de justice des C.E. renvoie 'notamment' à son arrêt du 15 mai 1986 rendu dans l'affaire *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (aff. 222/84, *Rec.,* p. 1651). Cette référence n'emporte pas la conviction. Dans l'affaire *Johnston*, l'article 6 de la directive 76/207 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 (*J.O.C.E.* L 39, p. 40), est interprété à la lumière d'un principe général du droit (imposant le droit à un recours juridictionnel pour faire valoir ses droits) dont la Cour dit qu'il 'a été également consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme' (point 18). Par contre, l'arrêt *Johnston* ne fait pas mention d'un statut particulier qui serait à reconnaître à cet instrument parmi les principes généraux du droit communautaire.

rapport à cette dernière juridiction, les juridictions supérieures des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme, notamment les juridictions constitutionnelles. Pas plus que ces juridictions nationales elles-mêmes, la Cour de justice ne refuse de s'aligner sur l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme donne de la Convention européenne des droits de l'homme; pas plus que ces juridictions cependant, la Cour de justice ne peut-elle toujours anticiper avec certitude la solution que donnerait au litige qui lui est soumis la Cour européenne des droits de l'homme si elle pouvait en être saisie directement.

Il faut éviter de confondre avec un refus de la part de la Cour de justice des C.E. de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – refus qu'elle n'a jamais opposé[1673] -, les indéniables difficultés qui résultent, précisément, de l'attitude inverse, c'est-à-dire d'un souci du juge communautaire, lorsqu'il applique la Convention, de tenir compte de l'interprétation qui en est donnée par les organes de contrôle de cet instrument. Car le souci de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne signifie pas qu'une interprétation autorisée de cette juridiction soit toujours disponible: lorsque, à propos de telle question qui lui est soumise, le juge communautaire ne dispose pas d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il lui faudra anticiper sur l'attitude qui pourrait être celle de cette dernière juridicition, au risque de subir par la suite un démenti[1674]. Et sa volonté de s'aligner sur cette interprétation n'exclut pas davantage que, procédant par voie de distinctions, selon la technique classique qui régit l'utilisation des précédents judiciaires comme source de droit, il soit tenu parfois d'interpréter les enseignements qui se dégagent des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque de tels arrêts sont invoqués devant lui[1675].

II. Les adjonctions à l'article 52 de la Charte opérées dans le cadre de la négociation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe

Bien que le Groupe de travail II de la Convention sur l'avenir de l'Europe ait affirmé son souci de préserver la Charte dans son intégrité[1676], l'article 52 de la Charte, qui figure dans le titre de la Charte contenant les dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte, a été complété par quatre paragraphes supplémentaires. Les paragraphes 4 à 6 sont des ajouts proposés par la Convention européenne, le Groupe de travail justifiant ces adjonctions en affirmant qu'elles constituent de simples 'adaptations rédactionnelles techniques', qui 'ne reflètent pas des changements substantiels'. Le paragraphe 7 a été ajouté au cours de la Conférence intergouvernemental e qui a suivi

[1673] C.J.C.E., 10 avril 2003, *Steffensen*, C-276/01, *Rec.*, p.I-3735, point 72 (où la Cour note qu'il lui revient de 'prendre en considération (…) le droit à un procès équitable devant un tribunal, tel qu'énoncé à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH *et tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme'*).

[1674] Voy., par exemple, C.J.C.E., 4 octobre 1991, The *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e.a.*, 159/90, *Rec.,* p. 4685 (où la Cour a évité de se prononcer, ainsi que l'y invitait son Avocat général W. van Gerven, sur l'acceptabilité de restrictions apportées à la liberté d'expression au nom de la protection du droit de l'enfant à naître : comp. Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992 (*Ser.* A n°246));

[1675] Voy. par ex. C.J.C.E., 6 mars 2003, Kaba (n°2), C-466/00, Rec., p. I-2219 (où la Cour ne se prononce pas sur la question de l'interprétation à donner de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au respect dû aux droits de la défense et au principe du contradictoire là où un magistrat indépendant, tel qu'un Avocat général, formule un avis sur le point de droit soumis à la cour, sans possibilité pour les parties d'y répondre (Cour eur. D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, *Rec.,* 1996-I, p. 224, § 33; arrêt *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, *Rec.,* 1996-I, p. 195, §§ 28 à 31; Cour eur. D.H., arrêt *Van Orshoven c. Belgique* du 25 juin 1997, *Rec.,* 1997-III, p. 1040, §§ 38 à 41)). Dans une espèce antérieure, la Cour de justice avait estimé que cet enseignement n'est pas transposable à la situation créée par son statut et par son règlement de procédure, qui résultent en l'impossibilité pour les parties, à moins que la Cour décide la réouverture de la procédure orale, de répondre aux conclusions présentées par l'Avocat général – conclusions qui, selon la Cour de justice, ne constituent pas l'avis formulé par une autorité extérieure à la Cour, mais représentent plutôt 'l'opinion individuelle, motivée et exprimée publiquement, d'un membre de l'institution elle-même' (C.J.C.E, ord. du 4 février 2000, *Emesa Sugar (Free Zone),* C-17/98, *Rec.* p. I-665, point 14).

[1676] Voy. le rapport final du Groupe de travail II, précité, p. 4 : 'La Charte tout entière – y compris l'énoncé des droits et des principes, son préambule et, élément capital, ses 'dispositions générales' – doit être respectée par la Convention actuelle, qui ne doit pas rouvrir le débat à ce sujet'.

la clôture de celle-ci. Au total, les adjonctions sont les suivantes dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe tel que signé le 29 octobre 2004[1677] :

> 4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions.
>
> 5. Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes.
>
> 6. Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte.
>
> 7. Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres.

> 4. Insofar as this Charter recognises fundamental rights as they result from the constitutional traditions common to the Member States, those rights shall be interpreted in harmony with those traditions.
> 5. The provisions of this Charter which contain principles may be implemented by legislative and executive acts taken by institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and by acts of Member States when they are implementing Union law, in the exercise of their respective powers. They shall be judicially cognisable only in the interpretation of such acts and in the ruling on their legality.
> 6. Full account shall be taken of national laws and practices as specified in this Charter.
> 7. The explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights shall be given due regard by the courts of the Union and of the Member States.

