UNIVERSITÉ DE TOULON

ÉCOLE DOCTORALE N° 509

Centre d'Études et de Recherche sur les Contentieux (CERC) EA 3164

THÈSE

présentée par :

Taulant TROSHANI

soutenue le : 17 décembre 2019

pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Spécialité :Droit Public

Effectivité et efficacité du système de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne.

THÈSE dirigée par :

Mme. PEREZ Sophie Maître de conférences (HDR), Université de Toulon

JURY :

Mme. GREWE Constance	Professeure émérite de l'Université de Strasbourg
Mme PEREZ Sophie	Maître de conférences (HDR), Université de Toulon
M. RICHARD Pascal	Maître de conférences (HDR), Université de Toulon
M. RIDEAU Joel	Professeur émérite à l'Université de Nice – Sophia Antipolis
M. SAUNIER Philippe	Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis

Effectivité et efficacité du système de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne.

L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

Je tiens a à exprimer toute ma reconnaissance à ma directrice de thèse, Mme. Sophie Perez. Je la remercie de m'avoir encadré, orienté, aidé et conseillé.

Je remercie mes parents, qui ont su m'accompagner et me soutenir tant par leur affection que par leur compréhension durant ces années.

Sigles et abréviations utilisés

aff.	Affaire
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.I.J.C.	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
A.J.D.A.	L'Actualité juridique, Droit administratif
C.D.E.	Cahiers de droit européen
CEDECE	Commission pour l'Étude des Communautés européennes
chron.	Chronique
C.I.J.	Cour internationale de justice
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.J.U.E.	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
C.M.L.R.	Common Market Law Review
Comm. E.D.H.	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.	Conclusions
Cons. Constit.	Conseil Constitutionnel
Cons. d'Ét.	Conseil d'État
C.R.D.F.	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
Cour constit.	Cour Constitutionnelle
Cour- E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	Dactylographiée
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. Soc.	Droit social
Éd.	Éditions
ELSJ	Espace de Liberté de Sécurité et de Justice
fasc.	Fascicule
J.D.I.	Journal du droit international
J.O.	Journal Officiel
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne

Jurisclasseur, Éd. G.	Jurisclasseur, Édition générale, La semaine juridique
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A.	Les Petites Affiches
M.A.E.	Mandat d'arrêt européen
P.E.S.C	Politique étrangère et de sécurité commune
R.A.E.	Revue des affaires européennes
R.C.A.D.E.	Recueil des cours de l'Académie de droit européen
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D.U.E.	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.,	Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, également Recueil des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, des arrêts du Conseil d'État et des décisions du Conseil Constitutionnel
Rev. Dr. Trav.	Revue du droit du travail
Rev. dr. Union européenne	Revue du droit de l'Union européenne
Rev. Int. Dr. Comp.	Revue internationale de droit comparé
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.M.C.U.E.	Revue du marché commun et de l'Union européenne
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.U.D.H.	Revue universelle des droits de l'homme
PDA	Projet d'Accord d'Adhésion
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
Req.	Requête
spéc.	Spécialement

Sous la Dir.	Sous la Direction
T.F.U.E.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
T.P.I.C.E.	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib.	Tribunal
TUE	Traité sur l'Union européenne

Sommaire

Introduction **10**

Partie I. L'Élaboration d'un système de protection des droits fondamentaux comme fondement effectif de l'ordre juridique de l'Union européenne **48**

TITTRE I: Les droits fondamentaux, vecteurs de légitimité de l'ordre juridique l'Union Européenne **50**

Chapitre I. Les droits fondamentaux garants de l'existence d'un ordre juridique spécifique 51

Section I. Les droits fondamentaux au regard du principe d'autonomie du droit de l'UE 52

Section II. Les droits fondamentaux au regard de la compétence de la Cour 61

Chapitre II.Les droits fondamentaux garants de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne 127

Section I. L'absence originelle d'un système de protection des droits fondamentaux.... 130

Section II. La mise en place d'une protection limitée 150

TITRE II : Les droits fondamentaux vecteurs de constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne **170**

Chapitre I. L'impact de l'inscription des droits fondamentaux dans les Traités 171

Section I. L'utilisation de la CEDH comme source de la légalité de la protection des droits fondamentaux… 178

Section II. Le choix d'une inscription dans les traités 195

Chapitre II. La constitutionnalisation des droits fondamentaux à travers la Charte des droits fondamentaux… 242

Section I. La clarification du statut de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne 245

Section II.. Articulations de la Charte avec les traités existants 259

Partie II. L'Élaboration d'un système de protection des droits fondamentaux à l'efficacité relative au nom de l'autonomie **297**

Titre I : Le refus de mettre en place un système complet de protection des droits fondamentaux et la nature juridique spécifique de l'Union européenne **298**

Chapitre I. Les facteurs d'une efficacité relative du système de protection des droits fondamentaux… 302

Section I. Les mécanismes de sanctions en cas de violation des droits de l'homme 303

Section II. Le refus de l'adhésion à la CEDH au nom de l'autonomie de l'Union européenne 387

Chapitre II. Le respect des caractéristiques spécifiques de l'UE : L'autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union affirmée par l'avis 2/13 de la CJUE 466

Section I. Les recours interétatiques après l'adhésion de l'UE à la CEDH 467
Section II. L'autonomie du droit de l'UE vue sous l'ongle du Protocole N°16 et le renvoie préjudiciel 574

Titre II. Les limites de l'efficacité du système au regard des limitations de compétence de la CJUE et de l'autonomie procédurale des États Membres 629

Chapitre I. L'amélioration limitée des mécanismes internes à l'Union de protection juridictionnelle des droits fondamentaux… 633

Section I. Le contrôle juridictionnel de la PESC dans le droit positif de l'Union européenne et de la Convention… 635

Section II. Le principe de confiance mutuelle et l'ELSJ 673

Section III. La persistance des limites à l'accès des particuliers aux juridictions de l'UE 759

Chapitre II. Les limites jurisprudentielles de l'efficacité du système de protection au regard de l'autonomie procédurale des États membres 780

Section I. La répartition des responsabilités entre États membres et l'Union… 782

Section II. Les limitations d'invocation de la Charte des droits fondamentaux… 832

Conclusions 904

Introduction

Les notions d'effectivité et d'efficacité des normes juridiques sont des notions indépendantes sur le plan conceptuel, cependant une relation évidente existe entre ces deux concepts: l'effectivité d'une norme implique en effet son efficacité mais l'inverse n'est pas vrai. En d'autres termes, il peut exister des règles effectives mais inefficaces peuvent être données, alors qu'il est beaucoup plus difficile de concevoir des règles ineffectives mais efficaces.

Pour autant, il n'est pas rare dans le discours des juristes - opérateurs ou universitaires - que les termes « efficacité » et « effectivité » soient utilisés avec une certaine liberté ou comme synonymes. Le terme efficacité dans le langage juridique implique « une certaine référence à la dimension effective des normes, aux effets que les normes produisent, ou devraient produire »[1].

Ainsi, l'efficacité d'une norme peut être évaluée au regard de sa capacité à produire des effets juridiques typiques, sa capacité à atteindre l'objectif pour lequel elle a été établie et, finalement, pour son efficience économique.[2] Comme on peut le voir - quand le sens d '"efficacité" ou celui d'"effectivité" est attribué à "efficacité" - les termes finissent par se chevaucher et créer de nombreuses incertitudes herméneutiques.

Dans cette thèse, consacrée au système de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, nous nous proposons dans un premier temps de distinguer les concepts qui sous-tendent ces termes, afin de les utiliser si possible avec rigueur et d'éviter les malentendus causés par une utilisation trop imprécise, avant de les rapporter à notre sujet.

La première clarification vient du fait que nous traiterons de l'efficacité et de l'effectivité de *règles juridiques*, entendues comme le contenu des textes juridiques qui peuvent en dériver et former ainsi des systèmes de normes juridiques. L'effectivité, qui tend à mesurer les écarts entre le droit et son application peut dans cette perspective se confondre avec l'efficacité, qui permet d'en évaluer les résultats et les effets sociaux. De même, il conviendra de distinguer effectivité avec efficience, qui consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints de la façon la plus optimale. Dans ces conditions, l'approche de l'effectivité, centrée sur les rapports entre droit et société, risque

[1] G. Pino, Norma giuridica, dans Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo, sous la dir. G. Pino, A. Schiavello, V. Villa , Torino, Giappichelli, 2013, pp. 144-183, cit. a p. 174.

[2] Idem pp. 174-177.

d'être dépassée au profit d'une approche plus utilitariste et gestionnaire du droit, axée sur la recherche d'un meilleur rendement du droit[3].

Nous suivrons un ordre très simple pour tenter d'explicité ces deux notions: premièrement nous traiterons de l'effectivité ; et deuxièmement nous traiterons de l'efficacité. De l'*effectivité,* nous dirons qu'elle consiste dans le fait qu'une norme est observée ou appliquée ; de l'*efficacité* nous dirons qu'elle consiste, dans un premier sens, dans le fait de produire ou du moins de pouvoir produire certains effets, ou, dans un second sens, dans le fait qu'une norme atteint les buts pour lesquels elle est établie ou utilisée.

1. Effectivité.

L'"effectivité" d'une règle de droit peut être comprise comme le fait qu'*une règle est observée ou appliquée,* et que si elle n'est pas observée, elle se reconnait du moins dans la prescription qu'elle implique [4]. A une conception restrictive de l'efficacité, défendue principalement par les juristes, s'oppose une conception extensive illustrée par les travaux de sociologie du droit. La première approche inscrit la question de l'effectivité dans le cadre des rapports droit/application du droit, alors que la seconde l'élargit aux relations droit/société. Dans le premier cas, l'effectivité est conçue de manière normative: le droit ayant par nature vocation à être appliqué, l'effectivité traduit une application correcte du droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur, l'ineffectivité exprimant au contraire un échec, une lacune, un défaut du droit. Dans le second cas, l'effectivité résulte essentiellement de l'acceptation de la règle de droit par ses destinataires, par opposition à l'ineffectivité qui exprime un refus de la règle ou un

---

[3]F. Rangeon, Réflexions sur l'effectivité du droit , *in* Les usages sociaux du droit, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1989, p. 131.

[4] H. Kelsen, General Theory of Law and the State (1945), Milan, Etas, 2009, p. 39-40 (où, cependant, on parle à ce propos d'"efficacité" et on prêche non pas de la loi elle-même mais du comportement obéissant), ainsi que de p. 120 (où le "principe d'efficacité" est présenté et défini en termes d'"efficacité") ; H.L.A. Hart, Il concetto di diritto (1961), Turin, Einaudi, 2002, pp. 122-123 (où une norme est appelée "effective" si on y obéit plus souvent qu'on y désobéit) ainsi que pp. 137-138 ; N. Bobbio, Teoria generale del diritto, Turin, Giappichelli, 1993, p. 25 (où la règle suivie par ses destinataires est appelée "effective") ; J.J. Moreso, P. Navarro, Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche, in P. Comanducci and R. Guastini (ed.), Struttura e dinamica dei sistemi giuridici, Turin, Giappichelli, 1996, pp. 15-35, surtout p. 16 (où une norme est appelée "effective" seulement s'il existe une certaine relation de correspondance entre la norme et l'action humaine) ; F. Poggi, Concetti Giuridici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto, Pise, Ets, 2013, p. 166 (où la règle suivie par ses destinataires est dite "effective").

désintérêt à son égard. Dans les deux hypothèses l'effectivité s'analyse par contraste avec l'ineffectivité[5].

Ainsi, pour juger de l'effectivité d'une règle, nous devons identifier (au moins) deux aspects de celle-ci : les destinataires et le comportement réglementé. Un exemple simple est la règle interdisant le vol. Si l'on considère les citoyens auxquels l'interdiction s'adresse comme ses destinataires, elle est effective dans la mesure où ils ne commettent pas de vol. Mais si ses destinataires sont les juges appelés à sanctionner tout vol, la règle est effective dans la mesure où les citoyens qui ont commis un vol sont dûment sanctionnés (c'est-à-dire sanctionnés de la manière prescrite). Une règle est donc effective lorsque les citoyens l'observent ou lorsque les juges l'appliquent[6]. Le droit considère qu'il y a une règle de droit véritable dès lors qu'un texte émanant de l'organe constitutionnellement compétent a été régulièrement promulgué. Peu importe que ce texte ne soit pas effectivement appliqué; l'appliquer est une tâche de gouvernants. L'inapplication de la loi atteste qu'une fonction gouvernementale n'est pas remplie: il s'agit d'un non-sens, quelque chose d'anormal et de condamnable. Mais la loi inappliquée n'en reste pas moins la loi: ainsi l'application effective, l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit[7]. Une conséquence intéressante de cette distinction en ce qui concerne les destinataires d'une norme et leur comportement est qu'une présupposition de la seconde espèce d'effectivité est le déni de la première[8]. Plus précisément, il y a une différence entre l'étude de l'effectivité des normes au regard de leurs contenus et l'analyse de l'effectivité des règles de droit qui porte principalement sur la question de leur application[9]. Ce n'est qu'après les avoir soumis à une analyse objective que l'on peut essayer d'avoir une exigence générale d'effectivité que le premier mouvement de la sociologie juridique a été de poser comme un absolu[10].

---

[5]F. Rangeon, Réflexions sur l'effectivité du droit, *in* Les usages sociaux du droit, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1989, p. 130.

[6] Il en va de même, bien entendu, pour les autres fonctionnaires ou organismes responsables de l'application ou de la mise en œuvre d'une norme.

[7] J. Carbonnier, Flexible droit, L.G.D.J, Paris, 10 ème édit , 2001, p. 136.

[8] Voir G. Pino, Norma giuridica, *opt. cit.*, p. 175.

[9] Y. Leroy, La notion d'effectivité du droit , Droit et société, vol. 79, no. 3, 2011, pp. 715-732.

[10] J. Carbonnier, Flexible droit, *opt.cit,* p. 137.

L'effectivité de la règle adressée aux juges (qui sanctionnent le vol de certaines manières) suppose l'ineffectivité de la règle adressée aux citoyens (qui ne commettent pas de vol). Une telle règle ne peut être effective au second sens si elle l'est au premier. Si les citoyens ne commettent pas de vol, la règle qui leur est adressée est effective, mais on ne peut pas dire que la règle adressée aux juges est effective. D'autre part, cela ne signifie pas pour autant que la règle pour les juges est ineffective si la règle pour les citoyens est effective. Toutefois, il peut arriver qu'un vol ait été faussement signalé et qu'un juge sanctionne injustement l'accusé, cela constituerait une mauvaise application de la règle mais ne la rendrait pas pour autant ineffective. De même, la règle s'applique lorsque le juge acquitte les accusés innocents[11]. Ainsi l'effectivité juridique peut être *primaire* ou *secondaire*[12]. L'effectivité primaire concerne la conduite des citoyens à qui une norme est adressée. L'effectivité secondaire concerne le comportement des agents publics, ou plutôt des organes chargés de l'exécution en général et des juges en particulier[13].

Ainsi définie, l'effectivité n'est pas une propriété catégorielle puisqu'elle est susceptible d'être dégradée : une norme peut être plus ou moins effective en fonction de son contenue ou de son degré d'application. Cependant, puisqu'elles vont au-delà de nos intentions, nous omettrons les considérations intéressantes sur les moyens (empiriques-sociologiques) de mesurer leur degré ; de même, nous omettrons les considérations sur les types de normes juridiques susceptibles de l'une ou l'autre espèce d'effectivité.

Il y a deux questions sur lesquelles nous aimerions dire quelques mots de plus. La première est de savoir si le respect de la règle exige ou non que les destinataires aient l'intention de s'y conformer. Il s'agit de l'effectivité primaire, puisqu'il n'est pas difficile de penser à un comportement conforme aux règles de droit même si les citoyens qui agissent dans l'ignorance de ces règles n'en ont pas connaissance ; de plus, même s'il est moins immédiat, il est concevable de se comporter en conformité sans intention de conformité même si l'agent en a connaissance (tel est le cas des personnes agissant sous contrainte ou agissant

---

[11] Plus généralement, cependant, l'argument devrait être reformulé si la règle adressée au tribunal inclut toutes les conditions procédurales (preuve, etc.) d'une décision particulière ; alors, par exemple, la règle prendrait effet lorsque le tribunal acquiert l'accusé qui est matériellement coupable mais dont la culpabilité n'a pas été établie en cour.

[12] L. Ferrajoli, Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, vol. I, Rome-Bari, Laterza, 2007, pp. 334, 449-452.

[13] Ou bien nous pouvons parler, en le préférant, de l'effectivité ou de l'ineffectivité des normes primaires et secondaires.

de façon distrayante). Le phénomène en question, en revanche, affecte moins l'effectivité secondaire, étant donné que la circonstance dans laquelle un agent public agit conformément à la loi tout en l'ignorant semble assez difficile à réaliser, alors que la circonstance dans laquelle un agent public agit conformément à la loi sans avoir l'intention semble quelque peu résiduelle[14]. La question a un intérêt philosophique et conceptuel qui se répercute sur la possibilité de mesurer le degré d'effectivité d'une règle (qui devrait tenir compte de la connaissance ou des intentions des agents), mais cela semble moins important, d'un point de vue pratique[15], que la deuxième question que nous voudrions mentionner : le problème de l'effectivité comme condition nécessaire de l'existence d'une règle ou même comme sa condition suffisante comme "source" autonome du droit.

Il est largement reconnu dans la littérature qu'un système juridique ne peut exister dans son ensemble s'il n'est pas doté d'une forme significative d'effectivité (primaire avant même le secondaire). C'est ce qu'on appelle, sur la vague kelsenienne, le "principe d'effectivité"[16]. On peut toutefois se demander si l'effectivité influe sur l'existence d'une norme unique. Si l'"existence" d'une règle signifie qu'elle appartient à un système juridique en vertu d'un critère de validité juridique (formelle ou matérielle), l'effectivité de la règle en question ne semble pas pertinente à cet égard[17]. Pourtant, il n'est pas invraisemblable de croire que l'effectivité est au moins une condition nécessaire (mais non suffisante) de l'existence d'une norme - dans un sens d'"existence" plus large que l'appartenance en tant que validité - s'il est vrai qu'il est logique de faire une différence entre la norme valide mais non effective et la norme valide et effective[18].

---

[14] Il s'agit de fonctionnaires que la littérature qualifie parfois d'"aliénés" et qui, avec une subtilité philosophique discutable, appliqueraient les règles intentionnellement et sans intention.

[15] Comme le fait remarquer A. Pintore, la loi n'exige normalement pas, aux fins de l'observation (et parfois même de la non-observance), qu'il y ait une intention : souvent, elle ne fait que détecter un comportement conforme (ou différent).

[16] V. Kelsen, *op. cit.* , p. 120. The pure theory of Law (1934), Turin, Einaudi, 1952, p. 101 à 104 (en référence au principe d'effectivité dans l'ordre international).

[17] R. Caracciolo, Esistenza di norme e di sistemi normativi, in Struttura e dinamica dei sistemi giuridici, sous la direc. P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Turin, 1996 pp. 223-242; R. Guastini, Distinguendo ancora, Madrid, Marcial Pons, 2013, cap. XIII. Naturellement, comme me le fait remarquer Pierluigi Chiassoni, l'appartenance en tant que validité n'est pas prêchée par les normes apicales de l'ordre, pour lesquelles l'efficacité est plutôt pertinente (je dirais).

[18] Voir H. Kelsen, La doctrina pura del diritto (1960), Turin, Einaudi, 1966, pp. 20-21, 238 et suivantes. (où, pour être précis, on se demande en quels termes l'efficacité est une condition de validité) ; voir aussi Moreso, Navarro, *op. cit.* p. 25-26.

Une conséquence théorique forte que l'on pourrait tirer de cet argument est que l'effectivité, en tant que source de droit, est une condition suffisante pour l'existence d'une ou plusieurs règles juridiques. Une conséquence moins forte, cependant, est qu'il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante. Or, nous trouvons que la seconde conséquence est préférable d'un point de vue théorique dans la mesure où, pour l'existence d'une norme, l'acceptation sociale de certaines sources, ou la reconnaissance générale de certains faits comme sources de droit, ou plus techniquement la norme constitutive selon laquelle ces faits "comptent comme" loi, doit être ajoutée à l'effectivité (et logiquement viennent en premier). Même si dans la pratique historique, les faits passent avant leur acceptation sociale ou leur reconnaissance générale ou leur classification théorique sous une norme constitutive et ordonnée.

2. Efficacité.

Passons maintenant au deuxième "et". L'"efficacité" d'une disposition juridique peut être comprise comme signifiant (au moins) deux choses suffisamment spécifiques. Au sens technico-juridique du terme, le fait *que la réglementation produit ou du moins peut produire certains effets juridiques*[19]. (Cela n'exclut pas que l'on puisse parler d'efficacité *politique d'*une norme au regard de ses effets politiques, ou parler d'efficacité *économique au* regard des effets économiques[20], etc.) Dans un sens plus philosophique, on peut plutôt comprendre qu'*une règle atteint les buts pour lesquels elle est établie ou utilisée*[21]. Ou que, autrement dit, les effets souhaités par la personne qui établit ou utilise la norme sont

---

[19] R. Guastini, La sintassi del diritto, Giappichelli, Turin, 2014, pp. 249-250, affirme qu'en langage doctrinal, l'"efficacité" d'une norme signifie a) la capacité de produire des effets juridiques et b) son applicabilité. Teoria e dogmatica delle fonti, Milan, Giuffrè, 1998, p. 96 sur le "principe d'efficacité" et p. 132-133 sur l'efficacité. Voir aussi E. Montani, F. Parisi, La Babele dell'EAL e il diritto penale, in "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia", XX, 2007, p. 45-70, notamment p. 46 (où "efficacité" signifie la capacité à produire des effets dissuasifs et "efficience" signifie l'applicabilité concrète de la sanction envisagée).

[20] Voir par exemple E. Mostacci, La Soft Law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato, Cedam, Padoue ,2008, p. 37 et suiv. en particulier ; sur l'efficacité en tant que " figure fondamentale " de ce droit, voir plutôt B. Pastore, Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti, in "Lavoro e diritto", XVII, 2003, pp. 5-16 (plus tard chap. V de Id., Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea, Cedam, Padou, 2014), spec. pp. 7-8.

[21] Une norme peut être établie dans un but précis (habituellement par le législateur), mais utilisée à une autre fin (habituellement par le juge). Il se peut bien qu'il soit efficace dans un sens, mais pas dans l'autre.

produits[22]. C'est sur ce sens que nous nous concentrerons ici, étant donné son plus grand intérêt philosophique. Ainsi comprises, les normes juridiques sont des instruments permettant d'atteindre un certain objectif ; avec pour corollaire que parfois elles réussissent, parfois elles échouent. Et dans un sens plus faible, on peut considérer comme efficace la règle qui contribue au moins à la réalisation des buts pour lesquels elle est établie ou utilisée.

Mais l'efficacité normative est une notion complexe et, comme on l'a noté, assez peu familière aux juristes. Une norme efficace est d'abord – et cette condition est nécessaire – une norme effective, autrement dit, devant « être appliquée réellement », et faire l'objet d'une « réalisation dans les pratiques sociales ». Toutefois, l'efficacité, en tant qu'on peut la définir comme « le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur » – ou encore comme la propriété qu'a la norme de produire, non pas seulement des effets, mais bien « les effets que l'on attendait d'elle [23]» – va au-delà de l'effectivité. L'efficacité relève certes, comme l'effectivité, de « l'appréciation a posteriori des résultats réels d'une norme, de ses effets concrets ». Mais il ne suffit pas qu'une norme soit effective, respectée par ses destinataires, pour pouvoir être considérée comme efficace : il faut en outre, et cette condition est particulièrement exigeante, qu'elle produise l'effet recherché – lequel ne se limite pas à son application[24].

Déterminer l'efficacité d'une norme devient une opération périlleuse si les objectifs ne peuvent pas être définis avec un minimum de précision. Comment procéder en effet à une évaluation rigoureuse et scientifique de *l'efficacité* si le repère fondamental qui sert de base au raisonnement – les objectifs et buts de la loi – est imprécis, mouvant, fuyant, à la limite de l'insaisissable ? Comment ne pas rendre trop tentant le penchant de reconstruire *a*

---

[22] Voir V. Ferrari, Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 92, qui considère ce sens comme "sociologique" et l'oppose à celui technico-juridique d'aptitude pour la production d'effets typiques. Ainsi aussi Id, Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 181 ; et Id, Funzioni del diritto. Critical-reconstructive essay, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 146.

[23] D. de Béchillon, Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Odile Jacob, 1997, p. 10.

[24] F. Rouvillois, L'efficacité des normes, Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique et Ch. Gavini, L'efficacité des normes, Enquête en contrepoint, Fondation pour l'innovation politique, Working paper, novembre 2016 , p.3.http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude_Efficacite_des_normes.pdf

posteriori une lecture orientée des buts à la suite des effets réellement obtenus et observés, afin d'aboutir au degré d'(in)efficacité que l'on souhaite démontrer [25]?

La relation entre l'efficacité telle que définie ici et l'effectivité telle que définie ci-dessus est particulièrement intéressante.

Prenons l'exemple du vol. Si la règle interdisant le vol est principalement effective, elle l'est également dans la mesure où elle permet d'atteindre l'objectif de protection des biens. La règle réussit à dissuader les citoyens du vol, ou du moins aide à atteindre le résultat espéré par la personne qui le place ou l'utilise pour protéger ses biens. Mais si la norme est secondairement effective, on peut douter de son efficacité : dans la mesure où elle n'est pas capable de dissuader le vol, elle n'est pas efficace[26]. En fait, la règle n'est pas établie pour sanctionner les vols, mais pour inciter les citoyens à ne pas les commettre. Ainsi, une norme dotée d'une effectivité secondaire maximale (pour chaque vol, une peine de sanction correcte est prononcée) ne peut pas être considérée comme efficace par rapport à la fin poursuivie (il y a des citoyens qui se résolvent au vol, même s'il existe une norme qui prescrit de ne pas tenir ce comportement et prévoit une sanction pour ceux qui le tiennent)[27].

D'autre part, avec le temps, l'effectivité secondaire peut avoir un effet positif sur l'effectivité primaire. En reprenant l'exemple d'un droit pénal, l'effectivité secondaire (c'est-à-dire l'application de la sanction) pourrait déterminer à moyen ou long terme l'effectivité primaire (respect par les citoyens), ce qui rendrait la règle effective. En termes plus courants, le but de la dissuasion serait atteint au fil du temps grâce à la certitude de la punition[28].

---

[25] A. Flückiger, L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois. Rev. Européenne des sciences sociales, 2007, p. 94.

[26] Ainsi, M. Jori, A. Pintore, Introduction to the Philosophy of Law, Turin, Giappichelli, 2014, pp. 157-158 : l'efficacité est l'observation générale des règles par les destinataires, tandis que l'*efficacité* est la capacité des règles à atteindre leurs propres fins ; par exemple, un droit pénal visant à éviter un certain acte, si celui-ci est commis et puni, la règle est efficace mais pas effective pour Jori et Pintore.

[27] Cependant, il y a deux complications (qui ont été signalées par G. Pino) : 1) si la sanction indemnise la victime ou s'il existe un système d'indemnisation pour le vol, le bien est protégé malgré le vol ; 2) dire que le but d'une règle qui interdit le vol est d'inciter les citoyens à ne pas commettre de vol tend à confondre l'objet du droit avec son contenu déontique (à ce sujet, voir, dans le texte, le passage sur le caractère des objectifs réglementaires "intégrés").

[28] Ou il pourrait y avoir un processus d'intériorisation de la norme primaire, comme le suggère Fabrizio Esposito.

Mais il faut noter que l'effectivité primaire ne signifie pas nécessairement l'efficacité d'une norme. La déconnexion entre effectivité et efficacité se produit lorsque la norme est mal conçue, pour ainsi dire : lorsque la personne qui la place ou l'utilise s'attend à un résultat que le respect de la norme n'atteint pas ou ne peut même pas atteindre. Dans ces cas, la norme est respectée par ses bénéficiaires mais ne produit pas les résultats escomptés : la norme est effective mais inefficace. Paradoxalement, ce pourrait être le cas d'une règle efficace précisément parce qu'elle est ineffective. Ce serait le cas si une norme était si mal conçue qu'elle produirait les résultats escomptés non pas par son respect, mais au contraire. Ou, plus plausiblement, cela se produit si la norme est établie précisément dans l'intention de sanctionner un certain groupe social : si, par exemple, la norme qui interdit une certaine religion est établie pour frapper ceux qui la professent, elle est efficace quand elle les sanctionne.

Bien sûr, il y a aussi quelques éclaircissements à apporter ici. L'idée de la "finalité d'une norme" est notoirement en proie à quelques difficultés (même s'il nous semble que dans la littérature, elles sont souvent soulignées au-delà de ce qui est nécessaire). Il y a la difficulté ontologique du fait que les normes n'ont pas de but en tant que tel, mais plutôt leurs créateurs ou utilisateurs[29]. Ensuite, il y a la difficulté épistémique de savoir quels sont les objectifs des créateurs ou des utilisateurs de règles juridiques. Et il y a la difficulté théorique qui consiste en une caractéristique particulière du raisonnement pratique : celle d'être un processus inférentiel dans lequel les buts sont enchâssés, pour ainsi dire, dans d'autres buts, où un but donné est aussi un moyen d'atteindre un autre but, etc. De plus, il est presque toujours impossible d'identifier, dans un contexte caractérisé par la complexité, quelque chose comme un " but ultime " (c'est-à-dire un but qui n'est pas aussi un moyen pour atteindre un autre but). Quel est le but de la règle du vol ? Celle de la protection des biens, disions-nous. Mais si nous voulons faire preuve d'analyse, nous devrions dire qu'avant cela, l'objectif est d'inciter les citoyens à ne pas commettre de vol, ce qui se fait en sanctionnant un tel comportement. Par conséquent, la menace de punition est le moyen utilisé pour décourager le vol[30], qui est un moyen de protéger la propriété. Mais la protection de la propriété est-elle un but ultime ou un but intermédiaire et un moyen d'aller

[29] Cela ne doit pas être compris comme une critique de la finalité comme justification d'une règle : disons simplement que ces raisons sont avancées par quelqu'un.

[30] Sur la base de la présomption que la force motrice du point de vue interne est limitée.

plus loin ? Et ne devrions-nous pas identifier ces fins pour voir si c'est un moyen approprié ? En bref, il n'est pas aussi facile qu'il n'y paraît de déterminer l'efficacité d'une disposition juridique. Mais cela peut se faire en supprimant un certain objectif (bien qu'intermédiaire, notamment) poursuivi par ceux qui fixent ou utilisent une norme et en déterminant si elle l'atteint et dans quelle mesure. Cela, comme nous l'avons dit, peut également se produire en dépit de l'inefficacité de la règle, ou non en dépit de son effectivité.

En outre, on observe depuis longtemps que l'efficacité d'une disposition juridique dépend de la perspective de l'acteur social concerné et que les effets souhaités par celui-ci ne sont qu'une partie des nombreux effets d'une disposition[31]. Comme l'a effectivement exprimé V. Ferrari, "le champ des effets du droit, désirés ou non, déclarés ou non, déclarés ou non, attendus ou non, est presque toujours plus large que celui de l'efficacité"[32]. Cela ne surprend pas les conceptions évolutives du droit qui ont toujours souligné le rôle omniprésent des effets non intentionnels de l'action sociale et juridique[33].

Et ce n'est pas tout. Il arrive que certains acteurs sociaux s'intéressent à l'ineffectivité d'une norme et poursuivent son efficacité purement "symbolique", comme le fait un juriste brésilien de référence[34] avec l'art. 7 c. 4 de la Constitution brésilienne de 1988 sur le salaire minimum : c'est une prescription motivée par une demande sociale, dont l'existence sur papier produit les effets d'une certaine satisfaction idéologique en société, même si la norme n'est pas observée (dans ce sens elle est non effective). La satisfaction consiste à dire : "La Constitution *garantit* le salaire minimum !" - qui, selon cette reconstruction, suffirait non seulement à une bonne partie de la société mais aussi à une grande partie du monde politique qui (pour diverses raisons) n'entendrait pas s'engager au-delà de cette déclaration de principe. L'efficacité est souvent un argument ou un alibi justifiant la non-

---

[31] L.M. Friedman, The Legal System. A Social Science Perspective, New York, Russell Sage, 1975, chap. III, établit une distinction entre l'efficacité et l'impact d'une norme : la première inclut les effets intentionnels de la norme et la seconde les autres effets de la norme. Pour Friedman, une interdiction de circuler est efficace si les véhicules ne sont pas sur la route ; son impact réside dans d'autres choses comme l'augmentation du trafic sur les routes voisines.

[32] Ferrari, Diritto e società, opt.cit. p. 97. Un exemple italien souvent cité par Ferrari est la loi no 382/1978 sur le loyer équitable, qui a produit plusieurs effets contraires à ceux recherchés, notamment une réduction du nombre de baux résidentiels plutôt qu'une augmentation de ceux-ci.

[33] Voir par exemple M. Barberis, Evolutionismo giuridico, diritti ed Europa, dans "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXXIX, 2009, pp. 397-415.

[34]T.S. Ferraz Jr., Introducción al estudio del Derecho. Técnica, decisión, dominación, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 176-177. Cfr. Ferrari, Lineamenti di sociologia del diritto, cit., p. 268.

application du droit. Les exemples sont nombreux en droit des affaires où, au nom de l'efficacité économique, les dirigeants d'entreprise sont conduits à violer ou à détourner les règles de droit. L'efficacité du secret des affaires est ainsi un obstacle au respect des règles de transparence. La même remarque peut s'appliquer à certaines pratiques administratives telles que les tolérances, les arrangements[35] ou les transactions[36] concernant l'application parfois très souple des règles de droit par l'administration[37].

Pour résumer notre argument sur l'efficacité, nous pouvons dire qu'elle est conceptuellement indépendante de l'effectivité, qu'elle soit primaire ou secondaire. Il peut y avoir des règles effectives mais inefficaces, ainsi que des règles ineffectives mais efficaces.

Bien sûr, l'efficacité est aussi une propriété susceptible d'être graduée dans la mesure où les objectifs des normes peuvent être atteints à des degrés divers - mais la manière de faire de telles estimations ne fait pas l'objet de notre attention ici. Aujourd'hui, l'efficacité est devenue un impératif et un enjeu majeur, qui devrait conduire, à terme, à repenser et à reformer les modes de production des règles[38].

« Le champ des droits de l'homme, plus précisément des normes qui déclarent, reconnaissent, définissent, attribuent des droits de l'homme, est certainement celui où l'écart entre l'existence de la norme et l'effectivité de son application est le plus grand, surtout dans le champ des droits sociaux[39] ». Il n'est pas difficile, au début du xxie siècle, de souscrire encore au constat que Norberto Bobbio dressait il y a quelques décennies. Sous réserve du besoin de proclamer de nouveaux droits répondant aux évolutions technologiques et socioéconomiques et dont la formulation même peut nous échapper

---

[35] F. Dupuy et J.C. Thoenig, L'administration en miettes,Fayard, 1985, pp. 54 ss.

[36] Le droit n'est pas seulement l'objet de négociations lors de son élaboration, il l'est aussi au niveau de son application: « la mise en œuvre administrative des dispositions légales ne se fait ni sous forme de traduction littérale, ni selon un arbitraire absolu. Elle s'effectue de façon plus complexe et diversifiée per voie de négociation et par voie de compromis. » E. Senerin, P. Lascoumes, T. Lambert, Transactions et pratiques transactionnelles: sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public Economisa, 1987, p. 149.

[37] F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches admi- nistratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1989, p. 131.

[38] F. Rouvillois, La règle de droit entre efficacité et légitimité, Éditorial, La lettre N° 13, Fondation pour l'innovation politique, juin 2005, p. 2. http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Lettre13.pdf

[39] N. Bobbio., L'Età dei diritti, Turin, Einaudi, 1997, p. 66.

aujourd'hui, on peut s'accorder sur le fait que les droits de l'homme font l'objet d'une large intégration dans le droit positif tant au niveau national qu'international. En revanche, le problème du passage de la formulation des droits à leur mise en œuvre assurant leur effectivité reste entier[40].

À partir de ces observations, on émettra l'hypothèse que, s'il existe une spécificité de la question de l'effectivité en matière de droits de l'homme, celle-ci tient moins à des caractéristiques originales qu'à une accentuation ou à une concentration de certains problèmes posés par l'effectivité du droit en général.Tout d'abord, la croyance en la force performative des énoncés a pris des tournures particulières en matière de droits de l'homme. Une deuxième « spécificité relative » de la question de l'effectivité en matière de droits de l'homme repose sur la généralité et l'abstraction des énoncés exprimant ces droits. Enfin, les droits de l'homme interrogent tout particulièrement le choix des mécanismes institutionnels propres à assurer leur effectivité. À l'encontre d'un point de vue dominant, il n'est pas certain que le recours juridictionnel soit dans tous les cas le mécanisme le plus adapté pour assurer l'effectivité des droits de l'homme[41].

Placer face à face l'efficacité de la machine judiciaire et les droits fondamentaux nous lance en quête d'un « juste équilibre » entre la protection des droits individuels et la capacité d'une institution à rendre des décisions. L'on peut observer d'emblée que cette recherche d'un « juste équilibre » se situe au cœur de la pratique des hautes juridictions gardiennes des droits fondamentaux : la Cour de Strasbourg, dans des litiges où se jouait l'affrontement de revendications entre elles contradictoires mais chacune également appuyée sur des libertés fondamentales, a pu dire que ce serait «précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une société démocratique. [42]» Voilà donc que la rencontre contemporaine entre l'efficacité managériale et la vertu de qualité convoque l'image la plus traditionnelle de la justice : la balance. Mais si la controverse se trouve de part et d'autre encadrée par le

---

[40] V. Champeil-Desplats, Effectivité et droits de l'homme : approche théorique, dans À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, sous la dir. de V. Champeil-Desplats et D. Lochak, Presses Universitaires de Paris, Paris, 2008, p. 11.

[41] Ibid. pp. 23-24.

[42] Cour-EDH, 10 novembre 2005, Leyla Sahin c. Turquie, Req. N° 44774/98, point. 108.

droit des droits fondamentaux, il est permis de s'interroger, pour prolonger l'investigation, sur l'efficacité de cette branche du droit [43].

À ses débuts, la Communauté européenne ne s'est guère souciée des droits fondamentaux. Les auteurs des traités pensaient en effet, en raison de leur nature économique, qu'il n'y aurait pas d'interférence entre la législation communautaire et les droits de l'homme. Le traité CECA dans son préambule insistait avant tout sur la paix européenne et la nécessité d'une réconciliation entre la France et l'Allemagne. Les traités de Rome mettaient en effet l'accent sur le développement économique par la création d'un Marché commun[44]. Cependant le silence des traités initiaux n'était pas absolu, puisqu'on peut relever certaines dispositions ou principes relatifs aux droits de l'homme du moins sous l'angle des traités, par exemple du principe non-discrimination homme-femme.

Ce silence explique que la jurisprudence ait occupé et occupe encore une place importante dans le système des sources du droit de l'Union européenne. Le juge communautaire, devenu juge de l'Union européenne, ne s'est en effet jamais limité appliquer le droit. Il a joué un rôle créateur de droit, en apparaissant comme un législateur, voire même comme un constituant, d'appoint ou de substitution, et c'est particulièrement le cas en matière de droits fondamentaux. Cette situation a conduit la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), à développer, une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux.

L'extension constante des activités communautaires. et le développement de politiques communautaires dans les secteurs les plus variés conduit mécaniquement à augmenter les risques d'atteinte aux droits fondamentaux. De même il y a, comme dans l'ordre interne et aussi dans l'ordre international une évolution des droits de l'homme, qui montre que ces droits ne se réduisent plus aux droits civils et politiques mais il y a une intégration de plus en plus marquée.

---

[43] P. F Docquir, Réflexions sur l'efficacité du droit des droits fondamentaux , (Some Thoughts on the Efficiency of Fundamental Rights), 20 février 2010, https://ssrn.com/abstract=2017635 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2017635

[44] C'est en tous les cas l'explication que donne P. Pescatore dans Les droits de l'Homme et l'intégration européenne et Le droit de l'intégration - Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes, Red. coll. Droit de l'Union européenne, grands écrits, Brussel, Bruylant, 2005.

Les juges communautaires ont été motivés par des réflexions de plus en plus importantes vis-à-vis des droits fondamentaux jusqu'à constituer un véritable catalogue des droits de l'homme[45].

La CJUE a quant à elle toujours affirmé que les droits fondamentaux faisaient partie du droit communautaire en tant que principes généraux de ce droit.[46] En l'absence d'un catalogue écrit de ces droits, la Cour s'est inspirée, comme sources de ces principes généraux, des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, parmi lesquels la CEDH occupe une place privilégiée. Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft,* du 17 décembre 1970[47], la Cour y déclare en effet *« que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ».* C'est donc en qualité de PGD, que les droits fondamentaux font leur entrée en droit communautaire. Il restait cependant à déterminer l'origine de ces principes généraux. Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft,* la Cour se base sur les principes des droits constitutionnels nationaux, notamment des déclarations de droits ou préambules constitutionnels. Ces textes constituent les meilleure sources, parce qu'ils jouissent dans leur ordre interne d'une valeur juridique supérieure. En plus il ya aussi une grande proximité d'inspiration des constitutions nationales sur le plan de la garantie de ces droits. Dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour a refusé, au nom de la primauté du droit communautaire, toute remise en cause du droit communautaire au regard du droit constitutionnel d'un État, tout en affirmant : *« qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue inhérente au droit communautaire n'aurait été méconnue; qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté .» La primauté du droit de l'Union européenne sur le droit national vaut aussi pour les principes généraux de*

---

[45] C. Blumann et L.Dubouis, Droit Institutionnel de l'Union européenne , Lexis Nexis, 4e ed. 2010, p. 125

[46] CJUE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

[47] CJUE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

droit que les États membres doivent respecter dans le champ de l'application du droit de l'Union.

*C*es principes, qui sont des normes de référence dans le contrôle des États, sont aussi utilisés pour interpréter le droit national dans un sens conforme au droit de l'Union européenne.

La Cour a ainsi reconnu à un particulier le droit d'invoquer à l'encontre d'un État le principe de la confiance légitime[48]. Elle a proclamé l'existence d'un droit au recours (droit au juge) devant les instances nationales pour la protection des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union européenne[49]. L'effectivité et l'efficacité de cette reconnaissance furent garantis essentiellement par l'application du principe de primauté. Dans un premier temps, la Cour a indiqué qu'il incombait aux juges nationaux « d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit de l'Union »[50]. En d'autres termes, « si l'effet direct de l'interdiction en cause oblige les juridictions nationales à l'appliquer, sans que puissent lui être opposées des règles de droit national, quelles qu'elles soient, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de déterminer le procédé juridique aboutissant à ce résultat »[51].

Plus catégoriquement, elle a ensuite affirmé qu'il s'agissait pour les tribunaux nationaux d'assurer aux justiciables une « protection directe et immédiate de leurs intérêts », en usant de tous les moyens contentieux à leur disposition en vertu de leur droit national[52]. L'obligation pesant sur le juge national est donc a priori plus une obligation de résultat qu'une obligation de moyens. Toutefois, les exigences de l'uniformité et de l'effectivité de l'application directe et immédiate du droit de l'Union impliquaient de dépasser ce statut de « bras séculier » du droit de l'Union reconnu aux juridictions nationales appelées à mettre

[48] CJCE, 5 avril1979, Ratti , aff. 148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

[49] CJUE, 16 décembre 1981, Foglia aff. 244/80,ECLI:EU:C:1981:302 - CJUE, 15 mai 1986, Johnston, aff. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206

[50] CJUE 3 avril 1968, Molkerei Zentrale Westfalen-Lippe, aff. 28/67, ECLI:EU:C:1968:17 et CJUE, 4 avril 1968, Lück c. Hauptzollamt Köln, aff. 34/67, ECLI:EU:C:1968:24.

[51] CJCE, 11 décembre 1973, Lorenz, aff. 120/73, ECLI:EU:C:1973:152.

[52] CJUE 19 déc. 1968, Salgoil, aff. 13/68,, ECLI:EU:C:1968:54.

les seuls instruments procéduraux dont elles disposent au service de l'application du droit de l'Union.

Dans un deuxième temps, la Cour s'est en effet efforcée de construire un « standard minimum » qui s'imposait, comme conséquence directe de la primauté du droit de l'Union, à l'ensemble des juridictions internes, quelles que soient les dispositions nationales qui définissent leur environnement procédural national. En tout état de cause, les tribunaux nationaux avaient l'obligation de « juger inopposable », de « laisser inappliquée » une règle nationale incompatible, ou encore d'en « écarter l'application ». Le justiciable peut donc, dans la logique de l'invocabilité d'exclusion ou d'éviction, exiger des juridictions nationales qu'elles privent d'effet dans le litige une règle nationale incompatible avec le droit de l'Union.

La Cour de justice a parfois singulièrement « durci » les formulations relatives aux obligations minimales qui pèsent sur les juridictions internes, tout en laissant aux juges nationaux certaines libertés inhérentes à la reconnaissance de l'autonomie institutionnelle des États membres.

Elle n'a pas hésité d'abord à considérer que la primauté du droit communautaire impliquait « pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité et, le cas échéant, obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire »[53]. Cette expression du principe de primauté emporte plusieurs conséquences. D'une part, l'obligation vaut à l'égard de toutes les autorités nationales, chacune dans sa sphère de compétences, et pas seulement à l'égard du juge. Cela signifie certes pour le juge l'obligation de priver de tout effet juridique une règle nationale quelle qu'elle soit, dès lors qu'elle est contraire au droit de l'Union, mais aussi pour le législateur l'obligation de l'abroger et pour l'administration l'obligation de cesser de l'appliquer, au cas où elle demeurerait en vigueur. Sont ainsi attribués à la norme de l'Union deux effets complémentaires. En premier lieu, sont inapplicables de plein droit les règles nationales antérieures incompatibles (effet parfois qualifié d' «abrogatoire », même si l'expression n'est pas rigoureusement exacte). En second lieu, ne peuvent être valides des règles nationales postérieures formées en contradiction avec une norme de l'Union en vigueur.

