

Colloque Conseil d'Etat et Consiglio di Stato - mardi 27 septembre 2011

Suzanne von Coester, maître des requêtes au Conseil d'Etat

Table-ronde sur la Charte des droits fondamentaux

L'adoption de la Charte des droits fondamentaux au Conseil européen de Nice, en décembre 2000, a marqué une étape décisive pour la construction de l'Union européenne en tant que communauté de valeurs.

Les requérants n'ont pas tardé à invoquer ses stipulations devant le juge, mais se sont heurtés à son refus d'accueillir des moyens tirés de la méconnaissance d'un texte qui n'avait ni la force d'un traité, ni celle d'un acte du droit communautaire dérivé, seuls invocables devant le juge national (CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez*).

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, a donné une portée juridique à la Charte en l'intégrant dans le droit de l'Union européenne, qui plus est au niveau des traités.

Le juge peut donc désormais la prendre en compte. Si nous manquons encore de recul en termes de jurisprudence, il est déjà possible de se faire une idée des questions que son application soulève, notamment sur le champ d'application de la Charte, l'articulation avec les autres sources de droits fondamentaux et la distinction entre droits et principes.

Sur le champ d'application de la Charte

Il ressort de la jurisprudence administrative que les domaines dans lesquels les requérants invoquent la Charte sont assez variés ; on peut signaler :

- le droit des étrangers, notamment le droit d'asile mais aussi le droit de l'entrée et du séjour ;
- le droit du travail, notamment sur les conventions collectives et la représentation syndicale ;

- le contentieux fiscal, s'agissant de la procédure d'imposition et de la proportionnalité des pénalités ;
- le droit procédural, devant le juge mais aussi pour les procédures disciplinaires et les sanctions administratives ;
- le champ des discriminations, au travail, en droit de la famille et en droit de la sécurité sociale.

Il a été rappelé que le champ d'application de la Charte couvre seulement, s'agissant des Etats membres, les actes pris par les Etats « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

A ce jour, le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer sur ce qu'il faut entendre par « mise en œuvre du droit de l'Union ». Nous avons statué, depuis décembre 2009, sur une dizaine d'affaires dans lesquelles la Charte était invoquée, parfois pour estimer que le litige ne relevait pas du champ d'application de la Charte, parfois en l'admettant implicitement, mais la question même de l'interprétation de ce critère n'a pas été soulevée comme telle.

Ce critère peut pourtant être interprété plus ou moins strictement.

La transposition des directives et l'application des règlements et décisions de l'Union relèvent sans nul doute de la mise en œuvre du droit de l'Union par les Etats membres.

Mais la Cour de justice de l'Union européenne va plus loin : elle juge par exemple que lorsqu'un Etat invoque des exigences impératives justifiant une réglementation de nature à entraver l'exercice d'une des libertés du Traité, la réglementation nationale en cause doit être conforme aux principes généraux du droit de l'Union (18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, C-260/89, points 42 à 45). On peut supposer que cette jurisprudence sera transposée aux droits et principes de la Charte, en ce qu'ils reprennent les principes généraux du droit de l'Union européenne.

On nous explique que la Charte n'est pas invocable à l'encontre d'une mesure nationale dépourvue de lien avec le droit de l'Union. Mais « ne pas être dépourvu de tout lien avec le droit de l'Union », est-ce pour autant « mettre en œuvre le droit de l'Union » ? La Commission le soutient dans sa communication d'octobre 2010 sur la mise en œuvre de la Charte, et la Cour de justice semble encline à juger en ce sens (cf. motivation retenant que les mesures « relèvent du champ d'application du droit de l'UE »).

Pour ce qui concerne la jurisprudence administrative française, les tribunaux et cours administratives d'appel se montrent encore prudents.

En contentieux fiscal, le tribunal administratif de Nice a écarté le moyen tiré de l'article 15 de la Charte (sur la liberté professionnelle) comme inopérant, au motif que l'imposition en litige n'était pas prise pour la mise en œuvre du droit de l'Union (TA Nice, 14 avril 2011, *SA Emera exploitations*). Pourtant, le recours reposait sur la non-conformité de la taxe sur les salaires avec le droit de l'Union et, notamment, avec le principe de libre prestation de services.