Les paragraphes 4 à 7 constituent des règles d'interprétation de la Charte des droits fondamentaux. Leur fonction est d'orienter les juridictions, nationales et européennes, qui seront appelées à faire application de la Charte des droits fondamentaux dans la mesure où elles appliquent le droit de l'Union. L'on commente brièvement chacune les paragraphes 4 à 6 de l'article 52. Le paragraphe 7 n'appelle pas de commentaire particulier. Il s'agit d'un ajout de dernière minute – qui constitue d'ailleurs l'unique modification apportée à la Charte par la Conférence intergouvernementale de 2003-2004 qui a été saisie par la Convention européenne du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe –, qui renforce le poids des explications jointes à la Charte elle-même, et figurant dans la Déclaration (n°12) concernant les explications à la Charte des droits fondamentaux, adoptée en annexe du Traité établissant une Constitution pour l'Europe[1678]. L'insertion dans le Préambule de la Charte d'une phrase indiquant que celle-ci 'sera interprétée par les juridictions de l'Union et des États membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne', renforce encore le poids de ces explications : ces redondances donnent une idée de la crainte qu'a pu inspirer à certains Etats membres la perspective d'une Charte des droits

[1677] JO C 310 du 16.12.2004, p. 1.
[1678] JO C 310 du 16.12.2004, p. 324. Dans cette Déclaration, les Chefs d'Etat et de gouverment 'prennent note' des explications de la Charte. La déclaration rappelle que ces explications 'ont été établies initialement sous la responsabilité du præsidium de la Convention qui a élaboré la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elles ont été mises à jour sous la responsabilité du præsidium de la Convention européenne, compte tenu des adaptations apportées au texte de la Charte par ladite Convention [notamment aux articles 51 et 52] et de l'évolution du droit de l'Union. Bien que ces explications n'aient pas en soi de valeur juridique, elles constituent un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte'.

fondamentaux interprétée trop généreusement par le juge communautaire ou par le juge national, et résultant soit en une extension des compétences de la Communauté ou de l'Union ou du domaine d'application du droit européen, soit en des restrictions trop importantes imposées au législateur ou à l'exécutif européens.

1. Les dispositions de la Charte qui sont inspirées par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (article 52 § 4)

L'article 52 § 4 établit une première règle d'interprétation: les dispositions de la Charte qui sont inspirées par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres doivent être interprétées en fonction du contenu de ces traditions constitutionnelles. Les explications à la Charte précisent cependant que 'plutôt que de suivre une approche rigide du 'plus petit dénominateur commun', il convient d'interpréter les droits en cause de la Charte d'une manière qui offre un niveau élevé de protection, adapté au droit de l'Union et en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes'.

Bien qu'il ne se réfère pas à la Charte, l'arrêt *Omega* rendu par la Cour de justice le 14 octobre 2004 paraît constituer une bonne application de ces principes.[1679] Dans cette affaire, le *Bundesverwaltungsgericht* (le Tribunal fédéral administratif allemand) demandait à la Cour d'interpréter les articles 49 à 55 CE relatifs à la libre prestation des services et les articles 28 à 30 CE sur la libre circulation des marchandises[1680]. Dans l'affaire portée devant les juridictions allemandes qui a donné lieu à un renvoi, Omega contestait un arrêté rendu contre elle par l'autorité de police de Bonn. Cet arrêté lui interdisait d'autoriser dans ses jeux 'laserdrome' des objets permettant de tirer sur des cibles humaines en utilisant un rayon laser ou d'autres appareils techniques. Bien que cette interdiction soit basée sur le besoin revendiqué de protéger l'ordre public et pouvait, selon le *Bundesverwaltungsgericht*, se justifier par le besoin de protéger la dignité humaine, que garantit l'article 1er § 1 de la Loi fondamentale allemande, Omega estimait que l'interdiction aboutissait à une violation de la liberté de prestation des services et de la liberté de circulation des marchandises que garantit le Traité CE, l'équipement qu'elle utilisait lui était fourni par l'entreprise britannique Pulsar International Ltd. La Cour a estimé que le besoin de protéger la dignité humaine pouvait justifier une restriction de la liberté de prester des services, en vertu de l'article 46 CE combiné à l'article 55 CE[1681]. Elle a rappelé que 'l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome' (par. 34). Citant son arrêt rendu le 12 juin 2003 dans l'affaire *Schmidberger*[1682], la Cour rappelle au paragraphe 35 de son arrêt que 'Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services'. Surtout, l'arrêt *Omega* précise que bien que le droit fondamental invoqué par les autorités nationales afin de justifier une restriction imposée à une liberté fondamentale garantie par le Traité CE doive être reconnu comme l'un des principes généraux du droit de l'Union, il n'est pas indispensable (…) que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause' (par. 37). Ainsi dans l'affaire *Omega,* les autorités allemandes pouvaient-elles prendre appui sur leur propre compréhension des exigences

[1679] C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, C-36/02,*Rec.*, p. I-9609.
[1680] Bien que la demande de réglementation préliminaire fasse référence à toutes les libertés fondamentales garanties par le Traité de la CE, la Cour européenne de justice a envisagé, conformément à sa jurisprudence établie, d'examiner la compatibilité de la restriction imposée par une mesure nationale uniquement par rapport à la liberté de prester des services, puisque la libre circulation des biens était de toute évidence secondaire dans les circonstances de l'affaire (voir, pour un raisonnement similaire, l'affaire C-71/02, Karner [2004] ECR I-0000, paragraphe 46).
[1681] L'article 46 CE, qui applique la clause sur les services en vertu de l'article 55 CE, permet des restrictions justifiées par des raisons de politique, de sécurité ou de santé publique.
[1682] C-112/00, Rec., p. I-5659.

de la dignité humaine, même si cette compréhension pouvait différer de celle du Royaume-Uni ou de tout autre Etat membre. Cette approche semble correspondre à celle qu'avaient à l'esprit les rédacteurs de l'article 52 § 4 de la Charte des droits de l'homme, lorsque cette disposition a été introduite dans la Charte au cours des travaux de la Convention européenne de 2002-2003.