[53] CJUE 13 juillet 1972, Commission c/Italie, aff. 48/71,, ECLI:EU:C:1972:65.

Dans les deux situations, la mission du juge national est définie en termes identiques : « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »[54]. Sous réserve des voies de droit ouvertes devant le juge de l'Union, il revient donc aux juridictions nationales d'assurer cette protection, selon les modalités que l'ordre juridique national détermine. Ces dernières doivent être conformes aux principes d'équivalence et d'effectivité. Sous réserve des voies de droit ouvertes devant le juge de l'Union, il revient donc aux juridictions nationales d'assurer cette protection, selon les modalités que l'ordre juridique national détermine. De plus la Cour de justice considérera, à juste titre que les ordres juridiques nationaux et dans une certaine mesure l'ordre juridique international offraient des garanties qui devaient être nécessairement pris en considération par l'ordre juridique communautaire. Enfin, elle recherchera dans l'ordre juridique international, des principes qu'elle pourrait être susceptible d'appliquer. Ainsi le respect des droits fondamentaux fera « partie intégrante » des principes généraux dont la Cour assurera le respect et selon la formule consacrée elle s'inspirera pour cela des traditions constitutionnelles des États membres, des traités et de son environnement international, en particulier de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des liberté fondamentales, et des Traités eux-mêmes.

Dans le Traité de Maastricht, puis celui d'Amsterdam, Des références précises y sont faites dans les deux piliers inter gouvernentaux, et la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice vise dans une large mesure à promouvoir et à protéger les droits de la personne humaine. L'article 6 ancien du TUE constitue la disposition centrale. Son paragraphe premier affirme avec force les racines philosophiques, politiques et démocratiques sur lesquelles l'Union européenne « est fondée ». Liberté, démocratie, respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. État de droit, telles sont les valeurs et référents suprêmes ; des principes qui au demeurant « sont communs aux États membres », ce qui fait écho manifestement à l'idée de patrimoine commun européen évoquée avec force par le préambule de la CEDH. De plus, cet article 6,§1 se voit doublement sanctionné. Apriori,

[54] CJUE 9 mars 1978, Simmenthal aff. 106/77. ECLI:EU:C:1978:49

les principes qu'il énonce deviennent officiellement une condition d'adhésion de nouveaux États à l'Union européenne. Ensuite, a posteriori, la transgression de l'article 6,§1 peut entraîner la mise en mouvement de la procédure nouvelle de sanction politique prévue à l'article 7 du TFUE .

Pour sa part, l'article 6,§2 est souvent présenté comme la véritable « charte constitutionnelle » des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, d'autant que la Cour de justice est reconnue formellement compétente (art. 46 point d) pour se prononcer sur le respect des droits fondamentaux par l'Union. La Cour estime que les États membres dans leur mission d'exécution du droit communautaire doivent aussi respecter les principes généraux relatifs aux droits fondamentaux. La Cour de justice n'est pas en soi juge des atteintes aux droits fondamentaux. Elle ne peut le faire que si elle est en présence d'agissement des institutions de l'Union ou des États membres en rapport avec la mise en œuvre du droit de l'Union.

Sur le fond le traité d'Amsterdam a donc amélioré très sensiblement la situation des individus. D'abord, en ce qui concerne les droits individuels, l'espace de liberté de sécurité et de justice même s'il se trouvait éclaté entre le pilier communautaire et le troisième pilier, apportait un plus aux droits fondamentaux. Le droit de libre circulation avec la suppression des contrôles aux frontières y étaient affirmé avec force par l'article 62, point 1. Ensuite, les droits sociaux bénéficiaient d'une valorisation certaine. L'article 136 du traité CE, représentait à cet égard un programme d'ensemble inspiré par la charte sociale européenne de Turin du 18 octobre 1961.

Mais les droits fondamentaux résultant d'une source aussi peu visible que les Principes généraux du droit restaient assez hermétiques pour les citoyens européens. Cette jurisprudence était aussi susceptible de générer des difficultés d'ordre techniques avec la Cour de Strasbourg, instance naturelle de la défense des droits de l'homme en Europe.

De même, la souplesse, la malléabilité même de tels principes peut conduire le juge à les interpréter ou les adapter dans un sens qui n'est pas nécessairement le plus favorable aux justiciables. Ainsi l'effectivité et l'efficacité des techniques de protection paraissent faire l'objet d'un garantie supplémentaire lorsqu'elles sont intégrées aux traités. Non seulement ces garanties peuvent être invoquées directement par les juges nationaux et européens mais

elles sont également susceptibles de garantir le risque d'une violation étatique des droits fondamentaux. Les traités de Maastricht et Amsterdam devaient accomplir un pas supplémentaire en avant en donnant une base juridique textuelle et particulièrement éminente à l'œuvre créatrice de la CJUE mais également en rendant plus clairs les rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et le système de la Convention européenne de s droits de l'homme.

Le traité de Maastricht avait déjà évoqué la question en codifiant dans son article F,§2 :
« 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 ».

Puis dans le Traité d'Amsterdam ces droits seront envisagés à un triple point de vue. D'abord, le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux : le traité formalise la compétence de la Cour de justice pour contrôler le respect des droits de ces droits par les institutions communautaires, il est intéressant d'observer que le traité a entendu ce contrôle au « troisième pilier ». Il a renforcé le statut des droits fondamentaux, en imposant explicitement le respect des droits de l'homme et de l'État de droit aux États candidats (ex.art. 6§1 TUE) et en créant une procédure de suspension des droits découlant du traité (y compris du droit de vote) en cas de violation « grave et persistante » des droits fondamentaux par un État membre (ex-art. 7 TUE). Ensuite, le traité a consacré une disposition générale sur la non-discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, ou encore l'âge ou l'orientation sexuelle, qui sera la base juridique à la directive générale contre les discriminations[55].

[55] 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, JOUE L 180 du 19.7.2000, p. 22-26. Voir également Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen — L'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (COM(2006) 643 final du 30.10.2006). Recommandation du Conseil du 9 décembre 2013 relative à des mesures efficaces d'intégration des Roms dans les États membres (JO C 378 du 24.12.2013, p. 1-7) Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen Rapport commun sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité entre les races) et de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi) (COM(2014) 2 final du 17.1.2014.

Ainsi le traité de Nice a modifié l'article 7 du traité UE permettant à l'Union de réagir à face à une menace de violation grave par un État membre des principes énoncés par le paragraphe I de l'article 6 TUE. L'article 181 A CE, introduit par le traité de Nice, a, par ailleurs, éclairé les perspectives des accords relatifs à la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers en énonçant que *« La politique de la Communauté dans ce domaine contribue à l'objectif général du développement et de la consolidation de la démocratie et de l'État de droit, ainsi qu'à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. ».* À l'occasion du Conseil européen de Nice en décembre 2000, les présidents du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne se sont engagés à respecter la Charte des droits fondamentaux, qui constitue une avancée importante dans la prise en compte de la protection des droits fondamentaux par la construction européenne[56], au nom de leurs institutions dans un accord interinstitutionnel singé lors de ce Conseil.[57] Elle est devenue une référence dans l'action des institutions et une source d'inspiration pour les juridictions européennes, et parfois nationales, qui s'y sont référées de manière croissante. Le Tribunal de la Cour de justice de l'Union européenne l'a utilisée plusieurs fois comme source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire.[58] Puis sa position est devenue plus prudente puisqu'il a constaté qu'il s'agissait pour l'instant d'une déclaration qui n'était pas dotée de force juridique contraignante[59].

Le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, représente une étape majeure dans l'évolution de la protection des droits fondamentaux en Europe. Le traité de Lisbonne reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, qui a la même valeur juridique que les traités. Ayant par ailleurs une valeur symbolique très forte, elle constitue un catalogue de droits dont

---

[56] J.Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne. , Rev. des Affaires Européennes, 2007-2008/2, p. 187.

[57] JOCE n°C 364/01, 18 déc 2000, p. I.

[58] Tribunal Union européenne, 20 février 2001, Mannesmannröhren-Werke/Commission, aff. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, point 76.

[59] Tribunal Union européenne 15 février 2005, Pyres/Commission, aff. T-256/01, ECLI:EU:T:2005:45, point 66.

toute personne devrait jouir. Dans le cadre du droit et des compétences de l'Union, la Charte accorde des garanties et des droits supplémentaires ainsi que plus de libertés aux citoyens européens.

Dans la mesure où la Charte est juridiquement contraignante, la Cour de Justice de l'Union européenne veillera en effet à son respect. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. De même dans le cadre de ses relations extérieures, l'Union a pour objectif de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et les principes du droit international. Cet objectif vaut ainsi pour l'ensemble de l'action extérieure de l'Union.

Le traité de Lisbonne prévoit une base juridique pour l'adhésion de l'Union à la CEDH qui permettra à la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg de contrôler la conformité des actes de l'Union avec la CEDH. Cela contribuera aussi au renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union.

En ce qui concerne les rapports avec la Charte, ces derniers ont été eux aussi le fruit d'une lente évolution marquée par le rôle déterminant de la Cour de justice.

Depuis les années 1960, la Cour faisait référence à la notion de droit fondamental sont compris dans les principes généraux du droit[60]. La référence aux traditions constitutionnelles nationales, consolidée par la jurisprudence ultérieure, a été complétée par la prise en compte de la CEDH et des références moins fréquentes au pacte international des droits civils et politiques. La Cour y fait référence en paraissant d'ailleurs minimiser les interprétations qu'en donne le Comité des droits de l'homme chargé d'en surveiller l'application qui, selon la Cour, *« n'est d'ailleurs pas une instance juridictionnelle et donc les constatations sont dépourvues de valeur juridique contraignante. »*[61]

La Cour a d'abord évoqué indirectement la CEDH dans une formule selon laquelle, en matière de droits fondamentaux, outre les PGD et les traditions constitutionnelles communes des États, *« les instruments internationaux concernant la protection des droits*

[60] CJUE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

[61] CJUE, 17 février 1998, Grant aff. C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63.

de l'homme aux quels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire.»[62] Il eût en effet été difficilement concevable que la Cour s'y référât alors qu'un des plus importants membres de la Communautés rejetait encore ce texte. Il faudra attendre l'adhésion de la France à cet important instrument européen pour que le pas soit franchi. La CEDH a été, après sa ratification par la France, explicitement visée par la Cour à partir de l'affaire *Rutili,* relative aux restrictions étatiques à la libre circulation des personnes fondées sur la protection de l'ordre public.[63]

Plus tard la Cour élargira la source des PGD, en faisant appel aux textes d'origine internationale, plus précisément à la déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies le 10 décembre 1948 et aux deux pactes internationaux sur les droits de l'homme adoptés le 6 décembre 1966. Ce recours aux instruments internationaux met en évidence l'utilité et la souplesse du passage par les PGD. Il faut souligner que, la Déclaration universelle des droits de l'homme n'a pas en soi de valeur juridique, et quant aux deux pactes internationaux, il n'est pas certain qu'ils lient l'ensemble des États membres de la Communauté.

Les institutions vont d'ailleurs opter pour une adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Parlement européen vote une résolution en ce sens le 16 novembre 1977 et la Commission présente un mémorandum le 3 mai 1979 . L'adhésion à la CEDH présente en effet l'avantage d'assurer l'unité d'inspiration et d'interprétation avec le Conseil de l'Europe. Elle permet aussi de faire l'économie d'un texte spécifiquement communautaire, alors même que la jurisprudence de la Cour de justice reste encore assez embryonnaire. [64]

Enfin, les réactions de certaines juridictions constitutionnelles nationales, surtout celles, italiennes et allemandes ont constitué une dernière motivation. La Cour constitutionnelle allemande a défendu une conception très exigeante de la protection des droits fondamentaux. Elle effectue une liaison étroite entre la reconnaissance des droits

---

[62] CJUE, 14 mai 1974, Nold/Commission, aff. 4/73,ECLI:EU:C:1974:51.

[63] CJUE, 28 oct 1975, Rutili, aff. 36/75, ECLI:EU:C:1975:137.

[64] D. Quinty, L'adhésion des Communautés européennes à la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Vers l'Europe des Citoyens :Rev. Jur. Centre-ouest avr.1992 p.185

fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire et son acceptation de la primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel allemand. Et dans ce contexte, elle a déclaré n'accepter cette primauté que lorsque les standards européens seraient aussi bons que ceux dont elle assure la protection. Elle se réserve le droit d'apprécier la compatibilité de règlements communautaires avec la loi Fondamentale dans l'hypothèse où ceux-ci enfreindraient les droits de l'homme, aussi longtemps que le droit communautaire n'offrira pas de garanties équivalentes au droit allemand. Cette jurisprudence dite « Solange » connaîtra différentes métamorphoses.[65] Dans son arrêt *So lange II* la Cour allemande s'est exprimé qu'elle allait présumer dans l'avenir la parité entre les systèmes communautaire et allemand de protection des droits fondamentaux et n'exercer son contrôle que d'une manière tout à fait exceptionnelle.[66]. La Cour a affirmé que les droits fondamentaux font partie du droit communautaire en tant que principes généraux du droit (PGD). En l'absence d'un catalogue écrit de ces droits, la Cour s'est inspirée, comme sources de ces principes généraux, des traditions constitutionnelles communes aux États Membres et des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, parmi lesquelles la Convention Européenne des droits de l'homme (CEDH), occupe une place privilégiée. Puis tard dans l'arrêt Maastricht[67] (parfois baptisé « So lange III »), elle revient en arrière et réaffirme sa compétence « juridique » pour examiner la compatibilité du droit communautaire dérivé, mais en précisant qu'elle exercerait cette compétence dans « un rapport de coopération » avec la Cour de justice. Plus récemment dans un arrêt du 7 juin 2000 (« So lange IV »), elle a abandonné semble-t-il toutes ses réserves pour revenir à une positon de soumission au droit communautaire.[68]

Dans une déclaration du 5 avril 1977, le Parlement européen, le Conseil et la Commission avaient souligné *« l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions des États membres ainsi*

---

65 C.const, Karlsruhe, 29 mai 1974: RTDE 1974, p. 316, note M. Fromont.

66 22 oct. 1986 : RTDE 1987, p. 537, note V.Constantinesco.

67 12 oct. 1993 : RGDIP 1994, p. 107, note Hanf.

68 C. Grewe, Le traité de paix avec la Cour de Luxembourg: l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane , RTDE 1/2001, p.1

que de la CEDH. »[69] Il arrivait ainsi que les actes communautaires citaient la convention (ainsi, la directive 89/552/ CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle[70]).

La Cour n'a jamais explicité le fondement juridique de l'utilisation de la CEDH à laquelle seuls les États membres sont parties contractantes. L'analyse de la jurisprudence ne permet pas de conclure que le juge communautaire ait appliqué la CEDH en considérant que la Communauté était juridiquement liée par la Convention. C'est toujours à travers la référence aux PGD que la Cour a consacré les droits et les libertés garanti.[71]

Même si ce texte devient la référence principale sinon privilégiée, les autres ne sont pas délaissés, ce qui confirme d'ailleurs les traités de Maastricht er d'Amsterdam (TUE, art 6). La référence aux traditions constitutionnelles nationales, qui constitue l'autre source d'inspiration, a été souvent implicite. Elle a été relativisé par la montée en puissance du recours à la CEDH devenue la source principales d'inspiration dans l'identification et la définition du contenu des droits fondamentaux. La référence aux traditions constitutionnelles nationales a été le plus souvent associé à la mention de la CEDH, mais il est arrivé cependant parfois que la Cour se réfère uniquement aux traditions constitutionnelles, sans doute en raison de l'insuffisance des textes internationaux ou de leur caractère non contraignant.[72]

Une tendance récente va néanmoins dans le sens d'une application directe de la CEDH, voire même d'une citation des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH).

Les auteurs du Traité établissant une Constitution européenne avaient attaché une grande importance à la protection des droits fondamentaux, objet de larges discussions à la Convention européenne et ont consolidé et étendu les dispositions existantes. Le titre I de la première partie de la Constitution leur y était consacré. Mais ces principes et objectifs

---

[69] JOCE n°C 103 du 27 avr 1977

[70] JOCE n° L 298 du 17 oct 1989, p. 23

[71] J.Rideau, Droit institutionnel de l'Union européenne, Lextenso éd, LGDJ, 2010, Paris, 6éd, p.415

[72] CJUE, 3 mai 2005, Berlusconi et a., aff. C-378/02, C-391/02 et C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, point 69, application rétroactive de la peine la plus légère

seront complétés ou approfondis dans d'autres dispositions de la Constitution. Le titre I évoquait les valeurs et les symboles de l'Union ainsi que les objectifs *stricto sensu*. Il traitait aussi des relations entre l'Union et les États membres, ce qui aboutit à un véritable statut de l'État en droit de l'Union. Les libertés fondamentales, entendues comme les traditionnelles libertés de circulation se voient regroupées avec le principe de non discrimination, ce qui représente un couplage non évident d'autant que la non-discrimination revient dans bien d'autres dispositions de la Constitution.

Diverses dispositions concernant ces droits figuraient dans la première partie du projet (art.I-9, en particulier, faisant référence à la Charte et à l'adhésion à la CEDH et la mention de la CEDH et des traditions constitutionnelles des États membres en tant que source de principes généraux du droit énoncé de droits reconnus : droits des citoyens (art.I-10), protection des données à caractère personnel (art.I-51), statut des églises et des organisations non confessionnelles (art.I-51). L'article I-9, paragraphe 2, permettait donc au juge de consolider la jurisprudence relative aux droits fondamentaux en tant que principes généraux de droit et de compléter ainsi le catalogue écrit de la Charte des droits fondamentaux , en s'appuyant sur la CEDH et les traditions constitutionnelles nationales.[73] L'article I-2 du traité établissant une Constitution pour l'Europe avait repris ces principes qualifiés de valeurs dans l'article I-2, en y ajoutant la dignité humaine et l'égalité avec une référence aux droits des minorités et aux caractères de la société européenne *« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l' État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».*

La Charte des droits fondamentaux en constituait la deuxième partie.

Certaines disposions de la troisième partie du projet de Constitution reprenaient des dispositions du traité CE tendant à la reconnaissance et à la protection de certains droits : libertés de circulation, égalité hommes-femmes notamment. L'union se voyait également

---

[73] J.Rideau La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne. , Rev. des Affaires Européennes, 2007-2008/2, p.188

attribuer des moyens pour lutter contre les discriminations, comme le prévoit déjà l'article 13 CE (art.III-124).

L'article III-125 prévoyait que *« l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».*

Dans le cadre de la PESC, l'article III-292 disposait que *« 1.L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde : la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect d'égalité et de la solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international ».*

La protection des droits fondamentaux figurait en bonne place tant dans la déclaration de Laeken que dans l'agenda de la Convention sur l'avenir de l'Union. Cette dernière a pris position dans le sens d'un renforcement de cette protection, d'une manière très rapidement consensuelle. Les questions à résoudre, si elles n'étaient pas dénuées d'enjeux juridiques et politiques, s'inscrivaient dans la droite ligne de la montée en puissance qu'ont connue les droits fondamentaux dans la Communauté et l'UE.[74]

La déclaration de Laeken du 15 décembre 2001, qui précisait la mandat de la Convention sur l'avenir de l'Europe, formule explicitement deux questions directement relatives au sort à réserver aux droits fondamentaux : celle de l'intégration de la charte des droits fondamentaux dans un traité de base ou dans un futur texte constitutionnel et celle, récurrente dans l'histoire de la construction européenne, de l'adhésion de la Communauté à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les débats au sein de la Convention se sont déroulés sur une période d'un peu plus d'une année, de mars 2002 à juillet 2003. Les travaux en plénière ont été précédés par ceux d'un groupe de travail consacrée aux droits de l'homme. Présidé par le commissaire A.Vitorino, ce groupe a commencé ses travaux en mai 2002 pour rendre un rapport final en octobre de la même année. Plusieurs experts juridiques ont été consultés :

---

[74]M. Donny et E. Bribosia, Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union européenne in Commentaire de la Constitution de l'Union Européenne, É. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005. p. 116.

directeurs des services juridiques du Parlement Européen (PE), du Conseil et de la Commission européenne, juges de la CJUE et à la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que le médiateur européen. Outre les deux volets principaux précités, ce groupe s'est également penché sur la question plus large de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux pour finalement la renvoyer au cercle de discussion sur la Cour de justice et à la Convention dans son ensemble. Les travaux conventionnels ont finalement débouché sur un « projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe » (TECE), adopté par consensus.[75] En ce qui concerne les droits fondamentaux, le texte du TECE n'a fait l'objet que de modifications mineurs dans le cadre des travaux de la conférence intergouvernementales. Plusieurs scénarios étaient envisageables à l'amorce des travaux de ce groupe de réflexion chargé de l'examen des questions liées aux droits fondamentaux, et notamment de celle du statut juridique à conférer à la charte. À la fin, le texte constitutionnel s'exprimait de la manière suivante : la charte est insérée, dans sa totalité, dans la deuxième partie, où il est affirmé que *« l'Union reconnait les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux qui constitue la parti II. »* Il est remarquable qu'un pas décisif ait été franchi rapidement et sans trop de débats dans le sens de la reconnaissance d'une valeur juridique contraignante à la charte des droits fondamentaux : très tôt, les discussions ne portèrent plus que sur les modalités. S'il on se reporte au compromis initial sur lequel reposait l'accord des États quant à la rédaction d'une charte des droits fondamentaux de l'Union, il semble bien [76]que le pari de ceux qui pensaient qu'une fois le texte existerait, il serait difficile de le laisser à l'état de proclamation et qu'une interrogation dans les traités-quelle qu'en soit la forme-deviendrait inéluctable, s'est avéré gagnant. Par ailleurs, comme le souligne O. de Schutter, par principale crainte des opposants à l'insertion de la Charte dans les traités était qu'elle puisse être le premier jalon sur la voie d'une Constitution européenne. Or, une fois la perspective d'un texte constitutionnel admise, le statut contraignant de la charte devenait mois lourd de conséquences.[77]

---

[75] Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, 18 juillet 2003, CONV,850/03.

[76] Rapport final du groupe de travail II, 22 octobre 2002, CONV 354/02, p.1 et 2.

[77] O.de Schutter, Les droits fondamentaux dans le projet européen, in O.de Schutter et P. Nihoul, Une constitution pour l'Europe, Larcier, Bruxelles, 2004, p.97.

L'adhésion à la CEDH, question récurrente dans l'évolution de la construction européenne, semblait être passé à l'arrière-plan au bénéfice de la rédaction d'un catalogue de droits propres à l'Union, en l'occurrence, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Comme le soulignent François Toulkens et Johan Callawaert : *« la charte a remis à l'ordre du jour l'adhésion de l'Union à la CEDH »*, qui a été traitée conjointement à celle du statut de la charte dans le cadre des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Sans entrer dans le détail de cette argumentation qui a déjà été abondamment développé, on relèvera le triple souci de donner « un signal politique fort de la cohérence entre l'Union et la « grande Europe », de renforcer la crédibilité de l'Union aux yeux de ses citoyens en leur assurant « à l'égard de l'action de l'Union une protection analogue à celle dont ils bénéficient déjà vis-à-vis de tous les États membres », d'assurer le développement harmonieux des deux Cours européennes en matière de droits de l'homme ».[78] Le groupe à l'unanimité, a recommandé à la Convention l'introduction d'une classe constitutionnelle autorisant l'Union à adhérer à la CEDH. Considérant de la sorte comme complémentaires les démarches d'intégration de la charte dans la Constitution et d'adhésion. Ces recommandations ont été intégrées dans le projet du traité constitutionnel par la Convention plénière et ensuite avalisées par la conférence intergouvernementale, moyennant une modification terminologique importante.[79]

La Constitution érigeait le respect des droits de l'homme, en ce compromis les droits des personnes appartenant à des minorités, au rang des *valeurs fondamentales* de l'Union (article I-2), au même titre que le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit. Plutôt que d'une nouveau, il s'agit d'une reformulation amendée de l'ancien article 6,§ 1 TUE qui énonçait les *principes* fondateurs de l'Union sans mentionner la dignité humaine ni l'égalité. L'ensemble de ces valeurs constituent également l'un des critères d'éligibilité dans le cadre d'une adhésion de l'Union (article I-58 de la Constitution, ancien article 49 TUE) et peuvent, en cas de violation grave et persistante par un État membre, donner lieu à la suspension de certains droits que l'État en

[78] Rapport final du groupe de travail II, 22 octobre 2002, CONV 354/02, p. 11-12.

[79] M. Donny et E. Bribosia, Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union européenne, in Commentaire de la Constitution de l'Union Européenne, É. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005. p. 120

cause tire de son appartenance à l'Union (article I-59 de la Constitution, ancien article 7 TUE).

La mutation de principes en valeurs ne nous semble pas comporter d'implications autres que symboliques. En revanche, l'inscription explicite de la promotion de ses valeurs comme premier objectif de l'Union (article I-3, § 1 de la Constitution) est susceptible d'engendrer des conséquences juridiques. Ainsi par exemple, cela devrait permettre sans trop de difficultés, qu'il soit fait usage de la clause de flexibilité (article I-18 de la Constitution) si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre de l'une de ses politiques, afin d'atteindre l'objectif-désormais explicite- de promotion des droits de l'homme, alors que les pouvoirs d'action normalement requis ne figurent pas dans la Constitution.

C'est plus spécifiquement le titre II de la première de la Constitution qui est consacré aux droits fondamentaux et à la citoyenneté de l'Union. Concernant cette dernière, l'article I-10 en précise la définition et les droits y afférents tout en renvoyant, pour les modalités de leur exercice, aux autres parties de la Constitution. La répartition des dispositions de l'ancien chapitre relatif à la citoyenneté (articles 12 à 22 CE) entre la première partie de la Constitution (définition et énoncé des principes) et la troisième (titre II reprenant les modalités d'exercice et les contours des droits liés à la citoyenneté) à laquelle on doit ajouter le tire V de la charte (partie II de la Constitution) peut entraîner des difficultés liées à certaines redondances et à l'articulation entre ces différentes dispositions constitutionnelles. Tout en procédant à un rappel du contenu de l'ancien article 6,§2 TUE reflet de la jurisprudence de la Cour de justice relative à cette manière, il énonce les deux principales modifications introduites par le texte constitutionnel en matière de droits fondamentaux : l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union et l'adhésion future de l'Union à la CEDH. La protection des droits fondamentaux est intrinsèquement liée à la possibilité, pour les victimes de violations, de les faire valoir en justice.

Avec le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009, l'Union européenne, suivant le modèle de la Constitution européenne, a placé les droits de l'homme au cœur de son système. Le traité insiste sur le fait que l'Union est fondée sur des valeurs politiques partagées par les États membres, valeurs qui constituent un patrimoine

commun qu'ils désirent affirmer et promouvoir. Ces valeurs sont affirmées dès le préambule du traité et explicitées à l'art. 2 du traité de l'Union européenne qui préconise qu'elles doivent s'incarner dans les politiques de l'Union et être respectées tant dans l'action menée par les institutions que dans celle des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

Le préambule du Traité sur l'Union européenne fait référence aux héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe « à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit. ». Est également confirmé l'attachement des membres de l'Union au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans oublier les droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989.

L'art. 2 du Traité sur l'Union européenne contient quant à lui l'énumération des valeurs fondatrices (et essentielles) de l'Union. Celui-ci trouve incontestablement sa source dans l'art.6,§1 de l'ancien Traité de l'Union européenne et précise que l'Union « est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y conclus des droits de personnes appartenant à des minorités. » Il explicite les valeurs mentionnées en renvoyant aux caractéristiques propres au modèle européen de société que sont le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. La solidarité constitue une référence nouvelle par rapport à l'ancien art.6 TUE, de même que l'égalité homme/femme.

Les politiques de l'Union doivent être selon l'art. 3 TUE au service des valeurs qu'elle s'est donnée, de la paix et du bien être de ses peuples. A ces objectifs généraux s'ajoute une liste d'objectifs plus nombreux qu'auparavant, plus détaillés et plus concrets. Nombre d'entre eux constituent à leur tour des illustrations de ces valeurs qui inspirent l'action de l'Union. L'égalité entre les hommes et les femmes, la protection des droits de l'enfant, la promotion du progrès scientifiques et technique et la solidarité entre les générations, la promotion et l'amélioration de la qualité de l'environnement, la diversité

culturelle et linguistique ainsi que la sauvegarde et le développement du patrimoine culturel européen deviennent également des objectifs de l'Union.

Le traité ne donne pas une simple portée rhétorique à l'énumération des valeurs de l'Union puisque le respect et la promotion de ces valeurs est une condition de l'adhésion des nouveaux États membres (art.49 TUE) et que leur méconnaissance peut entrainer les sanctions politiques prévues à l'art. 7 TUE.

Le traité de Lisbonne renforce également le système de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. L'art.6 confère à la Charte la même valeur juridique que les traités en même temps qu'il prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme. Il mentionne également que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Ceux-ci subsistent en tant que source complémentaire pour permettre à la Cour de faire évaluer la protection des droits fondamentaux en tenant compte des changements sociaux au-delà même de ce que prévoit la Charte.

Les droits fondamentaux sont donc dorénavant fondés sur des sources multiples et garantis par différents mécanismes. La Charte devient un instrument juridiquement contraignant pour les institutions européennes et les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE et doit être appliqué par la Cour de justice, mais aussi par les juridictions nationales. Mais, si elle est la source principale des droits fondamentaux, elle n'est pas la source exclusive. Les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme s'imposent non seulement à travers le filtre des principes généreux du droit, mais aussi en vertu de la Charte lorsqu'ils correspondent à des droits garantis par celle-ci. Ils valent également en tant que standard minimum en raison de l'obligation d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme entrainant pour l'Union la reconnaissance de la juridiction de la Cour de Strasbourg. Enfin, les droits fondés sur les traditions constitutionnelles communes des États membres ne sont pas seulement reconnus en tant que principes généraux du droit, mais doivent également servir à l'interprétation des droits garantis par la Charte lorsqu'ils sont fondés sur ces traditions.

Il faut souligner aussi que les traités renforcent les compétences de l'Union dans le domaine de la lutte contre la discrimination dans la mesure où l'art.10 TFUE fixe à l'Union une nouvelle obligation transversale : « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.» Cette obligation s'applique sans aucune exception dans le droit de l'UE, et les institutions de l'UE devront être sensibilisées à cette nouvelle obligation explicite.

Le traité de Lisbonne comprend d'une part les mécanismes internes et externe de contrôle de ces droits moyennant néanmoins certains reculs symboliques et la persistance de certaines imperfections.

La crise liée à l'échec du traité constitutionnel n'a pas eu d'impact majeur en matière de droits fondamentaux puis que le traité de Lisbonne préserve globalement les avancées au plan tant des garanties matérielles que des mécanismes internes et externes de contrôle des droits et libertés.

Il est sans doute ironique que la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme arrive à maturation au moment même où, compte tenu des progrès qu'a effectués la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, les arguments qui avaient pu être invoqués au départ en faveur de l'adhésion sont en partie dépassés. Car, en même temps qu'il rend possible l'adhésion en lui donnant une base juridique dans les Traités, le Traité de Lisbonne a renforcé la protection des droits fondamentaux qu'assurait la jurisprudence que la Cour de depuis ses arrêts de 1969-1970 du caractère juridiquement contraignant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'adhésion de l'UE à la CEDH est un pas plutôt inhabituel dans la pratique des traités de l'Union. Une différence majeure entre les accords soumis aux avis mentionné ci-dessus et le traité d'adhésion, c'est que le traité d'adhésion ne prévoit pas un transfert de l'acquis communautaire à des États tiers. Au contraire, la situation est telle que l'UE va adhérer à un régime conventionnel établi, ce qui conduira à un degré d'adoption de la part de l'UE. L'UE ne sera donc pas la seule partie dominante à la table des négociations et pourrait

donc avoir du mal à faire passer l'ensemble de ses souhaits. Tout cela est en fait un véritable travail d'Hercule pour les négociateurs[80].

Ils doivent élaborer un projet d'accord qui satisfait les exigences politiques, améliore (ou à tout le moins ne doit pas entraver) la protection des droits de l'homme et reste dans les strictes limites fixées par l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Elle étend la protection juridictionnelle dont bénéficie le particulier, à la fois en élargissant les conditions auxquelles des personnes privées pourront à l'avenir introduire un recours en annulation des actes adoptés par les institutions et, suite à l'abolition de la structure en "piliers" du Traité sur l'Union européenne, en étendant la compétence de la Cour de justice aux dispositions relatives à la coopération judiciaire en matière pénale et à la coopération policière.

Elle limitera le risque de divergences entre les deux juridictions européennes dans l'interprétation qu'elles feront des exigences des droits fondamentaux : ce risque sera d'autant plus grand à l'avenir que la Cour de justice prendra appui plus systématiquement sur la Charte des droits fondamentaux, et que les domaines d'intervention du droit de l'Union vont s'étendre à des matières particulièrement sensibles du point de vue des libertés publiques, notamment en matière pénale, et d'asile et d'immigration. Mais surtout, même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le contrôle portant sur le respect des droits fondamentaux qu'assure la Cour de justice de l'Union européenne au sein de l'ordre juridique de l'Union continue de présenter des lacunes.

Trois lacunes sont à souligner tout particulièrement. D'abord, les compétences de la Cour de justice dans le cadre du tire que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacre à présent à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne s'étendent pas à sa compétence de "vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre", ou de "statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure". Ensuite, dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, la Cour de justice n'est compétente que pour vérifier le respect des

[80] T. Lock, Walking on a tightrope: The draft ECHR Acession Agreement and the Autonomomy of the EU legal order ,CMLR 48,2011, p. 1034.

compétences et pour recevoir les recours en annulation de personnes privées concernant « le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil » dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune : cela semble exclure que la Cour de justice puisse être sollicitée pour contrôler le respect des droits fondamentaux dans les opérations de maintien de la paix auxquelles l'Union prendrait part, en dépit des risques d'atteintes aux droits fondamentaux que présentent ces situations.

Le système de protection des droits fondamentaux mis sur pied dans l'ordre juridique de l'Union européenne n'était donc pas sans présenter certaines failles. Sans doute, la Cour européenne des droits de l'homme assurait déjà, dans une certaine mesure, un contrôle du respect de la Convention européenne des droits de l'homme dans les domaines d'application du droit de l'Union européenne. Cette adhésion, dès que les derniers obstacles procéduraux seront surmontés renforcera sans nul doute cette protection.

Il est notoire que si tous les États membres de l'Union européenne sont signataires de la Convention européenne des droits de l'homme et relèvent de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'UE elle-même n'est pas juridiquement, officiellement liée par la CEDH. Ce fait a longtemps suscité un débat dans les milieux politiques, judiciaires et universitaires. Ainsi, même si la Cour de justice a comblé (du moins théoriquement) le vide résultant de l'absence de toute mention des droits fondamentaux dans les traités d'origine[81], il a été largement estimé que l'Union devrait être liée dans ses actions par des limites équivalentes à celles qui lient ses États membres[82]. Le débat s'est donc déroulé selon deux axes, qui ne s'excluent pas mutuellement : l'Union devrait-elle être dotée de son propre catalogue de droits pour apporter transparence et clarté dans la

[81]CJUE,17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. C11-70, ECLI:EU:C:1970:114.

[82] Mémorandum de la Commission concernant l'adhésion des CE à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (COM(79) 210 final)

protection des droits de l'homme[83] et devrait-elle adhérer à la CEDH[84]? Finalement, il a été décidé que les deux solutions étaient nécessaires [85]: le traité de Lisbonne prévoit donc que la Charte des droits fondamentaux a la même valeur que les traités et l'article 6, paragraphe 2, du traité UE prévoit non seulement la compétence, mais aussi le devoir pour l'UE d'adhérer à la CEDH. Il a été supposé que ces changements auraient un impact positif sur la protection des droits fondamentaux dans l'UE, de sorte que les individus bénéficieraient de garanties équivalentes par rapport aux actes des institutions de l'Union et par rapport à leur propre État membre : un système de protection des droits fondamentaux "nationaux" (c'est-à-dire l'UE) et la protection résiduelle du "filet de sécurité[86]" offerte par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Et pourtant, rapidement jusqu'à la fin de 2014 et ces hypothèses pourraient bien être considérées comme naïves au mieux, sinon tout à fait déplacées : la jurisprudence sur les droits fondamentaux après l'entrée en vigueur de la Charte semble, dans l'ensemble, timide, voire tout à fait rétrograde[87]. En outre, les priorités de la Cour de justice depuis l'adoption de la Charte n'ont pas changé : l'intégration européenne et la défense du monopole de la Cour semblent être les principes directeurs avant et après la protection des droits fondamentaux. Ce système sera un vecteur de légitimité fondateur d'une protection des droits fondamentaux au sein d'un système juridique autonome (première Partie).

---

83 Par exemple, K. Lenaerts, Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue", 16 ELRev ,1991, p. 367, préconisant également la possibilité pour la Cour de justice de demander une décision sur l'interprétation des dispositions de la CEDH.

84 Il est intéressant de noter que dans le mémorandum de la Commission de 1979, la Commission estimait que l'adhésion était plus facile et plus probable qu'un catalogue de droits. A.G. Toth, The European Union and Human Rights : the Way Forward , 34 CMLRev, 1997, p. 491, préconisant la fusion du Conseil de l'Europe et de l'UE ; P. Alston et J.H.H. Weiler, An " ever closer Union " in need of a Human Rights policy , 9 EJIL,1998, p. 658.

85 E. Paciotti, La Carta : I contenuti e gli autori ", dans A. Manzella et al, Riscrivere i diritti in Europa, Il Mulino, 2001, établit un lien entre les efforts de codification des droits fondamentaux dans l'UE et les guerres des Balkans des années 90.

86 E. Spaventa, A Very Fearful Court?: The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, MJCL, Vol 22, N°1, février 2015, p. 36.

87 Voir par exemple la jurisprudence sur l'applicabilité des droits fondamentaux de l'UE lorsqu'une personne a exercé ses droits en vertu du traité et constater que, dans de nombreuses affaires récentes, la Cour n'a pas analysé la compatibilité des règles nationales relevant du traité avec la Charte, par exemple: CJUE, 10 octobre 2013, Alokpa et Moudoulou, aff. C−86/12, ECLI:EU:C:2013:645; CJUE, 12 mars 2014, O., aff. C−456/12, ECLI:EU:C:2014:135; CJUE, 12 mars 2014, S. et G., aff. C−457/12, ECLI:EU:C:2014:136.

Malheureusement, l'avis 2/13[88] démontrera, qu'au nom de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, l'intérêt de la Cour de justice à garantir que les citoyens de l'Union soient pleinement protégés, et tout à fait subsidiaire. Dans cet avis, la Cour a non seulement déclaré le projet d'accord sur l'adhésion de l'UE à la CEDH incompatible avec les traités, mais elle a également rendu toute adhésion future très difficile, voire totalement impossible. Il s'agit là d'un important recul par rapport à un processus d'adhésion déjà long et complexe. Une nouvelle ère a donc sans doute commencer, ainsi qu'une dimension particulière du système de protection à partir du moment où elle a jugé que le projet d'accord n'était pas compatible avec le droit de l'Union européenne[89]. Bien que l'adhésion de l'Union à la CEDH impliquaient certaines modifications des lois des deux parties, il est important de mentionner que l'adhésion visait non seulement à prévoir une adhésion « normale » au système de la Convention, mais aussi à prévoir un modèle spécial d'adhésion, visant précisément à conserver à l'UE sa "particularité"[90]. Ce nouveau modèle était aussi censé apporter plus de cohérence dans la protection et plus d'interaction entre la CEDH et la Charte des droits fondamentaux. Il aurait du ainsi renforcer l'*effet utile* des droits fondamentaux en Europe. Les enjeux de la différenciation entre les deux systèmes européens de garantie juridictionnelle des droits fondamentaux s'observent en effet dans les variations contentieuses du sens de la primauté et dans le degré d'ouverture de l'accès du particulier au prétoire de chaque Cour européenne[91]. En ce sens, la question de l'adhésion apparait de façon centrale pour traiter de l'effectivité et de l'efficacité du système de protection, comme en atteste le nombre de questions soulevées par l'adhésion et son articulations avec les différents systèmes nationaux de protection[92]. Il s'agit ici principalement de savoir si, après l'adhésion, l'idée d'ordres constitutionnels non

---

88 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454.

89 Voir le numéro de la Revue des Affaires européennes consacrée au refus de la Cour: /Law European & Affairs, Bruylant / Larcier, 2015. Voir aussi pour une approche critique S. Platon, Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ?RDLF 2015, chron. n°13.

90 *Idem*, p. 25.

91 L. Potvin -Solis, Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne in La garantie des droits fondamentaux dans Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, Paris 2018, p. 599.

92 M. Kumm, Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice, CMLR, 1999, Vol 36, pp. 351-386.

hiérarchisés et se chevauchant, reste une conception pertinente. Il pouvait sembler évident que la nouvelle structure favorise la hiérarchie, au détriment d'une dynamique plus pluraliste et de la fertilisation croisée qui en découle. Il ne faut sans doute pas perdre de vue que, les "angoisses existentielles" de l'Union européenne, matérialisée dans l'avis de la Cour de justice peuvent s'analyser tout simplement en terme de restriction de la protection des droits de la personne, mais dans l'état actuel des choses, les juridictions nationales sont les premières en matière de protection des droits fondamentaux, tant dans le contexte de l'UE où les individus n'ont généralement pas directement accès aux juridictions européennes à Luxembourg, que dans le contexte de la CEDH, qui exige que les recours internes soient épuisés en premier, la Cour de Strasbourg offrant uniquement la protection subsidiaire. Ainsi l'analyse de effectivité et l'efficacité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union passe-il tout d'abord par l'analyse de ces jurisprudences et de l'articulation entre les deux Cours comme fondement de la particularité du système mis en place au sein de l'Union au nom de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (première Partie). Les tribunaux nationaux sont donc en toute hypothèse des acteurs clés dans le réseau complexe de la protection des droits fondamentaux. Même s'il est plus centralisé qu'il ne l'est actuellement, l'espace constitutionnel européen post-adhésion, s'il arrive un jour reposera sur une base tout aussi large, variée et imbriquée. Que l'Union adhère ou non à la Convention, les deux cours devront en effet cohabiter et oeuvrer à la défense des valeurs fondamentales qui leur sont communes, indépendamment du, ou avec le, contrôle externe de la Cour-EDH[93]. Le spectre d'une « guerre » des juges a été maintes fois évoqué pour décrire les dérives auxquelles pourraient conduire les divergences de jurisprudences entre les juridictions nationales, voire entre celles-ci et la Cour de justice et la métaphore[94] s'est ainsi imposée pour envisager les rapports de cette dernière avec la Cour européenne des droits de l'homme[95]. L'analyse de l'effectivité et de l'efficacité du système de protection doit également passer par l'analyse du système de protection prévue par l'Union en cas de défaillance du système de protection dans les États. Ce contrôle est ambitieux

[93] P. Gilliaux, CJUE et Cour-EDH: « Pourquoi la guerre aurait-elle lieu? », CDE, 2016, N° 2, p. 841.

[94] H. Labayle en a, par exemple, fait le titre d'un de ses commentaires: H. Labayle, La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propose sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la Cedh, www.gdr-elsj.eu

[95] D. Dero-Bugny, Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 232.

dans ces objectifs, car il est le seul mécanisme prévu par les Traités qui implique une protection in abstracto des droits fondamentaux, déconnectée du champ d'application du droit ou des actions de l'Union. Il est en revanche décevant quant à sa mise en œuvre et son efficacité, que l'on n'a pas encore pu mesurer. Ainsi après avoir montrer que le système de protection des droits mis en oeuvre au sein de l'Union européenne reposait sur l'autonomie de son ordre juridique, l'invocation de la préservation de cette autonomie peut s'analyser comme le vecteur de relativité de l'efficacité du système (seconde partie)

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉLABORATION D'UN SYSTÈME DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX, COMME FONDEMENT EFFECTIF DE L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE.

Si la protection des droits fondamentaux apparait aujourd'hui comme une prérogative essentielle de la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci reste néanmoins une construction indépendante des Traités originaires.

La perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme[96] ainsi que la rédaction en 2000 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont le corollaire de l'œuvre de la Cour de justice de l'Union européenne quant à cette thématique. Dans ce processus, le juge constitue l'élément moteur de la construction d'une politique de protection des droits fondamentaux.

Les institutions européennes et plus particulièrement la Cour de justice de l'Union européenne ont en effet introduit la notion de droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE en utilisant comme référentiel la Convention européenne des droits de l'homme. Cette introduction progressive s'est matérialisée à travers une volonté de protéger des droits fondamentaux ignorés par les Traités originaires.

Aussi, les institutions de l'Union européenne ont utilisé des instruments normatifs en matière de droits fondamentaux à partir des droits nationaux eux-mêmes influencés par la Convention européenne des droits de l'homme. L'utilisation de ces instruments normatifs, au premier rang desquels figurent les principes généraux du droit, contribua à la constitution d'un modèle autonome, et spécifique, de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne également influencé par la Convention européenne. Du fait du processus normatif mis en œuvre dans l'Union européenne, un processus d'inspirations réciproques s'est ainsi mis en place. Comme le relève J. Andriantsimbazovina, on peut

[96] Le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009 énonce l'obligation de l'Union européenne d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, il permet à la Charte des droits fondamentaux d'acquérir force obligatoire dans le cadre du droit de l'Union européenne.

observer un *«enrichissement mutuel des droits fondamentaux en Europe »*[97] conduisant à ce que leur protection, telle qu'inspirée par les droits nationaux et la Convention européenne des droits de l'homme, se « rediffuse » dans les droits internes à travers l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice.