En droit des étrangers, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé qu'un arrêté de reconduite à la frontière ne mettait pas en œuvre le droit de l'Union (CAA Nantes, 19 avril 2011, *M. Hassan*). Le président de la cour administrative d'appel de Lyon a au contraire accepté d'examiner la conformité d'un arrêté de reconduite à la frontière aux droits protégés par la Charte. Il y a donc divergence. Or, par un avis du 21 mars 2011, le Conseil d'Etat a admis l'effet direct de dispositions de la directive 2008/115, dite « directive retour », relatives au délai qui doit être laissé à l'étranger pour un départ volontaire. Si nous avons jugé qu'une personne pouvait directement invoquer certaines dispositions de cette directive à l'encontre un arrêté de reconduite à la frontière, c'est bien que cette mesure relève, au moins pour partie, du champ d'application du droit de l'Union. Jugera-t-on qu'un arrêté de reconduite à la frontière relève pour autant des actes par lesquels l'Etat met en œuvre le droit de l'Union ? La question est ouverte.

Quoi qu'il en soit, l'acquis communautaire s'étend indéniablement dans des domaines où les droits fondamentaux sont particulièrement prégnants, comme l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la non-discrimination ou la société de l'information.

Le Conseil d'Etat a ainsi accepté d'examiner la conformité aux articles 20 et 21 de la Charte, sur les principes d'égalité et de non-discrimination, de circulaires relatives à l'évacuation de campements illicites. La Commission s'était émue de la campagne d'évacuation de campements illicites décidée à l'été 2010, en ce qu'elle visait spécifiquement les Roms, et la Commissaire avait menacé la France d'une procédure en manquement devant la Cour de justice. Le Conseil d'Etat a été saisi, en septembre 2010, d'une première circulaire datant de début août, qui visait effectivement prioritairement les Roms, et d'une seconde circulaire, de début septembre, remplaçant la précédente.

Il est intéressant de noter que, pour annuler la première circulaire, le Conseil d'Etat n'a pas eu besoin de se référer à la Charte : l'article 1^{er} de notre Constitution, qui consacre l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion, suffisait à la censurer. S'agissant de la seconde circulaire, le Conseil d'Etat a jugé que, dès lors qu'elle ne comportait plus la mention des Roms et se référait aux installations illégales « quels qu'en soient les occupants », elle ne portait pas atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination. Ce qui a permis d'écarter les moyens tirés de la méconnaissance de la Constitution, de la Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen de 1789, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et de la Charte des droits fondamentaux.

Cet exemple illustre bien la façon dont la Charte est invoquée devant le juge national, le plus souvent conjointement avec d'autres dispositions.

Sur l'articulation avec les autres sources de droits fondamentaux

Aux termes du préambule de la Charte, celle-ci ne fait en principe que réaffirmer les droits qui résultent de l'acquis communautaire, des traditions constitutionnelles, des obligations internationales communes aux Etats membres, de la CEDH et des Chartes sociales.

De fait, le juge administratif français n'a jusqu'à présent été saisi que de dispositions de la Charte invoquées en lien avec d'autres textes relatifs aux mêmes droits : la Constitution, la CEDH, mais aussi des directives, s'agissant par exemple de la non-discrimination, ou encore d'autres textes tels que la convention internationale des droits de l'enfant. Ainsi, l'article 24 de la Charte est toujours invoqué avec l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant, tous deux consacrant le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en compte à titre primordial dans toute décision le concernant, qu'il soit accompli par des autorités publiques ou des institutions privées (CAA Marseille, 12 mai 2011, *M. Chbatt*).

L'examen de droits protégés par la Charte ne s'est donc jamais fait isolément, en pratique.

Dès lors, le juge sera vraisemblablement conduit à se référer à la jurisprudence relative à l'application de ces stipulations plus anciennes. Ainsi, à propos de l'interprétation du principe « non bis in idem » (consacré à la fois dans la Charte et dans la CEDH), l'avocat général à la Cour de justice, Mme Kokott, vient de rendre des conclusions, le 8 septembre dernier, à propos de la conformité à ce principe d'une sanction imposée par l'autorité de la concurrence tchèque (affaire Toshiba Corporation C-17/10). Elle conclut en faveur d'une interprétation de ce principe conforme à celle de la CEDH, en se référant explicitement à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (identité des faits et non de l'intérêt en cause).

Ceci dit, il n'est pas exclu que l'inscription de ces droits dans la Charte suscite aussi des évolutions de jurisprudence, dans le sens d'une portée renforcée de ces droits, notamment lorsqu'il s'agira de les mettre en balance avec d'autres impératifs. Ce sera sans doute au moins le cas pour les droits qui

se sont vu rehaussés au niveau des traités, alors qu'ils étaient jusqu'alors simplement de niveau législatif. Il faut en outre rappeler que l'interprétation des droits consacrés par la Charte obéit à des règles propres, telles que la référence aux traditions constitutionnelles. Le rôle de la Cour de justice sera sans doute déterminant pour mettre tout ceci en cohérence.