Although it does not refer to the Charter, the judgment delivered by the Court of Justice in the case of *Omega* may serve as an adequate illustration of these principles.[1683] In this case, the *Bundesverwaltungsgericht* (German Federal Administrative Court) requested from the Court an interpretation of Articles 49 to 55 EC on the freedom to provide services and Articles 28 to 30 EC on the free movement of goods[1684]. In the case pending before the German jurisdictions which led to the referral, Omega challenged a prohibition order issued against it by the Bonn police authority forbidding it from allowing in its 'laserdrome' games with the object of firing on human targets using a laser beam or other technical devices. Although the prohibition order was based on the asserted need to protect the public order and, according to the *Bundesverwaltungsgericht*, could be justified by the need to protect human dignity, a concept established in Paragraph 1(1) of the German Basic (Constitutional) Law, Omega considered that it resulted in a violation of the free provision of services and the free movement of goods guaranteed under the EC Treaty, as the equipment it used was supplied by the British company Pulsar International Ltd. The Court reasoned however that the need to protect human dignity could be considered to justify a restriction to the freedom to provide services, under Article 46 EC in combination with Article 55 EC[1685]. It recalled that 'the Community legal order undeniably strives to ensure respect for human dignity as a general principle of law. There can therefore be no doubt that the objective of protecting human dignity is compatible with Community law, it being immaterial in that respect that, in Germany, the principle of respect for human dignity has a particular status as an independent fundamental right' (para. 34). Citing the judgment it adopted on 12 June 2003 in the case of *Schmidberger*,[1686] it noted that 'Since both the Community and its Member States are required to respect fundamental rights, the protection of those rights is a legitimate interest which, in principle, justifies a restriction of the obligations imposed by Community law, even under a fundamental freedom guaranteed by the Treaty such as the freedom to provide services' (para. 35). More importantly even, although the fundamental right invoked by the national authorities in order to justify a restriction being imposed to a fundamental freedom guaranteed by the EC Treaty must be recognized as belonging to the general principles of Union law, in the view of the Court it is 'not indispensable (…) for the restrictive measure issued by the authorities of a Member State to correspond to a conception shared by all Member States as regards the precise way in which the fundamental right or legitimate interest in question is to be protected' (para. 37). Thus, the German authorities in *Omega* could rely on their own understanding of the requirements of human dignity, even though this understanding may not be shared by the United Kingdom or even by any other Member State. This approach corresponds to that envisaged by the authors of Article 52(4) of the Charter, when this provision was inserted into the Charter during the European Convention of 2002-2003.

2. La distinction entre 'droits' et 'principes' (article 52 § 5)

L'article 52 § 5 rend explicite la distinction entre 'droits' et 'principes'. Cette distinction a joué un rôle important au cours de l'élaboration de la Charte, puisqu'elle a constitué l'argument principal, au cours des débats de mai à juillet 2000, en faveur de l'inscription au sein de la Charte d'un ensemble de droits sociaux dont certains membres de la Convention chargée de l'élaboration de la Charte avaient contesté

[1683] Case C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, ECR [2004] I-9609 (judgment of 14 October 2004).
[1684] Although the request for a preliminary ruling referred to both of these fundamental freedoms recognized under the EC Treaty, the European Court of Justice considered, in accordance with its settled case-law, to examine the compatibility of the restriction imposed by a national measure only with respect to the freedom of provide services, as the free movement of goods was clearly secondary in the circumstances of the case (see, for a similar reasoning, Case C-71/02, Karner[2004] ECR I-0000, paragraph 46).
[1685] Article 46 EC, which applies to the provision of services by virtue of Article 55 EC, allows restrictions justified for reasons of public policy, public security or public health.
[1686] Case C-112/00, [2003] ECR I-5659.

la justiciabilité. Dans une première 'Contribution sur les droits sociaux' du 2 mai 2000[1687], M. G. Braibant, Représentant à la Convention de l'Exécutif français, avait demandé l'inscription dans la Charte du droit à l'information des travailleurs, notamment en cas de licenciement collectif, du droit de négociation collective, du droit à un congé hebdomadaire et à des congés payés, du droit de grève, du droit au logement, des droits liés à la protection de l'environnement et à la protection des consommateurs, ainsi que du droit d'accès aux services d'intérêt économique général[1688], en prenant appui notamment sur une décision du Conseil constitutionnel français du 19 janvier 1995, qui – sur base du respect dû à la dignité humaine – avait reconnu comme constituant 'un objectif de nature constitutionnelle' 'la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent', considérant qu'il 'incombe tant au législateur qu'au gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en oeuvre de cet objectif'. Le 19 mai 2000, une seconde contribution de M. G. Braibant venait affirmer le caractère de 'droits fondamentaux' des droits économiques et sociaux, 'même si la mise en oeuvre concrète de certains d'entre eux nécessite souvent l'intervention d'un texte intermédiaire' : bien qu'il puisse réclamer des mesures de mise en oeuvre qui viennent en concrétiser la signification, un droit tel que le droit au logement ou le droit à l'environnement 'peut être opposé à une action qui irait directement à son encontre'; il 'peut être utilisé par le jgue lorsqu'il doit combiner plusieurs droits fondamentaux entre eux'; enfin, 'lorsque des mesures concrètes de mise en oeuvre ont été prises, le droit peut être opposé à des actes qui viendraient remettre en cause dans leur principe même ces mesures'[1689]. La signification des 'principes' provient ainsi tantôt d'une sorte de théologie négative – bien qu'en l'absence de mesures de mise en oeuvre l'on ne puisse en connaître la signification complète, il n'en est pas moins possible de reconnaître certains cas de violation manifeste de ces droits –, tantôt d'une exigence de 'standstill' ou de non-rétrogression – lorsque le droit a été mis en oeuvre, toute mesure venant à rebours de cette réalisation doit être considérée avec suspicion –. Par la suite, cette idée d'une 'justiciabilité normative' des droits sociaux, qui constituent à la fois davantage que des objectifs politiques et moins que des droits pleinement justiciables permettant d'exiger de la part du législateur l'adoption de certaines mesures, a figuré au centre du texte conjoint de M. Braibant et de M. Meyer, député au Parlement allemand, présenté en juillet 2000. Et elle se laisse apercevoir également derrière l'avis rendu par la Comité économique et social le 20 septembre 2000[1690], disant que

> l'affirmation de droits sociaux fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne préjuge pas de l'identité de l'auteur de l'acte – institution de l'Union européenne ou autorité étatique – contre lequel le bénéfice du droit peut être revendiqué, ou envers qui le respect de ce principe peut être réclamé. Conformément au mandat de Cologne, l'inscription de droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne revient nullement à investir la Communauté ou l'Union européenne de compétence que celles-ci ne détiendraient pas déjà. Elle signifie uniquement que les actes des institutions de l'Union ou les actes étatiques adoptés dans le domaine d'application du droit communautaire doivent : - respecter les droits sociaux que la Charte affirme ; - ne pas constituer des mesures aboutissant à diminuer le degré de réalisation déjà atteint des principes ; - et respecter l'exigence de non-discrimination, notamment dans la mise en oeuvre des droits sociaux[1691].