Un décloisonnement de l'ordre juridique de l'Union européenne s'opère donc à travers l'établissement d'une « boucle récursive dont le paramètre essentiel demeure la protection des droits fondamentaux par la Convention européenne des droits de l'homme »[98].

Ce décloisonnement de l'ordre juridique de l'Union européenne s'est matérialisé à partir d'une double volonté jurisprudentielle de garantir les droits des individus face à des problématiques économiques. Les préoccupations étatiques en matière de droits fondamentaux et la coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme ont impulsé une reconnaissance de ces droits à l'échelon de l'Union européenne.

Par conséquent, la Cour de justice de l'Union européenne a inscrit la protection des droits fondamentaux de manière pragmatique. Face au silence des Traités originaires et à la spécificité du droit communautaire, la Cour de justice s'est attachée à assurer l'effectivité de ce droit (Première Partie) tout en tentant d'introduire une protection des droits fondamentaux efficace (Deuxième Partie).

S'inscrivant nécessairement dans les compétences fixées par les Traités initiaux, le juge de Luxembourg a progressivement établi une véritable protection des droits fondamentaux.

Celle-ci s'est matérialisée à travers une dialectique entre respect et dépassement des Traités originaires. Aussi, la Cour de justice témoigne de son pragmatisme quant à l'établissement de la protection des droits fondamentaux (Titre I) mais également de sa capacité à enrichir les sources de cette dernière (Titre II).

---

[97] En ce qui concerne le phénomène d'enrichissement réciproque des droits européens : J. Andriantsimbazovina, L'enrichissement mutuel des droits fondamentaux en Europe , R.F.D.A., 2002, pp. 124 et s.

[98] A. Remedem, La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne, Université Jean Monnet – Saint-Étienne, 2013, p. 54.

TITRE I : LES DROIS FONDAMENTAUX, VECTEURS DE LÉGITIMITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE.

La protection des droits fondamentaux ne faisait pas partie des prérogatives de l'Union européenne. Par son avis 2/94 du 28 mars 1996, la Cour de justice de l'Union européenne avait en effet soulevé la problématique selon laquelle l'établissement d'une compétence pour légiférer en faveur de ces droits était de nature constitutionnelle[99]. L'impossible adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme qui en résultait n'avait pas pour autant conduit le juge de Luxembourg à ignorer la place des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire.

La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne apparaît aujourd'hui comme évidente du fait de la valeur contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette Charte résulte d'une construction jurisprudentielle et d'une volonté politique tendant à rendre effective une protection des droits fondamentaux a priori absente des Traités originaires.

En ce sens, la Cour de justice a su non seulement inscrire cette protection au cœur de la construction européenne mais elle a également favorisé son développement.

La faiblesse des dispositions des Traités originaires en matière de protection des droits fondamentaux s'est couplée à la volonté des États (à travers les Cours constitutionnelles) d'établir au niveau interne cette protection au risque de freiner la construction communautaire. Aussi, face à l'utilisation délicate des dispositions des Traités, c'est à travers l'instrument des principes généraux du droit son œuvre prétorienne que la Cour de justice a pu inscrire la protection des droits fondamentaux comme garants d'un ordre juridique spécifique (Chapitre I) et garants de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE (Chapitre II).

99 C.J.U.E., 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales , Avis 2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

CHAPITRE I : Les droits fondamentaux garants de l'existence d'un ordre juridique spécifique.

Ce chapitre traite et examine certaines questions fondamentales liées à l'autonomie du droit de l'Union européenne, en mettant l'accent sur les questions d'autonomie externe qui prendront une importance particulière à la lumière des nouvelles relations entre la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour-EDH) après l'adhésion de l'Union européenne (UE) à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Le chapitre présente un examen de la question qui concerne la recherche de ce chapitre: « Quels sont les principes juridiques marquants qui prescrivent l'autonomie extérieure du droit de l'UE, en particulier en ce qui concerne une Cour externe telle que la Cour de Strasbourg ? » En abordant cette question, le chapitre interprète les frontières extérieures luxembourgeoises de juridiction et d'influence, en dépeignant l'image qu'il tentera vraisemblablement même en ce qui concerne le régime de droit judiciaire de Strasbourg après l'adhésion.

Ce chapitre commence d'abord en examinant l'un des affaires fondamentales de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, Costa ENEL, montrant comment l'autonomie de la législation de l'UE s'est différenciée de ses États membres et les principaux critères de référence qu'elle a obtenus. Le chapitre examine ensuite la manière dont la Cour de Luxembourg s'appuie sur cette autonomie interne, ce qui étend son influence aux frontières extérieures de l'UE. Une telle approche novatrice, mais aussi autoritaire, de la Cour de Luxembourg est déconstruite en référence aux arrêts fondamentaux, l'avis *1/91*, *Mox Plant* et enfin à l'affaire historique *Kadi*. Ces trois arrêts de référence déconstruisent à la fois les normes de la Cour de Luxembourg visant à protéger sa juridiction et le droit de l'UE contre les interférences externes et les garanties procédurales et matérielles qu'elle utilise pour s'assurer que le droit de l'UE n'est pas interprété en dehors de son périmètre. Le chapitre présente soigneusement et examine le but visé par la Cour de Luxembourg pour son autonomie extérieure devant une cour comme celle de Strasbourg. Le chapitre traite ensuite des approches parfois très agressives

que la Cour de Luxembourg utilise pour conserver l'exclusivité totale de sa jurisprudence et la primauté du droit de l'UE, mais aussi la domination de cette dernière aussi à l'envers du droit international. Le chapitre décrit également les moyens par lesquels la CJUE tente de protéger ses frontières extérieures (jurisprudence extérieure) lorsque certains segments du droit de l'UE sont interprétés par des Cours extérieures. (Section I).

Un clair examen juridictionnel de la position des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'UE est également prévu, tout en visant à délimiter les frontières que la Cour de Luxembourg établira par rapport à la Cour de Strasbourg, même lorsque l'UE adhérera à la Convention Européenne des droits de l'homme.(Section II).

L'affirmation agressive du Luxembourg, démontrée à Kadi pour maintenir (affirmer encore plus) la primauté du droit de l'UE même sur la loi des Nations Unies, est également vérifiée, ce qui sera invoqué comme espace pour que la Cour de Luxembourg puisse agir même sur le système de la Convention s'il existe un scénario extra-décentralisé. Le chapitre conclut que la Cour de Luxembourg considère soigneusement ses relations avec des tribunaux extérieurs comme la Cour de Strasbourg, et établit des lignes assez solides pour s'assurer que l'autonomie de la loi de l'UE soit interprétée de manière exsangue dans son aperçu.

SECTION I : Les droits fondamentaux au regard du principe d'autonomie du droit de l'UE.

Le concept d'autonomie juridique ne semble toutefois pas souvent au centre de la recherche juridique relative à l'UE et ses relations avec les tribunaux internationaux. Jusqu'à présent, seules quelques tentatives sporadiques ont été faites pour définir légalement ce concept obscur.

Afin de comprendre les préoccupations concernant le maintien de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et des difficultés ultérieures découlant de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, il est primordial de définir le terme *«autonomie légale»*, à savoir le point de vue de la Cour de justice de l'Union européenne et son implication dans

le droit de l'UE, en particulier en ce qui concerne le droit international en général, les traités internationaux et les Cours et tribunaux internationaux.

Principalement, le mot *(autónomos)* signifie l'autoréglementation ou l'autorité légale pour régir les affaires intérieures sans ingérence externe[100] qui, dans le cas de l'Union, conduit à la notion d'un ordre juridique entièrement indépendant et quasi-étatique.

On peut soutenir que l'autonomie légale peut se référer à la condition d'être indépendante dans la prise de décisions, ou le droit d'être autonome indépendant d'un organisme externe[101]. Selon *Sellers*, l'autonomie dans son sens ordinaire implique le droit des États, des familles, des associations ou des individus de construire les règles qui régissent leurs actions[102].

Cependant, l'objet de la présente enquête ne vise pas à décrire l'une des catégories mentionnées ci-dessus. À l'inverse, il expliquera le concept d'autonomie juridique d'une entreprise (projet) assise entre un État fédéral et une organisation internationale[103], à savoir l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne[104]. Une telle autonomie est au cœur de la relation entre l'UE et la CEDH après l'adhésion, ce qui a été soigneusement examiné dans leur parcours historique. Afin d'avoir une image plus claire de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, il faut examiner de plus près sa fondation. Par exemple, *Schilling* tente d'afficher une typologie des fondements qui forment l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. La première étant *«l'autonomie originelle»* qui n'a pas de source originale pour justifier son existence; la seconde étant une *«autonomie dérivée»* qui est un substrat d'un ordre juridique déjà existant et, enfin, le troisième type, doublé d'une *«autonomie*

---

100 Voir Anne Peters, "Elemente einer Theorie der Verfassung Europas", Duncker & Humblot, Berlin, 2001, p.243. dans P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013.

101 F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection , Springer, 2015, p.72.

102 Mortimer Sellers, Autonomy in the Law , Springer, 2007, p.1.

103 P.Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013
Gragl à cet égard soutient que l'UE n'est ni une pure organisation internationale ni une fédération. L'UE étant plutôt une entité spéciale, Gragl soutient, qu'elle doit être traitée par une considération spéciale par le droit international. Cette tension, aux termes de Gragl, produira vraisemblablement des tensions en ce qui concerne l'autonomie de la loi de l'UE, contrairement au processus d'adhésion à la CEDH.

104 Voir une excellente contribution concernant ce sujet : R. Barents, The autonomy of Community law,

English Edition, The Hague ; New York : Kluwer Law International, 2004.

interprétative» qui est interprété par des inscriptions d'un ordre juridique particulier[105].Bien qu'il existe de nombreux concepts qui doivent être expliqués dans ce contexte, nous commencerons par l'examen théorique des moments essentiels qui ont prescrit l'autonomie de la loi de l'UE, à la fois sur le plan interne, mais plus important, à l'extérieur. En tant que note finale de comparaison, étant donné que la législation de l'UE protège si rigoureusement son autonomie; le système de la Convention et son protocole 14, selon *Gragl*, n'ont aucune disposition pour assurer la protection de l'autonomie du droit de l'UE[106].Cela montre essentiellement que l'autonomie dans ce débat d'adhésion est principalement un problème de l'UE.

Depuis son jugement de renom à *Costa Enel*[107], il est bien établi que Luxembourg considère que l'ordre juridique supranational de l'Union est autonome, afin d'assurer en premier lieu *l'effet utile*[108] des traités et donc la primauté du droit de l'UE sur les ordres juridiques des États membres.

Au début, il faut reconnaître que le concept d'autonomie de la loi de l'UE ne trouve aucun fondement formel dans les traités fondateurs. Même le traité de Lisbonne créé en raison d'un processus de révision des traités, tout comme ses prédécesseurs, reste silencieux sur cette question et ne contient aucune référence expresse pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Ainsi, c'est la Cour de justice qui a d'abord élaboré sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Europe dès sa création dans l'affaire Costa contre Enel[109]. La cohésion de ce premier monde judiciaire communautaire s'observe dans le rôle que la CJUE joue dans la « révolution judiciaire » des deux arrêts fondamentaux (Costa contre Enel et Van Gend en loss), deux piliers fondateurs d'une jurisprudence paneuropéenne (la primauté et

---

105 T.Schilling, The Autonomy of the community legal order: an analysis of possible legal foundations, Harvard Int Law J 37: 389-435, 1996, p.389 et seq. Regarder le débat académique sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE: JHH. Weiler et U.Haltern, The Autonomy of the community legal order through the looking glass , 1996, Harvard Int Law J 37: 411-448.

106 P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013, p.23

107 Voir CJUE, 15 juillet 1964, Costa v ENEL aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 où la CJUE a statué que les traités ont créé «leur propre système juridique».

108 Voir CJUE, 4 déc 1974 Van Duyn/Home Office aff.41/74, ECLI:EU:C:1974:133 , point 2.

109CJUE, 15 juill 1964, Costa / ENEL, aff.6/64, ECLI:EU:C:1964:66 Voir aussi E .F. Defeis, Human Rights, security, and conflicting international obligations:exploring inter-jurisdictional judicial dialogue in Europe.2000-2001, Am J Com Law 58:359-414 p.391.

l'effet direct du droit communautaire)[110]. L'ordre juridique de l'UE s'était intégré au système juridique des États lors de l'entrée en vigueur du traité et qu'à ce titre, il s'imposait donc à leurs juridictions et le critère retenu s'appliquait tout naturellement à un ensemble de dispositions comportant des interdictions à la charge des États ou, dans certains cas, des particuliers, dont la Cour devait, au fil de sa jurisprudence, reconnaitre l'effet direct[111].Face aux positions assez traditionalistes du juge constitutionnel italien, la Cour de justice a eu l'occasion de d'affirmer la primauté du droit de l'Union sur le droit national et de provoquer, en conséquence , la mise ne conformité (mais seulement en termes de résultat) de la jurisprudence de la Haute juridiction italienne[112]. L'affaire concernait une revendication d'un ressortissant italien qui s'opposait à la nationalisation de l'industrie de l'électricité par une société appartenant à l'État. En raison de cela, M. Costa a refusé de payer des factures d'électricité qui représentaient une petite somme monétaire. Cependant, la société a décidé de poursuivre M. Costa pour défaut de payer ses cotisations. La question a atteint le sommet du système judiciaire italien, qui incertain quant aux obligations découlant de l'adhésion de l'Italie à la Communauté économique européenne (CEE) de cette époque-là, n'a pas été en mesure de donner une réponse appropriée. Par conséquent, le tribunal de dernière instance, la Cour de Milan a été obligé de renvoyer la question préjudicielle à la Cour de justice. Le *« Giudice conciliatore »* de Milan dans sa demande du renvoi préjudicielle a demandé, entre autres, si la juridiction nationale devait être prioritaire aux dispositions de la législation de l'UE ou si les dispositions du droit national devraient prévoir. Le raisonnement suivi dans la décision, on peut faire valoir, est venu à la suite d'une décision antérieure dans laquelle la Cour de justice a d'abord décidé que l'UE comprenait un ordre juridique distinct du droit international[113].En conséquence, dans Costa ENEL, la Cour de justice, lorsqu'elle est invitée à évaluer la compatibilité de la législation nationale avec le traité de Rome de l'époque, a statué que la loi découlant du traité est une source de droit indépendante et ne peut en aucun cas être mise de côté par le

[110] A. Vauchez, À quoi « tient » la cour de justice des communautés européennes ? Stratégies commémoratives et esprit de corps transnational , Rev. française de science politique, vol. vol. 60, no. 2, 2010, pp. 247-270.

[111] J. Rideau, Droit institutionnel de l'Union européenne, L.G.D.J, Paris, 2010, p. 632.

[112] C. Blumann et L. Dubuis, Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis, 2010, 4ème Ed, Paris, p.752.

[113] CJUE 5 février 1963, Van Gend en Loos , aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

droit national[114].Ceci dit, on peut critiquer logiquement la Cour de justice pour ses tendances militantes. Cependant, la raison d'être de cette situation, on peut se demander, peut-être repose sur la nécessité de s'assurer que le projet du marché commun est maintenu et que les normes émanant des constitutions nationales ne remettraient pas en cause les traités fondamentaux[115]. À titre de comparaison, si l'on préfère en utilisant la formule employée dans *Van Gend en Loos*, ce que la Cour de justice a statué n'est pas au-delà des intentions des membres fondateurs, à savoir se soumettre aux dispositions du traité CEE en cas d'un conflit avec les autorités nationales. Dans sa célèbre sentence Van Gend & Loos (5 février 1963), la Cour de justice des Communautés européennes considérait que la Communauté constituait « un nouvel ordre juridique de Droit international (...) dont les sujets sont, non seulement les États membres, mais aussi leurs nationaux ». Par conséquent, ainsi, le droit communautaire, autonome par rapport à la législation des États membres, « de même qu'il crée des obligations à la charge des particuliers, est également destiné à engendrer des droits qui s'incorporent à son patrimoine juridique ». Cela impliquait la reconnaissance que l'ordre juridique communautaire était appelé à établir des relations juridiques non seulement entre l'État et ses citoyens, mais aussi de ces derniers entre eux[116].

En définitive, la décision de Costa ENEL revêt une importance considérable pour l'autonomie interne établie du droit de l'UE vis-à-vis du droit des Etats membres de l'UE. Cela est clairement devenu la décision historique qui a ouvert la voie à l'autonomie externe de la loi de l'UE plus tard, quelque chose ayant une pertinence même dans le débat d'aujourd'hui sur l'adhésion à l'UE à la CEDH. Le droit communautaire jouit de l'effet direct et prime les droits nationaux des États membres parce qu'il est d'une nature

[114] CJUE, 15 juillet 1964 Costa v ENEL, aff. 6/64, ECR 585, para 6.

[115] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection , Springer, 2015, p.73

[116] F.F Segado, Le juge national comme juge communautaire de droit commun. http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2010/le_juge_national.pdf

différente de celle du droit international et ce, car il enferme en lui-même « l'exigence existentielle [117]» des principes d'effet direct et de primauté[118].

L'interprétation téléologique[119] de la CJUE des traités est donc considérée comme la première étape dans l'établissement d'un ordre constitutionnel fonctionnel qui est autonome des systèmes juridiques nationaux des États membres de l'Union[120]. Dans tous les cas où la CJUE a recouru à cette formule, l'invocation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union était liée à l'affirmation de la primauté susmentionnée du droit de l'Union européenne sur des règles (normes) contradictoires du droit interne[121]. Par exemple, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour de Luxembourg a déclaré: *la validité d'une mesure de l'UE ou de son effet dans un État membre ne peut être affectée par des allégations selon lesquelles elle est contraire aux droits fondamentaux formulés par la constitution de cet État ou aux principes d'une structure constitutionnelle nationale*[122]. Avant ces arrêts la Cour avait écarté le problème, refusant nettement de retenir les objections soulevées devant elle contre des actes communautaires au motif qu'ils méconnaitraient des droits fondamentaux[123].

Prima facie, les États membres n'avaient aucune difficulté à accepter la primauté du droit de l'UE. Cependant, la question soulevée par la Cour constitutionnelle allemande a causé

---

[117] Selon les termes même de Pierre Pescatore, à la fois juge à la Cour de justice de 1967 à 1985 et auteur majeur – quasi sanctifié – de la doctrine constitutionnelle de la Cour de justice.

[118] K. Alter, La Cour de justice de l'Union européenne et l'intégration juridique : maturité et limites d'un sous-champ des études européennes,« Lectures critiques », Revue française de science politique, vol. 61, no. 6, 2011, pp. 1145-1156.

[119] Voir Article 31 (1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; Voir aussi M. E Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Brill Academic Publishers, Leiden, 2009, p. 427 ff, et P. J. Kuijper, The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story in Enzo Cannizzaro (ed), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, Oxford, 2011,p. 256.

[120] Pour des questions liées au degré d'autonomie légale de l'UE par rapport au système juridique de ses États membres, voir en général R. Barents, The Autonomy of Community Law , Kluwer Law, La Haye, 2004.

[121] Voir, B. De Witte, European Union Law: How Autonomous is its Legal Order? (2010) 65 Zeitschrift für Öffentliches Recht p. 141,142. dans P. Gragl, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights », Hart Publishing Oxford, 2013

[122] CJUE, 17 déc 1970, Internationale Handelgesellschaft mbH /Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11/70, ECLI: ECLI:EU:C:1970:114, point 3. Dans cet arrêt, la Cour complète la jurisprudence Stauder en précisant que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté.

[123] Ch. Philip, La Cour de Justice des Communautés et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, in Annuaire Français de Droit International, Vol 21,1975, p 385.

des problèmes sur la question de savoir si le droit de l'UE pourrait être prioritaire sur les droits fondamentaux inaliénables contenus dans la loi fondamentale allemande[124].Au cours des années suivantes, la CJUE a tenté de clarifier sa position et de donner des assurances aux États membres. Dans les cas suivants, Luxembourg a expliqué que les droits fondamentaux de l'homme font partie du droit de l'Union[125]. Ces droits fondamentaux ne sont pas seulement des principes généraux du droit de l'Union européenne, mais s'inspirent aussi des traditions constitutionnelles des États membres, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de Strasbourg. Sur la base de cette nature constitutionnelle, toute la législation de l'UE peut revenir à une seule norme comme source définitive de validité, c'est-à-dire les Traités[126].Par conséquent, il est évident que le droit de l'UE doit nécessairement correspondre à un ordre juridique entièrement autonome de la législation de ses États membres. Plus important encore, en raison de questions pragmatiques, l'uniformité et l'efficacité du droit de l'Union seraient menacées si les tribunaux nationaux utilisaient leur constitutions respectives pour freiner l'application du droit de l'UE dans les États membres[127].Les traités sont autonomes dans le sens où ils ne sont pas déterminés par les ordres juridiques dont ils sont dérivés. En d'autres termes, une fois qu'ils ont été conclus, ils prennent une vie à part entière[128]. L'autonomie apparait alors comme un principe à double face, tantôt comme expression de la dynamique normative européenne et orientée vers la réalisation des objectifs de la construction européenne, tantôt comme vecteur de l'essence des États reçus dans leur identités, leur unité et la cohérence interne de leur système au plan de l'UE[129].

---

[124] Voir BvL 52/71 Solange I BVerfGE 37, 271 et 2 BvR 197/83 Solange II BVerfGE 73,339

[125] Voir en particulier CJEU, 12 nov 1969, Stauder /Ville d' Ulm, aff. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57 : Pour la première fois, la Cour de justice affirme qu'elle assure le respect des droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire.) ; CJUE, Internationale Handelsgesellschaft aff.11/70 ,ECLI:EU:C:1970:114 ; et CJUE, 14 mai 1974, Nold/Ruhrkohle Aktiengesellschaft, aff. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51

[126] A. Torrez Pérez, Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication, Oxford University Press,,Oxford, 2009, p. 52.

[127] Voir J. Wouters, National Constitutions and the European Union (2000) 27 Legal issues of Economic Integration 25, p. 64.

[128] Th. Schilling, The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations, 1996, 37 Harvard International Law Journal 389, p. 404.

[129] L. Potvin-Solis, Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire, in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, sous la direc. de J.CH Barbato et J-D Mouton, Brussel, Bruylant, 2010, p. 121.

Bien que les rédacteurs des traités n'incluent pas une clause explicite d'autonomie ou de primauté[130], existent deux dispositions relatives à la compétence exclusive de la CJUE et, partant, à l'autonomie juridique de l'Union. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, on peut trouver une référence implicite à l'autonomie légale de l'Union à l'article 19 §1 du Traité sur l'Union Européenne (TUE), qui confie à la CJUE le respect de la loi dans l'interprétation et l'application des traités, c'est l'autorité unique et ultime[131] de l'interprétation et la demande uniforme pour l'ensemble du droit de l'UE[132]. L'article 19 §1 TUE est donc parfois considéré comme la clause archétype de juridiction exclusive inflexible[133]. Jusqu'à présent, la préoccupation de la Cour de Luxembourg concernant l'application uniforme du droit de l'Union a dominé la plupart de sa jurisprudence[134]. L'article 19 §1 garantit par la suite la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg pour se prononcer sur le droit de l'UE, car elle doit avoir le dernier mot sur les tribunaux nationaux afin d'assurer l'uniformité juridique au sein de l'Union. Ces fonctions la rapprochent d'une Cour suprême, même si elle est dépourvue de toute autorité hiérarchique sur les juridictions nationales[135].

Une autre référence à l'autonomie juridique de l'Union européenne et, par conséquent, la compétence exclusive de la CJUE est énoncée à l'article 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Conformément à cette disposition, la Cour de Luxembourg est la seule responsable de régler les différends entre les États membres ou un État membre et les institutions de l'Union concernant l'interprétation ou l'application des

[130] Une telle clause a été incluse, par exemple, dans l'art VI, cl 2 de la Constitution des États-Unis d'Amérique.

[131] Voir H Ch Krüger, Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights 2002, vol 21 Penn State International Law Review 89, p.95.

[132] Voir F C Mayer, « Art 19 EUV ». in P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013, p. 33.

[133] Voir Y. Shany,The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford Univeristy Press, Oxford, 2003, p.180.

[134] Voir en particulier CJUE, 9 mars 1978, Simmenthal II, aff. 106/77 ECLI:EU:C:1978:49, point 14; CJUE, 13 déc 1979, Hauer/ Land Rheinland-Pfalz, aff 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, point14; CJUE,19 nov 1991, Francovich/ République d'Italie, , affaires jointes C-6/90 et C-9/90 ,ECLI:EU:C:1991:428, point 38 ; CJUE, 14 déc 1991,Avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, point 35 (Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les autres pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, relatif à la création de l'Espace économique européen.); CJUE. 26 avril 1994, Roquette Frères SA/Hauptzollant Geldern (Roquette Frères I), aff. C-228/92, ECLI:EU:C:1994:168, point 27.

[135] F.X Priollaud et D. Siritzky, Le Traité de Lisbonne, Texte et Commentaire, Article par Article des nouveaux Traités européens (TUE-TFUE), La documentation française, Paris, 2008, p.100.

traités, ce qui interdit aux États membres de soumettre un différend relatif au droit de l'UE à toute forme de règlement autre que ceux qui y sont prévus[136]. Pour ce qui concerne les différends entre États membres, il témoigne en effet d'une inclination non seulement à dénier toute autorité à un jugement international qui se prononcerait sur une question d'interprétation du droit communautaire, mais encore à poursuivre en manquement tout État membre qui se serait adressé à cette fin à un autre juge « international » que le Tribunal ou la Cour de Luxembourg. C'est-à-dire non seulement à ne pas reconnaître, mais aussi à « punir [137]».

L'article 344 octroie un monopole de juridiction à la Cour de justice sur tous les litiges du droit de l'Union européenne entre États membres[138]. En d'autres termes, une fois qu'un différend se pose concernant l'interprétation ou l'application des traités, les États membres n'ont d'autre moyen que de soumettre l'affaire devant la CJUE[139]qui assurera l'interprétation et l'application uniforme du droit de l'Union. Cela laisse simplement aux États membres une action en manquement en vertu de l'article 259 TFUE afin d'intenter des infractions présumées au droit de l'Union par d'autres États membres devant la Cour. Ainsi, l'objectif principal de l'article 344 TFUE est d'exclure d'autres juridictions internationales de juger des affaires impliquant les États membres de l'Union et, plus particulièrement, le droit de l'Union. Le juge apparait comme l'acteur incontournable de la préservation de l'autonomie juridique de l'Union et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union innerve l'article 344 TFUE[140]. L'inclusion de cette disposition visait en particulier à exclure la compétence de la Cour internationale de Justice (CIJ) dans les différends entre États membres qui ont accepté leur compétence soit sur la base d'un accord ad hoc spécial au titre de l'article 36 §1 du Statut de la Cour Internationale de Justice ou par l'utilisation d'une déclaration de clause facultative, conformément à l'article

[136] P.Gragl,The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing Oxford, 2013, p.21.

[137] J. Verhoeven, Sur les relations entre le juge communautaire et les « autorités » internationales. dans: Annuaire français de droit international, vol 54, 2008. p. 5.

[138] N.Petit et J. Pilorge-Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle? R.A.E-L.E.A 2014/4, p. 821.

[139] Voir, K. Lenarts, D. Arts, I. Maselis and R.Bray, Procedural Law of the European Union, 2ème edt, Sweet &Maxwell, Londres, 2006, p.492.

[140] M. Afroukh et L. Coutron, La compétence -exagérément?- exclusive de la Cour de Justice pour l'examen des recours interétatiques. dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. De F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1 p. 50.

36 §2 du Statut de la CIJ[141]. Sinon, les États membres pourraient intenter des actions impliquant l'interprétation et l'application du droit de l'UE devant la CIJ, ce qui favoriserait ultérieurement la fragmentation de l'ordre juridique de l'Union et entraverait ainsi son uniformité. L'article 344 TFUE est donc considéré comme une disposition de *lex specialis* au principe de la coopération loyale consacré par l'article 4 § 3 TUE, de sorte à interdire les juridictions nationales et internationales l'interprétation du droit de l'Union[142]. Le seul exemple à ce jour où l'article 344 TFUE a été explicitement invoqué par la Cour de Luxembourg est l'illustre affaire *Commission / Irlande (Mox PLANT)*[143] qui sera examinée en détail plus loin. En outre, comme la portée de l'article 19 § 1 du TFUE et de l'article 344 TFUE constituent l'essence même de l'autonomie[144] d'interprétation de la CJUE, ces deux dispositions joueront donc un rôle très important en ce qui concerne le droit international et donc l'adhésion à la Convention.

SECTION II : Les droits fondamentaux au regard de la compétence de la Cour.

La facette la plus remarquable des arrêts l'Avis 1/91, *Mox Plant et Kadi et Ali Barakaat / Conseil et Commission*[145], en particulier dans le cadre de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, est la portée définie de la compétence exubérante de Luxembourg. Cette interprétation approfondie repose principalement sur les quatre éléments principaux de l'autonomie juridique de l'Union européenne:

---

141 Voir Tobias Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, Moher Siebeck, Tübingen, 2010) p. 156. dans P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013

142 ibid 157.

143 CJUE.30 mai 2006, Commission / Ireland (Mox PLANT), aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345

144 Voir Schilling, « Autonomy » opt.cit , p. 398.

145CJUE. 3 sept 2008. Kadi et Al Barakaat / Conseil et Commission. aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P , ECLI:EU:C:2008:461.

(1) Une cour ou un tribunal international ne sera pas habilité à se prononcer sur la répartition interne des compétences entre l'UE et les États membres.

(2) Les décisions d'une juridiction internationale ne doivent pas lier intérieurement la CJUE et les autres institutions de l'Union.

(3)Un accord international ne doit pas modifier le caractère fonctionnel des institutions de l'UE.

(4) Un accord international ne doit pas contenir d'amendements cachés aux traités de l'Union.

Si un ou plusieurs de ces principes sont violés, l'autonomie juridique de l'Union européenne est inévitablement violée. En conséquence, Luxembourg doit suivre une approche active pour maintenir ces impératifs et donc l'autonomie du droit de l'UE. Pour mettre cette approche en pratique, la CJEU vise à: (a) protéger à la fois l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et la compétence exclusive de la CJUE; (b) limiter le choix et l'arbitrage d'autres cours et tribunaux internationaux par les États membres de l'UE; et (c) limitant la compétence des autres cours et tribunaux internationaux[146].En tant qu'autorité suprême du droit de l'UE en vertu de l'article 19 §1 TUE, Luxembourg se préoccupe raisonnablement de l'application uniforme et de l'interprétation de l'ordre juridique de l'Union. Cependant, certains critiques ont mis en doute le *modus operandi* de la CJUE en l'espèce, principalement en ce qui concerne la question de savoir si la compréhension approfondie de sa compétence exclusive est proportionnelle[147] ou si la CJUE a simplement élargi l'article 344 TFUE pour son propre compte[148], ce qui confirme la principe d'*effet utile*.

Grâce à l'interprétation approfondie de sa compétence dans l'avis 1/91 et dans l'affaire MOX Plant, la Cour de Luxembourg n'a laissé aucun doute quant à sa compétence exclusive en matière d'interprétation et d'application du droit de l'Union européenne. En outre, il est absolument inacceptable qu'une autre cour nationale ou internationale puisse empiéter sur le *«monopole»* juridictionnel de la CJUE consacré par l'article 19, paragraphe

[146] N. Lavranos, « Rechtsprechungsmonopol des EuGh » opt.cit p.458.

[147] N. Lavranos, « Scope of Exsclusive Jurisdiction » opt.cit p. 89.

[148] K. Schmalenbach, « Struggle for Exsclusiveness » op.cit p. 1053.

1 TUE et l'article 344 TFUE. De plus, la CJUE protège à la fois sa compétence exclusive et l'autonomie de la législation de l'UE - deux principes pratiquement axiomatiques qui sont étroitement liés[149]. L'idée, lancinante dans la jurisprudence de la Cour, est sans doute qu'il faut catégoriquement prévenir tout « risque qu'une juridiction autre que la Cour se prononce sur la portée d'obligations s'imposant aux États membres en vertu du droit communautaire »[150] , dès lors que la Communauté pourrait s'en trouver affaiblie[151].

Bien que Costa ENEL reste jusqu'à présent un poids fiable sur l'autonomie interne de l'ordre juridique de l'UE, le concept en tant que tel est plutôt flou; ainsi, des éclaircissements sur la Cour de justice ont été jugés indispensables. En 1991, le débat sur le concept d'autonomie de droit de l'UE est réapparu. Cette fois, il s'agissait d'un accord international qui devait être conclu entre l'Espace économique européen (EEE) qui était à l'avant-garde du débat juridique sur l'autonomie externe du droit de l'UE. L'accord en question prévoyait, entre autres, la création d'un tribunal intégré composé de juges des deux signataires, ayant juridiction obligatoire pour interpréter ses dispositions. Lorsqu'on lui a demandé un avis sur la compatibilité du projet d'accord avec le système des traités communautaires, la Cour de justice a soutenu que le tribunal proposé et la juridiction qui lui était attribuée en vertu de l'accord étaient susceptibles d'affecter l'autonomie de l'ordre juridique communautaire[152]. C'est ainsi que la Cour a souligné le fait que l'Espace économique européen devait être réalisé sur la base d'un traité international qui ne créait, en substance, que des droits et des obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoyait aucun transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il instituait. Selon la CJUE, l'Accord ne donnait aucune garantie ni de l'acceptation de l'acquis communautaire ni de l' homogénéité dans l'interprétation

---

149 B.De Witte, European Union Law: how autonomous is its Legal Order?, 2010 65 Zeitschrift für Öffentliches Recht p. 141, 150.

150 CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande, aff C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, point 177

151 J. Verhoeven , Sur les relations entre le juge communautaire et les « autorités » internationales. In: Annuaire français de droit international, vol 54, 2008. p. 8

152 CJEU, 14 décembre 1991, Avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, point.35, Voir aussi F. van den Berghe,, The EU and issues of human rights protection: same solutions to more acute problems? .2010, Eur Law J 16 (2): 112-157, p.148 et seq; T. Lock, EU Accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg, 2010, Eur Law Rev 35 (6): 777-798, p.781.

future du droit de l'UE[153]. Le raisonnement de la Cour de justice cette fois-ci était plutôt tenace[154]. *In concreto*, le paragraphe 21 de l'avis met l'accent sur l'importance du traité CEE qui, bien qu'il soit conclu en tant qu'accord international, selon la Cour de justice, a été perçu comme la charte constitutionnelle de l'Union européenne[155]. Cependant, de manière surprenante, la Cour de justice a parlé pour la première fois sur le caractère du traité CEE comme ayant des particularités d'un document constitutionnel. Néanmoins, cette partie de l'avis peut être critiquée pour ne pas préciser davantage ce que cela peut entraîner pour l'ordre juridique européen. Dans les paragraphes qui suivent, la Cour de justice semble avoir orienté le point en se concentrant sur les implications très pratiques de l'accord. En outre, elle a suggéré que, la simple existence de similitudes dans la formulation et le contenu des dispositions de l'accord, d'une part, et d'autre part, les dispositions du droit de l'UE ne peuvent pas garantir l'homogénéité dans l'application de ces provisions[156]. Cette partie du raisonnement peut être convaincante en ce sens que la Cour a insisté vigoureusement sur le rapprochement de sa jurisprudence avec l'accord proposé. Ceci est particulièrement notable en ce qui concerne ses constructions marquantes, y compris la primauté des dispositions du droit de l'UE sur les lois contradictoires des États membres de l'UE et l'effet direct des dispositions de la loi de l'UE conférant des droits aux citoyens qui peuvent être invoqués devant les juridictions nationales. Généralement, l'opinion 1/91 témoigne de la réticence de la Cour de justice à partager les fonctions judiciaires avec d'autres cours ou tribunaux internationaux[157], la Cour de Strasbourg étant un tel exemple potentiel. Dans l'avis 1/91 la CJUE a critiqué que la Cour EEE ait le droit de déterminer si dans un cas d'espèce la CEE ou ses Etats membres devaient apparaître devant la Cour EEE. Selon la CJCE la Cour EEE s'arrogerait ainsi le

---

153 I. Seidl-Hohenvelddern, L'avis n° 1-91 du 14 décembre 1991 de la CJCE concernant le projet d'accord sur la création de l'Espace économique européen. In Annuaire français de droit international, volume 37, 1991. p. 802

154 M.Ch Krafft, Le système institutionnel de l'EEE Aspects généraux , European Journal of International Law, 1992, p. 286.

155 CJUE, 14 décembre 1991, Avis 1/91, ECLI:EU:C:1991, point 21.

156 CJEU, 14 décembre 1991, Avis 1/91, ECLI:EU:C:1991, point.22.

157 C. Eckes ,EU Accession to the ECHR:between autonomy and adaption ,2013, Mod Law Rev 76 (2):254-285,p.259 ; P.Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing Oxford, 2013,p.83

droit de statuer sur la répartition des compétences à l'intérieur de la CEE[158]. Apparemment, elle rejette l'existence de toute concurrence juridictionnelle avec les tribunaux de l'UE, surtout lorsqu'elle est imposée par un accord extérieur qui, à son tour, porterait gravement atteinte à l'architecture judiciaire unique imposée par les traités. Cela, comme l'argument l'explique, peut sembler convaincant en ce qui a permis à la Cour de s'acquitter de ses tâches sans faire l'objet d'une réclamation concurrente sur des questions de compétence. L'avis 1/91 signifie un changement marqué dans la ligne de raisonnement employée dans Costa ENEL, qui a principalement porté sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE vis-à-vis des ordres juridiques de ses Etats membres. Cette fois, l'accent a été mis sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE vis-à-vis de l'ordre juridique international ou, tout simplement, de l'autonomie extérieure de l'ordre juridique de l'UE. Ce cas aura une place remarquable dans le débat sur l'adhésion de l'UE à la CEDH, car cela implique l'examen que la Cour de Strasbourg peut entreprendre sur certaines parties de la CEDH qui sont déjà intégrées au fond du droit de l'UE.

Nonobstant la solidité du raisonnement de la Cour dans l'avis 1/91, la bataille pour l'autonomie devait être combattue pendant plus longtemps[159].En attendant, un autre cas controversé est apparu au centre du discours, qui devait être immunisé face aux juridictions du droit international[160]. Les faits de la présente affaire concernent un conflit qui s'est produit entre deux États membres de l'UE, à savoir la république d'Irlande et le Royaume-Uni sur une centrale nucléaire située à *Sellafield*, sur la côte de la mer d'Irlande. En l'apparence, le Royaume-Uni n'a pas réussi à produire une évaluation d'impact sur les effets possibles que Mox Plant aurait sur l'environnement. Insatisfaite de la négligence des autorités du Royaume-Uni pour régler cette question et se préoccuper d'un éventuel incident nucléaire, la République d'Irlande a intenté une action devant le Tribunal international pour le droit de la mer (TIDM)[161], établi par la Convention des Nations Unies

[158] I. Seidl-Hohenveldern L'avis n° 1-91 du 14 décembre 1991 de la CJCE concernant le projet d'accord sur la création de l'Espace économique européen. opt.cit pp. 803.

[159] Voir aussi deux autres cas importants et autorisés sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE qui, en raison du manque d'espace, seront omis de l'examen: CJUE, 18 avril 2002, Avis C-1/00 Accord ECAA (Espace aérien européen commun) ECLI:EU:C:2002:231 et CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09 (Accord sur la Cour des brevets européenne et communautaire) ECLI:EU:C:2011:123.

[160] M. Mendez, The enforcement of EU agreements: bolstering the effectiveness of treaty law?, 2010,Common Market Law Rev 47 (6): 1719_1756, p.1751.

[161] CJUE, 30 mai 2006, Commission/.Ireland (Mox Plant) aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345.

sur le droit de la mer (CNUDM, ou UNCLOS)[162]. Même si les deux États étaient partie à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, certains aspects couverts par la Convention relèvent des compétences européennes. Cette dernière avait rejoint ses États membres à la Convention sous la forme d'un accord mixte[163]. La question a été aggravée lorsque la Commission européenne a engagé des poursuites en vertu de ce qui est maintenant l'article 258 TFUE contre la République d'Irlande pour avoir prétendument violé les anciens articles 10 et 292 TFUE respectivement[164]. Le premier a demandé aux États membres de l'UE de prendre toutes les mesures appropriées à leur disposition pour assurer le respect des obligations découlant des traités; considérant que ce dernier a exhorté les membres de l'UE à ne pas soumettre un différend concernant l'interprétation ou l'application des traités à un tribunal autre que prévu par celui-ci. Dans son avis à l'affaire, l'Avocat général *Maduro* a souligné l'importance du "devoir de loyauté" ou du devoir de coopération en vertu de l'article 10 du TCE et du monopole juridictionnel des tribunaux de l'UE, ce qui implique que lorsque les dispositions d'un accord entrent dans le champ d'application d'un domaine couvert uniquement par le droit de l'UE , la Cour de l'UE peut se prononcer sur l'interprétation et l'application de ces règles (la CEDH peut également être un tel exemple)[165]. Et c'est sans doute parce qu'elle a été, du moins officieusement, consultée qu'elle n'a pas tenu grief à la Belgique et aux Pays-Bas d'avoir eu recours à un arbitrage *ad hoc* dans l'affaire dite du *Rhin de fer*, pour faire trancher leur différend relatif aux conditions de la réactivation d'une ligne de chemin de fer mettant en cause la protection (communautaire) de l'environnement[166]. Il n'appartiendrait pas aux États de

---

[162] La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a été signée à Montego Bay en Jamaïque, le 10 décembre 1982; Voir aussi:N. Lavranos, The Mox Plant and IJzeren Rijn disputes:which court is the supreme arbiter?, 2006, Leiden J Int Law 19 (1):223-246, p.224/5 et seq.

[163] J.O.U.E, 23/06/1998, n° L 179 du p. 0001 – 0002, Décision du Conseil ,98/392/CE.JO 1998 L 179, concernant la conclusion par la Communauté européenne de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de ladite convention, p.1

[164] CJUE, 30 mai 2006, Commission/.Ireland (Mox Plant case) aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345,point 15

[165]Conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro présentées le 18 janvier 2006. Commission des Communautés européennes contre Irlande. Affaire C-459/03.

[166] V. Barral, La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale , RGDIP, 2006, p. 652, note 22.

décider seuls de la portée et des effets du droit communautaire ; ceux-ci doivent être déterminés dans le cadre communautaire, particulièrement par la Cour de justice des Communautés européennes[167].

Plus concrètement, lié à la question de savoir si la compétence de la Cour est exclusive en ce qui concerne les dispositions d'UNCLOS, AG *Maduro* a reconnu le caractère non exclusif des compétences de l'UE en matière de politique environnementale, domaine dans lequel l'UE et ses États membres jouissent des compétences concurrentes. Cependant, après avoir rappelé la formule *ERTA / AETR*[168], AG *Maduro* a estimé qu'une fois que l'UE a exercé de telles compétences et adopté des règles communes, les États membres sont empêchés d'exercer leurs pouvoirs affectant ces règles[169].En outre, dans les paragraphes suivants, AG *Maduro* a condamné les efforts de la République d'Irlande pour inviter le TIDM pour les obligations du Royaume-Uni en vertu de la législation européenne, qui, selon la demande de l'Irlande coïncident avec celles assumées en vertu de la CNUDM. Ceci, comme on peut le constater, a montré une réticence de la part de l'Irlande à coopérer avec les institutions de l'UE en matière de droit de l'Union. Sur ce point, *Neframi* suggère que le devoir de coopération loyale implique le *"devoir de fond pour garantir la mise en œuvre effective de l'accord mixte dans son intégralité, rempli par l'obligation procédurale de coopération de se référer à la Cour de justice"*[170]. De même, l'arrêt de la Cour de justice s'est fondé en grande partie sur les arguments de l'Avocat Général *Maduro*, soulignant, entre autres, que l'ouverture d'une procédure devant un tribunal autre que prévu dans les traités risque de porter gravement atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE , en

---

[167] Y. Kerbrat Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale. In: Annuaire français de droit international, vol 50, 2004. p 610.

[168] CJUE, 13 mars 1971, Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes - Accord Européen sur les Transports (AETR), aff. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32.

[169]Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 18 janvier 2006. Commission des Communautés européennes contre Irlande. Affaire C-459/03, point 19, para 23

[170]E. Neframi, The duty of loyalty: rethinking its scope through its application in the field of EU external relations, 2010, Common Market Law Rev 47 (2):323-359, p.335.

particulier « l'ordre des compétences fixé par les traités[171] *»*, en dessaisissant les tribunaux de l'UE de leur exclusivité de compétence. À son tour, la décision a commencé avec l'avis de la Cour de justice que les accords conclus par l'UE font partie intégrante de l'ordre juridique de l'UE qui *« sont obligatoires pour les institutions de la Communauté et les États membres*[172] *».* Peut-être, on peut soutenir qu'un accord conclu sur la base d'une compétence partagée, divisé entre l'UE d'une part et ses États membres, d'autre part, fait également partie de l'ordre juridique de l'UE. Par conséquent, la compétence de la Cour de justice s'étend à l'ensemble des dispositions de l'accord. Par la suite, les paragraphes suivants de l'avis se sont concentrés sur l'existence d'une compétence de l'UE sur les dispositions de l'accord; et, le cas échéant, si la compétence de la Cour de justice est exclusive de nature à mettre un terme à l'Irlande de porter l'affaire devant un tribunal autre que celui prévu en vertu des traités. La Cour de justice a répondu aux deux questions par l'affirmative. En ce qui concerne la première, la Cour a reconnu que l'UE jouit d'une compétence externe en matière de protection de l'environnement partagée avec ses États membres; en outre, la majorité des dispositions invoquées par l'Irlande ont été largement couvertes par les règles secondaires (le droit dérivé) de l'UE. Considérant que, pour la seconde, la Cour a estimé que simplement un accord international, dans le cas d'espèce, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ne peut affecter la compétence exclusive de la Cour qui s'étend à l'interprétation et à l'application de la législation de l'UE[173]. Le jugement et le raisonnement employé de celui-ci, encore une fois, est frappant de son incapacité à tenir compte du contexte international du différend. *Biehler* fait valoir que la Cour aurait jugé à tort en faveur de son exclusivité, en négligeant peu à peu les règles du droit international *"régissant l'affirmation contradictoire des juridictions"*[174].De plus, on peut souligner à juste titre que l'Irlande a correctement décidé d'engager une procédure devant un tribunal spécialisé sur le droit de la mer prévu par la Convention des

---

*171*CJUE, 30 mai 2006, Commission/.Ireland (Mox Plant case) aff. C-459/03, ECR I-4635.,point 15 para 154; et P. Gragl ,The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013,p.83

172 CJUE, 30 mai 2006, Commission/.Ireland (Mox Plant case) aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345,point 15, para 81.