Toujours sur l'articulation avec la CEDH, l'enjeu est un peu différent pour le Conseil d'Etat et pour le Consiglio di Stato.

Grâce à leur incorporation dans la Charte, les droits de la CEDH deviennent invocables devant le juge italien de droit commun – alors que le juge constitutionnel italien se réserve l'exclusivité du contrôle de la conformité de la loi à la CEDH.

Pour le Conseil d'Etat français, qui contrôle déjà la conformité de la loi à la CEDH, l'enjeu est plutôt de déterminer ce qu'apporte la Charte.

On pourrait a priori penser qu'elle n'apporte pas grand-chose, d'autant que son champ d'application est beaucoup plus restreint que celui de la CEDH, quelle que soit la portée qu'on donne à ce champ. Le respect de la convention européenne des droits de l'homme s'impose pour toute règle du droit national, et pas seulement pour celles mettant en œuvre le droit de l'Union.

Toutefois, les droits consacrés dans la Charte sont plus nombreux et parfois plus détaillés, notamment en ce qu'ils reprennent l'acquis communautaire, comme en matière de droit d'asile ou de protection des données personnelles.

Le droit à la protection des données personnelles ne figure pas, comme tel, dans la CEDH. Cette convention le saisit seulement via le droit à la vie privée de l'article 8 – alors que la Charte consacre le droit au respect de la vie privée, à l'article 7, mais aussi le droit à la protection des données à caractère personnel, à l'article 8. Le droit consacré à l'article 8 de la Charte est détaillé ; il prévoit un droit d'accès et de rectification des données, mais aussi le respect des principes de finalité de la collecte, de loyauté du traitement et de contrôle par une autorité indépendante. Tout ceci est dans la Charte. La directive actuelle comme celle à venir devront donc être appliquées et interprétées au regard de ces dispositions.

Ainsi ce droit à la protection des données personnelles, issu de l'acquis communautaire et rehaussé au rang des traités, va plus loin que le droit à la vie privée garanti par la CEDH. Mais il peut aussi venir enrichir l'acquis communautaire, si la jurisprudence est amenée à l'interpréter, à l'instar de ce qui a prévalu pour la convention de Strasbourg.

A cet égard, il sera intéressant d'examiner si la Cour de justice, le cas échéant, privilégiera le contrôle au regard de la Charte ou des autres textes de l'Union européenne relatifs à ces mêmes droits, pour rendre ses décisions.

Les requérants pourront d'ailleurs gagner à invoquer les droits de la Charte plutôt que les dispositions équivalentes mais trop imprécises d'une directive : la Charte est – en principe – dotée d'un effet direct dont les directives sont – en principe – dépourvues.

Cet atout de la Charte par rapport aux directives l'est aussi par rapport à d'autres textes tels que la Charte sociale européenne. Le Conseil d'Etat a jugé que la plupart des dispositions de la Charte sociale européenne étaient dépourvues d'effet direct, ce traité ayant été conçu comme un traité de droit international classique, liant les Etats sur des objectifs à atteindre sans créer de droits invocables par les particuliers. Mais plusieurs articles de la Charte des droits fondamentaux reprennent des droits consacrés dans la Charte sociale européenne : ainsi l'article 28 sur le droit de négociation et d'actions collectives est issu de l'article 6 de la Charte sociale.

Il faut ajouter que les droits de la Charte peuvent non seulement avoir un effet direct mais aussi un effet direct « horizontal », c'est-à-dire que la Charte peut être invoquée dans un litige entre particuliers, et pas seulement à l'encontre de l'Etat. Ce qui est loin d'être admis pour les directives, même par la Cour de justice.

Le point donne encore lieu à débat, mais la Cour de cassation française l'a pour sa part jugé. Elle a ainsi fait droit à l'invocation des articles 27 et 28, sur le droit des travailleurs à la consultation et à la négociation au sein de l'entreprise, pour régler des litiges relatifs à la représentation syndicale et à l'obligation pour les employeurs d'accomplir les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel (C. Cass., Ch. sociale : 14 avril 2010, *Société SDMO Industries* et 17 mai 2011, *Chartier*). Ces décisions reconnaissent ainsi un effet direct « horizontal » à ces dispositions, créatrices de droits invocables au sein de l'entreprise, c'est-à-dire entre personnes privées.