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

[1687] CHARTE 4280/00, CONTRIB. 153, 2 mai 2000.
[1688] Appelés dans ce document 'services économiques d'intérêt général'.
[1689] CHARTE 4322/00, CONTRIB. 188, 19 mai 2000.
[1690] CES 1005/2000 – SOC/013.
[1691] Point 3.1.3.

compromis qui avait permis de clore les travaux portant sur l'élaboration de la Charte au cours de l'été 2000.

Quelles conséquences peuvent découler de l'adjonction de l'article 52 § 5 dans la Charte des droits fondamentaux, et donc de la visibilisation de la distinction entre 'droits' et 'principes'? Deux lectures peuvent être faites de cette clause. La première lecture, qui repose sur une interprétation littérale de cette disposition, limiterait l'invocabilité d'un 'principe' aux situations où une mesure a été prise, au niveau de l'Union ou à celui d'un Etat membre, *afin de le mettre en œuvre*. Selon cette interprétation, il faudrait donc attendre, pour que des 'principes' tels que la protection de la santé, la protection de l'environnement ou l'intégration des personnes handicapées, puissent produire un effet utile, que le législateur ou l'exécutif prennent des mesures visant à réaliser ces principes. Cette interprétation nous laisserait démuni, non seulement face à l'hypothèse d'une passivité de l'Union ou des Etats membres, qui refuseraient de prendre de telles mesures relevant de leurs compétences, mais également face à une situation où ces principes seraient clairement violés par l'adoption de certaines mesures allant à leur encontre. Une autre interprétation – plus généreuse mais plus fidèle, aussi, à l'intention des rédacteurs – serait de reconnaître que les principes n'ont qu'une justiciabilité limitée : ils peuvent servir de 'boucliers', pour faire obstacle à l'adoption de certains actes des institutions de l'Union ou des Etats membres qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint par des mesures de mise en œuvre ; ils ne peuvent servir d''épées', c'est-à-dire être invoqués devant le juge afin de réclamer de la part du législateur ou de l'exécutif l'adoption de certaines mesures déterminées à l'effet de les concrétiser[1692]. Selon cette seconde interprétation dès lors, 'met en œuvre' le principe au sens de l'article 52 § 5 de la Charte, l'acte qui constitue une violation de ce principe et qui, par conséquent, pourrait être censuré au regard des exigences de celui-ci.

Cette seconde interprétation non seulement serait conforme à l'intention qui a animé les rédacteurs de la Charte, mais en outre elle ne paraît pas contredite par les références à la jurisprudence communautaire que les explications du Présidium retiennent à l'appui des 'adaptations rédactionnelles' apportées à l'article 52. En particulier, ces explications mentionnent l'arrêt *Pfizer Animal Health SA* rendu le 11 septembre 2002 par le Tribunal de première instance. Dans cet arrêt, le principe de précaution – qui figure aujourd'hui mentionné à l'article 174 § 2 CE – a servi à justifier l'adoption par la Conseil d'un règlement retirant l'autorisation communautaire de quatre antibiotiques comme additifs dan 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[1693], le recours est rejeté[1694]. Dans cette affaire, le principe de précaution a bien servi à évaluer, dans le cadre d'un contrôle de sa légalité, un acte communautaire visant à le mettre en œuvre. Rien cependant n'exige que l'on fasse de cette utilisation du 'principe de précaution' une lecture *a contrario*, excluant que ledit principe puisse servir, notamment, à censurer l'acte communautaire qui en commet une violation suffisamment manifeste.

Il s'indique donc de relativiser l'idée d'une prétendue 'non-justiciabilité' des 'principes', qui distinguerait ceux-ci radicalement des 'droits subjectifs' que contiendrait la Charte. L'étendue de la distinction entre une pleine justiciabilité des droits fondamentaux et la justiciabilité 'normative' des principes doit également être relativisée pour une autre raison, qui tient à ce que la frontière entre les droits pleinement justiciables et les droits 'programmatiques' – les principes – n'est pas toujours étanche : le Groupe de travail II a estimé délibérément que la question devait demeurer ouverte, le

[1692] Cette interprétation rejoint les explications révisées du Présidium (voy. la note du Présidium à la Convention, 'Mise à jour des explications relatives au texte de la Charte des droits fondamentaux', CONV 828/03, 9 juillet 2003, p. 51): les principes 'ne donnent (…) pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des Etats membres'.

[1693] Directive 70/524/CEE du 23 novembre 1970 concernant les additifs dans l'alimentation des animaux (*J.O.C.E.* L 270, p. 1).

[1694] 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.

contenu des deux catégories devant être identifié au cas par cas, par voie jurisprudentielle[1695]. La protection de la santé (article 35 de la Charte), la protection de l'environnement (article 37) et la protection des consommateurs (article 38) figurent incontestablement au sein de la seconde catégorie; sans doute aussi le droit d'accès aux services d'intérêt économique général (article 36). Mais on peut s'interroger, par exemple, sur le droit pour les travailleurs et les employeurs de recourir à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts (article 28) : bien que les contributions précitées de M. G. Braibant rangent le droit de grève parmi les droits programmatiques, le lien avec la liberté d'association – droit civil et politique classique[1696] – est à ce point étroit que pareil classement peut être contesté. Plus généralement, tant que cette frontière demeure floue, elle peut se modifier : apparaissant d'abord comme dotés d'une formulation vague leur conférant des contours peu définis, certains droits peuvent gagner en consistance à mesure qu'ils se trouvent mis en oeuvre, de manière telle que les prérogatives qui constituaient au départ des 'principes' seront progressivement concrétisés en 'droits', sans aucune restriction quant à leur justiciabilité.

3. La prise en compte des législations et pratiques nationales (article 52 § 6)

L'article 52 § 6 de la Charte précise que 'les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte'. Cette disposition fait partie des ajouts opérés par les membres de la Convention européenne. D'autres dispositions de la Charte, dont la plupart concernent les droits sociaux, sont reconnues ou exercées, notamment, 'selon les cas et selon les conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales' (article 27), 'conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales (articles 28 et 34, § 2), 'selon les modalités établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales' (articles 34, § 1er, et 34, § 3), ou encore 'tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales' (article 36).