173 CJUE, 30 mai 2006, Commission/.Ireland (Mox Plant case) aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, point 15, para. 132.

174G Biehler, Procedures in International Law, Springer, Berlin, 2008, p.328.

Nations Unies sur le droit de la mer. Un tel argument peut être considéré comme logique, en gardant à l'esprit que même la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit l'application de règles *lex specialis* et *lex posterior* en cas de conflit de normes. En temps voulu, *Klabbers* critique à juste titre l'approche suivie par la Cour de justice, qui, selon ses mots, *"aspire à construire une clôture autour du droit de l'UE, risquant ainsi de placer l'UE hors du droit international"*[175].Certes, ces normes devraient être considérées comme jouant un rôle de base en ce qui concerne les relations entre les Cours de Luxembourg et de Strasbourg dans la phase post-adhésion.

Avec l'avis 1/91 et l'arrêt MOX Plant, la CJUE a appliqué et confirmé le concept d'autonomie juridique de l'Union, plus explicitement en droit international. Par conséquent, le droit international en général, non seulement dans les accords internationaux, mais aussi sous la forme de juridiction et de jugement des tribunaux internationaux, ne peut en aucun cas entraver l'autonomie du système juridique de l'UE. Si les États membres souhaitent modifier cette autonomie juridique, ils doivent modifier ou réviser les traités existants. Plus précisément, la notion d'autonomie juridique de l'Union doit être considérée comme étant à l'abri des intrusions causées par les activités relationnelles externes de l'UE et de ses États membres[176]. Seul Luxembourg est chargé d'observer la cohérence et l'uniformité aspirées du droit de l'UE dans tous les États membres en vertu des dispositions des traités. Comme la Cour a jugé dans son jugement fondateur dans *Foto-Frost / Hauptzollant Lübeck-Ost*, l'objectif principal des pouvoirs qui lui sont conférés par les traités est de veiller à ce que le droit de l'Union soit uniformément appliqué[177].La compétence de la CJUE englobe par conséquent toutes les lois de l'Union[178] et donc aussi le droit international *«syndiqué»*[179]. Compte tenu de ces arguments, les exigences de la compétence exclusive et définitive de la

---

175 J. Klabbers, Treaty conflict and the European Union, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p.148.

176 N. Lavranos, « Scope of Exclusive Jurisdiction », opt.cit . p. 90.

177 CJUE. 22 oct 1987, Foto-Frost/Hauptzollant Lübeck-Ost, aff.314/85, ECLI:EU:C:1987:452, point 15.

178 Voir la dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 24 du TUE, qui exempte la plupart de la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union de la compétence de la Cour.

179 CJUE.30 avril 1974, R. & V. Haegeman contre État belge, aff. 181/73, ECLI:EU:C:1974:41, point 5 ; CJUE 15 oct 1994, République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne (Bananas-Common Organisation of the Markets) aff. C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367, point 144 ; CJUE 23 novembre 1991 République portugaise contre Conseil de l'Union européenne (Market Access in Textile Products). aff.C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574, point 47.

CJUE énoncées à l'article 19, paragraphe 1, du TUE et à l'article 344 TFUE sont une disposition évidente et nécessaire pour assurer la suprématie, l'unité et la cohérence du droit de l'Union européenne. Si les États membres ont réglé leurs différends impliquant le droit de l'Union devant une juridiction internationale de leur choix, les chances de fragmentation de la législation de l'UE seraient extrêmement élevées[180].

Le jugement de MOX Plant était donc une véritable décision historique. Il est apparu *«directement sur la trajectoire la plus ancienne et la plus conservatrice de la réflexion européenne sur le rôle du droit international et ses relations avec le droit national[181]».* L'aspect le plus innovant de ce jugement est le fait que les États membres, qui interrogeaient la compétence luxembourgeoise dans un cas concret, doivent s'abstenir de soumettre le différend à un tribunal international ou à un tribunal arbitral avant de consulter la CJUE[182]. Une conséquence possible pourrait être que cette ligne de conduite laissera une lacune dans le système de protection judiciaire. Par exemple, si un différend impliquant à la fois le droit de l'Union et le droit international ne pouvait être soumis à la CJUE, mais la CJUE se soit montrée réticente à interpréter ou à appliquer le droit international, le résultat serait un écart considérable et indésirable de la protection des droits de l'homme[183]. Néanmoins, selon sa jurisprudence invariable et constante, la CJUE reste le seul arbitre compétent pour répondre aux questions de compétence dans tous les cas impliquant le droit de l'UE.

---

180 N. Lavranos, « MOX Plant and Ijzeren Rijn » opt .cit (n36) p. 234.

181 M. Koskenniemi, « International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education, 2007, 1 European Journal of Legal Studies, 1.

182 J.Helioskoski, Mixed Agreements as a Technique for Organising the International Relations of the European Community and its Member States , La Haye, Kluwer Law, 2001, p.61.

183 J. Klabbers, Treaty Conflict and the European Union, Cambridge, Cambridge University Press, 2009p. 148.

1§. L'incidence sur les compétences de la Cour.

Aux fins de ce chapitre, il est essentiel de regarder de plus près la relation entre l'autonomie juridique de l'Union et le droit international en général, en particulier lors de l'examen de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, un traité international sur les droits de l'homme. Afin de comprendre et de résoudre les problèmes de compétence, l'adhésion entraînera pour le concept d'autonomie juridique de l'Union, les relations passées et présentes de l'UE avec le droit international doivent être rigoureusement examinées. Cette section met donc l'accent sur le sens de l'autonomie du droit de l'UE dans son aspect extérieur, c'est-à-dire le système juridique international en général. De plus, l'expansion des compétences de l'Union, qui englobe de plus en plus de domaines politiques et donc l'expansion de la compétence de l'Union, pourrait conduire à des conflits juridictionnels avec d'autres tribunaux internationaux ou des organes quasi judiciaires dans le futur. En particulier, en raison de la formule de renommée : - *AETR*[184] - prononcée par la Cour de Luxembourg, l'Union acquiert automatiquement une compétence externe exclusive dans un domaine politique dans lequel elle a déjà promulgué une législation. Ce développement a entraîné une énorme expansion des activités de l'Union européenne au niveau international, notamment par la ratification de plusieurs accords internationaux et adhésions dans des organisations internationales[185]. Dans le cadre de « ses relations avec le reste du monde », l'Union a pour objectif, en vertu de l'art.3, § 5, TUE, d'affirmer et de promouvoir ses valeurs et de contribuer notamment à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant[186]. Plus largement, dans le cadre de ses relations extérieures, l'Union a pour objectif, en vertu de l'art.21, § 2 TUE, *« de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et les principes du droit international ».* Cet objectif vaut ainsi pour l'ensemble de l'action extérieure de l'Union. Plusieurs dispositions spécifiques du TUE (art.23) et du TFUE (art.205, 208, 212, et 214) redoublent

---

184 CJUE 31 mars 1971, Commission/ Conseil (AETR) aff 22/70 , ECLI:EU:C:1971:32, point 19.

185 1 N.Lavranos, « Concurrence of Jurisdiction between the CJEU and other International Courts and 8 5

Tribunals, EUSA Ninth Biennal International Conference", Mars 31-Avril 2,2005, Austin Texas, Conference Paper 1,12 http://aei.pitt.edu/id/eprint/3016; voir aussi P .Eeckhout, EU External Relations Law, Oxford University Press Oxford, 2011.

[186] F. Picaud, "Traité de Lisbonne, libertés et droits fondamentaux", Jurisclasseur Libertés, 01.05.2010,p.4

cette exigence en indiquant que l'action de l'UE sur la scène internationale est menée conformément à de tels objectifs. On observe parallèlement un développement et une diversification des modes de projection des droits fondamentaux dans les relations internationales. En outre la stratégie de l'Union devient plus visible et tend à une efficacité croissante[187].

Malgré la décision de la CJUE dans *Van Gend en Loos / Netherlands Inland Revenue Administration*, déclarant que la *«Communauté constitue une nouvelle loi du droit international[188]»*, la Communauté économique européenne était, sans doute, au moins à son origine, une créature du droit international[189], sans doute une organisation internationale[190] qui, prétendument à partir des années 1960, a été transformée en un ordre juridique constitutionnel *sui generis*[191]. L'intention principale de la CJUE de délimiter le droit de l'Union du droit international a été de nouveau de maintenir la suprématie du droit de l'UE sur l'application domestique du droit international. En conséquence, les États membres dotés de constitutions dualistes, en s'appuyant sur le concept de transformation pour mettre en œuvre le droit non-interne de l'UE dans leur propre ordre juridique, ne pouvaient pas atténuer ou même annuler l'efficacité du droit de l'Union en adoptant une *lex postérieur* dérogatoire[192]. Mais même en tant que système juridique autonome, le droit de l'Union européenne n'a pas cessé de faire partie du droit international. Les Cours de l'Union considèrent que l'UE est liée par le droit international, en particulier par des traités

---

187 J.Auvret-Finck, "La projection des droits fondamentaux dans les relations extérieures", in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, Dans le sillage de la Constitution européenne, J.Rideau (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009,p.407.

*188*CJUE 5 févr 1963 Van Gend en Loos/ Netherlands Inland Revenue Administration, aff 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, point 25.

189 Voir JHH Weiler, The Transformation of Europe, 100 Yale Law Journal, 1991, p.2403, 2413; Voir aussi Schilling, « Autonomy" opt cit (n12) 403.

190 JHH Weiler et Ulrich R Haltern, "Constitutional or International? The Foundation of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz –Kompetenz" in Anne-Marie Slaughter,Alec Stone Sweet and JHH Weiler, éd, The European Courts and National Courts:Doctrine and Jurisprudence , Oxford, Hart Publishing,1998, p. 342,

191 JHH Weiler et U.R Haltern, The autonomy of the Community Legal Order-Through the Looking Glass 37 Harvard International Law Journal 411, 1966, p.420.

192 Peters opt.cit p. 244.

auxquels l'UE elle-même est partie[193], mais aussi à d'autres traités[194] et au droit international coutumier[195]. En outre, la Cour de Luxembourg a estimé qu'elle interpréterait le droit dérivé[196] conformément au droit international[197]. Cette autonomisation n'empêche pas la Cour de faire appel aux principes et règles de droit international lorsque c'est nécessaire[198], tout en n'hésitant pas non plus à récuser toute règle de droit international qui irait à l'encontre du cadre constitutionnel créé par le traité. Par conséquent, le rôle de la Cour est de garantir l'intégrité du droit de l'UE face au droit international. C'est donc à un contrôle étendu sur les relations internationales de l'Union Européenne que se livre la Cour. En effet, la condition du droit international, notamment conventionnel dans l'ordre juridique de l'UE, ne fait pas l'objet de dispositions générales des traités[199].

La Cour s'est reconnue également le droit de contrôler *a posteriori* les accords internationaux de l'UE. En étendant indirectement ses compétences aux différends entre l'UE et les États membres d'une part, et les États tiers et les organisations internationales, d'autre part, la Cour s'est forgée une propre titre de compétence et n'est donc plus tenue de

---

193 Art 218 TFUE dans F-X.Priollaud et D.Siritzky, « Le Traité de Lisbonne, Texte et commentaire Article par Article des nouveau Traités européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, Paris, 2008, p. 319 et CJUE, 26 oct 1982. Kupfberg & Cie (Kupfberg I) aff.104/81,ECLI:EU:C:1982:362, point 11.

194 1 Par exemple, conformément à l'article 78, paragraphe 1 TFUE, la politique commune d'asile, de
9
4

protection subsidiaire et de protection temporaire doit respecter le principe du non-refoulement et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le Protocole du 31 janvier 1967 relatif au Statut des réfugiés.

195. Voir l'article 3, paragraphe 5, du TUE et le paragraphe 21 de l'article 21 du traité de l'Union européenne, qui fait implicitement référence au droit international coutumier. Voir aussi CJUE.16 Juin 1998. Racke GmbH v Hauptzollant Mainz aff. C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293, point 25; et CJUE. 22 Janv 1997.Opel Austria GmbH c Conseil, aff.**T-115/94.** ECLI:EU:T:1997:3, point 77.

196 Voir CJUE. ,24 nov 1992. Poulsen aff. C-286/90, ECLI:EU:C:1992:453, point 9; CJUE.9 oct 2001. Royaume des Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne. aff. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523, point 55.

197M. Bronckers, « The Relationship o the EC Courts with other International Tribunals: Non-Committal, Respectful or Submissive?" .2007. Common Market Law review 601, p. 602; Lavranos "Concurrence" opt; cit p.12.

198 A. Berramdane, « L'application de la costume International dans l'ordre juridique communautaire », CDE, 2000,p.253

[199] V. Constantinesco, La CJCE et le droit International, in Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Ch.Chaumont, Pedone, Paris, 1984, p.35

se référer aux règles du droit international et notamment aux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986.[200]

Dans ce contexte, les Nations Unies et sa Charte, parfois considérées comme une constitution pour la communauté internationale[201], occupent une position particulière. Mais l'Union européenne n'est pas membre des Nations Unies et elle ne peut devenir membre puisque les Nations Unies ne sont ouvertes qu'aux États-nations selon l'article 4 de sa Charte. Cela signifie que, d'un point de vue formel, l'UE n'est pas obligée de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité. À plusieurs reprises, cependant, ces résolutions ont également demandé à l'organisation internationale de les respecter[202]. Avant d'examiner l'extension des compétences de la Cour en matière de droit international par la voie du traité de Lisbonne, il faut se tourner vers la jurisprudence antérieure, et tout particulièrement versa la jurisprudence récente relevant de la lutte contre le terrorisme international, afin de montrer que l'extension des compétences de la Cour se fait d'abord par voie prétorienne[203]. Quant aux résolutions du Conseil de sécurité, dans sa jurisprudence récente relevant de la lutte contre le terrorisme international, la Cour par le biais de « quelques acrobaties juridiques [204]» s'est déclarée compétente pour se prononcer sur leur portée juridique après s'être gardée d'y procéder dans plusieurs affaires. L'attention du juge s'est concentrée, principalement sur le respect des droits de la défense et sur celui du principe du droit à une protection juridictionnelle effective[205].

---

[200] M. Nekmouche, L'extension des compétences de la Cour de Justice , in Quel avenir pour l'intégration européenne ? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne, A.Berramdane, W.Cremer, A.Putter, J.Rossetto (dir.),PUFR, Tours,2010, p.58

[201] B. Fassbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community .1998. 36 Columbia Journal of Transnational Law, p. 531,542.

[202] N. Lavranos, « Concurrence » opt.cit p. 20.

[203] M. Nekmouche, L'extension des compétences de la Cour de Justice , *op.cit*, p.60

[204]D.Simon et F.Mariatte, Le Tribunal de première instance des communautés.Professeur de droit international ? , Rev.Europe n°1, 1 jan.2005,p.10, CJUE, 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/Conseil et Commission,, aff.T-306/01 ECLI:EU:T:2005:331,

[205] Y. Moiny, Le contrôle, par le juge européen, de certaines mesures communautaires visant à lutter contre le financement du terrorisme , JDE, mai 2008, p. 137.

Par exemple, dans son jugement *Kadi et Al Barakaat v Conseil et Commission*[206], qui est précisément acclamé comme une forte confirmation de l'autonomie du droit de l'UE en matière de droit international, la Cour de Luxembourg a examiné les effets d'un telle résolution du Conseil de sécurité et a discuté de ce qui s'appelle *« la relation entre l'ordre juridique international sous l'Organisation des Nations Unies et l'ordre juridique communautaire.* [207]»

À *Kadi*, la CJUE a rappelé le fossé permanent et inextricable entre l'ordre juridique *"domestique"* de l'Union et le droit international[208]. En suivant l'avis de l'Avocat Général *Maduro*[209], la Cour de Luxembourg a statué que:

le contrôle par la Cour de la validité de toute mesure communautaire à la lumière des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté fondée sur l'État de droit , d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome qui ne doit pas être compromis par un accord international[210].

Kadi est apparu à la lumière d'une campagne bien orchestrée de la part de la communauté internationale contre le terrorisme. Cette fois, un règlement de l'UE a été adopté qui a copié certains segments de la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU qui ont cité certaines organisations et personnes physiques comme soupçonnées de financer des activités terroristes[211]. La résolution du Conseil de sécurité de l'ONU a fait appel à la

---

206 Pour un compte rendu complet des antécédents de l'affaire voir A. Posch, The Kadi Case: Rethinking the relationship between EU Law and International Law? .2009.15 The Columbia Journal of European Law Online 1, p. 1.

207 CJUE. 3 sept 2008. Kadi et Al Barakaat / Conseil et Commission. aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P , ECLI:EU:C:2008:461 ,point 290.

[208]J. D'Aspremont et F. Dopagne, Kadi: The CJEU's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders , 2008. 5 International Organisations Law Review p.317, 371.

[209] Voir, CJUE. 3 sept 2008. Kadi et Al Barakaat / Conseil et Commission. aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, point 290. Conclusions de l'AG Maduro, para 24, affirmant que «la relation entre le droit international et l'ordre juridique communautaire est régie par l'ordre juridique communautaire lui-même, et le droit international ne peut entraver cet ordre juridique que dans les conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté».

[210] CJUE. 3 sept 2008. Kadi et Al Barakaat / Conseil et Commission. aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

[211] J.O.U.E, 29.05.2002, Règlement (CE) n°881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées au réseau Al Qaida et au Talibans.

communauté internationale pour des moyens plus efficaces de lutte contre le terrorisme international par le biais des soi-disant *«sanctions intelligentes»*[212]. Par ailleurs, il est à noter que le contrôle international se rapportant à ces actes de sanctions est limité voire inexistant. Le système des Nations Unies ne permet pas la contestation directe d'une résolution du CS. La seule voie possible est celle de l'avis consultatif, laquelle n'est couverte ni aux individus, ni aux États membres, mais aux organes des NU. En effet la Cour internationale de justice ne dispose, ni en vertu de son Statut ni en vertu de la Charte, d'un pouvoir de contrôle de la validité des actes pris par les organes politiques des NU, dont le Conseil de sécurité[213]. Dans sa sentence du 2 décembre 1963, Cameroun septentrional, elle avait rappelé qu' *« il y a des limitations inhérentes à l'exercice de sa fonction judicaire[214]. »* Dans son avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les États de la précéder son analyse du « dictum » suivant : *« Il est évident que la Cour n'a pas le pouvoir de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit[215].»* Toutefois sur la légalité de décisions de gels des fonds doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, ainsi que de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits et de détournement de pouvoir. Ce contrôle restreint s'applique, en particulier, à l'appréciation des considérations d'opportunité sur lesquelles de telles décisions sont fondées[216].»

Cette décision a effectivement produit plus ou moins directement de nombreuses conséquences, des « suites » – à la fois du côté de l'Union européenne et de l'ONU –

---

212 F.De Londras et S.Kingston, Rights,security, and conflicting international obligations:exploring inter-jurisdictional dialogues in Europe,2010, Am J Comp Law 58:359-414., p.366; Concernant les sanctions au niveau de l'UE voir :P. Koutrakos ,Trade, foreign policy and defence in EU constitutional law: the legal regulation of sanctions, exports of dual-use goods and armamants, Hart Publishing, Oxford,2001, p.49-90; Pour le régime general des sanctions des Nations Unies voir: JM. Farrall, United Nations sanctions and the rule of law, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

213 2 S.M.Schwebel, "Relations between the International Court of Justice and the United Nations." In
1
3

Mélanges Michel Virally : Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Pedonne, Paris, 1991.p 431-433.

214 CIJ, Recueil 1963, p.29

215 CIJ, Recueil 1971,p.88.

[216] P. Gillaux, "L'intensité du contrôle par les juridictions communautaires", JDE, 2001p. 37.

pouvant laisser penser qu'un équilibre acceptable avait été obtenu entre l'action en matière de sécurité internationale et la protection des droits fondamentaux [217].

En l'espèce, le requérant était une personne physique qui fait appel de la mesure de sa compatibilité avec les normes fondamentales relatives aux droits de l'homme telles qu'elles sont garanties par le droit de l'UE. Yassin Abdullah Kadi, un homme d'affaires, s'est retrouvé dans le règlement concerné. Le requérant a invoqué trois motifs possibles pour étayer ses prétentions, à savoir le droit à la propriété, le droit d'être entendu et le droit à un recours juridictionnel effectif. Comparaissant devant le Tribunal de première instance (maintenant le Tribunal), le requérant n'a trouvé aucune réparation proportionnée. Le Tribunal a clairement exprimé sa déférence envers le règlement profondément enraciné dans le système des Nations Unies. Néanmoins, dans certains paragraphes, il est surprenant de constater que le Tribunal a jugé qu'il était habilité à vérifier la mesure de son respect du *jus cogens*[218], mais il a observé que ce n'était pas le cas. Bien au contraire, la Cour de Justice, dans une décision radicale, a annulé la décision du Tribunal et soutenu les allégations avancées par le requérant[219]. Elle a rendu, jusqu'ici, selon les propos de *Tridimas* et *Gutierrez-Fons*, probablement le jugement le plus important sur les droits fondamentaux et sur la relation entre le droit de l'UE et le droit international[220]. D'une manière générale, le jugement a suivi l'ancienne jurisprudence sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE; pourtant, cette fois, le langage employé était plus sévère, compte tenu du fait que la loi de l'ONU était en jeu. Ironie du sort, l'Union est attachée à son devoir de traité en vertu Art.3 § 5 TUE qui affirme qu'elle doit contribuer *« ... au strict respect et au*

---

[217] J.-M. Thouvenin, Le choc du droit communautaire et du droit international, encore l'arrêt *Kadi* , RMCUE, 2009, p. 31.

[218] CJUE (TPI) ,21 sept 2005, Yassin Abdullah Kadi c. Conseil , aff. T-351/01,ECLI:EU:T:2005:332 point. 226; Par rapport au sujet du jus cogens, voir l'excellente contribution de : A.Orakhelashvilli, Peremptorynorms in international law , Oxoford University Press, New York, 2009.

[219] F. De Londras et S.Kingston, Rights, security, and conflicting international obligations: exploring inter-jurisdictional dialogues in Europe, 2010, Am J Comp Law 58:359-414. p p. 391/2.

[220]T. Tridimas et JA Gutierrez –Fons, EU law, international law and economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress? 2008, Fordham Int Law J 32(2):660-730, p.661.

développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations Unies [221]».

Plus précisément, le jugement a commencé par reconnaître que l'UE devrait respecter ses obligations assumées en vertu du droit international[222]. Pour reprendre les mots de l'AG *Maduro*, le droit de l'UE et le droit international ne *« se croisent pas sans jamais se rencontrer (pass like ships in the night)»*, au contraire, l'UE cherche toujours à jouer un rôle constructif sur le plan international. En outre, après avoir rappelé une prononciation faite d'abord à Les Verts, elle a souligné l'engagement robuste en faveur de la règle de droit, ce qui implique que ni les institutions de l'UE ni les États membres de l'UE ne peuvent éviter l'examen de la légalité de leurs actes pour le respect du traité CE[223]. En dépit de ces règles souples internationales utilisées au début, la langue utilisée par la Cour de justice dans les paragraphes suivants a éclaté dans la déclaration que *«un accord international ne peut affecter l'attribution des pouvoirs fixés par les traités ou, par conséquent, l'autonomie du système juridique communautaire «* [224]. Cette affirmation est très difficilement conciliable avec l'attitude prédominante parmi les chercheurs qui soutiennent que la Charte des Nations Unies est la constitution de la communauté internationale; ainsi, elle est obligatoire pour tous les sujets du droit international[225]. Par exemple, *Fassbender* soutient que la Charte des Nations Unies fournit un *«document visible»*, compromettant à la fois les droits fondamentaux et les responsabilités des

---

221 F-X.Priollaud et D.Siritzky, Le Traité de Lisbonne, Texte et commentaire Article par Article des nouveau Traités européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, Paris, 2008, p. 34.

222 CJUE, 3 sept 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, C-402/05 P et C-451/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, point 28, para.291. Voir aussi: CJUE, 16 janvier 2008, Conclusions de l'AG Maduro, Kadi et Al Barakkat International Foundation/ Commission, C-402/05 P et C-415/05 P, point 22 . Voir également J. Rideau, Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne,France, Bruylant Collection Droit et justice, pp.414, 2011.

223 CJUE, 3 sept 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, C-402/05 P et C-405/05 P , ECLI:EU:C:2008:461, point 28, para. 281.

[224]CJUE, 3 sept 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, C-402/05 P et C-405/05 P , ECLI:EU:C:2008:461, point 28, note 28, para 282; T.Lock, EU Accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg.,2010 Eur Law Rev 35(6):777-798, p.782.

[225]. Sur la manière dont la Cour de l'UE considère la responsabilité de l'UE sous l'angle dualiste voir: J.Kokott et C. Sobotta, The Kadi Case-constitutional core values and international law-finding the balance ? 2012, Eur J Int Law 23 (4); 1015-1024, p.1017/18.

membres de la communauté internationale auxquels ils sont engagés[226]. En général, le raisonnement utilisé dans *Kadi* et le résultat de celui-ci ont été durement critiqués comme fortement dualistes, dans certains passé avec des tons nuancés paroissiaux et chauvines, en particulier pour rejeter le contexte internationaliste de l'affaire[227]. *De Búrca* suggère que la Cour de justice aurait dû adopter une approche souple constitutionnaliste selon lequel les normes émanant de différents systèmes juridiques devraient s'efforcer de converger cette relation par la médiation du dialogue[228].Un tel exemple de dialogue peut être le souhait que l'adhésion de l'UE à la CEDH s'efforce de définir (vise à établir). En revenant à la question précédente, lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU exerce son autorité en vertu de la Charte des Nations Unies, la Cour de justice ne devrait pas opposer des obstacles en compromettant ses objectifs simplement parce que les droits fondamentaux entrent en jeu. Au cas contraire, on peut légitimement prétendre qu'un tel développement remettrait sérieusement en cause l'efficacité du système international de sécurité et la justification de l'existence des Nations Unies. Certes, il n'y a pas trop d'avocats des droits de l'homme qui se sont référés à la déclaration précédente puisqu'il ne fait que méconnaître la position en matière de droits de l'homme des personnes soumises aux décisions du Conseil de sécurité. Dans la mesure où les contradictions observées ne peuvent être dépassées par la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, les possibilités de conciliation des intérêts respectifs de la sécurité et de la promotion des droits fondamentaux relèvent de la collaboration entre les organes non juridictionnels de l'Union et ceux des Nations Unies[229].

Cependant, un point de départ important devrait être fait ici. Conscient que la Charte des Nations Unies ne prévoit pas d'adhésion à des entités autres que des États, l'UE en tant qu'organisation régionale manque de cette reconnaissance et ne peut être officiellement liée par la Charte des Nations Unies. Néanmoins, on peut se demander s'il est possible de trouver une autre façon de lier l'UE par l'intermédiaire de ses États membres. Il est

[226] B. Fassbender, The United Nations Charter as constitution of the international community , Columbia J Transit Law 36:529-619, 1998, p.617.

[227]G De Búrca, The European Court of Justice and the international legal order after Kadi , Harvard Int Law Rev 51 (1):1-49, 2010, p .4.

[228] Idem, p.49.

[229] S. Cassella, Les suites de l'arrêt Kadi de la CJCE : quel équilibre entre protection de la sécurité internationale et respect des droits de l'homme ?. In: Annuaire français de droit international, volume 56, 2010. p. 727

intéressant de noter que ce point a été soulevé par le Tribunal dans *Kadi* en déduisant la logique identique d'une décision antérieure dans *International Fruit Company*[230], où elle a estimé qu'en conférant les pouvoirs à l'UE, les États membres avaient tacitement l'intention de lier l'UE en vertu des obligations prises en vertu de la Charte des Nations Unies[231]. Selon *Uerpmann,* cela pourrait être réalisable grâce à la soi-disant *«succession fonctionnelle»*, ce qui implique que certaines des fonctions précédemment exercées par les États membres de l'UE ont été reprises par l'UE en tant que successeur juridique fonctionnel[232]. Cette invention a été retenue pour avoir ses racines dans le cas de la CE succédant à ses Etats membres dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Même si à première vue, ce raisonnement peut sembler convaincant, néanmoins, il peut être soumis à la critique. A cet égard, on peut sans doute appeler à l'esprit le principe largement accepté de *res inter alios acta*, qui soutient que les accords conclus par les deux parties ou plus ne peuvent pas se lier à un tiers. En outre, ce principe est inscrit à l'article 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[233]. À titre de conclusion, la rhétorique concernant l'autonomie extérieure de l'ordre juridique de l'UE semble apparaître plus récemment dans le raisonnement de la Cour, et *Kadi* est l'exemple le plus marqué qui doit être considéré à la lumière des relations entre Luxembourg et

---

230 Ibid, p.49.

231 CJUE (TPI) ,21 sept 2005, Yassin Abdullah Kadi /Conseil et Commission, aff.T-315/01, 21, point 31, para.200; L'adhésion de l'UE à la CEDH renforcerait ainsi son caractère autonome de la loi par rapport au scénario actuel dans lequel l'UE est liée par la CEDH sur la base de la doctrine de la succession fonctionnelle de ses États membres.Cf. J.Odermatt, The Eu's accession to the European Convention on Human Rights : an international law persepective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No 136, 2014,p.12 («La doctrine de la succession imagine l'UE comme une somme des obligations juridiques de ses États membres, plutôt que comme un ordre juridique juridiquement distinct et autonome»).

232 R.Uerpmann, International Law as an Element of European Constitutional law: International Supplementary Constitutions. Jean Monnet Working paper 9/03. 2003 ; http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-02.pdf , Sur la succession fonctionnelle en ce qui concerne les obligations de l'UE en vertu de la CEDH voir :J.Odermatt , The EU's accession to the European Convention on Human Rights :an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies, Working Paper No 136,2014, p.11.

233 Convention de Vienne sur le droit des traités. Signé à Vienne, le 23 mai 1969 (document N ° 18232 de l'ONU). Entré en vigueur le 27 janvier 1980. Disponible à: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-french.pdf

Strasbourg après l'adhésion [234]. *Weiler* a suggéré que *Kadi* pourrait être illustré comme une fin heureuse *« uniquement pour ceux pour qui les résultats sont plus importants que le processus et le raisonnement »*; affirmant en outre que *"Kadi ressemble beaucoup plus au cousin européen de Medellin »*[235]. Même si ce n'est pas un point de vue qui est soutenu par nous, les objectifs en matière de droits de l'homme devraient être tirés de la partie centrale du raisonnement qui peut être favorisé par un tribunal légitime. D'autre part, les prononciations de la Cour de l'UE telles que *"un accord international ne peut pas affecter l'attribution des pouvoirs fixés par les traités"*, alors *"le traité CEE constitue la charte constitutionnelle de la Communauté"* sont des exemples de sémantique constitutionnelle actuellement employés par la Cour De la Justice, qui peut jouer un rôle à la lumière de la Projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH (avec l'Avis 2/13 de la CJUE) étant un exemple très récent, bien que ancien, sur ce sujet). Cela étant dit, comme *De Burca* l'affirme, peut menacer sérieusement le rôle de l'UE en contribuant au *«multilatéralisme efficace»* en vertu du droit international[236]. Cependant, on peut soutenir que cela est en raison de l'institutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE aux yeux de la Cour de justice, dont *Halberstam & Stein* le nomme comme une sorte de *« resistence constitutionnelle locale »* critiquant ainsi l'approche de *Kadi* pour manque de respect envers le droit international[237]. Ainsi, comme on peut le constater, l'ordre juridique de l'UE gagne encore

---

[234]: Deux cas de droit international qui peuvent être pris comme exemple sont également: CJUE,9 août 1994, France/ Commission, aff C-372/91, ECLI:EU:C:1994:305 & CJUE, 10 mars 1998, Allemagne/Conseil, aff C-122/95, ECLI:EU:C:1998:94; Il faut examiner attentivement comment la Cour de l'UE a "conçu" sa compétence pour annuler deux obligations internationales que l'UE avait déjà prises face à des tiers.

[235] Sur l'aff. Medellin case, voir : La Cour Supreme des États Unis, Medellin v.Texas, 552 U.S. 491 (2008).
https://supreme.justia.com/cases/federal/us/552/491/

[236] G De Búrca, The European Court of Justice and the international legal order after Kadi, Harvard Int Law Rev 51 (1):1-49,2010, p. 4 et seq.

[237]D. Halberstam et E.Stein, The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: economic sanctions and individual rights in a plural world order, 2009, CML Rev , 46 (1): 13-72, p.13 et seq.

plus de caractéristiques d'un ordre distinctif et autoréférentiel[238] avec ses caractéristiques facilement identifiables, quelque chose que le processus d'adhésion peut souhaiter ou peut changer. Dans l'affaire *Kadi,* la Cour a consacré la prévalence des principes constitutionnel de l'Union européenne sur le droit international[239]. L'autonomie, la primauté et l'effet direct, fondés sur, et expliqué par, le genre nouveau et la nature spécifique de l'ordre juridique de l'Union dont la base est une charte constitutionnelle et dont les sujets sont les États et leurs ressortissants, l'autonomie d'un ordre au profit duquel les États membres ont limité leurs droits souverains et dont la structure constitutionnelle se reflète dans le principe d'attribution des compétences d'une Union qui n'est pourtant pas un État- toutes ces affirmations d'une jurisprudence constante de la Cour ne semblent pas apporter de grandes nouveautés[240].

Le noyau de ce jugement est qu'un accord international ne peut affecter l'attribution ou la répartition des pouvoirs fixés par les traités qui, en fait, représentent la base constitutionnelle de l'Union européenne. L'autonomie du système juridique de l'UE, en particulier vis-à-vis du droit international, est donc observée et assurée par la Cour de Luxembourg en vertu de la compétence exclusive qui lui est conférée par l'article 19 §1 du TUE - une juridiction que la CJUE a déjà tenu pour faire partie des fondements mêmes de l'Union[241]. Pour la Cour de justice, l'autonomie de contrôle des normes produites par le système européen est une condition de l'existence même d'un ordre juridique européen, et,

---

[238]Bien que Kadi puisse être défini comme un concept de référence solide développé par la Cour de l'UE, il convient également de rappeler que la Cour de l'UE elle-même a noté qu'il est possible d'appliquer une approche Solange II à la loi de l'ONU. Il a été jugé spécifiquement à cet égard: "Il a en outre été soutenu que, compte tenu de la déférence requise des institutions communautaires vis-à-vis des institutions de l'Organisation des Nations Unies, la Cour doit renoncer à l'examen de la La légalité du règlement attaqué à la lumière des droits fondamentaux, même si cet examen portait sur la procédure de réexamen récemment améliorée par diverses résolutions du Conseil de sécurité, les droits fondamentaux sont protégés de manière adéquate. (CJUE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, point 28, p.318. En notant cette possibilité, la Cour n'a encore rien fait d'autre qu'une note de courtoisie qui, pratiquement, a été rejetée dans le cadre de cette décision.

[239]J.Rideau, L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC. dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13 sous la direc. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1, p.34

[240]I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue; Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, CDE, 2015, N°1, p.50

[241] Ibid para 282. Voir aussi Avis 1/91 EEE I opt.cit point 35 et 71 ; et CJUE. 30 mai 2006Commission/ Irelande (Mox Plant) .aff.C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, point 123.

en ce sens les arrêts *Costa* et *Kadi* ne sont que deux facettes de la même médaille, à savoir la faculté de définir la portée des normes d'un système en les émancipant de toute contrainte imposée par une autorité interne (hypothèse *Costa)* ou par une autorité externe (hypothèse *Kadi*[242]). De là, Luxembourg a précisé qu'un accord international - dans l'affaire *Kadi*, la Charte des Nations Unies - ne peut avoir pour effet de porter préjudice aux principes constitutionnels de l'Union européenne[243]. Cette affirmation lie donc l'autonomie juridique de l'UE à sa hiérarchie des normes, le droit primaire étant prioritaire par rapport aux accords de l'Union et au droit dérivé[244].

L'arrêt *Kadi* de la CJUE est sans doute la décision la plus importante à ce jour concernant la relation entre l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit international en général. L'arrêt de Luxembourg dans l'affaire *Kadi* marque de manière théorique le principe de l'ordre juridique de l'Union européenne[245]. En outre, une autre preuve de cette démarche constitutionnelle peut être trouvée dans la décision de la Cour de la décision de Kadi dans l'affaire plus récente *Hassan / Conseil et Commission* et *Chafiq Ayadi / Conseil*, où un règlement européen conféré a été annulé, encore une fois, à l'ordre juridique autonome de l'UE[246]. Quoi que l'on pense du sort ainsi fait à des « règles », c'est tout autre chose assurément que s'interroger sur les relations du juge de l'UE avec une « autorité » internationale quel que soit le statut qu'il réserve à la norme que celui-ci a produite, à tout le moins lorsqu'il ne se refuse pas systématiquement à la prendre en considération. C'est une collaboration mutuelle, dont les potentialités sont multiples, qui est alors virtuellement en cause[247].

---

[242] E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1, p.78

[243]CJUE. 3 sept 2008. Kadi et Al Barakaat / Conseil et Commission. aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 ,points 333-34.

[244] CJUE, 10 Mars 1998, République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne. aff. C-112/95, ECLI:EU:C:1998:94 , point 53 ff ; voir aussi De Witte opt cit (n 6) p.153.

[245] K S Ziegler, Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law : The Kadi Decision from the Perspective of Human Rights .2009. 9 Human Rights Law Review 288, p. 288.

[246] CJUE. 3 sept 2009. Faraj Hassan/ Conseil de l'Union européenne et Commission européenne et Chafiq Ayadi contre Conseil de l'Union européenne. aff.jointes C-399/06 P et C-403/06 P, ECLI:EU:C:2009:748, points 34 and 80.

[247] J. Verhoeven, Sur les relations entre le juge communautaire et les « autorités » internationales. In: Annuaire français de droit international, volume 54, 2008. p. 2.

En validant son point de vue dans le constitutionnalisme européen, Luxembourg a effectivement *«tué deux oiseaux avec une seule pierre»*: non seulement elle a reconfirmé la notion d'autonomie légale de l'UE du système des Nations Unies et du droit international, mais elle a également empêché la résurgence de la doctrine Solange- de la Cour constitutionnelle allemande ou toute autre Cour suprême nationale[248] et a donc protégé l'autonomie de la loi de l'UE tant à l'extérieur qu'à l'intérieur.

De plus, en adoptant un ton nettement dualiste dans son approche du droit international, la CJEU s'est identifiée à l'interprétation et à l'approche de la Cour suprême des États-Unis dans des cas variés tels que *Medellin / Texas*[249], qui a examiné l'écart entre l'ordre constitutionnel interne et la base de tout rôle judiciaire national dans la mise en forme de la relation entre les deux ordres juridiques différents[250]. En bref, le droit primaire de l'Union reste toujours la *«loi suprême du pays»* pour l'Europe et ses États membres, alors que les obligations découlant du droit international continuent d'être subordonnées au droit primaire de l'UE[251]. Cela peut entraîner des obligations contradictoires découlant du droit de l'Union européenne et de la Charte des Nations Unies, en particulier à la lumière de l'article 103 de la Charte des Nations Unies[252] et dans la poursuite de la législation internationale. Bien sûr, l'objectif principal du jugement de la CJUE n'était pas de saper le système des Nations Unies, mais de protéger les droits fondamentaux du requérant. En fait, la Cour a imposé une norme de droits fondamentaux plus élevée concernant les mesures de

---

[248] G Di Federico, Fundamental rights in the EU : Legal Pluralism and Multi-Level Protection after the Lisbon Treaty in Giacomo Di Federico (ed), The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Document .Dordrecht, Springer Netherlands, 2011 p. 37.

[249] Voir United States Supreme Court .25 Mars 2008. 552 US 491Medellin /Texas.
http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/552/491.html
En fait, cette affaire n'a pas traité une résolution du Conseil de sécurité, mais avec un jugement de la CIJ. La Cour suprême des États-Unis a statué que «si un traité peut constituer un engagement international, il ne s'agit pas d'un droit interne contraignant, à moins que le Congrès n'ait promulgué les lois qui l'appliquent ou que le traité lui-même traduit l'intention de« s'auto-exécuter »et est ratifié sur cette base "

[250] G. De Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi , Jean Monnet Working Paper NO.1/09, 2009, p.2
http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090101.html

[251] N. Lavranos, Judicial Review of UN sanctions by the European Court of Justice , 2009.78 Nordic Journal of International Law p .343, 358.

[252] L'article 103 de la Charte des Nations Unies se lit comme suit: «En cas de conflit entre les obligations des Membres de l'Organisation des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu d'un autre accord international, les obligations qui leur incombent en vertu de la présente Charte doivent prévaloir».

mise en œuvre du droit de l'ONU, comme cela aurait été autrement le cas[253]. Mais, en même temps, la Cour de Luxembourg délimitait l'ordre juridique interne de l'Union du droit international en la considérant à nouveau comme *«un système juridique autonome»,* principalement comme fin de maintenir sa suprématie sur ses États membres et leurs obligations internationales.

L'objectif de Luxembourg de protéger sa compétence exclusive est apparemment un moyen de préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union[254]. Cependant, en réalité, il semble être à l'inverse: la notion d'autonomie juridique de l'Union est présentée comme un bouclier rhétorique pour protéger la compétence exclusive de la CJUE dans les affaires de droit de l'UE[255]. On pourrait soutenir que l'attitude de surprotection de la Cour de Luxembourg dans ses prétentions pour une autonomie légale absolue est plutôt dualiste et hostile au droit international, bien que l'Union européenne soit, d'après la jurisprudence de la Cour, généralement liée par celle-ci[256]. Cependant, l'attitude du Luxembourg est inquiétante si elle aspire effectivement à créer un obstacle au droit de l'UE, risque de positionner l'Union en dehors du droit international[257].

Les questions essentielles dans ce contexte sont, d'une part, ce que cette approche *«isolationniste»* signifie pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention; deuxièmement, si l'affaire *Kadi* servira d'exemple du comportement de la CJUE vis-à-vis du droit international et de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avenir; et enfin, que Luxembourg soit et puisse ainsi défendre cette stricte délimitation du droit de l'Union européenne et du droit international après l'adhésion à la Convention, en particulier en ce qui concerne le règlement de protection juridique créé par la Convention. La CJUE affirme avec force la spécificité de l'ordre juridique de l'UE, dont le juge communautaire n'a de cesse de montrer l'importance par rapport au système de protection européen des

---

253 N. Lavranos, Judicial Review , opt. cit p. 358.

254 CJUE, 30 mai 2006. Commission/ Ireland (Mox Plane) aff.C-459/03, ECLI: ECLI:EU:C:2006:42, Conclusions de l' AG Maduro, point 10.

255 De Witte, « European Union Law » opt.cit (n6) p. 150.

256 CJUE. 12 déc 1972, International Fruit Company NV et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit. Aff. Jointes 21/72 à 24/72, ECLI: ECLI:EU:C:1972:115, point 7 ; CJUE. 14 Juillet 1976, Kramer et autres (Biological Resources of the Sea) . aff.jointes 3/76,4/76 and 6/76 ,ECLI:EU:C:1976:114 ,point 30.

257 J. Klabbers, Treaty Conflict and the European Union.Cambridge, Cambridge University Press 2009.p. 148.

droits de l'Homme[258]. L'isolationnisme de la Cour de justice se traduit par un manque de confiance envers les États membres, soupçonnées de préférer le prétoire strasbourgeois pour régler leurs litiges, et une défiance à l'égard de la Cour-EDH, soupçonnée quant à elle, de vouloir concurrencer sa compétence pour juger les différends interétatiques en matière de droit de l'Union européenne[259]. Plus tard on va analyser aussi le statut juridique en examinant les relations de la CJUE avec d'autres Cours et tribunaux internationaux et, bien sûr, surtout avec la Cour européenne des droits de l'homme dont la règle sera primordiale après l'adhésion.

Comme mentionné avant, l'autonomie juridique de l'Union européenne et la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg sont confrontées à des règles de droit international contradictoires, parfois même irréconciliables. La Cour de justice de l'Union européenne donc, conformément à l'article 19 §1 TUE et à l'article 344 TFUE, observera avec vigilance l'interprétation et l'application uniforme du droit de l'Union, afin d'éviter les interférences de tout autre régime, juridiction internationale, en particulier - en ce qui concerne l'objectif de cette étude- la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Kadi* la CJUE affirme la nécessité constitutionnelle d'un contrôle juridictionnel assurant une réelle prééminence aux droits fondamentaux, auxquels il ne saurait de ce fait être dérogé. La CJUE s'érige ainsi en Cour suprême pour préserver l'intégrité de son système juridique[260]. La réputation bien connue de la CJUE pour cette approche découle de plusieurs jugements et opinions dans le passé qui poursuivent une fin importante, à savoir le maintien et la sauvegarde de la position exceptionnelle de Luxembourg dans l'ordre juridique de l'Union. Cette section donne donc un nombre de cas différents[261] dans le passé

---

[258] M. Benlolo-Carabot, La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire, Revue du Marché commun de l'Union européenne, n° 529, juin 2009, p. 385.