Mais la discussion sur l'effet direct des dispositions de la Charte suppose de clarifier la distinction entre droits et principes.

Sur la distinction entre droits et principes

Il faut au préalable préciser que la distinction, en droit public français, entre droits et principes ne recoupe pas celle de la Charte.

En droit public français, les principes sont des normes non écrites dégagées par le juge. Ces principes s'insèrent dans la hiérarchie des normes, pour s'imposer au législateur (s'agissant des principes à valeur constitutionnelle, notamment ceux « reconnus par les lois de la République ») et au pouvoir réglementaire (s'agissant des principes généraux du droit).

Les droits, issus des principes comme de règles écrites, peuvent être invocables ou non par des particuliers. On trouve dans la première catégorie les droits dits « subjectifs », dont beaucoup sont des « droits-libertés ». Les « droits-créances » en revanche, tels le droit à l'emploi, ne sont en principe opposables qu'au législateur. Sous le contrôle du juge constitutionnel, il incombe au législateur de « poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir » le bénéfice de ce droit (Conseil constitutionnel, décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983).

Mais le juge administratif aussi contrôle le respect de ces droits à valeur constitutionnelle, qui dans le langage de la Charte seraient qualifiés de « principes », tels que l'exigence de solidarité nationale ou le droit à la protection de la santé. Le Conseil d'Etat juge qu'ils s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs. Dans son appréciation, le juge administratif veille à prendre en compte l'ensemble des autres dispositions pertinentes pour l'exercice du droit invoqué, et il cherche à établir si la mesure est de nature à en compromettre le respect. La responsabilité de l'Etat peut même être engagée de ce fait, ainsi qu'il a été jugé par une décision du 3 mars 2004, qui reconnaît la responsabilité de l'Etat du fait de ses carences en matière de prévention des risques pour la santé liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante.

Lorsqu'est en cause un droit subjectif, le contrôle est plus exigeant et relève davantage de la conformité que de la compatibilité. Le Conseil d'Etat a ainsi annulé, comme violant l'égalité devant la loi, un dispositif instaurant un plafond de remboursement des dépenses médicales engagées à l'étranger par un assuré retraité, au motif que ce plafond était différent de celui instauré pour les dépenses de même nature engagées par les autres assurés ; mais, par cette même décision, nous avons aussi jugé que cette mesure n'était pas, en elle-même, contraire au principe de protection de la santé (CE, 27 juillet 2005, *Louis*).

Cette jurisprudence pourrait être transposée au contrôle du respect des principes de la Charte.

Comme le prévoit la Charte (paragraphe 5 de l'article 52), l'invocation des principes n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle des actes pris par les institutions et par les Etats membres. Il ne peut dès lors être question de reconnaître un effet direct « horizontal » aux principes.

Mais ils ne sont pas, pour autant, nécessairement privés d'effet direct « vertical ».

Le contrôle du juge sera sans doute différent selon qu'il s'agit d'un droit ou d'un principe. Les droits doivent être respectés, les principes doivent être promus. La distinction entre contrôle de conformité et contrôle de compatibilité pourrait être opérante à cet égard.

Pour l'instant, lorsqu'il a jugé qu'il y avait lieu de faire application de la Charte, le juge administratif a toujours exercé un contrôle de conformité aux dispositions de la Charte, contrôle d'ailleurs entier (c'est-à-dire non restreint à l'erreur manifeste d'appréciation). Il n'a pas précisé s'il jugeait que les dispositions invoquées devant lui (*article 19 sur l'interdiction d'expulser vers un pays où la personne s'expose à des traitements inhumains ou dégradants ; articles 20 sur l'égalité en droit et 21 sur l'interdiction de toute discrimination ; article 24 sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant ; article 47 sur le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial*) constituaient des droits ou des principes.

Conclusion

Ces points restent encore à clarifier, sous le contrôle de la Cour de justice, que ce soit sur la portée reconnue à la Charte ou sur l'interprétation des droits et principes.

Les juridictions nationales gagneront sans doute beaucoup à échanger sur le sujet. Un colloque sur l'application de la Charte doit être organisé au printemps prochain, à Madrid, par la présidence espagnole de l'ACA (Association des Conseils d'Etat et juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne).

La Charte n'est pas un nouvel objet juridique mal identifié, mais un socle commun, qui doit être interprété et appliqué à l'aune de nos traditions partagées.

Il nous faudra aussi renforcer le dialogue avec la Cour de justice, pour l'application de la Charte, mais aussi dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la CEDH.