Ces expressions ne signifient pas que, quel que soit le contenu de la pratique ou de la législation nationale en cause, elle serait de toute manière conforme aux prescrits de la Charte, dès lors que c'est aux pratiques et législations nationales que renvoient certaines dispositions de celles-ci. Dans un certain nombre de cas, il revient au législateur ou aux autres autorités nationales de définir les conditions d'exercice d'un droit, par exemple en réglementant l'exercice du droit de grève, en instaurant un système de sécurité sociale ou en confiant certaines missions d'intérêt général à des prestataires de services. Mais il s'agit pour les autorités nationales de réglementer le droit en cause, donc d'en rendre possible l'exercice par une définition de son régime: une suppression complète dudit droit ou l'imposition de conditions d'exercice exagérément restrictives, aboutissant à en nier le 'contenu essentiel', ne serait pas conforme aux exigences de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

[1695] Selon le Working Paper 23 du 4 octobre 2002, 'the proposed clause would maintain the line followed by the previous Convention to express the character of a 'right' or a 'principle' of individual Charter articles as best as possible in the wording of the respective articles and to leave it, on this basis and taking into account the valuable guidance provided by the 'Praesidium's Explanations', for future jurisprudence to rule on the exact attribution of articles of the two categories'.

[1696] Le droit de grève se rattache à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit la liberté d'association notamment syndicale : voy. Cour eur. D.H., arrêt *Unison c. Royaume-Uni* du 10 janvier 2002 (req. n°53574/99); et arrêt *Federation of Offshore Workers' Trade Unions c. Norvège* du 27 juin 2002 (req. n° 38190/97).

Article 53. Niveau de protection

Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres.

I. Le principe

Il est habituel de faire figurer dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme une clause de 'non-rétrogression' ou de 'sauvegarde' visant à assurer que les dispositions figurant dans ces instruments ne seront pas invoquées afin de diminuer le niveau de protection déjà atteint en vertu de textes de droit interne ou international stipulant des garanties identiques, et offrant le cas échéant un degré de protection plus élevé. L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi, dit que 'Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie'. Des formulations semblables figurent à l'article 5 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[1697] ou, par exemple, à l'article 41 de la Convention relative aux droits de l'enfant[1698]. Ces clauses ne visent pas à investir l'individu de droits autres que ceux qui lui sont déjà reconnus. Elles n'ont d'autre fonction que négative : elles visent à éviter que, sous prétexte que tel instrument offre une protection moindre, l'on ne diminue la protection accordée en vertu d'un autre instrument plus protecteur.

C'est ce même objectif que poursuit l'article 53 de la Charte. Cette disposition implique que la Charte ne saurait justifier que l'on écarte les protections qu'offrent les constitutions nationales des Etats membres, les instruments du droit international des droits de l'homme, ou le droit de l'Union européenne lui-même, au motif uniquement que la Charte serait, sur tel ou tel point, moins protectrice des droits fondamentaux. Ce principe peut être développé en examinant séparément, d'une part, la possibilité que le droit de l'Union offre, à partir d'autres sources, une protection des droits fondamentaux supérieure à la protection qu'offre la Charte des droits fondamentaux elle-même ; et d'autre part, la possibilité que les droits internes des Etats membres ou des instruments internationaux en vigueur à l'égard des Etats membres offrent une protection supérieure à la Charte des droits fondamentaux.

II. La protection plus favorable de l'individu dans le droit de l'Union

Les droits fondamentaux peuvent continuer d'être reconnus et développés dans le droit de l'Union, sans que l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, qui constitue une codification

[1697] La formulation est identique au sein de chacun des pactes : 'Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout Etat partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré'.

[1698] Selon cette disposition : 'Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer : a) dans la législation d'un Etat partie; ou b) dans le droit international en vigueur pour cet Etat'.

nécessairement provisoire de l'acquis existant, puisse y faire obstacle. Il est d'ailleurs remarquable à cet égard que, lorsqu'a été établi le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne ait été préservé, en dépit de ce que ce traité prévoyait, par ailleurs, l'insertion de la Charte des droits fondamentaux elle-même. L'article 6 § 2 UE dit que 'L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire'. Dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cette disposition est reprise, avec une formulation à peu près inchangée, à l'article I-9 § 3, alors que l'article I-9 § 1er prévoit que 'L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux qui constitue la partie II'. La redondance entre ces deux dispositions n'est en effete qu'apparente. La Charte des droits fondamentaux consacre un certain nombre de droits, libertés et principes. Mais pareille consécration ne saurait impliquer que d'autres droits fondamentaux, identifiés à travers la jurisprudence de la Cour de justice au départ des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont adhéré ou ont coopéré, ne puissent continuer d'être reconnus, voire même être développés par la Cour en fonction de l'évolution même des sources des droits fondamentaux où cette jurisprudence puise son inspiration.

Ceci n'a pas toujours été clairement aperçu. Ainsi par exemple, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que 'Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice'. Le Présidium de la Convention chargée de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux explique à cet égard que cette disposition 'n'interdit ni n'impose l'octroi du statut de mariage à des unions entre personnes du même sexe'. Or dans ses conclusions du 22 février 2001 précédent l'arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 31 mai 2001 (aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P) – où la Cour refuse d'assimiler le partenaire de même sexe d'un fonctionnaire du Conseil (uni à lui selon la loi suédoise sur le partenariat enregistré) à un conjoint de celui-ci, aux fins de l'octroi d'un avantage social –, l'Avocat général M. J. Mischo en déduit que ce commentaire, bien qu'il fût dépourvu de valeur juridique, 'confirme la différence de situation entre le mariage, d'une part, et l'union entre personnes de même sexe, d'autre part' (point 97 de conclusions). Il est permis cependant de se demander si pareille utilisation de la Charte, à rebours des intentions de ses auteurs – qui n'ont pas souhaité faire obstacle à certaines évolutions dans le domaine des droits fondamentaux, favorables à une amélioration de la protection de l'individu – est bien conforme à l'article 53.