[259]M. Afroukh et L. Coutron, La compétence- exagérément?- exclusive de la Cour de Jusitce pour l'examen des recours interétatiques, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. De F. Picod et J. Rideau,R.A.E-L.E.A 2015/1p.58

[260] M. Benlolo-Carabot, La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire, Revue du Marché commun de l'Union européenne, n° 529, juin 2009, p. 383.

[261] Voir, pour une analyse plus détaillée sur le sujet des conflits juridictionnels en droit international N. Lavranos, Jurisdictional Competition. Selected Cases in International and European Law .Groningen, Europa Law Publishing, 2009.

qui présentent des similitudes avec les problèmes de compétence liés à l'adhésion. En outre, elle montre que les arguments que la CJUE a trouvés dans ces cas, tout en défendant son monopole judiciaire et l'autonomie juridique de l'Union, s'appliquent également aux conséquences imminentes de l'adhésion et aux problèmes de juridiction et de procédures impliqués. En raison de la prolifération des organes judiciaires internationaux au cours des dernières décennies[262] et afin de comprendre l'image globale d'un système international de plus en plus judiciaire, les liens généraux entre les tribunaux de l'Union et d'autres tribunaux internationaux sont illustrés dans ce chapitre. La prolifération des tribunaux internationaux est étroitement liée à l'utilisation accrue des accords internationaux et à la création de nombreuses organisations internationales. Pour surveiller la conformité à ces nouvelles règles du droit international et à leur application ultérieure, les traités internationaux envisagent généralement l'établissement d'un mécanisme de règlement des différends ou d'une juridiction ou tribunal international[263]. Si la place du droit international s'accroît, c'est au premier chef parce que les contentieux dont est saisie la Cour mettent de plus en plus en cause, directement ou indirectement, des États ou des organisations qui ne sont pas membres de l'Union. Il ne s'ensuit pas nécessairement que les relations qui ont été ou seront établies avec celle-ci soient nécessairement soumises à des règles autres que celles du droit de l'UE[264].

Un examen minutieux de la jurisprudence pertinente de la CJUE et l'analyse ultérieure des effets juridiques des décisions rendues par d'autres tribunaux internationaux contribuent à éclairer la question de savoir si le point de vue de la CJUE a droit à une acclamation plus coopérative à l'avenir[265]. En raison de la situation particulière concernant les Cours de Luxembourg et de Strasbourg, principalement en vue de l'adhésion, une

---

262 Y. Shany, The Competing Jurisdcitions of International Courts and Tribunals ,Oxford, Oxford University Press, 2003.p. 1 ; see T. Lock, "Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten" ,Tübingen, mohr Siebeck, 2010 p.14 , voir aussi Ch. Brown, The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding Your Way through the Maze, 3 Melbourne Journal of International Law, 2002, p.453.

263 N.Lavranos, « Das Rechtsprechungsmonopol des EuGH im Lechte der Proliferation internationale Gerichte » 2007. 42 Europarecht p. 440, 442.

264 J.Verhoeven Sur les relations entre le juge communautaire et les « autorités » internationales. In: Annuaire français de droit international, volume 54, 2008. p.1

265 K.Schmalenbach, Struggle for Exclusivenness: The CJEU and Competing International Tribunals, in Isabelle Buffard, James Crawford, Alain Pellet and Stephan Wittich edt "International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner" Leiden, Brill, 2008, p.1045.

description exhaustive de cette relation judiciaire unique est délibérément omise dans ce chapitre et sera donnée dans les chapitres suivants.

La justification mentionnée ci-dessus conduit également à une restriction sérieuse pour les États membres de l'UE dans le règlement des différends entre eux. Leur compétence pour utiliser d'autres mécanismes de règlement des différends établis par des accords internationaux qu'ils ont ratifiés est considérablement limitée par l'expansion limitée par la juridiction exclusive en expansion de la CJUE[266]. Ordre juridique propre, le système de l'UE, par l'intermédiaire de ses juridictions, détermine de ce fait lui-même « l'effet des obligations internationales dans l'ordre juridique communautaire par référence aux conditions fixées par le droit communautaires »- selon les conclusions de l'AG Maduro dans l'arrêt *Kadi*[267]. La Cour de Luxembourg élargit sa compétence exclusive en vertu de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 344 TFUE, en raison de la répartition interne complexe des compétences externes dans l'Union, ou, en d'autres termes, de la compétence pour conclure des accords internationaux avec des tiers et des organisations internationales. Cette situation implique des problèmes juridiques complexes, étant donné que la relation entre les États membres de l'Union européenne est double. Bien sûr, les États membres interagissent en tant qu'acteurs souverains au niveau international, avec des droits et des obligations réciproques en vertu du droit de l'Union[268]. Si les États membres de l'Union soumettent une affaire qui implique des dispositions d'un accord mixte relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne devant une juridiction internationale, la réclamation est, selon le point de vue d'une juridiction internationale, irrecevable, car les États n'auraient aucun statut sous l'accord international en question[269].Du point de vue de Luxembourg, un différend entre États membres de l'UE ne peut affecter que leurs droits et devoirs réciproques conformément à l'article 216, paragraphe 2, TFUE, affirmant que les accords conclus par l'Union européenne ne sont pas seulement liés à ses institutions, mais

[266] N. Lavranos, Scope of Exclusive Jurisdiction , opt.cit(n 89)p.91.

[267]M. Benlolo-Carabot, La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire, Revue du Marché commun de l'Union européenne, n° 529, juin 2009, p. 382.

[268] K. Schmalenbach, Struggle for Exclusiveness , opt.cit, p.1054.

[269] V.Röben The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the Mox Plant at Sellafield:How much Jurisdictional Subsidiarity?,2004,73 Nordic Journal of International Law 223, p. 239.

aussi aux États membres[270] . En d'autres termes, la demande de juridiction exclusive de la CJUE réduit la relation entre les États membres de l'UE à un régime juridique, à savoir celui de l'Union européenne[271].

On peut se demander si la CJUE est même autorisée à empiéter sur la souveraineté des États membres dans une telle mesure ou si une telle approche constitue une action *ultra vires*[272]. La question juridique en l'espèce est la duplication des droits et obligations réciproques internationales des États membres de l'UE dans l'ordre juridique européen, puisque l'Union est- due à ses actions concernées avec ses États membres dans le domaine des compétences parallèles - légalement liée au même ensemble de règles internationales[273]. Dans l'affaire MOX Plant, la CJUE a seulement pris en considération la question de savoir si un accord relève de la compétence de l'Union et non pas si cette compétence est exclusive ou partagée[274]. La législation secondaire(le droit dérivé) de l'Union dans le domaine de la compétence partagée (dans ce cas, la protection de l'environnement maritime[275]) ne préjuge pas en soi des États membres pour résoudre un différend au moyen d'une cour ou d'un tribunal international. Si leurs actions, cependant, affecteraient le fonctionnement de la législation de l'UE, alors la CJUE jouirait d'une compétence exclusive en vertu de l'article 344 TFUE[276]. Dans son avis 2/00 sur le Protocole de Carthagène, Luxembourg a confirmé sa conclusion de l'arrêt *Commission / Conseil (AETR)*[277] et a conclu que l'UE détient une compétence extérieure exclusive lorsque le droit dérivé dans le cadre de l'UE a déjà été adopté dans le même domaine, puisque le droit secondaire est susceptible d'être affecté si les États membres participent à l'exécution de la même compétence externe[278].Toutefois, les États membres de l'UE n'ont

---

[270] T.Lock, Verhältnis , opt.cit p.177.

[271] K. Schmalenbach, Struggle for Exclusiveness , opt.cit (n 4) p.1953

[272] N. Lavranos, Rechtsprechungsmonopol des EuGh , opt.cit(n 3)p. 460.

[273] K. Schmalenbach, Struggle for Exclusiveness , opt.cit (n4) p. 1054.

[274] CJUE.30 mai 2006, Commission/Irlande (MOX Plant) aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, point 22.

[275] Art 191 (4) TFEU.

[276] V. Röben opt.cit p. 238.

[277] CJUE. 31 mars 1971, Commission/ Conseil (AETR) aff. 22/70 , ECLI:EU:C:1971:32, point 22.

[278] CJUE 6 décembre 2001 Avis 2/00 Protocole de Cartagena ,ECLI:EU:C:2001:664, point 45.

pas été entièrement désorientés d'utiliser d'autres tribunaux internationaux ou des tribunaux arbitraux après l'arrêt *MOX Plant*. Dans l'affaire *IJzeren Rijn*, les Pays-Bas et la Belgique ont tous les deux soutenu que leur différend ne concernait que le droit international. Pourtant, en même temps, ils ont également demandé que le Tribunal arbitral tienne compte de leurs obligations au titre de l'article 344 TFUE[279]. Un autre exemple est un différend plus récent soumis à la Cour internationale de Justice (CIJ), déclenché par l'Allemagne contre l'Italie pour avoir omis de respecter son immunité juridictionnelle en tant qu'État souverain. Dans sa demande, l'Allemagne a affirmé que, bien que la présente affaire implique deux États membres de l'UE, la CJUE n'est pas compétente pour le traiter, puisque le différend n'est régi par aucune des clauses juridictionnelles des traités. De plus, *"en dehors de ce cadre spécifique"* les États membres *"continuent à vivre les uns avec les autres selon le régime du droit international général"*[280].De toute évidence, la CIJ n'a pas engagé cette question, car le jugement définitif ne contient aucune référence à la CJUE ou sa compétence potentielle dans cette affaire[281]. Ces deux exemples illustrent clairement que les États membres désapprouvent les limitations judiciaires de leurs droits souverains et qu'ils sont donc enclins à contourner la compétence exclusive de la CJUE en soumettant des affaires à d'autres tribunaux[282].Dans l'affaire *IJzeren Rijn*, il était particulièrement facile pour les États membres de limiter la compétence exclusive de la CJUE, puisqu'ils ont consulté préalablement la Commission sur leur différend[283]. Aucune procédure d'infraction prévue à l'article 258 TFUE n'a été engagée jusqu'à présent dans une telle situation, empêchant ainsi la Cour de Luxembourg d'exécuter et de protéger sa compétence exclusive[284].

---

279 Cour permanente d'arbitrage, sentence du Tribunal arbitral, 24 mai 2005 dans l'affaire Royaume de Belgique c/ Royaume des Pays-Bas, «Réactivation du Rhin de fer (IJzeren Rijn) » ,para 3. https://pcacases.com/web/sendAttach/481 Voir aussi P.Cassia, F.Mariatte , Le Tribunal arbitral a-t-il « déraillé » ? À propos de la sentence rendue le 24 mai 2005 dans l'affaire du « Rhin de fer » »Revue Europe, n° 8-9, 2005.

280 CIJ, 23 décembre 2008, Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce),

281Voir CIJ, 3 février 2012, arrêt Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce),

282 N. Lavranos, Scope of Exsclusive Jurisdiction, opt.cit (n 89)p. 91.

283 Cour Permanente d'Arbitrage, Réactivation du Rhin de fer (Royaume de Belgique/Royaume des Pays Bas), Soumission Finale des Parties Belgique 1 Oct 2003, paras 39 .

284 N. Lavranos, Scope of Exclusive Jurisdiction , opt .cit , p. 91.

À ce stade, il est évident que la juridiction réelle ou potentielle d'autres Cours ou tribunaux internationaux peut être limitée ou sera (vraisemblablement) complètement exclue lorsque la CJUE est impliquée dans le même différend qui pourrait toucher le droit de l'Union. Dans le cas de l'arrêt *Kadi,* la Cour se contente purement et simplement de vérifier la conformité de ces mesures avec le droit communautaire, en soulignant que, dans une « communauté de droit» comme l'est la Communauté européenne, « les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux », ce qui entraîne inévitablement leur annulation lorsque, comme en l'espèce, ils les méconnaissent gravement[285].

Une telle situation, dans laquelle de multiples instances peuvent être saisies par les parties au même conflit international, peut donner lieu à des problèmes importants[286]. Les cours et tribunaux internationaux sont invités à suspendre les procédures dans le même différend afin d'éviter une concurrence juridictionnelle avec la CJUE. En outre, ils devraient demander aux États membres de vérifier si Luxembourg a ou non compétence dans un cas concret[287]. En conséquence, les tribunaux et juridictions internationales sont privés de toute compétence pour statuer sur une affaire en l'espèce, sans préjudice préalable que la CJUE ne soit pas compétente, notamment en raison de la suprématie et de l'effet contraignant du droit de l'Union, qui comprend également les jugements de la CJUE[288]. Selon le principe de la suprématie du droit de l'Union[289], un jugement du Luxembourg remplace donc la décision de toute autre juridiction internationale rendant leurs jugements superflus.

---

[285] J. Verhoeven, Sur les relations entre le juge communautaire et les « autorités » internationales. In: Annuaire français de droit international, volume 54, 2008. p. 17.

[286] Y. Shany, "The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals" Oxford, Oxford University Press, 2003,p. 77.

[287] N. Lavranos, Scope of Exsclusive Jurisdiction , opt.cit, p.92.

[288] N. Lavranos, Concurrence » opt.cit, p.46.

[289] Voir, par exemple, les cas les plus récents confirmant le principe de suprématie , CJUE,8 septembre 2010, Winner Wetten GmbH /Bürgermeisterin der Stadt Berghaim, aff. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503;CJUE, CJUE, 3 sept 2009, Amministrazione dell'Economia e delle Finanze /Fallimento Olimpiclub aff. C-2/08 ECR I-7501; CJUE,19 nov 2009 Filipiak v Dyrektor Izby Skarbowej/ Poznaniu aff. C-314/08 ECR I- 11049.

Cette approche empêchera les États membres de soumettre des affaires devant des organes judiciaires internationaux et les obligera ainsi à assumer un rôle subalterne dans l'ordre juridique européen[290]. La question reste de savoir si d'autres juridictions internationales accepteraient facilement et volontairement une telle limitation de leur compétence par la CJUE. Plus important encore, cette limitation juridictionnelle d'autres tribunaux internationaux affaiblira les mécanismes de règlement des différends énoncés dans les traités internationaux qui ont créé ces tribunaux, dont la tâche est d'interpréter et d'appliquer ces traités internationaux[291].

L'approche de la CJUE vis-à-vis d'autres organes judiciaires internationaux peut représenter un risque réel d'incohérence découlant des chevauchements juridictionnels et de la concurrence. Comme on peut le voir les relations entre la CJUE, la Cour-EDH et les Nations Unies posent également des problèmes de hiérarchie des normes, mais les conflits entre juges sont absents en raison de faiblesses du contrôle juridictionnel dans le cadre du système des Nations-Unies[292].

Néanmoins, les tribunaux internationaux peuvent prendre des décisions éclairées et mutuellement respectueuses afin d'atténuer ce risque[293]. Bien sûr, plus le droit international prévoit des règles explicites et sans ambiguïté sur les conflits de juridiction (par exemple, sous la forme de principes tels que *forum non conveniens, lis alibi pendens, electa una via* etc.)[294], moins de mécanismes préventifs sont nécessaires pour empêcher les États membres utilisant des organes alternatifs de règlement des différends. À cet égard, la

---

[290]F.C Mayer, Verfassungsgerichtsarbeit in A.von Bogdandy and J. Bast edt, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge ,Berlin Heidelberg, Springer, 2009,p. 588.

[291] N. Lavranos, Scope of Exclusive Jurisdiction, opt.cit, p. 92.

[292] J.P Jacqué, Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », Revue française de droit constitutionnel 2007/1 (n° 69), p. 29

[293] Ph.Webb, Scenarios of Jurisdictional Overlap among International Courts, 2006, 19 Revue Québécoise de Droit International 277, p. 285.

[294] Concernant ces principes du droit international voir :,Y. Shany, "Competing Jurisdiction"opt.cit (n2) p.135 et p. 212 ; International Law Association, « Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation » London Conference, 2000.

CJUE est peut-être la mieux recommandée de faire preuve de plus confiance dans la capacité des autres tribunaux internationaux à appliquer leurs règles avec précision[295] et donc plus de courtoisie envers leur juridiction. Un excellent exemple dans ce contexte est fixé en utilisant le modèle *"Solange"* de la Cour constitutionnelle allemande[296], par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la CJUE dans son arrêt *Bosphorus / Irlande*[297], qui seront discutés en détail dans les chapitres suivants de cette étude. Dans le contexte de l'arrêt Solange, le point de départ de la prise en compte des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE est bien connu: confrontées au refus initial de la CJUE de contrôler la légalité des actes de l'UE au regard des droits de l'Homme, les juridictions constitutionnelles allemande et italienne ont « résisté » par une réserve de constitutionnalité par laquelle elles manifestaient leur volonté de contrôler le droit de l'UE primaire et dérivé au regard des droits de l'Homme protégés et garantis par leurs constitutions internes, « tant que » l'ordre juridique de l'UE n'offrait pas une protection équivalente[298].

Compte tenu de l'importance de la compétence exclusive du Luxembourg et de l'autonomie juridique de l'ordre juridique de l'Union européenne, il est très important d'examiner si l'adhésion future de l'Union européenne à la Convention -un traité fondé sur un système de protection des droits de l'homme avec un organe judiciaire évaluant les violations potentielles des droits de l'homme,- affecteront de manière préjudiciable l'autonomie légale de l'UE ou non. La CJUE conservera l'exclusivité du contrôle de la légalité du droit de l'Union et la Cour-EDH veillera seulement à ce que l'action de l'UE respecte le standard de la CEDH et, selon le principe de subsisdiarité de la Convention, il appartiendra à l'ensemble des institutions de l'Union d'assurer la conformité du droit de l'Union avec les exigences découlant de la CEDH[299]. Au cours des dernières décennies, une vision sceptique des influences étrangères sur le droit de l'UE a soulevé de nombreuses

---

[295] K. Schmalenbach, Struggle for Exclusiveness, *opt.cit,* p. 1056.

[296] Voir 2 BvR 197/83 Solange II BVerfGE 73, 339.

[297] Cour-EDH 30 Juin 2005, Bosphorus/ Irlande, Req. Nr 45036/98 point 155.

[298] M. Benlolo-Carabot, La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire, *opt.cit*, p.383.

[299] F. Sudre, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, Annuaire de droit européen 2006, Volume IV, Bruyalant, Bruxelles, 2008,p.79

objections contre l'adhésion, notamment en ce qui concerne les risques liés à l'autonomie du système juridique spécifique de l'UE et l'incompatibilité d'une CJUE subordonnée à la Cour de Strasbourg et le contrôle juridictionnel externe[300]. On peut à nouveau utilement rappeler l'évolution qui a caractérisé et caractérise les rapports entre la Cour de justice (mais en partie également la Cour-EDH) et les juridictions suprêmes nationales. Afin d'éviter toute ingérence dans l'autonomie légale de l'Union, un certain nombre de garanties juridiques ont été mises en place. L'une d'entre eux est l'article 6 § 2 du TUE, qui stipule succinctement que *"l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion n'affecte pas les compétences de l'Union telles que définies dans les traités"*. Mais au-delà de ce libellé bref et concis, cette disposition ne décrit pas les modalités exactes de l'adhésion ou les relations futures entre Luxembourg et Strasbourg et ne mentionne pas non plus les caractéristiques spécifiques de l'UE; son autonomie juridique d'abord et avant tout, ou comment ce trait juridique caractéristique peut être maintenu après l'adhésion.[301] Toutefois, l'article 6, paragraphe 2, du TUE doit être lu conjointement avec le protocole n ° 8 qui rapporte la question de l'autonomie et stipule qu'un accord d'adhésion *«doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union ... notamment en ce qui concerne : les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne et à la création de mécanismes nécessaires pour garantir que les recours par des États non membres et les recours individuels sont dirigés correctement contre les États membres et / ou l'Union, selon le cas[302]».* Aussi bien l'article 6 §2 TUE que le protocole 8 au traité de Lisbonne relatif à

---

[300] Voir Cour de Justice de l'Union Européenne, « Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » 5 Mai 2010, paras 4. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf

[301] Voir P. Gragl, Accession Revisted : Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union's legal autonomy, in W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl and M. Nowak ,ed, European Yearbook on Human Rights 2011,Vienne, NWV 2011,p. 160.

[302] Voir l'article 1 du Protocole n ° 8 à l'article 6, paragraphe 2, du TUE sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

l'adhésion de l'Union à la Convention sont explicites sur ce point et cette répartition des compétences continuera de relever du seul droit de l'Union européenne[303].

En outre, conformément à l'article 2 du Protocole n ° 8, l'accord d'adhésion *"garantit que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions"*. Il s'agit ici de préserver le rôle de la CJUE comme seul arbitre du droit de l'UE et si dans l'hypothèse d'une adhésion, il appartiendra toujours à la CJUE, et à elle seule, d'appliquer et d'interpréter le droit de l'Union[304]. Cela inclut également l'obligation des États membres en vertu de l'article 344 TFUE de ne pas soumettre un différend concernant l'interprétation ou l'application des traités à une autre juridiction que la Cour de Luxembourg. En conséquence, l'article 3 du Protocole n ° 8 prévoit que rien dans l'accord d'adhésion ne porte atteinte à l'article 344 du TFUE. En outre, la déclaration n ° 2 sur l'article 6, paragraphe 2, du TUE demande également que l'accord d'adhésion soit organisé de manière à préserver les spécificités du droit de l'Union[305]. Pourtant, alors que les traités visent à consacrer l'autonomie légale de l'Union autant que possible, la CEDH, se borne à dire que l'Union *«peut adhérer»* à la Convention (article 59, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[306]. Aucune référence à la préservation de l'autonomie du droit de l'Union européenne ne se trouve dans la Convention.

En un mot, ces dispositions représentent une liste courte mais concise d'éléments indispensables en ce qui concerne le système juridique de l'Union. Cependant, il est encore douteux que l'intention des rédacteurs de préserver l'autonomie juridique de l'Union européenne, notamment en réitérant constamment que les pouvoirs et les compétences de

---

[303] O. de Shutter, L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH : feuille de route de la négociation, Rev. trim. dr. h., 2010, n° 83, p.540.

[304] F. Sudre, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, opt.cit, *p.*76.

[305] Voir Déclaration relative aux dispositions des traités, Déclaration relative à l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne (2010) JO C83/355,3 ,2010 http://www.eurosfaire.prd.fr/7pc/doc/1269937349_tfue_c83_30_03_2010.pdf

[306] Voir J Christoffersen, Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Parlement Européen, Commission des affaires constitutionnelles, 18 Mars 2010, p.2.

l'UE ne seront pas affectés par l'adhésion, seront éventuellement respectés dans la réalité juridique des tribunaux internationaux et compétences divisées entre l'Union et ses États membres[307]. En ce qui concerne ce sujet particulier, certains chercheurs et experts soutiennent en permanence que l'adhésion ne remettra en aucune façon l'autonomie du droit de l'Union[308], puisque la CJUE restera la seule Cour suprême à statuer sur tous les cas liés au droit de l'Union européenne et la validité des actes juridiques de l'Union[309]. En outre, la Cour de Strasbourg:

"*ne pouvait être considérée comme une Cour supérieure, mais plutôt comme une Cour spécialisée exerçant un contrôle externe sur les obligations de droit international de l'Union résultant de l'adhésion à la Convention. La position de la CJUE serait analogue à celle des cours constitutionnelles ou suprêmes nationales en ce qui concerne la Cour de Strasbourg actuellement*. [310]»

En outre, ces chercheurs estiment qu'en aucun cas la Cour européenne des droits de l'homme ne révisera tous les arrêts arrivés du Luxembourg, seuls les cas soulevant des

---

[307] Voir P. Gragl, Accession Revisted , *opt.cit* p.160 .

[308] Voir O. de Schutter, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ; feuille de route de la négociation. Parlement Européen, Commission des affaires constitutionnelles, Audition sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme,10 Avril2010 http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100427ATT73610/20100427ATT73610FR.pdf ;HC Krüger, Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights , 21 Penn State International Law Review 89, (n14) 2002,p. 95 ;

[309] Voir Parlement Européen, « Résolution du Parlement européen du 19 mai 2010 sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » P7_TA-PROV (2010) 0184, para 1.
http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//FR

[310] Groupe de travail II « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH » de la Convention européenne, Rapport du Président du groupe de travail II « Intégration de la Charte/ adhésion à la CEDH » aux Membres de la Convention, CONV 354/02 – WG II 16, Bruxelles, 22.10.02
http://european-convention.eu.int/pdf/reg/fr/02/cv00/cv00354.fr02.pdf.
Pour une approche similaire, voir aussi Parlement Européen, « Résolution du Parlement européen sur les aspects institutionnels de l'adhésion » (n32) para I; et Krüger, "Reflections" (n14) p. 97.

questions concernant la protection des droits de l'homme en vertu de la Convention. Les arrêts de la Cour-EDH demeurent ce qu'ils sont, des arrêts déclaratoires et le constat de la Cour-EDH d'une violation de la convention par l'Union n'emportera pas la nullité de l'acte communautaire, il incombera aux institutions de l'Union, notamment à la CJUE, d'en tirer les conséquences nécessaires et, s'il ya lieu, de modifier la règle de l'UE incompatible avec la Constitution ou son application[311]. Ces cas représenteraient simplement un petit pourcentage de ceux présentés devant la Cour de Strasbourg[312]. Luxembourg ne serait pas subordonné à Strasbourg pour une autre raison simple: en établissant des parallèles avec les Cours suprêmes nationales, on peut voir que Strasbourg n'a pas le pouvoir d'annuler ses jugements, mais seulement de donner des décisions déclaratives sur la conformité de ces arrêts avec la Convention[313]. Enfin, la CEDH serait obligée d'appliquer le principe de subsidiarité[314] dans tous les cas, qui définit la relation de la Cour vis-à-vis des autorités des parties contractantes à la Convention. C'est donc une conséquence logique que la CJUE serait principalement chargée de garantir une protection efficace des droits fondamentaux au sein de l'UE, non seulement en vertu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CHDF), qui est pratiquement la *«Bill of Rights*[315]» (Déclaration des Droits) interne de l'Union , mais aussi en vertu de la Convention. Compte tenu des similitudes entre l'Union européenne et les autres parties contractantes à la Convention, ce point de vue est très plausible. En outre, *prima facie*, ces arguments semblent remarquablement convaincants. La Cour de Luxembourg peut

---

311 F. Sudre, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, opt.cit, p.79.

312 Voir Albert et Widmaier opt. cit p.506.

313 Voir R. van der Linden, L'adhésion de la CE / UE à la Convention européenne des droits de l'homme. Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, Audience sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme18 Mars 2015,5.
http://european-convention.europa.eu/EN/.../dynadoc1f31.html?lang...

314 Voir l'art 35 CEDH et la «règle de l'épuisement des recours internes» qui représente un principe fondamental du droit international ; Voir J. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar ; 3ème ed ,Nomos, Baden,2011, art 35,para 7.

315 Voir S. Holovaty, Institutional Aspects of the EU's Accession to the ECHR. European Parliament, Committee on Constitutional Affairs, Hearing on the Institutional Aspects of the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights, 18 Mars 2010, 3.

certainement être considérée comme un tribunal quasi interne, analogue à une Cour suprême de tout autre parti de la Convention. Ce poste a également été reconfirmé lors de la première réunion du «Groupe de travail informel sur l'adhésion» entre l'UE et le Conseil de l'Europe[316]. La Cour de Luxembourg, comme toute autre Cour suprême ou Cour constitutionnelle nationale, observe l'interprétation et l'application appropriée de la loi relevant de sa juridiction. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cette loi englobe également le principal document relatif aux droits fondamentaux de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux, qui est, en vertu de l'article 6 §1 du TUE, une partie du droit primaire de l'Union[317]. Et bien sûr, après l'adhésion réussie à la Convention, celle-ci constituera également une partie intégrante de l'UE. Cela signifie que la CJUE appliquera la Convention dans les affaires relatives aux droits fondamentaux et prendra en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[318]. Selon Tizzano : « l'encadrement des relations entre les deux cours européennes après l'adhésion dépasse la question de l'aménagement d'un mécanisme apte à assurer l'implication préalable de la Cour de justice dans les situations écrites. En effet, cette question n'est qu'un des aspects, bien que sans doute parmi les plus importants de ces relations. Il faut toutefois croire que celles-ci, par leur nature et par leur implications, devraient être encadrées dans une perspective plus générale et systémique, en ayant également à l'esprit l'évolution qui s'est dessiné en Europe dans l'articulation des rapports entre les cours européens et nationales. [319]» En protégeant correctement les droits énoncés dans la Charte et la Convention, la CJUE est, de manière

---

[316]Voir Council de l'Europe, "1st Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Summary of Discussions on the Informal Meeting of Member States' Representatives in the CDDH'CDDH-UE (2010)01, para 18.

[317] Voir pour plus de détails par ex. F. Schorkopf, « Art – EYV"in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf and Martin Nettesheim (eds), Das Recht de Europäischen Union, Band I (Munich, Beck, 2010) paras 28 ff.

[318] Voir O. de Schutter dans Conseil de l'Europe –Assemblée Parlementaire, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme, Doc 11533 Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 18 Mars 2008, 30.
http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=11835&lang=FR

[319] A. Tizzano, Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH, RTD eur. 47 (1) janvier -mars 2011, p.11

analogue, sans plus ou moins puissante que toute autre cour intérieure des parties contractantes de la Convention, qui supervise l'application précise d'une disposition légale en conformité avec les droits fondamentaux *« constitutionnellement »* garantis[320].

Cependant, ce point de vue ignore facilement que l'Union européenne n'est ni une organisation purement internationale (ou du moins, à un moment donné de l'histoire, elle a cessé d'exister en tant que telle et est devenue une organisation supranationale), ni une fédération ni une république fédérale. L'Union européenne est, indiscutablement, une création spéciale *sui generis* dont l'intégration dans un autre système de droit international, notamment dans le système de protection judiciaire de Strasbourg, mérite une attention particulière. Bien que ces problèmes aient été rejeté sans réfléchir, tant dans les traités eux-mêmes[321] que dans les contributions académiques[322], les caractéristiques spécifiques de l'UE, notamment la division (séparation) spécifique des compétences entre l'Union et ses États membres et le rôle de la CJUE comme l'arbitre exclusif et ultime du droit de l'Union[323], causera certainement de sérieux problèmes concernant l'autonomie juridique de l'UE.

---

[320] Voir Gragl, Accession Revisted , opt.cit p.164.

[321] Voir comme mentionné ci-dessus Art 6 (2) TEU, et Protocol No 8 du Traité de Lisbonne.

[322] Krüger, Reflections, opt.cit p. 96, et Conseil de l'Europe –Assemblée Parlementaire, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne (n 40) p.10 , 28, et 35.

[323] Jean Paul Jacqué , L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Note à l'attention de la Commission institutionnelle en vue de l'audition du 18 mars 2010. Parlement Européen, Audition Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales Commission des affaires 18 Mars 2010, 2.
http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100324ATT71241/20100324ATT71241FR.pdf

2§.L'incidence de l'avis 2/13.

Depuis 1979, l'adhésion éventuelle de l'Union européenne (UE) à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a été largement débattue[324]. La raison originelle de l'adhésion réside dans l'absence manifeste de dispositions explicites sur la protection des droits fondamentaux dans les traités de l'UE - un déficit qui pourrait être résolu par l'Union de devenir une Partie contractante à la Convention et de la rendre formellement obligatoire pour les institutions de l'UE. L'adhésion a des incidences importantes sur les modalités de fonctionnement du contrôle de la Cour ainsi que sur les aspects institutionnels de l'adhésion. Compte tenu du partage de compétences entre l'Union et les États membres, il faut s'assurer que les recours seront dirigés contre le véritable responsable de la violation. La décision n'est pas simple en ce qui concerne les États lorsque le droit de l'Union laisse une certaine marge d'appréciation aux États. Dans ce cas, il faut déterminer si la violation est intervenue ou non dans le cadre de cette marge. Or, laisser cette détermination à la Cour-EDH reviendrait à la laisser juge de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, ce qui n'est pas acceptable[325]. Il conviendra donc d'imaginer un système qui permette à l'individu d'attaquer simultanément l'Union et un État membre en laissant à l'Union elle-même le soin de désigner, au besoin avec le concours de la Cour de justice de l'Union, qui sera défendeur. Une solution de ce type figure déjà à l'annexe IX, article 6, de la Convention de la Mer.

Les premiers espoirs d'une procédure d'adhésion rapide et sans heurts ont toutefois été brisés après l'avis 2/94 dans lequel la Cour de justice de l'UE (CJUE) a estimé que, dans le cadre du droit de l'Union, l'UE n'avait pas compétence pour adhérer à la Convention[326].

---

[324] Commission of the European Communities, 'Memorandum on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms', Bulletin, Supplement 2/79, COM (79) 210 final, 20 Mai 1979. http://aei.pitt.edu/6356/4/6356.pdf

[325] F.X Priollaud et D.Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens , La documentation Française, Paris, 2008, p.484.

[326] CJEU,28 Mars 1996, Avis 2/94,Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,, ECLI:EU:C:1996:140, point 36.

En 1996, dans l'avis 2 / 94[327], la CJUE a statué que, dans la mesure où le droit de la Communauté européenne (CE), la CE ne pouvait pas adhérer à la CEDH. Seul un amendement du Traité pourrait renverser ce jugement. En 2009, le traité de Lisbonne a fait exactement cela, en insérant une nouvelle disposition dans les traités qui obligeait l'UE à adhérer à la CEDH[328]. Le traité de Lisbonne offre aux citoyens une liste de leurs droits et règle la question des conflits entre le droit de l'Union et la CEDH tant sur le plan matériel que sur le plan contentieux. La place reconnue à la CEDH atteste de l'existence d'une communauté qui, au-delà des vingt-sept, s'étend à tous les membres du Conseil de l'Europe. La Convention est le socle continental commun. En ce sens, même si les auteurs du traité de Lisbonne ont souhaité répudier le cadre constitutionnel, ils ont fait œuvre constitutionnelle[329].

Comme le souligne l'art.6,§ 2 TUE *« l'adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités .»* La portée de l'adhésion de l'Union à la CEDH est limitée aux questions qui relèvent de la compétence de l'Union. L'adhésion n'a donc pas pour effet d'élargir les compétences de l'Union et *a fortifiori* d'établir une compétence générale de l'Union en matière de droits fondamentaux[330]. La disposition de l'art.6,§ 2 TUE, qui trouve un écho dans l'art.6,§ 1, al. 2 TUE et dans l'art. 51,§2 de la Charte des droits fondamentaux, précisant l'un et l'autre que la Charte ne saurait avoir d'incidence sur l'attribution des compétences de l'Union, se situe dans le droit fil de la jurisprudence de la CJUE et de l'*obiter dictum*[331] de l'arrêt *Grant* : *« si le respect des droits fondamentaux (...) constitue une condition de légalité des actes communautaires,*

---

[327] Conformément à l'article 228 du traité CE, CJUE, 28 mars 1996, Avis C-2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

[328]Art 6/2 TUE, F.X Priollaud et D.Siritzky, Le Traité de Lisbonne, Texte et Commentaire article par article des nouveaux Traités Européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, Paris, 2008, p. 44.

[329] J.P. Jacqué L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ,*RTDE*, n°1, 2011, p. 8.

[330] F. Sudre, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Annuaire de droit européenne 2006, Volume IV, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 73.

[331] A. Potteau, Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? , *RGDIP, n°1*, mars 2011,p.95.

ces droits ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté [332].»

Ce traité a également ajouté le Protocole 8 aux Traités, réglementant les aspects de l'adhésion, ainsi qu'une Déclaration exigeant que l'adhésion à la CEDH soit conforme aux *"caractéristiques spécifiques"* du droit de l'UE[333].

Plus précisément, l'article 1 du Protocole stipule que le traité d'adhésion devra:

« refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne :

a) les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne ;

b) les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon les cas[334]. »

En outre, l'article 2 précise que l'accord:

« doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions. Il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention européenne, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention européenne, conformément à son article 15, et des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres conformément à son article 57[335]. »

---

[332] CJCE,.17.02.1998.Grant/South-WEST Trains Ltd, aff. C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63,point 45.

[333] Protocole N°8, Relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union Européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, F.X Priollaud et D.Siritzky, Le Traité de Lisbonne, opt.cit p.483,484.

[334] Protocole N°8, Art. 1. F.X Priollaud et D.Siritzky, Le Traité de Lisbonne , opt.cit p.484.

[335] Protocol N°. 8; Art. 2.Ibid

L'art. 2 du Protocole précise aussi que l'adhésion ne doit pas affecter les attributions des institutions de l'Union. Il s'agit ici de préserver le rôle de la CJUE comme seul arbitre du droit de l'Union. Dans l'hypothèse d'une adhésion, il appartiendra toujours à la CJUE, et à elle seule, d'appliquer et d'interpréter le droit de l'Union. Cette exigence du protocole sur l'adhésion de l'Union à la CEDH vise à préserver notamment le rôle de la Cour de Justice qui devra conserver l'exclusivité du contrôle de légalité des actes de l'Union. Les arrêts de Strasbourg devront rester déclaratoires et il appartiendra aux institutions de l'Union de tirer les conséquences d'une éventuelle condamnation. L'article 2 du protocole sur l'adhésion de l'Union à la CEDH s'efforce de régler les rapports entre les engagements de l'Union et ceux des États membres à l'égard de la Convention. Chacun doit rester maitre de ses propres engagements et libre d'en choisir la portée[336]. Les engagements de l'Union ne doivent pas avoir d'effets sur les États membres dans les limites des compétences de ces derniers. En d'autres termes, la participation de l'Union à un protocole ne doit pas emporter d'obligations dans le domaine des compétences propres à un États membre qui aurait choisi de ne pas ratifier ce protocole et vice-versa. L'autre question concerne la participation de l'Union au mécanisme de contrôle. S'agissant de la Cour, la spécificité parait imposer la présence d'un « juge de l'Union ». Il conviendra de savoir si ce juge doit participer avec voix délibérative à toutes les affaires ou seulement à celles qui impliquent une mise en cause de l'Union. Quant au Comité des ministres, la participation de l'Union aux travaux relatifs à la CEDH devra être assurée sous une forme adéquate.

Quel devra être le mode de contrôle de la Cour ? On a parfois suggéré que la Cour--EDH soit saisie par la Cour de l'Union de demandes préjudicielles. Une telle formule ne parait pas respecter la spécificité de l'Union qui, dans le domaine de ses compétences, doit être considéré comme une partie comme une autre[337]. D'ailleurs, peut-on imaginer la durée d'un litige dans lequel la Cour de l'Union elle-même saisie par voie préjudicielle saisirait à son tour d'une question préjudicielle la Cour-EDH ? Quatre ou cinq ans pourraient s'écouler avant que le tribunal national ne rende sa décision au fond. Une telle solution

---

[336] F. Benoit-Rohmer, Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne , in Le traité de Lisbonne, Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne, ed. E. Brosset, C. Chevalier- Govers, V. Edjaharian et C. Schneider, Brussel, Bruylant, 2009, p.161.

[337] P. Dollat, « Der Teufel steckt im Detail », De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes… », RMCUE, n°542, octobre-novembre 2010, p. 559.

pourrait dissuader les requérants, ce qui poserait de sérieux problèmes en matière d'application uniforme du droit e l'UE. La seule voie raisonnable est celle de la requête individuelle après seulement des recours internes parce qu'elle laisse le particulier libre de ses choix.

À cet égard, l'adhésion ne pourra produire pleinement ses effets que si la Cour-EDH parvient à accélérer son processus de décision. L'entrée en vigueur du protocole 14 est donc, à tous points de vue, un préalable indispensable et la réforme du système doit être poursuivie de manière diligente.

De la même manière, la Cour de l'Union a compétence exclusive, et elle l'a rappelé récemment avec vigueur, pour régler les différends entre États membres relatifs à l'application du traité. Dès lors, il conviendra d'exclure ces hypothèses lors de l'adhésion pour les réserver à la Cour de l'Union. Ce principe est rappelé par le paragraphe 3 du protocole[338].

Enfin, l'article 3 du Protocole a déclaré que "rien" dans l'accord d'adhésion "affecterait" l'article 344 TFUE qui exclue que les États membres soumettent un différend sur les questions de droit de l'UE à toute méthode de règlement des différends autre que celles prévues dans les traités[339].

En, premier lieu, la CJUE conservera l'exclusivité du contrôle de la légalité du droit de l'Union. La Cour-EDH veillera seulement à ce que l'action communautaire respecte le standard de la CEDH, et selon le principe de subsidiarité de la Convention, il appartiendra à l'ensemble des institutions de l'Union d'assurer la conformité du droit de l'Union avec les exigences découlant de la CEDH. Les arrêts de la Cour-EDH demeureront ce qu'ils sont, des arrêts déclaratoires. Le constat par la Cour-EDH d'une violation de la Convention par l'Union n'emportera pas la nullité de l'acte communautaire, il incombera aux institutions de l'Union, notamment à la CJUE, d'en tirer les conséquences nécessaires et, s'il y a lieu, de modifier la règle communautaire incompatible avec la Convention ou son

---

[338] "Acune disposition de l'accord visé à l'article 1er ne doit affecter l'art. 344 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.» L'art.344 précise que « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la constitution à un mode de règlement autre que ceux prévus par celle-ci. »

[339] Protocol N°. 8; Art. 3;Ibid

application[340]. La situation de l'Union sera indiquée à celle des États actuellement parties à la Convention et la CJUE aura un statut analogue à celui des Cours constitutionnelles ou suprêmes des États membres par rapport à la Cour-EDH.

En second lieu, la CJUE conservera l'exclusivité de la compétence pour régler les différends entre États relatifs à l'interprétation et à l'application des traités. Ainsi, l'art. 3 du Protocole précise que l'adhésion ne doit pas porter atteinte à l'art.344 TFUE, qui interdit aux États membres de soumettre un tel différend à un mode de règlement autre que celui prévu par le Traité. En d'autres termes, le recours inter-étatique prévu à l'art.33 de la Convention européenne des droits de l'homme est exclu entre États membres de l'Union.

Pour sa part, la Déclaration stipule que l'adhésion "devrait être organisée de manière à préserver les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union" et note le "dialogue régulier" existant entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui
« pourrait être renforcé lorsque l'Union accède à la CEDH ». [341].
Cependant, ces nouvelles dispositions du traité de Lisbonne ne pouvaient pas, par eux-mêmes, faire de l'UE un parti contractant à la CEDH. Pour obtenir ce résultat, il était nécessaire que l'UE négocie un traité d'adhésion spécifique avec le Conseil de l'Europe. Après un long processus de négociation, ce traité d'adhésion a été convenu en principe en 2013[342]. L'avis 2/13 concerne la compatibilité de ce traité avec le droit de l'UE.

Ce déficit de compétence a été remédié en 2010, après une lutte durable pour mettre en vigueur à la fois le Traité de Lisbonne[343] et le Protocole n°14 de la CEDH[344], qui a accordé à l'Union cette compétence et a modifié la Convention en conséquence. Les négociations sur l'adhésion ont commencé en juillet 2010 et ont abouti à une conclusion, quoique provisoire, en avril 2013, lorsqu'un rapport final a été soumis au Comité directeur

---

[340]M. Benlolo-Carabot, La CJCE et la Protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire, RMCUE, n°529, juin 2009, p.382.

[341] Art. 6(2) TUE

[342]Pour le texte, voir Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CONSEIL DE L'EUROPE, http://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_FRA.pdf

[343] Article 6(2) TUE, permettant et obligeant l'UE à adhérer à la Convention.

[344] Article 17 du Protocole N°. 14 CEDH, modifiant l'article 59 CEDH, permettant ainsi l'adhésion.

des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (CDDH). Ce rapport comprenait un projet d'accord révisé sur l'adhésion de l'UE à la CEDH et un projet de rapport explicatif sur cet accord[345].

Parmi les raisons prédominantes de l'adhésion, il y a l'argument selon lequel, malgré l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui fournit à l'UE son catalogue de droits fondamentaux, l'adhésion n'est pas devenue obsolète. Au contraire, seule l'adhésion soumettra l'Union à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et lui permettra de superviser extérieurement si la législation de l'UE viole ou non la Convention. Étant donné que la Cour européenne des droits de l'homme manque actuellement de compétence *ratione personae* sur l'Union européenne[346], l'objet et le but général de l'adhésion de l'UE à la CEDH est de combler les lacunes dans le système européen de protection des droits fondamentaux. Une fois que l'UE a continué d'acquérir des compétences dans des domaines qui étaient auparavant réservés aux États membres, ces lacunes dans la protection des droits de l'homme sont devenues plus évidentes dans les cas où un État membre de l'UE était tenu d'appliquer le droit de l'Union en violation de la Convention. Le statu quo avant l'adhésion n'entraînerait pas, dans un tel cas, une sanction du véritable «auteur», à savoir l'Union, mais l'État membre mettant en œuvre l'acte juridique en question. Cette lacune sera toutefois corrigée par l'adhésion future de l'UE à la Convention en obligeant formellement l'UE à la CEDH[347]. Elle créera également un système de protection plus cohérent et confirmera la position de l'Union européenne en tant que communauté basée sur la règle de l'État de Droit[348] et l'ordre juridique qui s'engage à respecter et à promouvoir les droits de l'homme. Une fois que Strasbourg aura juridiction sur l'UE et donc la dernière parole en matière de droits de l'homme, elle pourra

---

[345] Cinquième Réunion de Négociation entre le Groupe de Négociation AH HOC du CDDH et la Commission Européenne sur l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport Final au CDDH , 5 avril 2013, 47+1(2013)008rev2.
http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/47_1(2013)008rev2_FR.pdf

[346] Cour-EDH,30 Juin 2005, Bosphorus/. Irelande, Req. Nr. 45036/98, point 155.