L'on relèvera par ailleurs que le droit de l'Union peut également offrir une protection plus élevée des droits fondamentaux que celle qu'offrent d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment ceux auxquels un ou plusieurs Etats membres sont parties. Comme les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme admet parfaitement qu'une Partie contractante puisse offrir des droits fondamentaux une protection plus étendue que celle que requiert la Convention. Celle-ci constitue un 'seuil minimum' à respecter, et ne prétend pas imposer un niveau uniforme de protection. L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, cité ci-dessus, ne conduit pas à une conclusion différente. Cet article est en effet une clause produisant des effets purement négatifs. Il ne restreint la possibilité des Parties contractantes d'étendre le niveau de protection des droits fondamentaux des individus que dans la mesure où, en opérant pareille extension, elles seraient conduites à violer les droits garantis par la Convention[1699]. Si des difficultés se font jour, c'est au plan non pas de ces principes, qui sont simples

[1699] L'article 53 de la Convention n'a jamais été interprété comme faisant obstacle à ce que la Cour constate une violation de la Convention, y compris là où l'Etat défendeur devant elle prétendrait justifier la restriction apportée au droit de l'individu par la protection apportée aux droits fondamentaux d'autrui, bien que certaines opinions individuelles de membres de la Cour européenne des droits de l'homme aient proposé d'en faire une telle utilisation (voy. not les opinions dissidentes annexées à l'arrêt *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande* du 29 octobre 1992, Série A n° 246, à propos de restrictions apportées à la liberté d'expression des organisations requérantes au nom de la protection du droit à la vie de l'enfant à naître, qui bénéficie en droit irlandais de la protection de l'article 40 § 3 de la Constitution).

et incontestés, mais au plan de leur mise en oeuvre concrète : le développement des droits fondamentaux amène la multiplication des situations où ces droits apparaissent en conflit les uns avec les autres, ce qui peut rendre délicate l'identification de la solution qui offre à l'individu la protection 'la plus favorable'.

III. La protection plus favorable de l'individu dans les droits des Etats membres et dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels un ou plusieurs Etats membres sont parties

L'article 53 de la Charte a pu donner lieu à d'autres malentendus, lorsqu'est posée la question de la portée de la Charte dans des situations où les droits internes des Etats membres, notamment les constitutions nationales, ou les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels un ou plusieurs Etats membres sont parties, offrent à l'individu une protection plus favorable que celle que garantit la Charte des droits de l'homme, dans le champ d'application de celle-ci. Certains auteurs ont vu dans la clause 'niveau de protection' figurant à l'article 53 de la Charte un risque de remise en cause de la primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux des Etats membres, sous prétexte que 'les constitutions des Etats membres' figurent parmi les instruments auxquels, selon cette disposition, la Charte ne saurait venir porter atteinte. On a pu également regretter que la clause 'Niveau de protection' se borne à énoncer qu'aucune de ses dispositions ne saurait être interprétée comme limitant ou portant atteinte, notamment, aux 'conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres' : cette formulation crée en effet l'impression, pourtant erronée, que la Charte, là où elle est moins favorable à l'individu, pourrait aboutir à priver celui-ci de la protection plus favorable qui lui serait reconnue en vertu d'un instrument international en vigueur à l'égard d'un Etat de l'Union européenne ou de plusieurs d'entre eux, sans lier la totalité des Etats membres.

Ces lectures de l'impact de la clause 'Niveau de protection', ainsi que les craintes qui s'y trouvent liées, résultent d'une mécompréhension de l'objet de cette clause. L'objectif de celle-ci n'est pas d'obliger affirmativement l'ordre juridique de l'Union européenne à respecter certains droits fondamentaux qu'il n'était pas tenu de respecter par ailleurs. Le motif de la clause est seulement négatif : il s'agit uniquement de faire obstacle à une forme particulière d'instrumentalisation de la Charte, en garantissant que celle-ci ne sera pas utilisée afin de diminuer le niveau de protection des droits déjà atteint par d'autres voies. Il s'agit donc à travers la clause 'Niveau de protection', non pas d'imposer à l'Union européenne de nouvelles obligations, mais d'assurer que, dans les limites qu'autorise le droit de l'Union, les autres sources de droits fondamentaux ne voient pas diminuer le niveau de protection qu'elles offrent sous le prétexte d'une formulation de la Charte qui serait moins généreuse. Que telle disposition de sa constitution nationale soit en conflit avec les obligations qu'impose à tel Etat sa qualité d'Etat membre de l'Union, et il n'aura pas d'autre choix que de modifier sa constitution, si telle est la condition pour que ses autorités nationales fassent produire son plein effet au droit de l'Union. Que telle convention internationale relative aux droits de l'homme ne lie qu'un seul ou plusieurs Etats membres ou bien la totalité d'entre eux importe peu : que cette convention impose à l'Etat membre des obligations contraires aux exigences qui découlent de l'appartenance de cet Etat à l'Union européenne, et elle devra être dénoncée par l'Etat qui, pour la respecter, devrait déroger de ses obligations de droit communautaire comme l'article 307 al. 1 CE l'y autorise sur une base exclusivement provisoire – sans que la clause 'Niveau de protection' change quoi que ce soit à cette obligation de dénonciation.

Article 54. Interdiction de l'abus de droit

Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte.

I. Introduction

Traduisant l'adage 'Pas de liberté pour les ennemis de la liberté', cet article correspond à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme aux termes duquel aucune des dispositions de la convention ne peut être interprétée comme impliquant, pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite convention.

Déjà la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 disposait en son article 30 qu'aucune disposition de ladite Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés.

Dans le prolongement de la Déclaration universelle, le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques du 16 décembre 1966 prévoit dans son article 5 (1) qu' aucune disposition dudit Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans ledit Pacte ni, à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte.

L'article 5 du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels du 16 décembre 1966 prévoit également qu'aucune disposition dudit Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit Pacte.

L'interdiction de l'utilisation abusive de la liberté d'expression est particulièrement importante dans le contexte du contrôle des propos négationnistes et racistes. Dans ce domaine, l'application de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est prônée par une partie de la doctrine[1700], mais la Cour européenne des droits de l'homme reste réticente comme l'a montré l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 24 septembre 1994[1701].

II. Jurisprudence

Quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice des Communautés européennes concernent l'abus de droit. Notons également que l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a sanctionné de l'irrecevabilité certaines requêtes qu'elle a jugées

[1700] Voy. parmi beaucoup d'autres, A. Schaus, 'Les délits de presse à caractère raciste', in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit,* Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 331 et suiv.

[1701] Cour eur. D.H., *Jersild c. Danemark* (req. n° 15890/89), arrêt du 24 septembre 1994. Voy. cependant, au regard du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, l'opinion dissidente commune à MM. les juges Ryssdal, Bernhardt, Spielmann et Loizou.

comme étant abusives[1702]. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies mérite également une attention particulière[1703].

Il est à noter que la Cour européenne des droits de l'homme applique rarement l'article 17 de la Convention, tout en déterminant sa portée[1704].

Parmi les arrêts de la Cour de Strasbourg, l'on peut citer les arrêts *Lawless*, *Parti communiste unifié et a. c. Turquie, Lehideux et Isorni c. France* et *Refah Partisi c. Turquie*.

La Cour, dès son arrêt *Lawless c. Irlande* du 1er juillet 1961[1705], a eu l'occasion de décider que l'article 17, pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention. La Cour a pu insister que personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés ci-dessus visés et que cette disposition qui a une portée négative, ne saurait être interprétée a contrario comme privant une personne physique des droits individuels fondamentaux garantis aux articles 5 et 6 de la Convention[1706].

Dans son arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et a. c. Turquie* du 30 janvier 1998[1707], la Cour a estimé qu'il peut parfois s'avérer malaisé, voire artificiel, de vouloir distinguer, dans un litige porté devant la Cour, ce qui relève des structures institutionnelles d'un Etat de ce qui concerne les droits fondamentaux stricto sensu. C'est particulièrement le cas d'une mesure de dissolution du genre de celle qui se trouve en cause en l'espèce. Eu égard en effet au rôle des partis politiques, elle affecte à la fois la liberté d'association et, partant, l'état de la démocratie dans le pays dont il s'agit. Selon la Cour, il n'en résulte pas pour autant que les autorités d'un Etat dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, seraient privées du droit de les protéger. A cet égard, elle rappelle qu'elle a déjà jugé inhérente au système de la Convention une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels[1708].

Dans l'arrêt *Lehideux et Isorni c/ France* du 23 septembre 1998[1709] concernant une condamnation pour 'apologie des crimes de guerre ou délits de collaboration', à la suite de la parution dans un quotidien national d'un encart publicitaire présentant comme salutaires certaines actions de Philippe Pétain, la Cour a apprécié les critères de respect de l'article 10 à la lumière de l'article 17, et ce dernier en fonction de l'ensemble des circonstances de la cause. Ayant conclu à la violation de l'article 10, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 17[1710].

Dans son arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) c/ Turquie* du 13 février 2003[1711], la Cour a conclu que les libertés garanties par l'article 11 ainsi que par les articles 9 et 10 de la Convention ne

[1702] P. ex., Comm. Eur. D.H., *Parti communiste (KPD) c. Allemagne* (déc.), n° 250/57, 20 juillet 1957, *Ann.* Vol. I, 222 ; Comm. Eur. D.H., *Glimmerveen & Hagenbeek c. Pays-Bas* (déc.), n° 8348/78 et al., 11 octobre 1979, *D.R.,* 18, 187 ; Comm. Eur. D.H., *B.H., M.W., H.P., G.K. c. Autriche* (déc.), n° 12774/87, 12 octobre 1989, *D.R.,* 62, 216 ; Comm. Eur. D.H., *Purcell et al. c. Irlande* (déc.)*,* n° 15404/89, 16 avril 1991, *D.R.,* 70, 262.

[1703] Voy. p. ex. Comité des droits de l'Homme, constatations sur la communication n° 550/1993, *Robert Faurisson c. France*, 8 novembre 1996 (*CCPR/C/58/D/550/1993*), *R.U.D.H.,* 1997, pp. 46 et suiv.; Comité des droits de l'Homme, constatations sur la communication n° 645/1995, *Mme Vaihere Bordes et M. John Temharo c. France*, 22 juillet 1996 (CCPR/C/57/D/645/1995).

[1704] Voy. cependant la décision Cour eur. D.H., *Preda et Dardari c. Italie* (déc.), nos 28169/95 et 28382/95, 23 février 1999, *Rec.* 1999-II.

[1705] Cour eur. D.H., *Lawless c. Irlande* (req. n° 332/57), arrêt du 1er juillet 1961.

[1706] Cour eur. D.H., *Lawless c. Irlande* (req. n° 332/57), arrêt du 1er juillet 1961.

[1707] Cour eur. D.H., *Parti communiste unifié de Turquie et a. c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Rec*. 1998-I.

[1708] Cour eur. D.H., *Parti communiste unifié de Turquie et a. c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Rec*. 1998-I, §§ 31 et 32.

[1709] Cour eur. D.H., *Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, *Rec* 1998-VII.

[1710] Cour eur. D.H., *Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, *Rec*. 1998-VII, §§ 38 et 58. Voy. aussi l'opinion concordante de M. le juge Jambrek.

[1711] Cour eur. D.H. (GC), *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (req. nos 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98), arrêt du 13 février 2003, *Rec.* 2003-II.

sauraient priver les autorités d'un Etat, dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, du droit de protéger celles-ci. Dans cette affaire, elle a estimé qu'un parti politique peut promouvoir un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'Etat à deux conditions : 1) les moyens utilisés à cet effet doivent être légaux et démocratiques ; 2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux. Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs[1712]. La Cour poursuit que compte tenu du lien très clair entre la Convention et la démocratie nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique. Le pluralisme et la démocratie se fondent sur un compromis exigeant des concessions diverses de la part des individus ou groupes d'individus, qui doivent parfois accepter de limiter certaines des libertés dont ils jouissent afin de garantir une plus grande stabilité du pays dans son ensemble[1713]. Dans ce contexte, elle considère, en se basant sur l'histoire contemporaine, qu'il n'est pas du tout improbable que des mouvements totalitaires, organisés sous la forme de partis politiques, mettent fin à la démocratie, après avoir prospéré sous le régime démocratique. La Cour rappelle cependant que les exceptions visées à l'article 11 appellent, à l'égard de partis politiques, une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à leur liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11 § 2, les Etats contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite. Des mesures sévères, telles que la dissolution de tout un parti politique et l'interdiction frappant ses responsables d'exercer pour une durée déterminée toute autre activité similaire, ne peuvent s'appliquer qu'aux cas les plus graves[1714] et un parti politique qui s'inspire des valeurs morales imposées par une religion ne saurait être considéré d'emblée comme une formation enfreignant les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils ressortent de la Convention[1715].