[347] P.Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013,p 5.

[348] H. Ch Krüger, Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights, Penn State International Law Review, 21 (2002/2003),p. 93-94 et 97.

assurer, en cas de conflits normatifs, une interprétation cohérente et uniforme de ces droits dans toute l'Europe. Cet objectif sera atteint en permettant aux individus de soumettre des plaintes individuelles au titre de l'article 34 CEDH directement contre l'Union européenne dans le cas d'une violation présumée des droits de la Convention[349].

En plus de ces raisons impérieuses en faveur de l'adhésion, les négociateurs de l'accord ont également essayé de prendre en compte certaines préoccupations concernant l'autonomie juridique de l'UE, qui est jalousement protégé par la CJUE. La notion d'autonomie légale signifie que le droit de l'Union constitue un ordre juridique qui ne doit pas être compromis par un accord international ";[350] que les décisions d'un tribunal international ne doivent pas avoir pour effet d'obliger l'UE, dans l'exercice de ses pouvoirs internes, à une interprétation particulière du droit de l'Union[351]; et que les États Membres ne doivent pas soumettre un différend concernant l'interprétation ou l'application du droit de l'UE à un tribunal autre que la CJUE[352]. La Commission était d'avis que l'accord d'adhésion satisfaisait à toutes ces exigences et faisait attention à ne pas empiéter sur l'autonomie légale de l'UE. Pourtant, en raison de l'importance constitutionnelle de l'adhésion[353] et dans l'intérêt de la sécurité juridique, elle a jugé approprié de demander, en vertu de l'article 218 §11 TFUE, un avis de la CJUE sur la compatibilité de l'Accord d'adhésion avec les traités.[354]

---

[349] J.P Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Common Market Law Review, 48 (2011),p. 1007; et aussi Article 1(b) du Protocole 8 du Traité de Lisbonne.

[350] CJUE, 3 Septembre2008, Kadi et Al Barakaat/Conseil et Commission, aff.jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, point 316.

[351] CJUE, 14 Décembre 1991, Avis 1/91, Projet portant sur l'Espace Économiue Européen I, ECLI: ECLI:EU:C:1991:490, points 30-35, et CJUE,18 Avril 2002, Avis 1/00, Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers , ECLI:EU:C:2002:231, point 13.

[352] Article 344 TFUE et CJEU, 30 mai 2006, Commission/Irelande (Mox Plant), aff.C-459/03

[353] CJUE, Avis 2/94, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **ECLI: ECLI:EU:C:1996:140,** point 35.

[354] Commission Européenne, Demande d'Avis, SJ.F(2012) 2701339, 4 Juillet 2013, point 54.
http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/submissions/avis2013_2_fr.pdf

Au départ, la CJUE a jugé que l'affaire était recevable[355], bien que les règles internes qui réglementeraient l'implication de l'UE dans la CEDH n'aient pas encore été rédigées. En fait, la CJUE a déclaré que ces règles internes ne pouvaient pas faire l'objet de l'avis, même si elles avaient été rédigées[356].

Ensuite, la Cour a formulé quelques points préliminaires[357], affirmant pour la première fois expressément que l'UE n'est pas un État[358] et (en effet) que le système de l'UE est *sui generis*[359]. La Cour a également affirmé qu'il était important d'assurer la primauté et l'effet direct du droit de l'UE, en se référant également à l'objectif de l'UE d'une "*Union toujours plus étroite*"[360].

Juste avant Noël 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu sa décision tant attendue sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[361]. Cette décision, l'avis 2/13, est un jugement complexe qui soulève de nombreuses questions juridiques. Le commentaire de cette affaire énonce: un résumé de la décision; une évaluation des conséquences de la décision; et une première critique du raisonnement de la Cour[362]. Sur ce dernier point, la décision de la Cour est fondamentalement erronée. En bref, la Cour cherche à protéger les éléments fondamentaux

---

355 CJUE, 18 déc 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points. 144–52.

356 Id. para. 71.

357 Id. paras. 153–77.

358 Id.para. 156.

359 Id. para. 158.

360 Id. para. 167.

361 Avis Conformément à l'article 218 (11) TFUE, CJUE affaire C-2/13 (18 décembre 2014), http://curia.europa.eu/ [ci-après Avis 2/13]; Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 U.N.T.S. 222 [ci-après CEDH].

362 Ce commentaire est basé sur l'article sur le blog: Steve Peers, The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection. 18 décembre 2014, EU Law Analysis Blog. http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html.

du droit de l'UE en ignorant les valeurs fondamentales sur lesquelles l'Union a été fondée[363].

Lorsque le La Cour a rendu l'avis 2/13 le 18 décembre 2014[364] le résultat a été à la fois surprenant et étonnamment dévastateur pour le projet d'adhésion: la Cour a conclu que l'Accord d'adhésion n'était pas compatible avec les traités de l'UE - principalement en raison de son impact potentiel négatif sur l'autonomie du droit de l'UE et la compétence exclusive de la CJUE. Le juge *Dean Spielmann*, président de la Cour européenne des droits de l'homme, a décrit l'avis 2/13 dans des mots exceptionnellement durs comme une *«opinion défavorable»* et une *«grande déception».*[365] La jalousie est un monstre aux yeux verts, comme le dit Shakespeare,[366] et il semble que même les Cours ne sont pas à l'abri de ce phénomène.

Compte tenu de l'impact immense de cette décision négative, une analyse critique de l'avis 2/13 et de ses ramifications est indispensable. Cette section illustre d'abord les arguments que la CJEU utilisait pour conclure l'incompatibilité de l'accord avec l'autonomie légale de l'Union. Par la suite, elle examine - comme le suggère le titre - le caractère raisonnable de la «jalousie» de la CJUE vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme. D'une part, la jalousie pourrait parfois être infondée et donc déraisonnable, surtout si la promesse d'une protection plus efficace et cohérente des droits de l'homme en Europe est rejetée en faveur de l'autonomie légale. En plus cet étude critique en conséquence les préoccupations de la CJUE et conclut que les arguments de la Cour sont en grande partie infondés. D'autre part, cependant, la jalousie pourrait également être justifiée et donc raisonnable parfois. Aristote a soutenu que la jalousie appartient à des hommes raisonnables car cela pourrait conduire à de bonnes choses, alors que l'envie est basique et ne permet pas aux voisins

---

[363] S. Peers,The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare., German Law Journal 16 , N° 1, 2015, p.213.
http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-01/

[364] CJEU,18 Décembre 2014, Avis 2/13, L'adhésion de l'UE à la CEDH.

[365] Cour européenne des droits de l'homme, Rapport annuel 2014, Strasbourg 2015, p. 6.
http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2014_FRA.pdf

[366] W.Shakespeare, Othello, Act III, scene 3. dans P. Gragl,"The Reasonableness of Jealousy: *Opinion 2/13* and EU Accession to the ECHR" dans W. Benedek, F. Benoît-Rohmer, M.C. Kettemann, B. Kneihs, et M. Nowak ,édt, European Yearbook of Human Rights 2015 ,Vienne: NWV, 2015,p.28

d'avoir ces bonnes choses[367]. Cette section examine donc les aspects positifs et raisonnables de cette décision. Il peut être difficile de comprendre en premier lieu, mais peut-être que ce rejet préalable de l'Accord d'adhésion pourrait servir le système de la CEDH mieux que le non-respect ultérieur.

Avant d'examiner la compatibilité de l'Accord d'adhésion avec le droit de l'Union, la CJUE a élaboré diverses considérations préliminaires qui se révéleraient cruciales pour ses arguments ultérieurs. Tout d'abord, il y avait une lueur d'espoir lorsque la Cour a remarqué que l'obstacle original à l'adhésion - le manque de compétence, tel qu'il a été examiné dans l'avis 2/94[368] - avait été supprimé par l'article 6 §2 TUE qui représente maintenant une base juridique spécifique pour l'adhésion. Il a alors immédiatement interjeté, cependant, que l'adhésion serait néanmoins caractérisée par des traits distinctifs importants, ce qui est le plus important - comme l'a déclaré explicitement le CJUE pour la première fois! - que l'UE ne pouvait pas être considérée comme un État[369] selon le droit international.[370] Étant donné que les traités de l'UE ont établi un nouvel ordre juridique avec leur propre cadre constitutionnel, une structure institutionnelle sophistiquée et des concepts tels que la primauté[371] et l'effet direct,[372] l'adhésion de l'UE à la CEDH peut avoir des conséquences

[367] Aristote, Rhétorique, Livre II, Chapitre 11, 1388a.

[368] CJUE,28 mars 1996, Avis 2/94, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ECLI: ECLI:EU:C:1996:140, point 35

[369] Pour une discussion intéressante sur ce sujet J. A. Caporaso, The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory, or Post-Modern?, Journal of Common Market Studies, 34 ,1996,p. 29-52.

[370] CJUE,18 Décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ECLI: ECLI:EU:C:1996:140, points 153-157.

[371] CJUE,15 Juillet 1964, , Costa/ENEL, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66

[372] CJUE, 5 Février 1963, Van Gend & Loos, aff. 26/62. ECLI:EU:C:1963:1

sur ce système.[373] Comme le montrent plusieurs *«clauses d'anxiété»*[374] dans les traités[375], l'une des principales préoccupations entourant l'adhésion est qu'elle pourrait modifier ou affecter la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, qui sont liées entre eux par des relations juridiques mutuellement interdépendantes. Ces relations sont façonnées par un ensemble de valeurs communes et de droits fondamentaux, assurant ainsi la confiance mutuelle entre les États membres selon laquelle ces valeurs et droits fondamentaux sont protégés. La CJUE a soutenu qu'une telle protection ne pouvait être garantie que dans le cadre de la structure et des objectifs de l'UE dont l'autonomie juridique était maintenue par le système judiciaire entrelacé de la Cour elle-même et les juridictions nationales. La clé de voûte de ce système était la procédure préliminaire (article 267 TFUE) qui garantit l'interprétation et l'application uniforme du droit de l'Union, y compris les droits fondamentaux de l'UE, par un dialogue judiciaire entre la CJUE et les juridictions nationales.[376]

L'opinion négative et dévastatrice[377] de la Cour a été découverte dès le début par la déception et le choc des commentateurs académiques. Dès le jour de la livraison, le 18 décembre 2014, la blogosphère était presque instantanément remplie de commentaires, d'analyses et de critiques. À la lumière des exigences particulières de la CJUE en matière d'adhésion, l'ensemble du projet a été appelé *«un danger clair et présent pour la protection*

---

[373]CJUE,18 Décembre 2014, Avis 2/13, , Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, point 158-162.

[374] Th. Kingreen, Art. 6 EUV, dans Ch. Calliess/M.Ruffert ,édt, EUV/AEUV-Kommentar, 4th edn, 2011, point 29.

[375] Article 6(2) TUE; Protocole N°. 8 du Traité de Lisbonne; et la Déclaration sur Article 6(2) TUE.

[376] CJEU,18 Décembre 2014,Avis 2/13, Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, points 167-177

[377] P. Gragl,The Reasonableness of Jealousy: *Opinion 2/13* and EU Accession to the ECHR dans W. Benedek, F. Benoît-Rohmer, M.C. Kettemann, B. Kneihs, et M. Nowak ,édt, European Yearbook of Human Rights 2015 ,Vienne: NWV, 2015,p.33

des droits de l'homme [378], alors que la Cour elle-même était assimilée à une divinité jalouse qui ordonne que *« vous n'aurez devant moi d'autres tribunaux »*,[379] ou le personnage de Lewis Carroll, Humpty Dumpty, qui utilise des mots uniquement dans le sens de son goût et devient ainsi le maître de l'interprétation[380]. Dans le même ordre d'idées, les sections suivantes examinent de manière critique les arguments de la Cour et évaluent la jalousie déraisonnable de la Cour Vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme et du projet d'adhésion.

La Cour a ensuite statué que le projet d'accord était incompatible avec le droit de l'UE, pour cinq raisons principales. Tout d'abord, il n'a pas tenu compte des caractéristiques spécifiques du droit de l'UE[381] à trois égards. Il n'a pas clairement restreint la possibilité pour les États membres d'avoir des normes plus élevées en matière de droits de l'homme que le droit de l'UE, bien que la CJUE ait statué, dans l'arrêt *Melloni* de 2013, que les États membres ne pouvaient pas avoir des normes plus élevées que la Charte des droits de l'UE lorsque l'UE ait entièrement harmonisé la loi et la législation de l'UE soit elle-même compatible avec la CEDH et la Charte[382].

De même, le projet d'accord ne prévoyait pas l'application de la règle de la *«confiance mutuelle»* dans les affaires de la Justice et des Affaires intérieures (JAI), ce qui permet aux États membres de présumer que tous les autres États membres *«respectent le droit de l'UE et en particulier les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'UE "*, à l'exception des*" circonstances exceptionnelles* [383]". En outre, l'accord n'a pas exclu la possibilité que, lors de l'application du Protocole 16 à la Convention, qui prévoit que les tribunaux nationaux adressent des questions à la Cour-EDH sur les interprétations de la CEDH, ces juridictions

---

[378] Steve Peers,The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU Law Analysis, 18 December 2014, http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html

[379] W.Michl, "Thou Shalt Have no other Courts before Me", Verfassungsblog, 23 Décembere 2014, http://verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/

[380] L.Carroll, Through the Looking Glass and what Alice found there, 1871, Chapitre 6.

[381] Id. paras. 179–200.

[382] CJUE, 26 Févr 2013, Melloni / Ministerio Fiscal, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, points 60–61, 63 , http://curia.europa.eu.

[383] Avis 2/13 point. 191.

nationales demanderaient à la Cour européenne des droits de l'homme de se prononcer sur les questions de droit de l'UE avant qu'elles ne le demandent à la CJUE[384]. Cela contournerait la procédure préjudicielle de l'UE. La CJUE estime que même si l'accord envisagé ne prévoit pas l'adhésion de l'UE en tant que telle au protocole n° 16, le mécanisme instauré par celui-ci « *pourrait affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE* » notamment en raison d'un « *risque de contournement* » de cette dernière[385].

Deuxièmement, en contradiction avec l'article 3 du Protocole 8, le projet d'accord d'adhésion a violé l'article 344 du TFUE[386], car il n'a pas exclu l'utilisation possible de la Cour européenne des droits de l'homme pour régler les différends entre États membres en matière de droit de l'UE. La Cour relève que l'article 33 CEDH, relatif aux requêtes inter-étatiques, est susceptible de s'appliquer à toute partie contractante, et, donc également aux litiges entre États membres ou entre ces derniers et l'Union alors qu'est n cause le droit de l'Union, dont ferait partie la Convention européenne des droits d l'homme en cas d'adhésion et cela serait en contradiction avec la compétence exclusive de la cour de Justice telle que garantie par l'article 344 TFUE[387].

Troisièmement, le mécanisme du codéfendeur mis en place dans le Projet d'accord, qui crée un nouveau type de procédure, dans lequel l'UE et un État membre peuvent être (en fait) parties à un cas de la Cour européenne des droits de l'homme, incompatible avec le droit de l'UE[388]. Il y avait plusieurs problèmes avec ce processus: cela donnerait le pouvoir à la Cour européenne d'interpréter le droit de l'UE lors de l'évaluation de la recevabilité des demandes d'appliquer ce processus; une décision de la CEDH sur la responsabilité

---

[384] Voir le Protocole N°16 de la CEDH, le 2 octobre 2013, C.E.T.S N°214. Le Protocole a été ouvert à la signature en 2013 et devait entrer en vigueur après dix ratifications. Jusqu'à présent, il a été signé par seize États, dont neuf États membres, mais aucun État ne l'a ratifié.

[385] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La revue des droits de l'Homme, Février 2015, https://journals.openedition.org/revdh/1065

[386] Avis 2/13 points. 201–14.

[387] D. Symon, Deuxième adhésion (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13. Revue Europe, Février 2015, p.7.

[388] Id. paras. 215–35.

conjointe de l'UE et de ses États membres pourrait porter atteinte aux réserves des États membres à la Convention; et la Cour européenne des droits de l'homme ne devrait pas avoir le pouvoir d'attribuer la responsabilité de la violation de la CEDH entre l'UE et les États membres, puisque seule la CJUE peut se prononcer sur le droit de l'UE[389]. Il est en outre peu probable que beaucoup de requêtes pourront être dirigées avec succès contre les jugements de la CJUE, dans le cadre de ce que l'on appelle les recours directs, concluant à une violation des droits fondamentaux du requérant. Il est sans doute utile de rappeler que 96% des re- quêtes soumises à la Cour de Strasbourg au cours de la période 1959-2009 ont été déclarées irrecevables[390].

Quatrièmement, les règles du projet de traité sur l'implication préalable de la CJUE avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne se prononce sur les questions de droit de l'UE soient également incompatibles avec le droit de l'UE[391]. La doctrine reste partagée sur la question de la procédure d'implication préalable en invoquant d'un côté le respect du monopole d'interprétation et l'autonomie procédurale de la CJUE et de l'autre côté ses adversaires perçoivent au contraire un régime « de faveur » injustifiée au profit de l'Union européenne et, plus particulièrement, de la Cour de Justice[392].

Tout d'abord, ils n'ont pas réservé à l'UE le pouvoir de se prononcer sur la question de savoir si la CJUE a déjà abordé ce problème. Deuxièmement, ils n'ont pas permis à la CJUE de se prononcer sur l'interprétation, non seulement sur la validité, du droit de l'UE. Enfin, les règles de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) étaient incompatibles avec le droit de l'UE[393], car un tribunal non européen ne peut pas se voir attribuer le pouvoir de contrôle judiciaire sur les actes de l'UE, bien que la CJUE ne dispose pas d'une telle juridiction en ce qui concerne la plupart des problèmes de la PESC. Cette prise de position de la Cour de justice est problématique puisqu'elle suppose soit une

[389] Steve Peers,The EU's Accession to the ECHR, opt.cit.p. 216.

[390] X. Grussot, T. Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011. Fondation Robert Schuman, Question d'Europe n°218, 7 novembre 2011, p. 19. https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-218-fr.pdf

[391] Avis 2/13, points 236–38.

[392] N. Petit, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle? R.A.E -L.E.A , 2014/4, p. 826.

[393] Avis 2/13 points. 249–57.

révision des traités sur l'Union afin de donner une compétence à la Cour de justice dans le domaine de la PESC, soit une renégociation du projet d'accord d'adhésion afin d'exclure la PESC du contrôle de la Cour européenne, ce qui semble difficilement envisageable tant du point de vue des États tiers parties à la Convention qu'au regard du droit de la Convention européenne lui-même qui exclut les réserves trop générales[394].

D'abord et avant tout, l'adhésion de l'UE à la CEDH ne peut évidemment pas aller de l'avant sur la base du projet d'accord 2013. La CJUE a effectivement fourni une liste de contrôle des amendements à l'accord d'adhésion qui devrait être promulguée pour garantir que l'adhésion soit compatible avec la législation de l'UE. Les modifications porteraient sur les dix problèmes suivants:

(1) En veillant à ce que l'article 53 de la CEDH n'autorise pas les États membres à disposer de normes plus élevées en matière de droits de l'homme que la Charte de l'UE, où l'UE a pleinement harmonisé la loi;

(2) La détermination de cette adhésion ne peut avoir une incidence sur la règle de la confiance mutuelle dans les affaires JAI;

(3) S'assurer que l'utilisation du Protocole 16 de la CEDH par les juridictions nationales ne peut pas porter atteinte au système de décision préliminaire de l'UE, en supposant que l'utilisation du Protocole 16 est liée aux questions de droit de l'UE;

(4) Indiquant expressément que les États membres ne peuvent pas engager des litiges liés à la législation de l'UE devant la Cour européenne des droits de l'homme;

(5) En veillant à ce que, dans le système des co-répondants, l'évaluation de la recevabilité de la Cour EDH ne s'étend pas au pouvoir d'interpréter le droit de l'UE;

(6) Garantir que la responsabilité conjointe de l'UE et de ses États membres pour les violations de la CEDH ne peut pas entraver les réserves des États membres à la Convention;

---

[394] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour EDH, 23 mai 2016), R.A.E-L.E.A 2016/3 p. 473-474.

(7) Empêcher la CEDH d'allouer la responsabilité des violations de la CEDH entre l'UE et ses États membres;

(8) Veiller à ce que seules les institutions de l'UE puissent se prononcer sur la question de savoir si la CJUE a déjà abordé un problème;

(9) En prévoyant que la CJUE devrait se prononcer sur l'interprétation, non seulement sur la validité, du droit de l'UE, pendant la procédure de «participation préalable»; et

(10)Réduire le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme à se prononcer sur les questions de politique étrangère de l'UE[395].

Il est concevable que certains de ces changements puissent être résolus en modifiant les explications à l'accord d'adhésion, par des réserves à l'accord par l'UE ou par des déclarations unilatérales de l'UE. Mais il est peu probable que la plupart d'entre eux puissent réussir. Et tous les changements à l'accord d'adhésion devront être négociés par les quarante-sept des signataires de la CEDH. C'est notamment le cas pour les États parties considérés comme des « hard-liners » durant les négociations et qui ont souligné le prix des compromis faits en faveur de l'UE après le premier projet, tels que la Suisse, la Turquie et la Russie[396]. L'accord d'adhésion révisé, s'il est convenu, doit être ratifié par tous ces États pour entrer en vigueur. Il faudrait qu'il soit convenu à l'unanimité par le Conseil de l'UE et ratifié par le Parlement européen.

De quelle difficulté une telle renégociation serait-elle? Il est difficile de le dire dans l'abstrait. Il suffit de dire que le compromis constaté dans le traité d'adhésion de 2013 était très difficile à atteindre et il est difficile d'imaginer que la demande de l'UE pour dix autres amendements à ce texte - qui serait nécessairement non négociable - serait accueillie heureusement.

---

[395] Steve Peers,The EU's Accession to the ECHR, opt.cit.p. 217.

[396] S. Besson, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015) 2015 p.448.

Certaines des objections de la Cour correspondent probablement aux intentions des parties à l'accord d'adhésion, et il devrait être facile d'accepter des modifications reflétant cela. Sauf que certaines des objections insistent soit sur la primauté de la Cour de l'UE sur la Cour européenne des droits de l'homme, soit donnent la priorité à la législation de l'UE sur le fond des droits protégés par la Convention. Ces amendements seraient difficiles à accepter en principe, et on pourrait même douter qu'ils soient compatibles avec le caractère intrinsèque de la CEDH. Même si les négociations d'adhésion ont pris escompte la spécificité de l'Union en instituant des mécanismes spécifiques, la Cour juge que la protection était insuffisante parce qu'elle ne fait confiance ni à la Cour européenne des droits de l'homme, ni aux juridictions suprêmes des États membres, ni aux États membres eux-mêmes pour se plier aux disciplines « communautaires » lesquelles sot pourtant garanties par des mécanismes internes de l'Union.[397]

Si ces amendements étaient effectivement incompatibles avec la CEDH, il serait inutile de perdre du temps et des efforts pour les négocier. Il serait donc préférable pour le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'invoquer l'article 47 de la CEDH, qui permet au Conseil des ministres de demander à la Cour européenne des droits de l'homme de donner un avis consultatif sur l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles[398]. Sans doute cela ne s'étend au projet d'accord d'adhésion. Cet accord dans sa forme actuelle modifiera la CEDH; tout accord révisé modifierait probablement davantage la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme devrait en principe avoir la possibilité de se prononcer sur la question de savoir si les amendements préférentiels de la CJUE à la CEDH violent les principes fondamentaux du système de la Convention[399]. En cas d'aboutissement de la renégociation, la procédure de conclusion pourrait être relancée tout au niveau du Conseil de l'Europe qu'à celui de l'Union européenne, avec pour cette dernière la possibilité d'une nouvelle saisine de la Cour de justice appelée à se prononcer sur la compatibilité de

[397] J.P. Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice., Cahiers de Droit européen, 2015, N°1, p. 22.

[398] CEDH art. 47.

[399] Steve Peers,The EU's Accession to the ECHR, opt.cit.p.218.

l'accord après les changeants apportées, comme elle l'avait fait pour l'espace économique européen[400].

Les objections de la Cour - ou certaines d'entre elles - pourraient-elles être rencontrées par l'UE faisant des réserves à la CEDH? Conformément à l'article 57 de la CEDH, les réserves à la Convention sont permises, à condition qu'elles ne soient pas de «caractère généra[401]l». La Cour EDH a statué dans le passé que certaines réserves étaient invalides pour avoir enfreint cette règle. De nombreuses difficultés juridiques seraient évitées si la Cour européenne des droits de l'homme ait statué à l'avance (en utilisant la procédure consultative) sur la question de savoir si les réserves éventuelles de l'UE seraient valides. À tout le moins, les réserves relatives aux questions PESC ou JAI seraient en effet invalides, en raison de leur «caractère général». Reste la révision des traités de l'Union européenne qui éliminerait les limites des compétences de la Cour de justice en la matière de la PESC, une solution loin d'être réaliste et suivant la logique de la CJUE dans l'avis 2/13 au peut arriver à la conclusion que la mise en oeuvre de l'article 6, paragraphe 2, TEU était contraire aux traités et ne pourrait pas être réalisée sans une révision préalable des traités[402].

Et si le processus d'adhésion à l'UE se bloque en raison de ce jugement? Ce n'est guère un scénario peu probable. En droit de l'UE, l'adhésion de l'UE à la CEDH est une obligation: l'UE "adhère" à la Convention[403]. Selon l'article 265 TFUE, les institutions de l'UE peuvent être poursuivies en justice pour tout "défaut d'agir" pour se conformer à leurs obligations légales[404]. La Commission est donc obligée de demander une modification de son mandat de négociation, le Conseil a l'obligation de l'accorder et les États membres sont tenus de

---

[400] J.Rideau, L' incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC, dans Questions choisies à l lumière de l'avis 2/13, sous la direc de F. Picod et J. Rideau, R.AE-L.E.A 2015/1, p. 41.

[401] CEDH art. 57

[402] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits d l'Homme est suspendue, Cahiers de Droit européen, 2015, N°1, p.70.

[403] Art. 6 TUE.

[404] Art 265, F-X Priollaud et D. Siritzky,Le traité de Lisbonne, Texte et Commentaire Article par Article des nouveaux Traités européens (TUE- TFEU), La documentation française, Paris, 2008, p. 349.

soutenir la position de l'UE - une violation de cette dernière obligation pourrait être punie au moyen de procédures d'infraction. L'UE et ses États membres doivent clarifier la relation. Du droit de l'UE au droit international et aux juridictions internationales en particulier. L'invocation tautologique de l'autonomie du droit de l'UE, suivie de l'affirmation circulaire de sa relation à la juridiction exclusive de la CJUE ne suffisent plus à convaincre et rendent les relations internationales des Etats membres de l'UE de plus en plus difficiles[405].

Mais une obligation légale découlant des traités de l'UE ne peut pas lier des tiers. Si la Cour européenne des droits de l'homme réclame que les exigences de la CJUE ne sont pas compatibles avec le système de la Convention ou qu'un ou plusieurs des États non-membres de l'UE refusent de poursuivre les négociations en vue de l'adhésion sur la base de ces demandes, les institutions de l'UE et les États membres ne peuvent pas se tenir responsable de cela. Bien entendu, ces aménagements sont liés à leur acceptation par toutes les parties contractantes et il n'est pas évident qu'après avoir négocié longuement et à deux reprises, les aménagements imposés par les spécificités de l'Union, elles acceptent des concessions supplémentaires[406].

Il y a deux catégories d'objections concernant l'adhésion à la CEDH dans l'arrêt de la Cour: procédurales et de fond. Les premières sont, pour la plupart, beaucoup moins problématiques que celle-ci. Considérons-les à leur tour.

Les objections de procédure sont essentiellement celles des points (3) à (9) dans la liste ci-dessus, concernant: le Protocole 16 CEDH et le processus décisionnel préliminaire; règlement inter-étatique des différends; la procédure de co-défendeur; la procédure de participation préalable; et la PESC. Sept de ces huit points ont une chose en commun, - préserver le pouvoir de la CJUE de se prononcer sur le droit de l'UE. L'exception est le point (9), car, dans une large mesure, la CJUE n'a pas le pouvoir de statuer sur les questions de la PESC.

---

[405] S. Besson, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, *opt.cit,* p.454.

[406] J.P. Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice., *opt.cit,* p. 41.

Mais c'est un problème mineur par rapport aux objections de la Cour relatives à la PESC et au fond de la CEDH. Sur le point PESC, l'objection de la Cour est, avec un grand respect, très problématique. Les violations des droits de l'homme se déroulent malheureusement dans les opérations de la politique étrangère, allant des violations du droit à la vie, à la détention arbitraire, à la traite des êtres humains par des forces étrangères. La CJUE n'a pas compétence pour protéger, en ce qui concerne la plupart des questions relatives à la PESC, mais elle stipule que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut pas non plus avoir compétence de contrôle judiciaire[407]. Par analogie, la décision de la CJUE sur ce point signifie nécessairement qu'il serait également contraire au droit de l'UE pour les États membres de porter un différend relevant de la PESC à la Cour internationale de Justice, ou tout autre juridiction internationale, bien que vraisemblablement les tribunaux nationaux pourraient encore avoir la compétence[408] . Même si l'on peut comprendre que la Cour n'accepte pas que des violations éventuelles des droits fondamentaux dans le champ des compétences de l'Union ne fassent l'objet que d'un contrôle externe, ce refus d'admettre l'éventuelle compétence de la Cour-EDH, sauf à ce que les violations soient exclusivement imputées aux États membres, sans que l'Union puisse intervenir, même comme co-défendeur, ne peut s'analyser comme un renforcement du respect des droits fondamentaux, dans un domaine (actions PESC), où le risque d'atteintes aux droits de l'homme est particulièrement présent.[409] C'est pourquoi, considérer que l'autonomie de l'Union serait remise en cause par u contrôle exclusivement externe de certains actes PESC est plutôt une revendication d'autorité supplémentaire à celle du droit positif actuel, qu'un risque d'atteinte à l'autonomie procédurale externe.[410]

Cela va au-delà de la définition d'une ligne de démarcation sur laquelle la Cour est compétente pour interpréter le droit de l'UE. La position de la CJUE est que, si elle ne peut

---

[407]CJUE, 27 Févr 2007 Avis de l'Avocat General, Mengozzi, Segi et autres /Conseil, aff. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116

[408] Id.

[409] D. Symon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13.opt.cit, p. 8.

[410] E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et l'adhésion à la convention européenne des droits de l'homme, Cahiers de Droit Européen, 2015, N°1, p. 84.

pas être compétente pour la PESC, aucune autre cour internationale ne peut non plus. Cela pourrait avoir des conséquences majeures, laissant les victimes de violations graves des droits de l'homme sans recours effectif au niveau international.

Cela nous amène aux deux points de fond: la nécessité de veiller à ce que les États membres ne fixent pas de normes plus élevées dans le domaine du droit de l'UE et la nécessité de protéger le principe de confiance mutuelle dans les affaires JAI. Sur le premier point, la décision de la Cour n'est pas vraiment nécessaire, étant donné que la décision Melloni repose sur l'hypothèse que les règles d'harmonisation de l'UE sont déjà conformes à la CEDH[411]. Il n'est pas particulièrement surprenant que cette règle, qui s'applique dans le contexte de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, s'applique également à la CEDH.

La décision de la Cour sur ce point serait moins problématique s'il ne s'agissait pas de sa décision sur la confiance mutuelle dans les affaires JAI. Après tout, s'il était possible de résister à l'enlèvement dans un autre État membre pour des raisons de droits de l'homme malgré les règles de Dublin sur la responsabilité en matière d'asile ou pour résister à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen pour de tels motifs, de nombreuses violations des droits de l'homme dans des cas individuels seraient évités. La CJUE entend désormais faire respecter cette règle dans ses relations avec les autres parties à la CEDH, en tant que préalable indispensable à la soumission de l'Union à un contrôle externe, mais en même temps la Cour-EDH exige dans certains cas qu'un État européen vérifie le respect des droits fondamentaux par un autre État européen[412].

Mais la Cour réitère, en termes très forts, sa présomption établie que l'UE repose sur le principe de la confiance mutuelle dans ce domaine, qui ne peut être mis de côté que par des exceptions. On peut en déduire que la CJUE s'oppose au jugement récent de la Cour-EDH à *Tarakhel*[413], qui a manifestement échoué à renvoyer à la défense de la CJUE du système de Dublin dans l'ancien jugement *Abdullahi*[414].

---

[411] CJUE, 26 Févr 2013, Melloni / Ministerio Fiscal, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107

[412] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, *opt.cit*, p. 3.

[413] Cour-EDH, 4 nov 2014, Tarakhel/ Suisse, Req.Nr. 29217/12.

[414] CJUE, 10 déc 2013, Abdullahi c. Bundesasylamt, aff. C-394/12 ,ECLI:EU:C:2013:813 http://curia.europa.eu/.

Sur le point de la JAI, la Cour insiste sur le fait que sa propre conception du système JAI de l'UE doit prévaloir sur la protection des droits de l'homme telle que définie par la Cour européenne des droits de l'homme. Le thème sous-jacent de ces deux points de fond est que la CEDH devrait s'adapter au droit de l'UE tel que défini par la CJUE, et non l'inverse.

Est-ce fondamentalement justifiable? Les «valeurs» de l'UE énoncées à l'article 2 du TUE - qui sont des conditions d'adhésion à l'UE et qui pourraient soutenir la suspension d'un État membre dans des cas graves - comprennent les droits de l'homme et les principes connexes[415]. Il n'y a aucune mention de la primauté du droit de l'UE, de la confiance mutuelle dans les affaires JAI ou de la cession d'un tribunal international ayant compétence sur les questions de la PESC. En effet, à l'exclusion de la compétence d'un tribunal international sans aucune justification juridique[416], le jugement de la CJUE montre le mépris pour « l'État de Droit », une autre valeur fondatrice visée à l'article 2 du traité UE[417]. En ce qui concerne JAI en particulier, les rédacteurs du Traité prévoient à l'article 67 §1 du TFUE que l'UE doit "*constituer un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux*"[418]. Le traité ne donne pas la priorité à la confiance mutuelle sur les droits de l'homme -plutôt l'inverse. Le traité de Lisbonne confirme par ailleurs l'importance accordée à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, qui figure parmi les objectifs de l'Union (art. 3 § 2 TUE) et au rang des compétences partagées avec les États membres (art 4 § 2 j TFUE). De manière significative, l'art 67 TFUE définissant les objectifs principaux de l'ELSJ insiste d'avantage que les dispositions précédentes sur la protection des droits fondamentaux et le respect des traditions juridiques des États membres[419].

---

[415] Art. 2 TUE.

[416] L'article 344 TFUE ne fait que rejeter la compétence juridictionnelle pour les tribunaux non membres de l'UE en ce qui concerne les questions sur lesquelles la CJUE est compétente. Une interprétation a contrario suggère évidemment que cela est possible lorsque la CJUE n'a aucune compétence. Art. 344. TFEU

[417] Art. 2 TUE

[418] Art 67 § 1 TFUE

[419] F-X. Priollaud et D. Siritzky, Le Traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux Traités européens (TUE-TFUE), *opt.cit* , p. 199.

Le problème sous-jacent à l'analyse de la Cour est son accent sur la protection de son point de vue sur les éléments fondamentaux du droit de l'UE plutôt que sur la protection effective des droits de l'homme. En fait, les traités ont fortement insisté sur la nécessité de protéger les droits de l'homme: non seulement trois fois dans l'article 6 du TUE (en ce qui concerne la Charte, la CEDH et les principes généraux[420]), mais aussi dans le mécanisme de suspension de l'article 7 du TUE[421] Les valeurs communes visées à l'article 2 du TUE[422], les critères d'élargissement énoncés à l'article 48 du TUE[423] et les règles spécifiques de l'article 21 TUE relatives à la PESC[424] et JAI dans l'article 67 TFUE[425].

En revanche, les caractéristiques du système juridique de l'UE visé par la CJUE ont été développées par cette même Cour et ne sont pas expressément mentionnées expressément dans les Traités. Bien que les traités se réfèrent à la reconnaissance mutuelle dans les affaires JAI, ils le font dans le contexte du droit pénal et du droit civil, et non du droit d'asile. Même dans son avis 2/13 La CJUE s'exprime sur l'obligation, qui serait la conséquence de l'adhésion, pour un État membre de l'Union, de vérifier le respect de l'adhésion, pour un État membre de l'Union, de vérifier le respect des droits fondamentaux par un autre État membre, porterait atteinte au principe de confiance mutuelle, et partant, mettrait en cause l'équilibre au sein de l'Union et l'autonomie du droit de l'Union, sans qu'aucune disposition de l'accord envisagé ne vise à prévenir une telle situation[426]. Les dispositions du droit pénal des traités donnent à l'UE le pouvoir d'harmoniser les règles de procédure pénale si nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle[427]. Ce pouvoir n'existerait pas si les traités comportaient une obligation inhérente de confiance mutuelle aussi forte que celle que la Cour affirme. Plus fondamentalement, la preuve des taux de

---

[420] Art 6 TUE

[421] Id. art. 7.

[422] Id. art. 2.

[423] Id. art. 48.

[424] Id. art. 48.

[425] TFEU art. 67.

[426] D. Symon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13.*opt.cit,* p.5.

[427] Art. 82,TFUE.

reconnaissance divergents pour les demandes de statut de réfugié et l'existence de retombées et de refus de demandeurs d'asile à la frontière dans plusieurs États membres ont subordonné l'hypothèse de la Cour selon laquelle un tel degré de confiance mutuelle est justifiable. Mais la Cour-EDH ne peut pas tenir compte de la diversité à l'intérieur de l'Union en matière de droits fondamentaux; elle traite les États membres comme une unité et elle devrait traiter de la même manière l'Union en cas d'adhésion, mais le système la CEDH n'est pas capable de tenir compte dece fédéralisme horizontal fondé sur la confiance mutuelle de l'Union européenne et la Cour de justice soulève l'atteinte à l'autonomie de l'Union que le projet de traité d'adhésion pourrait générer[428].

La Cour justifie son accent sur les caractéristiques sous-jacentes du droit de l'UE en se référant au protocole 8 des traités, en se référant aux caractéristiques essentielles du droit de l'UE[429]. Mais la description par la Cour de ces caractéristiques va bien au-delà des questions mentionnées dans le Protocole 8 et de la Déclaration et comprend les organes de contrôle de la CEDH, les personnes interrogées aux demandes de la CEDH, les compétences de l'UE et de ses États membres, les dérogations et les réserves des États membres et Article 344 TFUE[430]. Il ressort clairement du libellé du Protocole et de la Déclaration que les États membres, en tant que *«maîtres des traités»*, voulaient faciliter l'adhésion de l'UE à la CEDH et ne pensaient pas qu'il y ait une incompatibilité fondamentale entre la CEDH et les systèmes de l'UE comme la CJUE Fait.(veut faire sortir, mettre en évidence)[431] .

Dans une perspective politique enfin, l'avis de la Cour de justice vient retarder une adhésion à la CEDH dont les États membres avaient formé le souhait à Lisbonne. La Cour va donc à rebours de la volonté des rédacteurs des traités. Avec l'avis 2/13, c'est le spectre du gouvernement des juges qui apparait [432]. A coup sûr, l'unification d'un système

[428] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de Justice dans l'avis 2/13., dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p. 104.

[429] Protocole No. 8.

[430] *Id.*

[431] *Id.*

[432] N. Petit et J. Pilorge-Vrancken, Avis de la CJUE: l'obsession du contrôle?, *opt.cit,* p. 830.

européen de garantie des droits fondamentaux était un beau symbole, même s'il n'était que cela, mais assurer la cohérence de la protection des droits fondamentaux pour le profit des justiciables était tout aussi évident et combler les défaillances liées à la coexistence des deux systèmes plus encore nécessaire[433].

Ce chapitre présente les fondamentaux de l'autonomie interne et externe de la loi de l'UE, définissant non seulement leur sens conceptuel, mais aussi leur fonctionnement technique à l'intérieur et à l'extérieur de l'UE. La construction de cette doctrine a été expliquée tant par le milieu académique que celui jurisprudentiel, démontrant ainsi sa nature juridique, son application et sa pertinence d'un point de vue plus large. Le chapitre en général a prouvé que l'autonomie du droit de l'UE est assez durement contrôlée et mise en place avec vigilance pour défendre le territoire de la loi de l'UE. Par conséquent, la Cour de Luxembourg et la législation de l'UE dans l'ensemble vont garder probablement la même prédisposition envers le système de la Convention après l'adhésion. Pour ouvrir une parenthèse à cette conclusion, *Gragl* note que, compte tenu de nombreux chercheurs, la Cour de Luxembourg ne sera pas subordonnée à la Cour de Strasbourg après l'adhésion, puisque celle-ci n'aurait pas compétence d'annuler les décisions de la CJUE[434].Bien que cela puisse être vrai, il convient de ne pas s'accorder avec *Gragl* en ajoutant que le critère susmentionné ne saurait être le seul à évaluer si Strasbourg obtiendrait une primauté sur Luxembourg. Il convient également de se référer à la question de savoir si, pratiquement et pragmatiquement, la Cour du Luxembourg - en tant que juge d'une organisation internationale qui est sérieusement engagée dans le respect de la notion de l'Etat de droit, dans les opérations internationales - rejetterait le respect et la mise en œuvre d'une décision de la Cour de Strasbourg. En disant la vérité, on peut douter sérieusement que la Cour de Luxembourg poursuive cette voie. Dans ce cas, en désaccord avec *Gragl,* pour faire cette évaluation, il faut attirer l'attention sur les résultats des relations entre les deux Cours après l'adhésion plutôt que sur les déclarations formelles qui décrivent ces relations. Cela signifie

---

[433] H. Labayle, La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH. 22 décembre 2014. http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/droits-fondamentaux/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/

[434]P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013, p .24.

essentiellement que les principes et le cadre d'autonomie de la loi de l'UE restent des repères très importants à évaluer dans le cadre de ce processus d'adhésion. Passons maintenant aux conclusions sur les cas individuels examinés dans ce chapitre. *COSTA Enel* - comme analysé ci-dessus - illustre la première étape de l'instauration du droit de l'UE en tant qu'autorité autorégulée du droit international, établissant ainsi un nouvel instrument visant à maintenir les États membres sous le contrôle du droit de l'UE. Non seulement Costa ENEL a-t-elle établi une relation hiérarchique entre le droit de l'UE et les ordres juridiques nationaux, mais a également ouvert la voie à la transformation progressive du régime de l'UE en un organe de droit autonome indépendant de ces États membres. Costa ENEL a donc établi la base de l'autonomie interne du droit de l'UE, une sorte d'autonomie qui rend le droit de l'UE préexistant sur les lois des États membres. L'autonomie interne exprimée dans Costa Enel a permis en cette première étape qui à la Cour de Luxembourg de bâtir cette interprétation sur cette base, pour après aller plus loin dans le futur. L'avis 1/91, d'autre part, a été beaucoup plus loin dans l'élaboration d'un concept à part entière de l'autonomie du droit de l'UE, cette fois d'un point de vue externe. L'autonomie extérieure - à cet égard - reflète l'approche autonome de la Cour de Luxembourg vis-à-vis des Cours ou tribunaux extérieurs / internationaux et du droit international, montrant une attitude hostile à l'égard de la compétence des tribunaux internationaux qui peuvent tenter d'empiéter sur le territoire de la loi l'UE. La même logique a été répétée dans *Mox Plant*; ce dernier a démontré un mécanisme beaucoup plus sophistiqué pour détecter et interdire les interférences potentielles des Cours ou tribunaux internationaux extérieures dans l'interprétation et l'application du droit de l'UE. Cette logique de l'autonomie et du dualisme a finalement été enrichie avec l'affaire *Kadi*, qui a illustré la tendance de la Cour de Luxembourg à régner même en ce qui concerne les résolutions du Conseil de sécurité - qui peuvent considérer les normes *jus cogens* - si elles contreviennent aux principes fondamentaux des traités de l'UE comme les droits de l'homme. Ces droits sont considérés comme le summum des normes *ius cogens* par la Cour. L'autonomie extérieure de la loi de l'UE peut donc régler sérieusement la position de l'UE en tant que Haute Partie contractante au Système de la Convention, dans une mesure qui peut réduire de manière drastique l'impact de l'adhésion par rapport à celui d'une partie contractante de l'Etat. Pour reconnaître ce niveau d'autonomie à la CJUE - cependant - il peut y avoir la nécessité de transformer le niveau et la méthode d'interface que le système de la Convention vise

généralement à construire vers un État partie[435]. Pour résumer en fournissant une approche plus inclusive sur cette question, *Gragl* soutient que la notion d'autonomie du droit de l'UE («autonomie externe») comprend quatre caractéristiques: premièrement, qu'un tribunal international n'est pas compétent pour délimiter la division des compétences entre l'UE et ses États membres, deuxièmement, les actes d'un tribunal international ne peuvent produire aucun effet interne sur les institutions de l'UE, y compris la Cour de Luxembourg, troisièmement, un accord international ne devrait pas entraîner l'effet de changer les fonctions d'une institution de l'UE , et, quatrièmement, un accord international ne peut pas produire l'effet implicite de la modification des traités de l'UE[436].Le chapitre conclut donc que les principes régissant l'autonomie interne et externe du droit de l'UE seront des lignes directrices très importantes pour analyser et calculer la coopération et la concurrence entre les Cours de Luxembourg et Strasbourg après l'adhésion. Ces principes directeurs doivent être mis en contraste avec les mécanismes fondamentaux du DAA afin de détecter les lacunes potentielles dans lesquelles l'interaction entre les deux Cours peut être caractérisée par l'aversion et la friction. Du point de vue de la législation de l'UE, l'autonomie externe, telle qu'établie par les trois cas marquants ci-dessus, peut voir de sérieuses difficultés d'un point de vue post-adhésion; Cependant, certaines garanties ont été mises en place pour garder ces effets imminents contrôlables. L'autonomie du droit de l'UE devrait donc être le point de départ pour l'examen des lacunes du Projet d'Accord d'Adhésion. Le même fondement a été utilisé par la Cour de Luxembourg dans l'Avis 2/13.