Enfin, deux décisions d'irrecevabilité doivent encore être citées. Il s'agit tout d'abord de la décision d'irrecevabilité du 24 juin 2003 dans l'affaire *Garaudy*[1716] et ensuite de celle du 18 mai 2004 dans l'affaire *Seurot*[1717]. Ces deux décisions font preuve de la fermeté de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme[1718] et au discours raciste[1719].

[1712] La Cour se base sur sa jurisprudence antérieure, à savoir, l'arrêt *Yazar et autres c. Turquie* (req. n^{os} 22723/93, 22724/93 et 22725/93) du 9 avril 2002, non publié, § 49 ; voir également, *mutatis mutandis*, les arrêts *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie* (req. n^{os} 29225/95 et 29221/95) du 2 octobre 2001, *Req.* 2001-IX, § 97, et *Parti socialiste et autres c. Turquie* du 25 mai 1998, *Rec.* 1998-III, pp. 1256-1257, §§ 46 et 47.

[1713] voir, *mutatis mutandis*, Cour eur. D. H., *Petersen c. Allemagne* (déc.), n^{o} 39793/98, 22 novembre 2001, *Rec.* 2001-XII.

[1714] Cour eur. D.H., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, précité, § 46 ; *Parti socialiste c. Turquie*, précité, § 50 ; Cour eur. D.H (GC), *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie*, (req. n^{o} 23885/94), arrêt du 8 décembre 1999, *Rec.* 1999-VII, § 45.

[1715] Cour eur. D.H. (GC), *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (req. n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98), arrêt du 13 février 2003, *Rec.* 2003-II, §§, 96-100.

[1716] Cour eur. D.H., *Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, 24 juin 2003. Voy. M. Levinet, 'La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme. Obs s/ la décision du 24 juin 2003, *Garaudy c. France*', *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 653.

[1717] Cour eur. D.H., *Seurot c. France* (déc.)*,* n° 57383/00, 18 mai 2004.

[1718] Voy. aussi la jurisprudence de l'ancienne Commission, p. ex. Comm. Eur. D.H., *Pierre Marais c. France* (déc.), n° 31159/96, 24 juin 1996, *Bull. dr. h.,* 7 (1997), p. 144.

Dans la décision *Garaudy*, la Cour s'exprime notamment comme suit :

> 'Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.'

[1719] Dans la décision d'irrecevabilité *Seurot,* la Cour, sans appliquer tel quel l'article 17 de la Convention, se prononce néanmoins, face au discours raciste du requérant comme suit :

> 'Enfin, la Cour rappelle qu'il ne fait aucun doute que tout propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention se verrait soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10 (voir, notamment, *Lehideux et Isorni,* précité, p. 2884, § 47 et p. 2886, § 53 ; décision *Garaudy,* précitée).

La Cour de Justice des Communautés européennes a, de son côté, eu l'occasion d'insister sur l'interdiction d'invocation abusive du droit communautaire.

Ainsi dans l'arrêt *Diamantis* du 23 mars 2000[1720], elle a estimé que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires et que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les juridictions nationales appliquent une disposition de droit national qui leur permet d'apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé de manière abusive[1721].

Ainsi, tout en précisant que la mise en oeuvre d'une telle règle nationale ne peut pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les Etats membres[1722], la Cour de Luxembourg a décidé que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les juridictions nationales appliquent une disposition de droit interne qui leur permet d'apprécier si un actionnaire a choisi, parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation intervenue en violation de la directive, celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée[1723].

Dans l'arrêt *Emsland-Stärke* du 14 décembre 2000[1724], elle a rappelé qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'application des règlements communautaires ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives d'opérateurs économiques. La Cour a également jugé que le fait que des opérations d'importation et d'exportation ne sont pas réalisées dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement pour bénéficier abusivement de l'octroi de montants compensatoires monétaires, peut faire obstacle à l'application de tels montants compensatoires monétaires positifs. La constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint. Elle requiert, d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention. L'existence d'un tel élément subjectif peut être établie, notamment par la preuve d'une collusion entre l'exportateur communautaire, bénéficiaire des restitutions, et l'importateur de la marchandise dans le pays tiers. C'est à la juridiction nationale qu'il incombe d'établir l'existence de ces deux éléments, dont la preuve doit être rapportée conformément aux règles du droit national, pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'efficacité du droit communautaire[1725].

Dans l'arrêt *Franca Ninni-Orasche* du 6 novembre 2003[1726], et en réponse à l'affirmation que la demanderesse au principal aurait commis un abus de droit en réclamant en l'espèce des avantages sociaux sous l'article 7 § 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, 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'[1727].

En l'espèce, de l'avis de la Cour, compte tenu de la tonalité générale du texte litigieux, le requérant ne saurait se prévaloir des dispositions de l'article 17 de la Convention. Au contraire, la Cour se demande si l'expression des opinions du requérant ne devrait pas être exclue de la protection de l'article 10 en vertu de l'article 17.'

[1720] C.J.C.E., 23 mars 2000, *Diamantis*, C-373/97, *Rec.*, p.I-1705.
[1721] C.J.C.E., 23 mars 2000, *Diamantis*, C-373/97, *Rec*., p.I-1705, points 33 et 34.
[1722] Point 34.
[1723] Point 44.
[1724] C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH,* C-110/99, *Rec.*, p.I-11569.
[1725] C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH,* C-110/99, *Rec.*, p.I-11569, points 51-54.
[1726] C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Franca Ninni-Orasche,* C-413/01, *non encore publié*.
[1727] C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Franca Ninni-Orasche,* C-413/01, *non encore publié*, point 47.

Dans l'arrêt *Chen* du 19 octobre 2004[1728], la Cour de Luxembourg rejette les moyens soulevés par le gouvernement du Royaume-Uni, qui invoquait le fait que les requérantes ne peuvent pas se prévaloir des dispositions communautaires relatives à la libre circulation des travailleurs et au droit de séjourner librement dans un pays quelconque de l'Union européenne, alors même que le déplacement de Madame Chen en Irlande du Nord dans le but d'acquérir pour son enfant la nationalité d'un autre Etat membre constituerait une tentative d'abus de droit. La Cour estime que, d'une part, les conditions d'acquisition de la nationalité relèvent de la compétence interne de chaque Etat membre et que, d'autre part, il n'appartient pas à un Etat membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre Etat membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par les textes communautaires.

[1728] C.J.C.E., 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen,* C-200/02, *non encore publié*.