CHAPITRE II. Les droits fondamentaux garants de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

La protection initiale des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne peut apparaître comme étant hésitante. Il importe en effet de mettre en perspective l'absence d'une politique globale de l'Union européenne en faveur d'une

[435] F. Korenica,The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p.84

[436]P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Hart Publishing Oxford, 2013, p.84.

protection des droits fondamentaux et la construction prétorienne d'une telle politique par la Cour de justice.

Selon P. Alston et J.-H. H. Weiler, cette absence initiale de compétence en faveur des droits fondamentaux s'explique notamment par le caractère économique de la construction communautaire[437].

Il en résulte qu'il fallut attendre l'arrêt de la Cour de justice de l'UE *« Erich Stauder c/ville d'Ulm Sozialamt »* du 12 novembre 1969[438] pour qu'apparaisse la notion de droits fondamentaux dans le droit de l'UE. Parallèlement, c'est seulement par l'affirmation tardive, avec le Traité de Maastricht[439], de l'attachement de l'Union européenne à certaines valeurs qui induisit l'obligation « formelle » de respecter les droits fondamentaux[440].

Les Traités originaires contiennent en effet peu de dispositions permettant d'impulser une réelle politique de protection. M.-J Redor évoque à ce titre « le poids des origines »[441] quant à la réalité d'une vocation initiale favorable à une telle garantie des droits fondamentaux. F. Picod évoque pour sa part le « paradoxe » des Traités originaires en ce

---

[437]P.Alston, et J. - H.H. Weiler, Vers une politique des droits de l'homme authentique et cohérente pour l'Union européenne, in Alston (P.), (sous la dir.), in L'Union européenne et les droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 7 et s.

[438] C.J.U.E,12 Novembre 1969,Erich Stauderc.ville d'Ulm Sozialamt,aff. 29/69ECLI:ECLI:EU:C:1969:57, p. 419.

[439] Traité de Maastricht du 7 février 1992, article F, paragraphe 2, 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 ».

[440] Sans pour autant établir une politique normative explicite en faveur des droits fondamentaux, le Traité de Maastricht intègre l'importante contribution de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux au sein du droit primaire de l'Union européenne. Article F§2 : « 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 ».

[441]M.-J.Redor, La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux , in L'Union européenne et les droits fondamentaux, en collaboration avec J.-F. Akandji-Kombe et S.Leclerc, Actes de la journée d'études CEDECE organisée par le C.R.D.F. le 7 mai 1998, éd. Bruylant, 1999, spéc. p. 21.

qu'il paraît « étonnant que les Traités institutifs confiant aux institutions communautaires d'importants pouvoirs de réglementation et de gestion dans de nombreux secteurs de l'économie n'aient pas prévu des garanties de nature à protéger les ressortissants des États membres en cas d'atteinte portée par les institutions de l'UE à leurs droits fondamentaux »[442].

La faiblesse ou bien encore le silence des dispositions des Traités originaires relatives aux droits fondamentaux peut également s'expliquer selon H. Labayle par le fait que *« la coexistence en Europe de différents systèmes de garantie de ces droits n'a pas été une question majeure tant qu'il s'agissait simplement de coordonner l'existant. Une répartition implicite des rôles laissait alors au Conseil de l'Europe le soin d'effectuer les filtres indispensables et la fonction de gardienne des valeurs fondamentales »*[443].

L'absence de dispositions dans les Traités initiaux permettant la mise en œuvre d'une politique globale en faveur des droits fondamentaux dans l'Union européenne constitue par conséquent un élément d'argumentation quant au pragmatisme et aux difficultés de la Cour de justice de l'Union européenne d'en établir une protection accrue. Ces difficultés se voyaient également amplifiées par les compétences et missions initialement attribuées au juge communautaire. Selon l'article 220 CE, la mission attribuée à la Cour de justice de m'Union européenne était d'assurer *« le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité »*. Ce dernier poursuivant des objectifs économiques et ignorant la thématique de la protection des droits fondamentaux, la Cour de justice de l'Union européenne ne pouvait faire valoir un véritable titre de compétence.

Aussi, la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne s'est élaborée avec une certaine difficulté tenant tout à la fois au texte et à l'esprit des Traités originaires (Section I) mais également aux nécessités juridiques et politiques auxquelles a dû faire face le juge (Section II).

---

[442] F. Picod, Droit de l'Union européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales , Jurisclasseur libertés, fascicule 120, pts. 19 et s.

[443] H.Labayle, L'Union européenne et les droits fondamentaux , in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002, p. 588.

SECTION I. L'absence originelle d'un système de protection des droits fondamentaux.

Les Traités originaires ne définissaient pas de politique globale de protection des droits fondamentaux dans le droit de l'UE. Aussi, le développement d'une telle protection par la Cour de justice ne pouvait que se révéler délicat. À ce titre, le juge de Luxembourg a fait preuve de pragmatisme pour la perspective d'une protection efficace des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire puis de l'Union européenne. Il a établi une jurisprudence pragmatique de protection des droits fondamentaux. Il a dû s'inscrire dans le cadre communautaire préétabli et développer des droits pouvant être considérés comme fondamentaux non seulement pour la construction communautaire mais également pour l'Homme.

Aussi, sans pour autant ignorer totalement cette problématique, la Cour de justice a fait preuve selon J.-F. Renucci d'une *« hardiesse certaine »*[444]. Le juge de Luxembourg a su introduire la notion de droits fondamentaux malgré l'absence d'une politique originelle de protection de ces derniers (§1) et l'apparente fermeture des Traités à leur égard (§2).

Si la Cour de justice a pu introduire la notion de droits fondamentaux dans le droit de l'UE, ce n'est qu'à travers une interprétation extensive des dispositions des Traités originaires. Ces dernières ne laissaient en effet que peu de place à une définition et un développement de ces droits. La Cour de justice a donc inscrit sa jurisprudence dans un système juridique pouvant paraître comme indifférent à l'égard des droits fondamentaux.

[444]J.-F.Renucci, Le développement d'un système de protection des droits de l'homme , in J. Rideau , (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 95 à 76.

De nombreux auteurs, dont J. Dutheil de la Rochere, évoquent le « silence des Traités originaires sur les droits fondamentaux »[445].

Ce « silence »[446] se traduit par une absence de définition précise des droits fondamentaux à la fois dans le Traité de Paris de 1951 mais également dans le Traité de Rome de 1957. Seules quelques dispositions éparses abordent des droits pouvant, par extension, être considérés comme fondamentaux. Pour C. Schneider, les Traités originaires contiennent la notion de protection des droits fondamentaux à l'état « embryonnaire » : la liberté s'exprimant essentiellement à travers les principes de libre concurrence et de libre circulation tandis que le principe de non-discrimination se voit inscrit de manière « atomisée » dans le droit primaire communautaire originel[447]. Il faut rappeler que pendant des longues années la CJUE a travaillé d'abord sur la base d'une interprétation des dispositions des Traités (1) et enfin s'est exprimé sur l'absence d'une attribution de compétences en matière de protection des droits fondamentaux par ses mêmes Traités (2).

---

[445]J.Dutheil de la Rochère, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne , Jurisclasseur Libertés, Fascicule 140, pt. 3. Voir également,C. Blumann, Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme , R.A.E. – L.A.E., 2006/1, pp. 11 et s., G. Cohen-Jonathan, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme , Revue du Marché Commun, 1978, pp. 74 et s, H. Labayle, Droits fondamentaux et droit européen , A.J.D.A., 1998, pp. 75 et s., F. Picod, Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Jurisclasseur Libertés, fascicule 120, pts. 16 et s., D. Simon ,Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? , Pouvoirs n°96 - Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg, janvier 2001, pp. 31 et s.

[446] A. Remedem. La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2013, p. 53.

[447] C.Schneider, En marge de l'anthropologie juridique (Brèves réflexions sur la dialectique de l'ordre et du désordre pour une histoire des droits fondamentaux dans le système communautaire , p. 639, in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits, Paris, Dalloz, 2002, XXVI, 901 p.

1§.Une interprétation extensive des dispositions des Traités conduisant à une introduction limitée des droits fondamentaux.

De telles considérations peuvent paraître étonnantes lorsque l'on analyse les objectifs initiaux à long terme de la C.E.C.A et de la Communauté européenne[448]. La volonté d'instaurer une communauté économique entre différents États devait conduire à l'instauration d'un espace économique intégré impliquant la liberté de circulation des personnes par l'effacement des frontières intra-communautaires[449], ainsi que la libre circulation des biens, des capitaux et des services. Le fait que la protection des droits fondamentaux n'apparaissait pas comme une préoccupation majeure des Communautés européennes résultait de la considération selon laquelle il existait déjà en Europe une organisation spécifique chargée de promouvoir et de protéger ces droits. Cette construction juridique permettait de distinguer le domaine normatif politique avec le Conseil de l'Europe et sa Convention européenne des droits de l'homme du domaine économique représenté par les différentes Communautés européennes. Aussi, ce n'est qu'à travers quelques dispositions au caractère plus ou moins limitatif que les Traités originaires abordent la problématique des droits fondamentaux. J.-F. Renucci parle quant à lui d'une *« certaine timidité du constituant et du législateur communautaire »*[450]. En matière de libre circulation, les Traités abordent la situation des ressortissants communautaires et non communautaires. Si les premiers se voient accorder une certaine protection[451], les seconds voient leurs droits fortement limités[452]. En effet, le principe de non-discrimination, qui est un droit fondamental, permet néanmoins d'établir des différences de traitement entre ressortissants communautaires et non communautaires. Ainsi, dans les textes originaires,

---

448 Voir notamment en ce sens la Déclaration Liminaire de R. SCHUMAN, 9 mai 1950, (opt .cit)

449 Voir en ce sens le dispositif institué par les Conventions « Schengen » disponibles sur le site internet
http://www.ena.lu/?lang=1&doc=8168 et http://www.ena.lu/?lang=1&doc=19393.

450J.-F. Renucci, Le développement d'un système de protection des droits de l'homme, opt.cit, pp. 65 – 76

451 Art. 39 et s. C.E.

452 Pour exemple, le Traité de Maastricht met en place un système commun de visas à l'entrée de l'Union, art.100 C.E.

les discriminations fondées sur la nationalité et le sexe sont les principales visées. Quelques dispositions relativement spécifiques viennent interdire d'autres types de discriminations. Ainsi, l'article 40§3 al. 2 du Traité C.E. prohibe les discriminations entre producteurs ou consommateurs de la Communauté et les articles 36 et 95 interdisent les discriminations en fonction de l'origine des marchandises. L'interdiction générale des discriminations revêt nécessairement un caractère fondamental dans une société démocratique. Néanmoins, ses démembrements dans les Traités originaires ne peuvent être reconnus comme des droits fondamentaux. Les préoccupations des auteurs des Traités ne s'inscrivent pas dans une logique globale de protection de ces droits. Elles ne sont que le reflet, la concrétisation d'un objectif purement économique[453]. Comme le souligne F. Sudre, ces droits ne sont considérés qu'en tant qu'ils intègrent la perspective d'une communauté économique. Ils ne sont pas fondamentaux puisqu'ils servent un objectif économique. Ainsi, ils ne sont attachés aux individus qu'en raison de l'appartenance de ces derniers à un système juridique spécifique et ne représentent donc qu'un moyen de la réalisation de cette communauté[454]. Ces rares dispositions ne permettent donc pas aux Communautés européennes et a fortiori à la Cour de justice des Communautés européennes (maintenant la CJUE) d'établir une véritable politique de protection des droits fondamentaux. Cette absence de problématisation globale se concrétisa également par les divers actes de droit dérivé qui ont pu être établis sur le fondement des dispositions des Traités.

En matière de libertés de circulation et de séjour, le Conseil a pu adopter un règlement n°1612/68 sur le fondement de l'article 49 du Traité C.E.E. afin de réaliser la libre circulation des travailleurs[455]. Ce règlement a notamment eu comme objectif d'étendre le principe de non-discrimination aux avantages sociaux et fiscaux, à l'enseignement et à la

---

[453] Pour une mise en relation détaillée de l'objectif économique et du principe de non-discrimination dans le cadre du Traité C.E.C.A :M. Wybo, L'interdiction des discriminations dans les Communautés européennes, Paris, L.G.D.J., 1966, pp. 1 - 98.

[454]F.Sudre, L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux , in S.F.D.I., Droit international et droit communautaire, Perspectives actuelles, Paris, Pedone, 2000, p. 169.

[455] Règlement (CEE), n°1612/68,15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, J.O., L 257, 19 octobre 1968, p. 2.

réadaptation professionnelle et aux droits syndicaux[456]. De même, ce règlement du Conseil a enfin reconnu le droit au regroupement familial et le droit d'accès aux activités professionnelles du conjoint et des enfants[457]. En matière de libre circulation, le Conseil adopta une Directive 64/221 sur le fondement de l'article 56 du Traité C.E.E.[458]. Cette directive fixe les exigences et les garanties de nature formelle et procédurale en matière d'obtention d'un titre de séjour notamment. Surtout, elle fixe les limites d'ordre matériel au pouvoir des États Membres d'invoquer des raisons d'ordre public afin de limiter la libre circulation des ressortissants communautaires sur leurs territoires[459].

Ces exemples témoignent tout à la fois de la faiblesse et du caractère épars d'une politique des droits fondamentaux. Ils démontrent également les difficultés de la mise en place d'une politique globale de protection des droits fondamentaux. Si certaines dispositions permettent la prise en compte des droits de l'homme, compris en tant que droits fondamentaux, elles demeurent restrictives puisque spécifiques à la mise en œuvre des libertés économiques. La protection des droits fondamentaux pouvant être mise en œuvre par la Cour de justice s'inscrit par conséquent dans une dynamique complexe.

Cette complexité peut être observée à travers l'inscription tardive d'une dynamique de protection des droits fondamentaux au niveau des Traités[460]. L'aspect épars des dispositions relatives à la promotion et la protection des droits fondamentaux dans la Communauté économique européenne rendait ces objectifs confus et manquait d'uniformité d'autant que certains actes échappaient à tout contrôle juridictionnel susceptible d'assurer le respect des droits[461].

---

[456] Ibid., Art. 7§2 et s.

[457] Ibid., Art. 10 et 11.

[458] Directive 64/221/CEE, Conseil, 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, J.O., n° 056, 04 avril 1964, pp. 850 – 857.

[459] Ibid., Art. 2 et s.

[460] Voir infra.

[461] F. Picod, Droit de l'Union Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *opt.cit* , pt. 9.

La délimitation des droits sur le fondement des Traités originaires demeurait par conséquent relativement restreinte. Dans ce contexte, la Cour de justice ne pouvait véritablement pas s'inscrire dans une logique globale de protection des droits fondamentaux. Les différents textes de droit dérivé ne servaient ainsi en réalité qu'à expliciter, développer des droits inscrits dans une logique économique. Comme il l'a été vu plus haut, la notion de droit fondamental dépasse cette conception pour ne pas s'intéresser qu'aux seuls travailleurs et à leur famille. Aussi, c'est dans un contexte où les Traités ont tardé à contenir des dispositions relatives aux droits fondamentaux que la Cour de justice tente d'établir une logique de protection de ces derniers, notamment à travers une interprétation extensive des dispositions des Traités.

En raison de l'absence d'une ligne politique générale en faveur des droits fondamentaux, la Cour de justice a opéré une interprétation extensive des rares dispositions relatives aux droits non encore « fondamentaux ». Les principes de libre circulation et de non discriminations sont en effet pour la Cour de justice des principes essentiels. Ils engendrent donc naturellement des droits subjectifs en faveur des ressortissants communautaires et par conséquent, *« ont un caractère fondamental dans le système du Traité »* selon l'Avocat Général Mayras[462].

Pour G. Cohen Jonathan, *« la libre circulation des personnes est une revendication permanente au titre des droits de l'homme »*[463]. Si l'article 48§3 du Traité impliquait que la libre circulation des travailleurs comporte le droit de répondre aux emplois à égalité avec les nationaux, le Traité demeurait muet quant aux conditions de cette libre circulation. En effet, la possibilité offerte à un ressortissant communautaire de candidater à un emploi dans un autre État Membre implique nécessairement pour celui-ci de pouvoir se déplacer librement sur le territoire des États Membres mais également d'y séjourner. Aussi, afin d'assurer l'effectivité réelle de ce droit essentiel pour le projet communautaire, la Cour de justice est venue préciser la portée et le champ d'application des dispositions des Traités.

---

[462] C.J.U.E., 26 févr 1975, Conclusions de l'Avocat Général Mayras sur aff. 67/74, « Bonsignore », ECLI:EU:C:1975:34, p. 314

[463] G.Cohen Jonathan, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme , opt. cit, p. 76.

Le juge de Luxembourg a tout d'abord considéré dans son arrêt *« Watson »* en date du 7 juillet 1976[464] que la libre circulation des travailleurs[465], la liberté d'établissement et la libre prestation de services relevaient d'un principe général de libre circulation. Étant donné la portée d'un tel principe, la Cour de justice a reconnu dans son arrêt du 4 décembre 1974 *« Van Duyn »*[466] l'applicabilité directe des articles 48, 52 et 59 n'impliquant pas de ce fait une quelconque intervention étatique pour la reconnaissance d'un tel droit.

De même, la reconnaissance des droits issus des Traités ne peut selon la Cour faire l'objet d'une quelconque appréciation divergente de la part des États. Par son arrêt *« Royer »* en date du 8 avril 1976, le juge de Luxembourg considère que les ressortissants communautaires tirent leurs droits du Traité dont les effets juridiques ne dépendent pas d'une législation d'exécution[467]. Cette interprétation peut paraître timide quant à une véritable volonté de protéger les droits fondamentaux. Cependant, elle n'en demeure pas moins une étape importante. Cette étape se mesure non seulement quant à la viabilité même du projet communautaire mais également quant aux droits des ressortissants communautaires. Ainsi, sans pour autant qualifier de fondamental le droit de circuler librement, avec ses conséquences en matière de séjour notamment, la Cour de justice a pu considérer que le droit d'entrée et de séjour était acquis *« indépendamment de la délivrance d'un titre de séjour par l'autorité compétente d'un État membre »*[468] . Pour le juge, un tel titre n'est pas un *« acte constitutif de droits mais un acte destiné à constater de la part d'un État Membre, la situation individuelle d'un ressortissant d'un autre État Membre au regard des dispositions du droit communautaire »*[469]. Cette libre circulation ne demeure cependant pas sans limite. De par l'effet de l'article 39§3 du Traité de Rome, les États membres ont la possibilité de restreindre les libertés de circulation et de séjour des

---

[464] C.J.U.E., 7 juillet 1976, , Watson, aff. 118/75 , ECLI:EU:C:1976:106

[465] Ce droit fut étendu à la famille du travailleur.

[466] C.J.U.E., 4 décembre 1974, Y van Duyn c Home Office , aff. 41/74, , ECLI:EU:C:1974:133

[467] C.J.U.E., 8 avril 1976, Royer , aff. 48/75, ,ECLI: ECLI:EU:C:1976:57, p. 497, pts. 65 et s.

[468] Ibid., pt. 32

[469] Ibid., pt. 33.

travailleurs. Cette réserve d'ordre public fait l'objet d'une interprétation très stricte de la part de la Cour de justice[470] afin de donner une plus large application aux textes du droit de l'UE.

En matière de non-discrimination, le juge de Luxembourg a là encore joué un rôle d'amplificateur des dispositions du droit de l'UE relatives à des droits nécessairement fondamentaux. Énoncé par l'article 7 du Traité de Rome, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité s'est vu reconnaître comme étant directement applicable par l'arrêt *« Reyners »* du 21 juin 1974[471] et susceptible de créer des droits notamment en matière de liberté d'établissement[472]. Plus largement, ce principe de non-discrimination constitue pour la Cour de justice un des *« fondements de la Communauté »* et engendre en conséquence des droits au profit des travailleurs en termes d'accès à l'emploi et de rémunérations[473].

En matière de droits pour les travailleurs, la Cour de justice a donc opéré une extension de la portée des dispositions des Traités. Ce travail d'interprétation a contribué à élargir les droits des ressortissants communautaires puisque par la reconnaissance de l'effet direct, la Cour ne subordonne pas l'accès aux droits à diverses mesures nationales d'application. En ce sens, malgré la faiblesse des dispositions des Traités originaires, la Cour de justice a permis le développement des droits fondamentaux. Elle en assurait une protection certes relative, puisque liée au texte des Traités, mais elle n'en était pas ignorante. Au contraire même, la Cour a pu établir une interprétation *« libérale(...) du principe de l'égalité de traitement en matière sociale s'agissant des travailleurs et de leur famille »*[474].

---

[470] C.J.U.E., 4 décembre 1974, Y van Duyn c/ Home Office , aff. 41/74, , ECLI:EU:C:1974:133 ; C.J.C.E., 26 février 1975, Bonsignore , aff. 67/74, ECLI:EU:C:1975:34 ; C.J.C.E, 28 octobre 1975, Rutili, aff. 36/75,, ECLI:EU:C:1975:137, p. 1220.

[471] C.J.U.E., 21 juin 1974, J. Reyners c. État Belge , aff. 2/74, ECLI:EU:C:1974:68, p. 631, pts. 25 et 32.

[472] Ibid., pt. 30

[473] C.J.U.E., 4 avril 1974, Commission c/ République Française , aff. 167/73, EU:C:1974:35, p. 360, pts. 43 à 46.

[474] G. Jonathan Cohen, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme , précité, pp. 79 et s.

Pour ce faire, la Cour a interprété de manière la plus large possible le préambule du règlement n°1612/68 du 15 octobre 1968 précisant que *« la libre circulation constitue pour les travailleurs et leur famille un droit fondamental »*[475]. Par son arrêt *« Cristini »* du 30 septembre 1975, la Cour a pu considérer que l'*« on ne saurait interpréter limitativement la référence aux « avantages sociaux »* » faite par le règlement précité[476]. Qu'ainsi, *« dans la perspective de l'égalité de traitement recherchée par la disposition, (...) le champ d'application matériel doit être délimité de manière à comprendre tous les avantages sociaux et fiscaux, qu'ils soient liés ou non au contrat d'emploi »*[477]. Par conséquent, le juge de Luxembourg estime qu'il serait *« contraire au but et à l'esprit de la réglementation communautaire relative à la libre circulation des travailleurs de priver les survivants d'un tel bénéfice à la suite du décès du travailleur, dès lors que ce bénéfice est accordé aux survivants d'un ressortissant national »*[478].

Dans cette perspective d'élargissement des droits des travailleurs aux membres de sa famille, la Cour de justice a pu juger dans un arrêt *« Michel S. »* en date du 11 avril 1973 que l'enfant handicapé d'un travailleur communautaire pouvait bénéficier des mesures de reclassement social prévues pour les travailleurs nationaux[479]. De même, G. Cohen Jonathan a pu mettre en exergue le fait que la Cour de justice reconnaisse aux enfants des travailleurs communautaires les mêmes droits en matière de formation[480]. L'auteur démontre à ce titre que la jurisprudence de la Cour vient *« limiter l'action des États dans tous les domaines où l'exercice de la compétence réservée risque d'avoir des effets*

---

[475] Règlement (CEE), n°1612/68,15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, précité.

[476] C.J.U.E., 30 septembre 1975, Cristini c. S.N.C.F, aff. 32/75 , ECLI: ECLI:EU:C:1975:120., p. 1085, pt. 12.

[477] Ibid., pt. 13.

[478] Ibid., pt. 16.

[479] C.J.U.E., 11 avril 1973, Michel S. c. Fonds national de reclassement social des handicapés , aff. 76/72,, ECLI:EU:C:1973:46, p. 457, pt. 17 et spéc. pts. 15 et 16.

[480] G.Cohen Jonathan, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme, *opt.cit*, p. 80.

contraires aux principes communautaires »[481]. Il convient cependant d'observer que l'extension interprétative opérée par la Cour de justice n'est pas libre et sans limite. Le juge de Luxembourg n'opère cette extension que dans un objectif d'effectivité réelle du principe de libre circulation. L'ensemble des droits qui sont *« reconnus »* ne le sont que parce qu'ils participent à la réalisation des objectifs fixés par le Traité originaire. Aussi, ces droits pouvant être qualifiés de « fondamentaux » s'inscrivent nécessairement dans le *« cadre de la structure du droit communautaire »* selon l'expression employée par la Cour dans l'arrêt *« Internationale Handelgesellschaft »* du 17 décembre 1970[482]. La Cour ne manqua pas de rappeler dans son arrêt *« Rutili »* en date du 28 octobre 1975 que les restrictions apportées au droit de l'UE doivent être limitées aux strictes nécessités *« dans une société démocratique »*[483]. Cet argumentaire permet donc à la Cour non seulement d'établir une certaine définition des droits fondamentaux mais également leur protection. Certes, cette démarche demeure limitée puisque indissociable de la logique économique des Traités originaires. Cependant, elle reste évocatrice d'une volonté de la Cour de ne pas s'estimer cantonnée au seul texte des Traités[484].

Toutes choses égales par ailleurs, la Cour de justice a développé un argumentaire en matière de non-discrimination selon le sexe. Par son arrêt *« Defrenne »* en date du 8 avril 1976[485], le juge de Luxembourg a considéré que l'égalité des salaires entre hommes et femmes, faisant partie des fondements de la Communauté[486], pouvait être directement invoquée par les ressortissants communautaires devant les juridictions nationales. Il s'agit

---

[481] H. Cassan, Le principe de non-discrimination dans le domaine social à travers la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européenne , R.T.D.E., 1976, p. 264, cité par G.Cohen Jonathan, « La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme », précité. 151

[482] C.J.U.E., 17 décembre 1970,Internationale Handelgesellschaft, aff. 11/70,, ECLI:EU:C:1970:114., p. 1125, att. 4 à 20 : « la sauvegarde des droits fondamentaux, devait être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ».

[483] C.J.U.E., 28 octobre 1975, Rutili , aff. 34/75, , ECLI:EU:C:1975:137

[484] Il convient à ce titre d'observer que les Traités originaires n'attribuaient que peu de compétences interprétatives à la Cour de justice des Communautés européennes.

[485] C.J.U.E., 8 avril 1976, G. Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena , aff. 43/75, , ECLI:EU:C:1976:56., p. 455.

[486] Ibid., pt. 12.

là, de la part de la Cour de justice, d'une importante prise de position. Le juge a reconnu l'effet direct de l'article 119, relatif à l'égalité des rémunérations, non seulement à l'égard des rapports entre particuliers et États mais également entre particuliers eux-mêmes.

Également, afin de lutter contre les discriminations fondées sur le sexe, la Cour de justice a pu écarter la notion de « chef de famille » en matière d'indemnité de dépaysement pour les fonctionnaires se mariant[487]. La Cour avait, en effet, jugé que l'égalité de rémunération entre fonctionnaires n'était qu'une application du principe de non-discrimination visant à faire prévaloir l'égalité concrète sur une égalité formelle.

Ainsi, malgré la faiblesse des dispositions des Traités originaires et l'absence d'une définition des droits fondamentaux, la Cour de justice de Luxembourg a fait montre d'une volonté d'étendre les droits devant être reconnus aux ressortissants communautaires. Ces droits sont jugés comme étant indispensables à la réalisation de l'objectif de l'Union européenne et s'inscrivent donc nécessairement dans le cadre de leurs structures. La Cour de justice n'est donc pas ignorante de la problématique des droits fondamentaux et ce dès les premières années de son existence contrairement à une vision sans doute trop réductrice de la politique qu'elle a pu mettre en œuvre. La Cour de justice s'inscrit dans une volonté de protection des droits fondamentaux mais une volonté encore limitée puisque si son interprétation étend le sens et la protection de ces droits, la Cour ne dispose pas d'un titre de compétence lui permettant de tirer toutes les conséquences d'une protection globale des droits fondamentaux.

La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice relève d'une construction lente et progressive liée à ses compétences, telles que déterminées par les Traités. Celles-ci demeuraient initialement limitées dans ce domaine puisqu'elles ne lui permettaient pas de consacrer des droits fondamentaux issus des États membres. De même, alors que la perspective d'une adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme aurait nécessairement conduit à une protection institutionnalisée des droits fondamentaux, l'absence d'une compétence d'attribution conduisit la Cour de justice à rejeter une telle adhésion.

[487] C.J.U.E., 7 juin 1972, Bertoni c. Parlement, aff. 20/71, ECLI:EU:C:1972:48 et CJUE, 7 juin 1972, Bauduin c. Commission , aff. 32/71, ECLI:EU:C:1972:49, points. 345 et 363.

La Cour de justice a très tôt eu à connaître de la problématique des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE. La Cour de Luxembourg a pu se déclarer incompétente dans la protection des droits fondamentaux soit en refusant d'utiliser les droits nationaux comme source du droit de l'UE soit en ne reconnaissant pas l'effectivité des droits fondamentaux telle qu'elle pouvait résulter d'autres normes externes.

Ainsi, face à l'argumentation selon laquelle une décision de la Haute Autorité violait les articles 2 et 12 de la Loi Fondamentale allemande[488], la Cour de justice a pu exprimer dans un arrêt *« Stork »* en date du 4 février 1959 *« que selon l'article 31 du Traité, la Cour n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité et des règlements d'exécution; qu'en règle générale, elle n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne; qu'en conséquence elle ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 de la loi fondamentale) »*[489]. La Cour usera du même raisonnement dans son arrêt *« Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr "Präsident" et a. c/ Haute Autorité CECA »* du 15 juillet 1960 pour de nouveau affirmer *« qu'il n'appartient pas à la Cour, juge de la légalité des décisions prises par la Haute Autorité et partant de celles prises en l'espèce aux termes de l'article 65 du Traité, d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres; que dès lors la Cour ne peut ni interpréter, ni appliquer l'article 14 de la loi fondamentale allemande dans l'examen de la légalité d'une décision de la Haute Autorité*

[488] Article 2 : « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale. Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique.
La liberté de la personne est inviolable. Des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi. » ; Article 12 : « Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi. Nul ne peut être astreint à un travail déterminé sinon dans le cadre d'une obligation publique de prestation de services, traditionnelle, générale et égale pour tous. Le travail forcé n'est licite que dans le cas d'une peine privative de liberté prononcée par un tribunal ».

[489] C.J.U.E., 4 février 1959, Stork c/Haute Autorité CECA , aff. 1/58,, ECLI:EU:C:1959:4., p. 42, pt. 6.

»[490]. Ces deux décisions ne démontrent pas un refus d'appliquer ou de consacrer des droits fondamentaux. Elles trouvent leur justification dans le fait que la Cour de justice demeure incompétente pour donner application dans le droit communautaire de droits nationaux, qu'ils fussent constitutionnels et en faveur des droits fondamentaux. Il convient de remarquer que cette incompétence ne traduit donc pas une volonté de ne pas protéger les droits fondamentaux en tant que tels dans l'ordre juridique de l'UE. En effet, la Cour de justice ne s'interdit pas en revanche de donner application à certains droits. La Cour a ainsi pu considérer dans un arrêt « SNUPAT » du 22 mars 1961 *que « ce serait violer un principe élémentaire du droit que de baser une décision judiciaire sur des faits et documents dont les parties elles-mêmes, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont donc pas été en mesure de prendre position »*[491]. Dans une telle logique, la Cour n'a pas hésité à développer un argumentaire favorable à la protection des droits de la défense et ce, malgré son incompétence théorique[492].

On pourra noter une évolution quant à la valeur et les sources utilisées en matière de respect des droits. En effet, dans son arrêt *« Michelin »* du 9 novembre 1983, la Cour a considéré que *« le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé par la Commission dans ses procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions en application des règles de concurrence du Traité »*[493].

De même, avant que la Cour de justice n'introduise la notion de droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE, la Cour a pu s'appuyer sur *« une règle généralement admise par*

---

[490] C.J.U.E., 15 juillet 1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr "Präsident" et a. c/ Haute Autorité CECA , aff. jtes 36 à 38/59 et 40/59, , ECLI:EU:C:1960:36, p. 857, pt. 890.

[491] C.J.U.E., 22 mars 1961, SNUPAT c. Haute Autorité de la CECA, , aff. jtes 42/59 et 49/59, ECLI:EU:C:1961:5,p. 99, pt. 15

[492] Voir en ce sens et en matière de protection des droits de la défense : C.J.U.E., 28 mai 1970, Lacroix c/ Commission , aff. 30/68, , ECLI:EU:C:1970:46., p. 301, att. 25 ; C.J.U.E., 1er juillet 1964, Pistoj c/ Commission, aff. 26/63, ECLI:EU:C:1963:52, pt. 698 ; C.J.U.E., 1er juillet 1964, aff. 80/63, Degreef c. Commission , ECLI:EU:C:1964:55, pt. 796 ; C.J.U.E, 15 mars 1967, Gutmann , aff. jtes 18/65 et 35/65, , ECLI:EU:C:1967:6, , pt. 82.

[493] C.J.U.E., 9 novembre 1983, Michelin , aff. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313 , pt. 7.

le droit administratif en vigueur dans les États membres de la Communauté économique européenne, (selon laquelle) les administrations de ceux-ci doivent mettre leurs préposés en mesure de répondre aux faits incriminés, préalablement à toute décision disciplinaire prise à leur égard »[494].

La jurisprudence de la Cour de justice démontre par conséquent une volonté de structuration et d'affirmation de l'ordre de l'UE. Le juge n'est pas ignorant de la question des droits fondamentaux mais ne fait pas encore appel cette notion. Sa volonté de garantir l'effectivité des droits, et plus particulièrement les droits de la défense, se justifie par l'existence de règles non écrites trouvant leur origine dans des droits non spécifiés, mais pouvant être déduite des droits nationaux. Cela démontre une utilisation pragmatique de la notion de droits fondamentaux qui ne peut s'établir que dans un ordre juridique stable et cohérent. En effet, les droits fondamentaux tels que garantis par les États membres vont infuser le droit de l'UE qui en retour se diffuse dans ces droits internes. La recherche d'une utilisation maîtrisée de ces principes par la Cour de justice démontre dans ce contexte une volonté de structurer l'ordre juridique de l'UE afin de lui permettre d'évoluer, notamment quant à la problématique des droits fondamentaux.

[494] C.J.U.E., 4 juillet 1963, Alvis c. Conseil , aff. 32/62, ECLI:EU:C:1963:15, pt. 114.

2§. Le rappel par l'avis 2/94 de l'absence d'une compétence d'attribution en matière de protection des droits fondamentaux.

La volonté renouvelée de voir l'UE adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme, permettant ainsi d'affirmer la protection des droits, fut dans ce contexte l'occasion pour le Conseil de saisir pour avis la Cour de justice.

Cette requête, fondée sur l'article 228§6 du Traité CE[495], devait en conséquence conduire la Cour de justice à se prononcer sur la compétence de l'UE pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans son avis 2/94 du 28 mars 1996[496], la Cour de justice estima que l'absence de compétence d'attribution de l'UE dans le domaine de la protection des droits fondamentaux ne lui permettait pas d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme.

Rappelant en premier lieu que *« la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le Traité, qu'elle ne dispose que de compétences d'attribution »*[497], la Cour de justice estime *« qu'aucune disposition du Traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine[498]».*

La CJUE distingue ici deux problématiques. L'absence de compétence normative spécifique, afin de légiférer ou de contracter un accord dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, est établie, mais la Cour n'exclut pas la possibilité de mettre en œuvre une telle compétence pour la prévention des atteintes aux droits fondamentaux. En

---

[495] « Le Conseil, la Commission ou un État membre peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité de l'accord envisagé avec les dispositions du présent Traité. L'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour de justice ne peut entrer en vigueur que dans les conditions fixées à l'article N du Traité sur l'Union européenne. ».

[496] C.J.U.E., 28 mars 1996, Avis 2/94, « Adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »,ECLI:EU:C:1996:140

[497] Article 3B, avis C.J.U.E., 2/94, *opt.cit*, pt. n°23.

[498]Ibid. pt. n°27.

effet, dans un contexte de coexistence territoriale et normative d'ordres juridiques distincts, l'absence d'une compétence spécifique dans le domaine de la protection des droits de l'homme n'a pas conduit à un désintérêt des instances de l'UE. Dans son avis du 28 mars 1996, la Cour rappelle en effet son attachement à la protection des droits fondamentaux, notamment le fait que *« selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet égard, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. Dans ce cadre, la Cour a précisé que la convention revêtait une signification particulière (voir, notamment, arrêt du 18 juin 1991, ERT C-260/89, Rec. p. I2925, point 41) »*[499].

Parallèlement à l'absence de disposition spécifique autorisant l'Union à adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice porta son analyse sur l'article 235 du Traité.

Cet article *« vise à suppléer l'absence de pouvoirs d'action conférés expressément ou de façon implicite aux institutions communautaires par des dispositions spécifiques du Traité, dans la mesure où de tels pouvoirs apparaissent néanmoins nécessaires pour que la Communauté puisse exercer ses fonctions en vue d'atteindre l'un des objets fixés par le Traité »*[500]. Selon la Cour de justice, une telle adhésion à la Convention européenne impliquerait l'insertion de ces dispositions dans un ordre juridique distinct et revêtant *« une envergure constitutionnelle, (l'adhésion) dépasserait donc par sa nature les limites de l'article 235 »*[501].

Un tel avis négatif peut paraître surprenant quant à la démarche précédemment impulsée par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme.

---

[499] Ibid. pt. n°31.

[500] Ibid. pt. n°29.

[501] Ibid. pt. n°33.

En effet, l'ouverture du droit de l'UE au droit conventionnel s'est concrétisée institutionnellement entre 1974 et 1993 pour la Cour de justice de l'UE[502]. De plus, par les principes généraux du droit, la Cour de justice avait depuis longtemps réalisé la réception des droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'UE[503].

L'avis 2/94 de la Cour de justice pourrait dans un tel contexte symboliser l'incompatibilité d'une application effective des dispositions conventionnelles face à une impossibilité, institutionnellement établie, d'insérer la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Ce paradoxe semble de surcroît se prolonger à travers la jurisprudence de la Cour affirmant que des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme se sauraient être admises au sein de l'Union européenne[504].

Le flou juridique résultant de l'avis suscita une réflexion de la doctrine quant à savoir si c'est à raison, comme a pu le faire valoir V. Constantinesco[505], ou à tort, selon J.-F. Flauss[506], que l'Union européenne ne dispose pas de la compétence nécessaire pour à son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce qui est remarquable quant à l'avis de la Cour de justice est que cette dernière fait preuve de prudence à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme alors qu'elle fit valoir ses dispositions au sein d'un ordre juridique qui ne disposait toujours pas

---

[502] C.J.U.E., 14 mai 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroβhandlung c/ Commission des Communautés européennes, aff. 4/73, ,ECLI:EU:C:1974:51. La liaison faite aux droits fondamentaux dans cet arrêt fait nécessairement référence aux droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme.

[503] V. Constantinesco, note sous C.E.D.H., 30 juin 2005, « Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c/ Irlande », « C'est comme si c'était fait ? », C.D.E., n°2006-3/4, p. 369.

[504] Voir. notamment : C.J.U.E., 29 mai 1997, Kremzow , aff. 299/95,, ECLI:EU:C:1997:254

[505] V.Constantinesco, J.D.I., 1997, p.516 ; voir également J.-F. Renucci, D., 1996, J., p. 449.

[506] J.-F.Flauss, L.P.A., 1997, n° 91, p. 4 ; également G.Gaja, C.M.L. Rev, 1996, p.973 ; D. Simon,
Europe, juin 1996, chron. n° 6 ; O. de Schuter et Y. Lejeune, C.D.E., 1996, p.555 ; P. Wachsmann, R.T.D.E., 1996, p. 467 ; M. Walbroeck, La Cour de justice et la CEDH , C.D.E., 1996, p. 549.

d'une compétence spécifique en ce domaine. Cependant, la position de la Cour était politiquement délicate. Elle devait concilier la nécessité d'expliciter ses sources avec la volonté de certains États ne désirant pas voir l'UE adhérer à la Convention[507] et ce d'autant plus qu'elle ne disposait pas de la personnalité juridique. Le Royaume Uni jugeait même que la procédure d'avis était inutile[508]. La France et d'autres États ont soutenu l'idée selon laquelle le principe de l'autonomie d'interprétation du droit de l'UE serait mis en cause par une adhésion à la Convention européenne. L'adhésion aurait conduit à ce que le rôle d'interprète ultime du droit de l'UE dévolu à la Cour de justice soit remis en cause[509].

À l'inverse, d'autres États, favorables à une adhésion, estimaient que celle-ci aurait pour conséquence sinon une complétude des droits ou du moins un renforcement de ceux préexistants[510]. De plus, pour la Commission, la perte d'autonomie interprétative ne saurait être un argument en faveur d'un refus à l'adhésion. « On ne saurait pas davantage affirmer que le mécanisme de contrôle de la Convention, en ce qu'il s'étend à l'ensemble des compétences européennes, met en cause l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE.

En effet, la Convention n'imposerait que des standards minimaux. Le mécanisme de contrôle n'aurait pas d'effet direct dans l'ordre juridique de l'UE. Enfin, n'ayant pas été considéré comme contraire aux principes constitutionnels des États membres, ce mécanisme ne pourrait guère être considéré comme incompatible avec les principes du droit de l'UE. »[511].

La problématique de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme suscitait en conséquence une division parmi certains États Membres et les institutions de Bruxelles.

Si en 1996 les partisans de l'adhésion étaient plus nombreux que les opposants, la Cour de justice s'est prononcée dans le sens d'un rejet de celle-ci, sans révision préalable du Traité. On peut interpréter l'avis de la Cour de justice comme recherchant une médiation entre

---

[507] Partie VI de l'avis 2/94.

[508] O.De Schutter et Y. Lejeune op. cit, p. 559.

[509] Partie VI de l'Avis 2/94

[510] Voir en ce sens les développements in Partie V de l'avis 2/94.

[511] Partie VI de l'Avis 2/94.

d'une part les partisans d'un renforcement significatif d'un rapprochement avec la Convention et ceux de l'autonomie normative de l'Union européenne. En déclarant que l'Union européenne ne dispose pas de la compétence nécessaire pour adhérer, en l'état actuel du droit, à la Convention, la Cour de justice ne met pas un terme à sa volonté de protection des droits de l'homme. En effet, le respect de ces derniers étant une condition de la légalité des normes[512], l'Union européenne et donc la Cour de justice respectent les dispositions de la Convention et donnent un signal favorable à une nouvelle perspective d'adhésion. On peut donc considérer que l'avis de la Cour de justice repose sur une volonté de préparer cette adhésion future en soulevant les difficultés institutionnelles, juridiques et politiques qu'elle engendrerait.

L'apparence d'un rejet de la Convention s'accompagne en réalité de la réaffirmation de l'importance accordée par l'Union européenne aux droits tels que garantis par la Convention.

Il convient donc selon Cl. Blumann de *« relire »* l'avis 2/94[513]. Si celui-ci a conduit à l'arrêt d'une réflexion sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, il a en revanche *« provoqué une onde de choc et a conduit les États Membres à se pencher plus spécifiquement sur la place des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire »*[514]. La Cour de justice a dans cet avis souligné l'importance des droits fondamentaux dans le projet de l'Union européenne. L'article F du

---

[512] Ainsi, le Traité de Maastricht du 7 février 1992 stipule dans son article F, paragraphe 2, 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 ».

[513] C. Blumann, Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme , R.A.E. – L.A.E., 2006/1, pp. 22 et s.

[514] Ibid., p. 24

Traité de Maastricht[515] est en cela significatif de l'attachement aux droits fondamentaux. Cet avis rejette l'hypothèse d'une compétence générale de l'Union européenne à l'égard des droits fondamentaux sans pour autant nier leur importance. La Cour de justice s'inscrit à travers cet avis dans une perspective de protection légitime des droits fondamentaux au niveau de l'UE. En effet, une telle adhésion aurait nécessairement eu pour conséquence l'assujettissement de la Cour au système de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. On peut à ce titre relever l'analyse, sans doute quelque peu précoce et à relativiser selon nous, de C. Philip pour qui, si la jurisprudence de la Cour de justice en faveur de la protection des droits fondamentaux a pu être insuffisante, ce serait une « fausse solution » que d'établir un catalogue des droits communautaires. Pour l'auteur, le développement concret de la protection des droits fondamentaux ne pourrait s'établir que par *« la nécessaire application dans l'ordre juridique communautaire de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » et la « confiance (...) envers la jurisprudence de la Cour de justice »*[516]. Il ne convient donc pas d'interpréter l'avis 2/94 comme une fermeture de la Cour de justice de l'Union européenne à l'égard des droits fondamentaux. Cet avis témoigne de l'envergure d'une réelle politique de protection de ces droits. Le juge de Luxembourg demeure à ce titre conscient de ces défis.

---

[515] Art. F, Traité de Maastricht, « 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.
2. 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.
3. L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres.
4. L'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques. ».

[516] C. Philip, La Cour de justice des communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, A.F.D.I., 1975, pp. 402 et s. L'auteur met ici en exergue le fait que si la Cour de justice a su initier une protection des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire, celle-ci demeure encore insuffisante en raison des défis juridico-politiques posés par une telle problématique. Aussi, l'auteur propose une application substantielle de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de justice.

SECTION II : La mise en place d'une protection limitée.

La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne s'est inscrite dans une complexe recherche de conciliation des objectifs fixés par les Traités originaires et des réticences des États. Cette complexité se mesure par la volonté de privilégier l'insertion de l'ordre juridique de l'UE dans les ordres juridiques nationaux (§1) et une prise en compte mesurée des droits fondamentaux par le juge de Luxembourg (§2).

1§. Une limitation de l'exercice des droits fondamentaux au regard des objectifs du Traité.

C'est avec l'arrêt *« Stauder »* de la Cour de justice de l'UE du 12 novembre 1969[517] que la notion de droits fondamentaux dans le droit de l'UE est apparue. Le fait qu'une telle référence aux droits de l'Homme ne soit pas apparue auparavant s'explique par la volonté initiale des Communautés européennes d'affirmer l'autonomie de son droit à l'égard des droits européens. Ce n'est qu'une fois cette autonomie affirmée que le droit de l'UE a pu s'inscrire dans une logique de reconnaissance et de réception des droits fondamentaux et par développements successifs de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de justice est ainsi devenue selon les termes de H. Labayle *« l'architecte»*[518] du droit de l'UE puisque chargée de l'application respectueuse des Traités originaires. Le juge de l'UE évolue ainsi dans un contexte où la réalité juridique peut être protéiforme : la nécessité d'assurer l'effectivité d'un ordre juridique nouveau et supranational en construction peut ne laisser qu'une faible place à une pleine protection des droits fondamentaux.

---

[517]C.J.U.E., 12 Novembre 1969, Erich Stauder/ville d'Ulm Sozialamt, aff. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

[518]H. Labayle, Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice , R.T.D.E., 2006, pp. 1 et

Le droit communautaire, aujourd'hui droit de l'Union européenne, est un droit spécifique s'intégrant aux ordres juridiques nationaux. L'analyse révèle en effet le développement de logiques institutionnelles et constitutionnelles par ce droit.

Pour certains auteurs, dont le Doyen Favoreu, il convient d'observer un *« mouvement général de constitutionnalisation des systèmes »* européens[519] sans que l'on ne puisse pour autant considérer *« les cours de Strasbourg et de Luxembourg comme des cours constitutionnelles »*[520].

Pour l'Union européenne, cette logique a été explicitée par le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Traité avorté à la suite des refus néerlandais et français. Ce texte signé à Rome par les chefs d'États et de gouvernements de l'Union européenne le 29 octobre 2004 visait à se substituer aux anciens Traités et donc à définir, sous l'égide d'un texte unique, l'ensemble des compétences exercées par l'Union européenne. Si la notion même de « constitution » a pu justifier la non ratification définitive du Traité, le processus de constitutionnalisation antérieurement engagé s'est néanmoins poursuivi. D'un point de vue institutionnel, le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, reflète cette logique de structuration de l'Union européenne en rappelant que celle-ci *« dispose d'un cadre institutionnel visant à promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des États membres, ainsi qu'à assurer la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses politiques et de ses actions »*[521]. Dans ce cadre, le Traité de Lisbonne inaugure une présidence stable du Conseil européen par

[519] Ibid., p. 35.

[520] L. Favoreu, Les cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des cours constitutionnelles , Au carrefour des droits : Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, 2002, Dalloz, pp. 35 - 45.

[521] Article 13 du Traité consolidé sur l'Union européenne.

l'élection d'un Président chargé de l'exécutif[522] . De même, et à titre d'exemple, le Traité de Lisbonne supprime la structure en trois « piliers » introduite par le Traité de Maastricht. Seule la Communauté européenne de l'énergie atomique subsiste de même qu'il n'y a pas pour autant une « communautarisation » de la politique étrangère et de sécurité commune dont le caractère intergouvernemental est confirmé. Les évolutions apportées par le Traité de Lisbonne contribuent à l'autonomie institutionnelle de l'Union européenne en ce qu'elle se dote d'une personnalité juridique propre, permettant l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, et d'un cadre institutionnel proche d'une constitution autonome[523]. D'un point de vue substantiel, l'Union européenne participe à un processus constitutionnel à l'égard des normes internes en ce qu'elle influence l'évolution des normes constitutionnelles. Fort logiquement, la Cour de Luxembourg a reconnu que la primauté inhérente au droit de l'Union européenne devait s'appliquer à l'encontre des

---

[522] Article 15 du Traité sur l'Union européenne : « 1. Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales. Il n'exerce pas de fonction législative. (…)
6. Le président du Conseil européen:
a) préside et anime les travaux du Conseil européen;
b) assure la préparation et la continuité des travaux du Conseil européen en coopération avec le président de la
Commission, et sur la base des travaux du Conseil des affaires générales;
c) œuvre pour faciliter la cohésion et le consensus au sein du Conseil européen;
d) présente au Parlement européen un rapport à la suite de chacune des réunions du Conseil européen.
Le président du Conseil européen assure, à son niveau et en sa qualité, la représentation extérieure de l'Union pour les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune, sans préjudice des attributions du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. ».

[523] Voir à ce titre les analyses de :A. Auer, E pur si muove. Le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe , Rev. dr. Union européenne, n°1, janvier, 2005, p. 65 ; L. Azoulay, La Constitution européenne, acte refondateur de l'Union ? , in A.Levade, (sous la dir.), La Constitution européenne, Actes du colloque des 3 et 4 juin 2004, Bruxelles, Bruylant. ; C. Blumann, Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union Européenne , in Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public, Paris, Dalloz, 2002, pp. 277 - 292. J. Gerkrath, L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, 425 p.

normes internes de rang constitutionnel[524]. Ce principe structurel a pour vocation en effet *« d'empêcher la formation valide de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec les mesures communautaires »*[525]. A fortiori, la primauté du droit de l'Union européenne a vocation à s'exercer vis-à-vis d'une règle nationale postérieure. Cette invocabilité d'exclusion implique qu'un État membre ne peut invoquer son droit national, même constitutionnel, pour se soustraire à ses obligations résultant de sa participation à l'Union européenne[526]. Que la règle nationale soit antérieure ou non à la norme de l'Union européenne mise en œuvre, cette dernière prime toujours. Dans le premier cas, l'inapplicabilité de la règle nationale se déduit de l'adhésion postérieure aux Traités constitutifs de l'Union européenne. Celle-ci implique ainsi que la norme européenne prime la norme nationale sans que cette dernière ne soit expressément abrogée[527]. L'adjonction d'une Charte des droits fondamentaux, par le Traité de Nice de 2001, contribue à renforcer l'objectif de structuration de l'Union européenne. L'attribution par ce texte novateur d'obligations et de compétences liées au respect et à la protection des droits fondamentaux constitue pour l'Union européenne une ouverture de son champ

---

[524] C.J.U.E., 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr und Vorratsselle für Getreide und Futtermittel , aff. 11/70, , ECLI:EU:C:1970:114. « Attendu que le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire ; que la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire ; qu'en effet, le droit né du Traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit
national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État ». voir aussi C.J.C.E., 11 janvier 2000, « Tanja Kreil », Dr. adm., 2000. comm.37 : « l'ordre constitutionnel de chaque État est subordonné à l'ordre juridique de l'Union européenne dans sa mise en œuvre ».

[525] C.J.U.E., 9 mars 1978, Administration des finances de l'État c/ Société Simmenthal, aff. 106/77, , ECLI:EU:C:1978:49.

[526] Ibid.

[527] C.J.U.E, 10 octobre 1973, Variola,, aff. 34/73, ECLI:EU:C:1973:101. Pour des motifs de sécurité juridique l'abrogation peut néanmoins être recommandée ou même obligatoire : C.J.U.E., 4 avril 1974, Commission c/ France, aff. 167/73, ,ECLI:EU:C:1974:35 .

normatif à un domaine de compétences traditionnellement régi par les normes fondamentales, et donc constitutionnelles, des États Membres. L'Union européenne établit un ordre juridique particulier en ce que son autonomie normative se fonde sur des transferts de compétences des États vers sa structure. L'importance de ces transferts implique une évolution structurelle à la fois de l'ordre juridique de l'Union européenne et des États Membres. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne tel que consolidé par le Traité de Lisbonne distingue clairement trois types de compétences détenues par l'Union européenne.

L'actuelle répartition de ces compétences entre l'Union européenne et les États n'étant pas figée, et son évolution relevant des futurs Traités, il importe néanmoins d'observer la part des compétences dévolues à l'Union européenne et ce d'autant plus qu'elle dispose de compétences particulières afin d'atteindre les objectifs qui sont les siens. Ainsi, en matière de politiques économiques et d'emploi, l'Union européenne a vocation à définir les lignes directrices et les grandes orientations des actions des États Membres[528]. De même, en matière de politique étrangère et de sécurité commune, l'Union européenne dispose de représentants spécifiques comme le Président du Conseil européen et le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité chargés de mettre en œuvre cette politique[529].

Enfin, l'Union européenne peut faire appel à la « clause de flexibilité » dans la mise en œuvre de ses compétences[530] lui permettant d'agir au-delà des compétences prédéfinies si les objectifs visés le nécessitent. L'exercice de ces compétences influe de manière considérable sur la structure même de l'Union européenne en pouvant s'apparenter à un fédéralisme institutionnel[531]. Si le Traité établissant une constitution pour l'Europe

[528] Article 5, T.F.U.E.

[529] Article 24, T.F.U.E.

[530] Article 352, T.F.U.E.

[531] G. Scelle, dans B.Pauvert, Droit constitutionnel : théorie générale, Vème République, Jeunes Editions, Coll. Panorama du droit, 2ème éd., 2007, pp. 73 et s.

semblait engager l'Union européenne vers la voie du fédéralisme[532], le Traité de Lisbonne renonce à concrétiser cette figure institutionnelle.

Néanmoins, on peut observer une « fédéralisation » de l'Union européenne correspondant aux aspirations initiales de sa constitution[533]. L'Union européenne qui n'est pas une authentique fédération d'États demeure bien plus qu'une simple confédération en ce que l'Union européenne dépasse le cadre institutionnel de la simple participation normative. En effet, l'Union européenne, qui n'est pas un État fédéral, dispose néanmoins de la personnalité juridique[534]. De même, l'Union européenne est une entité sui generis exerçant de réelles compétences normatives. Les compétences mises en œuvre par l'Union européenne induisent donc des mutations juridiques affectant non seulement son propre ordre juridique mais aussi les États Membres en ce qu'elles consistent en des transferts de souveraineté. L'Union européenne qui est un ordre juridique spécifique, intégré à celui des États Membres[535], voit sa structure même évoluer à l'instar de l'ordre public conventionnel. Les compétences mises en œuvre par l'Union européenne influent par conséquent directement et nécessairement l'exercice des droits et libertés fondamentaux.

---

[532] Voir en ce sens : J.-C.Piris, L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme , R.T.D.E., 2005, n°2, pp. 243 et s.

[533] Voir en ce sens la Déclaration de Robert Schuman du 9 mai 1950 : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait. Le rassemblement des nations européennes exige que l'opposition séculaire de la France et de l'Allemagne soit éliminée : l'action entreprise doit toucher au premier chef la France et l'Allemagne. Dans ce but, le Gouvernement français propose de porter immédiatement l'action sur un pt. limité mais décisif :Le Gouvernement français propose de placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier, sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe.
La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne, et changera le destin de ces régions longtemps vouées à la fabrication des armes dont elles ont été les plus constantes victimes. La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifestera que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible. Cette production sera offerte à l'ensemble du monde sans distinction ni exclusion, pour contribuer au relèvement du niveau de vie et au développement des œuvres de paix ». Site internet de l'Union européenne.

[534] Article 47, Traité sur l'Union européenne.

[535] C.J.U.E., 15 juillet 1964, Costa c. Enel , aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

Aussi, la Cour de justice de l'Union européenne s'est emparée de cette problématique malgré la faible capacité des Traités originaires à impulser une véritable politique de protection des droits fondamentaux. C'est en raison de l'importance de l'impact de la construction communautaire que le juge de Luxembourg n'a pas établi une protection globale des droits fondamentaux. Intervenant dans un ordre juridique supranational et recevant des compétences traditionnellement dévolues aux ordres juridiques nationaux, la Cour de justice a naturellement eu pour tâche d'assurer la pérennité de l'ordre juridique communautaire et donc d'assurer à la fois le respect des Traités originaires mais également l'effectivité de ces derniers dans les droits nationaux.

Dès l'origine, les Communautés européennes se sont distinguées des traditionnelles organisations internationales par leur philosophie liée à un processus d'intégration. Ce processus d'intégration, au départ économique, conduit à un transfert de compétences des États Membres aux Communautés. De plus, les Communautés européennes se caractérisent par la mise en place d'un ordre juridique supranational spécifique et distinct des ordres juridiques nationaux. Selon les termes de J. Combacau et S. Sur, l'Union européenne *« tend à l'intégration, par un processus dynamique qui développe progressivement l'exercice en commun de leurs compétences, voire leur substitue les compétences propres de l'organisation elle-même. Ce processus transforme l'organisation autant que les États eux-mêmes »*[536]. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour de justice a en premier lieu été marquée par la recherche de structuration du droit communautaire et son imbrication avec les droits nationaux. L'affirmation des caractéristiques du droit communautaire s'avère être un élément essentiel dans la mise en œuvre des rapports de systèmes européens puisque celui-ci intègrera des ordres juridiques dans lesquels la Convention européenne des droits de l'homme constitue une source non négligeable du droit[537].

La jurisprudence de la Cour de justice est à ce titre symptomatique d'une volonté initiale d'affirmer non seulement la primauté mais également l'effet direct du droit communautaire sur les droits internes.

---

[536] J. Combacau, et S.Sur, Manuel de Droit international public, Montchrestien, Paris, éd. 2004, p. 679.

[537] C.Philip, La Cour de justice des communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire , A.F.D.I., 1975, p. 402.

Par ses arrêts *« Van Gend en Loos »* du 5 février 1963[538] et *« Costa c/ Enel »* en date du 15 juillet 1964[539] la Cour de justice s'est en premier lieu attachée à affirmer, asseoir l'ordre juridique communautaire vis-à-vis des droits nationaux. L'affirmation des caractéristiques de l'ordre juridique c'est-à-dire sa primauté et son effet direct sur les droits nationaux est en effet apparue comme étant un préalable nécessaire à tout développement normatif en faveur des droits fondamentaux.

La Cour de justice n'hésite pas à ce titre à rappeler que *« la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international (...) dont les sujets sont non seulement les États mais aussi leurs nationaux »*[540]. L'unité du droit de l'UE suppose indéniablement une uniformité d'application[541] pour laquelle le principe de l'effet direct du droit s'avère être indispensable.

Le processus consistant en l'affirmation de l'effet direct du droit de l'UE s'est ainsi diffusé à l'ensemble des normes constituant l'ordre juridique de l'UE. Aussi, on peut observer de nombreuses décisions ne s'intéressant pas à la problématique des droits fondamentaux au profit d'une recherche de structuration du droit de l'Union européenne.

Du point de vue de la hiérarchie des normes, l'effet direct fut en premier lieu attaché aux dispositions issues des Traités communautaires. La reconnaissance de cette caractéristique normative s'est vue conditionnée par l'agrément des critères dégagés par la Cour de justice. Aux termes de l'arrêt *« Reyners »* du 21 juin 1974[542], les dispositions des Traités constitutifs n'ont un effet direct que si certains critères sont remplis. Ainsi, certains articles n'ont pas d'effet direct[543]. Les articles ayant explicitement pour destinataires les

---

[538] C.J.U.E., 5 février 1963, Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62,, ECLI:EU:C:1963:1.

[539] C.J.U.E., 15 juillet 1964, Costa c/ Enel , aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

[540] C.J.U.E., 5 février 1963, Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62,, ECLI:EU:C:1963:1

[541] C.J.U.E., 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, aff. 6/64,, opt.cit.

[542] C.J.U.E., 21 juin 1974, J. Reyners c. État Belge, aff. 2/74,, ECLI:EU:C:1974:68

[543] Voir à ce titre l'étude complète de J.Rideau, Union européenne, Nature, valeurs et caractères généraux , Jurisclasseur Europe traité, fascicule 115. Également : C. Blumann et L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, Litec, manuel, Paris, 4ème éd., 2010, pp. 520 et s.

ressortissants de la Communauté ont en revanche un effet direct. La Cour précise de cette manière les imbrications entres ordres juridiques et donc *« pose la première pierre »* d'une future logique de rapports de systèmes. Certains articles du Traité ont été reconnus d'applicabilité immédiate dans les litiges entre particuliers lorsque les dispositions invoquées sont suffisamment précises dans la forme et dans le fond. Il en a été ainsi en ce qui concerne notamment l'article 28 (ex article 30) prohibant les restrictions quantitatives à l'importation[544], l'article 29 (ex article 34) interdisant ces mesures à l'exportation[545], ou encore l'article 141§1 et 2 (ex article 119) prohibant les discriminations à caractère sexuel entre travailleurs[546]. Certaines dispositions directement applicables n'ont pu au contraire être considérées comme seulement invocables à l'encontre des États. Par exemple, il en est ainsi pour l'interdiction de discrimination du fait de la nationalité[547]. Enfin, certaines dispositions n'ont en revanche pas reçu de brevet d'applicabilité immédiate. À titre d'exemple, il en a été ainsi en ce qui concerne l'article 10 (ex article 5) énonçant le respect des obligations communautaires par les États[548].

La reconnaissance de l'applicabilité et de l'effet directs du droit de l'UE se trouvera par la suite attachée aux normes du droit communautaire. L'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne stipule à ce titre que les règlements sont directement applicables dans les États membres. Pour la Cour de justice, il s'agit ici d'un effet direct complet, c'est-à-dire que l'immédiate applicabilité du règlement s'applique à l'ensemble de ses dispositions[549]. Pour ce qui est des directives européennes, la Cour de justice a tout d'abord estimé que celles-ci bénéficient de l'effet direct dès lors que leurs dispositions sont inconditionnelles, et suffisamment nettes et précises[550]. La Cour rappelle

---

[544] C.J.U.E., 8 novembre 1979, Denkavit Futtermittel, aff. 251/78,ECLI:EU:C:1979:252.

[545] C.J.U.E., 9 juin 1992, Etablissement Delhaize frères et Compagnie Le Lion SA c/ Promalvin SA et AGE Bodegas Unidas SA , aff. n° C-47/90,ECLI:EU:C:1992:250

[546] C.J.U.E., 8 avril 1976, Defrenne , aff. 43/75,ECLI:EU:C:1976:56

[547] C.J.U.E., 28 juin 1978, Kenny ,aff. 1/78, ,ECLI:EU:C:1978:140.

[548]C.J.U.E.,24 octobre 1973,Carl Schlüter c.Hauptzollamt Lörrach,aff. 9/73, , ECLI:EU:C:1973:110

[549] C.J.U.E., 14 décembre 1971, Politi , aff. 43/71, , ECLI:EU:C:1971:122

[550] C.J.U.E., 6 octobre 1970, Franz Grad c. Finanzamt Traustein, aff. 9/70, ECLI:EU:C:1970:78

qu'il est nécessaire que les dispositions de la directive soient inconditionnelles pour que celle-ci puisse être dotée de l'effet direct[551].

La Cour accentue sa jurisprudence relative à l'effet direct en consacrant cette qualité pour les directives suffisamment précises et dont le délai de transposition a été dépassé. Cet effet direct est non seulement reconnu pour les dispositions des Traités, mais aussi des directives prises pour leur application et ce, si les conditions de clarté, de précisions et d'inconditionnalité des dispositions sont suffisantes[552].

Face à la résistance de certains États, la Cour viendra moduler sa jurisprudence en interprétant de manière plus souple les dispositions des Traités institutifs. Ainsi, seules les dispositions précises et inconditionnelles des directives peuvent être opposées à l'État par les justiciables[553]. L'invocabilité d'une directive, et donc la reconnaissance de son effet direct, est essentiellement conçue comme une sanction des obligations qui s'imposent aux États membres en matière de transposition[554]. La Cour rappellera cette notion dans différentes jurisprudences[555]. Elle viendra par la suite préciser les possibilités d'invocabilité et l'effet direct qui doivent être attachées aux directives. Ainsi, la Cour de Luxembourg affirmera qu'une directive n'est pas a priori en tant que telle opposable aux justiciables. Il faut un acte de transposition. De plus, l'effet direct des directives non encore transposées ne vaut qu'à l'encontre des États et non dans des litiges entre particuliers (effet vertical et non horizontal)[556].

La Cour viendra à nouveau moduler sa jurisprudence sur l'invocabilité des directives communautaires en créant une « invocabilité d'exclusion » par laquelle il n'est plus

---

[551] C.J.C.E., 17 décembre 1970, S.p.a. Sace c/ Ministère des Finances de la République italienne aff. 33/70, , ECLI:EU:C:1970:118

[552] C.J.U.E., 4 décembre 1974, Y. van Duyn c/ Home Office,, aff. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133

[553] C.J.U.E., 5 avril 1979, Ratti , aff. 148/78, ECLI:EU:C:1979:110

[554] C.J.U.E., 6 mai 1980, Commission c. Belgique, aff. 102/79,, ECLI:EU:C:1980:120

[555] Voir à titre d'exemple : C.J.U.E., 19 janvier 1982, Becker, aff. 8/81 , ECLI:EU:C:1982:7

[556] C.J.U.E., 26 février 1986, M.H. Marshall c/ Southampton and South West Hampshire Area Health Authority,aff. 152/84 , ECLI:EU:C:1986:84

nécessaire que la directive soit suffisamment précise et complète[557]. Concernant les normes « subsidiaires » de l'ordre juridique de l'Union européenne, la reconnaissance de leur effet direct est partiellement conditionnée. Les décisions peuvent en effet être reconnues d'effet direct lorsqu'elles désignent un État membre comme destinataire. L'effet direct est alors seulement vertical[558]. À l'inverse, les avis et recommandations ne disposant pas d'une force juridique contraignante, ils ne peuvent donc pas être pourvus d'effet direct.

L'effectivité de l'ordre juridique européen repose également sur sa primauté à l'égard des droits nationaux. Ce principe s'appuie sur trois idées fondamentales. L'effet direct resterait inefficient si un État pouvait s'y soustraire. De plus, l'attribution de compétences « communautaires » limite de manière correspondante les droits souverains des États du fait même de l'adhésion au Traité institutif. Enfin, l'unité du droit de l'Union européenne suppose une uniformité d'application[559]. Pour P. Pescatore, la primauté est une condition essentielle pour assurer l'autonomie et la pérennité du droit de l'Union européenne[560]. Face à l'articulation normative devant s'appliquer entre le droit de l'Union européenne et les droits étatiques, la primauté tend à s'appliquer au profit de la norme européenne lorsque cohabitent ces droits. Si les rapports normatifs entre droit de l'Union européenne et normes internes conduisent habituellement à la reconnaissance de la primauté du premier sur les secondes, la problématique de son articulation avec les normes constitutionnelles a fait l'objet de plusieurs éclaircissements de la part de la Cour de justice et ce, antérieurement à sa reconnaissance des droits fondamentaux.

La position de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la primauté est installée depuis suffisamment longtemps pour ne plus aujourd'hui être remise en cause[561]. Il y a

---

[557] C.J.U.E., 19 septembre 2000, Luxembourg c. Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster , aff. C-287/98,,ECLI:EU:C:2000:468

[558] C.J.U.E., 19 septembre 2000, Luxembourg c/ Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster ,aff. C-287/98,, ECLI:EU:C:2000:468

[559]C.J.U.E., 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, aff. 6/64,, ECLI:EU:C:1964:66

[560] P. Pescatore, cité in O. Dord, « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in Droit communautaire, Droit constitutionnel, Vers un respect réciproque mutuel, Coll. Droit public positif, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 2001, p. 121.

[561] C.J.U.E., 9 mars 1978, Administration des finances de l'État c. Société Simmenthal, aff. 106/77, , ECLI:EU:C:1978:49

une volonté originelle d'affirmation du droit communautaire puis du droit de l'Union européenne. Étant donné qu'il s'agit d'un droit ayant vocation à interagir sur le droit national le plus fondamental, il a fallu que la Cour de justice de Luxembourg affirme à plusieurs reprises l'étendue de la primauté du droit de l'Union européenne. Si les États ont relativement accepté d'intégrer le droit primaire, de nombreuses difficultés sont apparues en ce qui concerne la portée du droit dérivé. En effet, ce dernier a lui aussi vocation à servir de source de référence pour les juges internes chargés en tant que juge de droit commun d'appliquer ce nouveau droit ce qui a donc pour conséquence l'effacement de la norme interne face à la norme européenne. Par sa jurisprudence « pédagogique », la Cour de justice s'est efforcée de procéder à l'intégration du droit de l'UE dans les ordres juridiques nationaux.

La jurisprudence initiale de la Cour de justice démontre ainsi sa volonté d'affirmer l'ordre juridique de l'UE. Cet effort de structuration de l'ordre juridique de l'UE n'est pas ignorant de la problématique des droits fondamentaux. Il apparait que la volonté de consacrer les droits fondamentaux permet également au juge de Luxembourg d'assurer l'effectivité du droit communautaire puis du droit de l'Union européenne. La protection des droits fondamentaux ne demeure donc pas ignorée. Elle est sous-jacente à l'action de la Cour de justice qui tend, de manière mesurée, à considérer cette problématique.

2§.Une limitation de l'exercice des droits fondamentaux.

L'effort de structuration du droit de l'UE par la Cour de justice de l'Union européenne ne peut s'établir dans un contexte juridique clos. En tant que juridiction suprême d'un ordre juridique en construction, et s'inscrivant dans les ordres juridiques nationaux[562], la Cour de justice ne pouvait rester muette quant à la protection des droits fondamentaux.

En effet, la protection des droits fondamentaux constitue une préoccupation essentielle pour les ordres juridiques nationaux dont la garantie s'effectue notamment à travers les normes constitutionnelles. Pour autant, les principes d'effet direct et de primauté

[562] C.J.U.E., 5 février 1963, Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise , aff. 26 /62, , ECLI:EU:C:1963:1

conduisent à une imbrication des ordres juridiques que la Cour de justice ne pouvait ignorer. Cette nécessité de prise en compte fut également initiée par la manifestation d'une certaine défiance de la part de Cours constitutionnelles à l'égard du droit communautaire.

R. Medhi et L. Burgorgue-Larsen ont pu démontrer la difficulté de la mise en œuvre du droit communautaire au sein des États membres[563]. Aussi, afin d'être pleinement effectif, le droit communautaire se doit nécessairement de prendre en compte le droit national.

Aujourd'hui encore, il doit selon R. Medhi faire l'objet d'une certaine reconnaissance interne[564] malgré le principe d'immédiateté énoncé par la Cour de justice dans son arrêt « *San Michele* » en date du 22 juin 1965[565]. Cette difficulté de mise en œuvre résulte du fait que la Communauté n'est pas le fruit d'un processus d'auto-création contrairement aux États[566].

Aussi, de même que l'affirme R. Kovar, le droit de l'Union européenne repose sur des structures nationales dont il dépend[567]. Cette « dépendance » implique de facto une prise en compte effective des droits nationaux par le droit de l'Union européenne.

L'affirmation des ordres juridiques européens, et plus particulièrement celui de l'Union européenne conduit à une irrigation normative transcendant l'ensemble des branches du droit.

---

[563] L. Burgorgue-larsen, Les résistances des États de droit, in J. Rideau, (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., 2000, pp. 423 - 458 ; R.Mehdi, Les retombées de la Communauté de droit dans les États de droit , in J. Rideau, (sous la dir.) Communauté de droit, Union de droit, États de droit, L.G.D.J., 2000, pp. 377 - 422.

[564]R.Mehdi, Les retombées de la Communauté de droit dans les États de droit, opt.cit , p. 381.

[565] C.J.U.E., 22 juin 1965, San Michele, aff. 9/65,ECLI:EU:C:1968:10.

[566]M. Virally, Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes , in
Mélanges H. Rolin, Problèmes de droit des gens, Pedone, Paris, 1964, p. 494.

[567] R. Kovar, Compétences des Communautés européennes, JurisClasseur Europe, Fascicule 420, p. 22.

Par conséquent, il convient d'observer que les points de la rencontre normative entre l'Union européenne et les droits nationaux autour de la problématique des droits fondamentaux s'intensifient[568].

L'emprise du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux peut aussi se ressentir quant à la procédure de création normative et de sa suppression. Les régimes de légalité peuvent différer selon les référentiels normatifs mis en place. Il convient néanmoins d'observer l'influence grandissante du droit européen qu'il s'agisse notamment du retrait des actes administratifs[569] ou bien du contentieux de l'annulation et de la responsabilité[570].

L'irrigation normative peut aussi s'observer sur les normes de rang constitutionnel qui subissent de plus en plus l'influence à la fois du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme[571] ce qui soulève donc la problématique de leur articulation non seulement avec les normes constitutionnelles préexistantes mais aussi de leur articulation avec les autres normes d'origine européenne[572]. La problématique de la primauté du droit de l'Union européenne sur les normes de rang constitutionnel et son influence quant à leur articulation en droit interne peuvent se mesurer par la mise en place d'un écran constitutionnel ou de droit international. Ainsi, pour le juge administratif français, un acte administratif ne peut se voir reprocher un défaut de constitutionnalité si

---

[568] Pour une démonstration de la complexité d'une telle rencontre normative :J.-P., Jacqué, Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques , R.F.D.C., 2007, pp. 3 - 38.

[569] R. Kovar, L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux , in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 2007, pp. 767 –à 788. Le retrait des actes administratifs constitue un élément essentiel de l'articulation normative des ordres juridiques européens et nationaux en ce qu'il peut être une condition de la réalisation des objectifs européens.

[570] F. Chaltiel, L'argument du droit européen devant le juge administratif , L.P.A., 19 avril 2007, pp. 22 - 27.

[571] D. Maus, Où en est le Conseil Constitutionnel ? , in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Paris, Dalloz, 2004, pp. 731 et s.

[572] La cohabitation des normes européennes et internes conduit à l'enrichissement et à la modernisation de ces dernières, y compris pour les normes constitutionnelles : F. Chaltiel, Le droit constitutionnel enrichi par le droit européen, L.P.A., 19 avril 2007, p. 8.

parallèlement il demeure conforme à un acte international[573]. Le Conseil constitutionnel français établit un raisonnement similaire permettant ainsi une irrigation et une articulation cohérentes du droit de l'Union européenne avec le droit interne. Le juge constitutionnel estime qu'il n'est pas compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive précise et inconditionnelle en ce que cela le conduirait à examiner la compatibilité de la directive à la norme constitutionnelle[574] si et seulement si la loi qui lui est déférée se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive[575]. S'il n'appartient donc pas au Conseil constitutionnel de contrôler la conformité d'une loi au droit communautaire en général, contrôle qui relève depuis la jurisprudence *« I.V.G. »* des juridictions ordinaires[576], il lui appartient, en revanche, de vérifier que le législateur a bien respecté l'exigence constitutionnelle qui est la sienne d'une transposition correcte des directives communautaires, sans en « trahir ni la lettre ni l'esprit »[577]. Ainsi, le droit de l'Union européenne s'imbrique et irrigue les droits internes avec une prégnance telle qu'il apparaît aujourd'hui difficilement possible d'identifier les normes issues de conceptions hermétiques au droit international[578].

---

[573]B. Seiller, Droit administratif, 1 - Les sources et le juge, Flammarion, Paris, 2011, 4ème éd., pp. 57 et s. Voir en ce sens Cons. d'Ét., Ass., 30 octobre 1998, M. Sarran et M. Levacher et autres , Rec., p. 368 et C.E. 3 novembre 1999, Groupement national de défense des porteurs de titres russes , Lebon, p. 343. Voir également B.Bonnet, Le juge administratif et l'article 55 de la Constitution, Thèse, Saint-Etienne, 2004, pp. 91 et s.

[574] Cons. Constit., décision n°2004-496 DC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique , J.O. du 22 juin 2004, p. 11182.

[575] Cons. Constit., décision n°2004-498 DC, 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, J.O. du 7 août 2004, p. 14077.

[576] Cons. Constit., décision n°74-54 DC, 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse, Rec., p. 19.

[577] Cons. Constit., décision n°2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances , 30 mars 2006, Europe, 2006, n°6, p. 4, considérant n°28.

[578] Voir en ce sens l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit public français in G. Eckert, Y.Gautier, R. Kovar et D.Ritleng, (Sous la dir.), Incidences du droit communautaire sur le droit public français, Presses Universitaires De Strasbourg, 2007, p.460 .

Les droits européens irriguent les ordres juridiques internes de leurs normes respectives ce qui a pour conséquence de rendre essentielle la problématique de leur articulation. S'il apparaît dorénavant extrêmement complexe d'établir une liste exhaustive des domaines juridiques dans lesquels les droits européens interviennent[579], il importe d'observer que l'irrigation normative emprunte l'ensemble des instruments juridiques existants et l'ensemble des matières juridiques. La multiplication des champs normatifs investis par les droits européens tend donc à accroître l'imbrication des ordres juridiques européens. Les ordres juridiques s'insèrent dans un réseau contraignant de relations parfois contradictoires révélées par O. Dord[580]. Plusieurs principes doivent collaborer et même s'articuler pour obtenir un schéma de relations normatives réciproques et cohérentes. Ces principes essentiels à chaque ordre juridique sont : la primauté de tout le droit de l'Union européenne, la portée des arrêts des Cours européennes, l'interprétation des Traités constitutifs et l'application des obligations nées de ces derniers par les autorités nationales tout en s'efforçant de faire respecter l'idée selon laquelle doit être respectée la suprématie du droit de source constitutionnelle. C'est le juge qui opère l'articulation de ces règles aux origines disparates afin d'en régler l'éventuel conflit et donc d'apporter une réponse cohérente apte à s'inscrire dans les dynamiques actuelles de mutations juridiques basées sur la multiplication des sources de références. Cette articulation délicate se manifeste à travers l'office des juges nationaux et des juges européens qui peuvent freiner l'application du droit communautaire, notamment en matière de droits fondamentaux.

La volonté initiale de la Cour de justice d'affirmer et de construire l'effectivité de l'ordre juridique de l'UE a pu conduire à considérer la protection des droits fondamentaux comme n'étant pas un objectif prioritaire. La Cour de justice a pour la première fois énoncée le principe du respect des droits fondamentaux de la personne compris en tant que principes généraux en 1969[581] car son objectif prioritaire demeurait l'affirmation de la primauté du

[579] Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les différents recueils de jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice.

[580] O. Dord, Systèmes nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? ,
Pouvoirs, Les cours européennes, Luxembourg et Strasbourg, n° 96 janvier 2001, P.U.F., p. 6

[581] C.J.U.E., 12 novembre 1969, Erich Stauder/ville d'Ulm, aff. 29/69, , ECLI:EU:C:1969:57

droit dont elle est la gardienne. Aussi, la Cour de justice s'est heurtée, dans cette problématique de l'effectivité du droit communautaire, à la résistance de certaines Cours constitutionnelles quant à la combinaison de ce droit avec l'indétermination relative des droits fondamentaux.

La faiblesse des Traités originaires, couplée à la fermeture apparente de la Cour de justice à reconnaître les droits fondamentaux des États Membres suscitèrent des réticences de la part des Cours constitutionnelles allemande et italienne quant au processus d'intégration du droit communautaire. Pour celles-ci, il est rapidement apparu que la construction communautaire pouvait porter atteinte aux droits de l'homme ce qui pouvait en retour freiner la dynamique communautaire. La primauté et l'effet direct du droit de l'UE, principes essentiels pour l'effectivité de ce droit[582], pouvaient être remis en cause par certains États membres en cas de non-respect ou d'un risque de violation des droits fondamentaux. Ainsi, par un arrêt du 18 octobre 1967[583], la Cour constitutionnelle allemande estima que *« la protection communautaire des droits fondamentaux n'est pas, par nature, équivalente à la protection assurée par la Loi fondamentale »*, ce qui implique, d'après elle, qu'elle puisse exercer son contrôle de constitutionnalité du droit dérivé et donc freiner l'applicabilité du droit de l'UE. De même, la Cour Constitutionnelle italienne considéra dans son arrêt *« Frontini »* en date du 27 décembre 1973[584] que si les transferts de compétences réalisés en vertu de l'article 11 de la Constitution italienne impliquaient la mise à l'écart du droit national contraire, les garanties offertes par la Constitution n'étaient pas applicables aux activités des institutions de l'UE qui relevaient du Traité et des garanties de l'ordre juridique européen. Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne a pu énoncer une réserve de constitutionnalité en excluant que les limitations de souveraineté *« puissent, de quelque manière, comporter, pour les institutions de la CEE, un pouvoir*

---

[582] C.J.U.E., 15 juillet 1964, Costa c. Enel , aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 1141. Par cet arrêt, la Cour consacre la primauté du Droit communautaire. Ce principe repose sur trois idées. L'effet direct resterait inefficient si un État pouvait s'y soustraire. L'attribution de compétences communautaires limite de manière correspondante les droits souverains des États du fait même de l'adhésion au Traité institutif. L'Unité du droit communautaire suppose une uniformité d'application.

[583] Cour constit. Allemande, 18 octobre 1967, BverFGE, p. 293.

[584] Cour constit. italienne, Frontini , arrêt n°183, 27 décembre 1973, , For. it., 1974, I, p. 314.

inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine ». Les progrès réalisés en matière de protection des droits fondamentaux par l'Union européenne permirent de faire évoluer l'interprétation des Cours constitutionnelles.

L'affirmation de la garantie des droits fondamentaux par l'intermédiaire des principes généraux du droit de l'UE[585] reçut dans ce contexte un écho en demi-teinte auprès de ces Cours constitutionnelles qui émirent néanmoins certaines réserves.

En effet, la Cour constitutionnelle allemande constatait que depuis son arrêt dit *« Solange I »*[586], la protection communautaire des droits fondamentaux avait évolué et garantissait une *« protection correspondant pour l'essentiel au standard inaliénable fixé par la Loi fondamentale ».* Une telle solution permettait à la Cour constitutionnelle d'éviter dans le futur d'exercer un contrôle de constitutionnalité sur le droit dérivé. La limite de cette logique résidait néanmoins dans une éventuelle défaillance de la garantie offerte par le droit de l'UE. Dans un tel cas de circonstance, la Cour pouvait reprendre son contrôle de constitutionnalité, du fait d'une réserve de compétence[587]. La Cour constitutionnelle italienne adopta une attitude similaire à celle du juge constitutionnel allemand. Même si le juge italien reconnaissait pleinement la primauté du droit communautaire, il s'était réservé la possibilité d'assurer la sauvegarde « des principes suprêmes de l'ordre juridique italien ». « Il est vrai que l'ordre juridique communautaire prévoit un système de protection juridictionnelle large et efficace des droits et des intérêts des particuliers... Et il n'est pas moins vrai que les droits fondamentaux susceptibles d'être tirés des principes communs aux ordres juridiques des États membres font, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, partie intégrante et constituent un élément essentiel de l'ordre juridique de l'UE. Mais cela ne signifie pas que la Corte de céans puisse être privée de sa compétence pour vérifier par le contrôle de constitutionnalité de la loi d'exécution si une quelconque disposition du Traité, telle qu'elle est interprétée et appliquée par les institutions et les

---

[585] C.J.U.E., 12 Novembre 1969, Erich Stauder/ville d'Ulm ,aff. 29/69, , ECLI:EU:C:1969:57

[586] Cour constit. allemande, 18 octobre 1967, opt.cit

[587] Cour constit. allemande, 22 octobre 1986, Wünsche Handelsgesellschaft, R.T.D.E., 1987, p. 537.

organes de l'UE, n'est pas contraire aux principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel ou ne porte pas atteinte aux droits inaliénables de la personne humaine. En définitive, ce qui est extrêmement improbable n'en reste pas moins possible. En outre, il y a lieu de tenir compte du fait qu'au moins d'un point de vue théorique et général, on ne saurait affirmer avec certitude que tous les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel se retrouvent parmi les principes communs aux ordres juridiques des États membres et sont donc compris dans l'ordre juridique communautaire »[588].

Un rapprochement entre Cours constitutionnelles et Cour de justice sera impulsé par la référence à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt *« Nold »* du 14 mai 1974[589], la Cour de justice des Communautés européenne a affirmé qu'afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux, elle s'inspire non seulement des traditions constitutionnelles communes aux États membres, mais aussi des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La référence indirecte mais réelle à la Convention européenne des droits de l'homme permet ainsi de créer les conditions tant de la coopération et donc du rapprochement entre ces systèmes juridiques que les conditions d'existence d'un dialogue des juges. Par son arrêt *« Rutili »* du 28 octobre 1975[590], le juge de Luxembourg fera une référence explicite à la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt constitue le point de départ d'une utilisation croissante du texte du Conseil de l'Europe pour la protection des droits fondamentaux par le droit communautaire puis le droit de l'Union européenne. Aux termes de l'arrêt *« ERT »* du 18 juin 1991[591], la Cour de justice synthétisera sa position vis-à-vis de ce texte international en affirmant qu'il revêt une « signification particulière ».

Ces arrêts, qui feront l'objet de plus amples développements, démontrent l'ouverture et l'implication du juge de Luxembourg à protéger les droits fondamentaux.

---

[588] Cour constit. italienne, Société Fragd, arrêt n°232, 13 avril 1989, R.U.D.H., 1989, p. 258.

[589] C.J.U.E., 14 mai 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroβhandlung c/ Commission des Communautés européennes, aff. 4/73, , ECLI:EU:C:1974:51.

[590] C.J.U.E., 28 octobre 1975, Rutili, aff. 36/75, ECLI:EU:C:1975:137

[591] C.J.U.E., 18 juin 1991, ERT , aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254

Comme conclusion, on peut dire que : D'un ordre juridique ayant une vocation initialement économique, l'Union européenne, à travers son juge, développe une politique normative en faveur des droits fondamentaux. Aucune disposition des Traités initiaux n'attribuait aux juges de compétences particulières en vue de protéger ces droits fondamentaux. L'introduction d'une protection de ces droits autres qu'économiques ainsi que les références tant à la Convention européenne des droits de l'homme qu'à la jurisprudence de sa Cour témoignent de la capacité du juge à établir des rapports normatifs entre ordres juridiques internationaux distincts mais surtout sa capacité à protéger les droits fondamentaux.

Cependant, l'action de la Cour de justice de l'Union européenne en faveur de la protection des droits fondamentaux a pu être limitée. Outre l'absence d'une politique globale en faveur des droits fondamentaux[592], le juge de Luxembourg a également dû s'attacher à assurer la pérennité d'un ordre juridique en construction. Cet ordre juridique reposant sur un transfert de compétences de plus en plus important, il importait que ses caractéristiques soient acceptées par les États membres et notamment leurs Cours constitutionnelles. Ces dernières avaient su faire valoir leurs réticences quant à la construction d'un ordre juridique qu'elles jugeaient peu satisfaisante en matière de droits fondamentaux. Développant une interprétation extensive des dispositions des Traités originaires, la Cour de justice a pu tout à la fois garantir l'unité du droit communautaire mais également inscrire les prémisses d'une protection des droits fondamentaux.

[592]B. De Witte, Le rôle passé et futur de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme , in P. ALSTON (dir.), L'Union européenne et les droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 2001.

TITRE II : Les droits fondamentaux vecteurs de constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Grâce aux principes généraux du droit, la Cour de justice a su inscrire l'action de la Communauté économique européenne puis de l'Union européenne dans une perspective de protection des droits fondamentaux. À ce titre, il n'est pas excessif d'affirmer que les principes généraux du droit ont été une source féconde de la protection des droits fondamentaux.

Pour autant, dès 1988, Ph. Gérard s'interroge quant à la justification des principes généraux du droit garants des droits fondamentaux. Considérant *« le rôle du juge, la nature des principes ou leurs fonctions au sein du système juridique »*[593], les principes généraux du droit expriment selon lui *« sans doute une éthique politique et sociale à propos de laquelle on peut se demander dans quelle mesure elle peut justifier ces principes eux-mêmes et l'ensemble des normes inférieures qui en dérivent »*[594].

On ne saurait en effet écarter l'aspect politico-juridique de l'utilisation des principes généraux du droit et de leur légitimation. La Cour de justice est en effet au cœur d'une problématique pouvant s'apparenter à un nœud gordien.

Comment établir une protection des droits fondamentaux nécessaire à la pérennité de l'ordre juridique de l'Union européenne, et désirée par les États membres, tout en assurant l'effectivité de ce droit sur ces derniers ?

Afin de résoudre une telle problématique, le juge de Luxembourg s'est engagé dans une dynamique de justification et d'explicitation des sources d'inspiration des principes généraux du droit. Le choix de ces sources a pu se révéler délicat tant l'optimisation de la protection des droits fondamentaux demande l'utilisation de sources spécifiques, recueillant notamment l'acceptation de l'ensemble des acteurs de l'Union européenne. Aussi, pour reprendre les propos de D. Simon, *« la fécondation de l'ordre communautaire par des gènes externes n'est admise que pour autant qu'elle n'affecte pas le patrimoine*

[593]Ph. Gérard, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », in Déviance et société, 1988, Vol. 12, n°1, p.77.

[594] Ibid.

génétique propre de la Communauté»[595]. Toute la difficulté du juge pour la détermination des droits fondamentaux garantis au titre des principes généraux du droit réside donc dans l'explicitation de leurs sources.

Les traditions constitutionnelles communes aux États membres et les instruments juridiques internationaux auxquels ils ont adhéré ont été une source importante des droits fondamentaux intégrés au titre des principes généraux du droit. En retour, ils ont également été l'élément permettant à la Cour de justice de légitimer une construction autonome en matière de protection des droits fondamentaux.

Cependant, si ces éléments externes ont pu être une source essentielle de la consécration de ces droits, leur utilisation a pu se révéler délicate en raison de la nécessité d'assurer l'unité de l'ordre juridique de l'Union européenne. Aussi, dans la double perspective de développer une protection légitime des droits fondamentaux et d'assurer l'unité de l'ordre juridique, la Convention européenne des droits de l'homme s'est révélée comme étant la source privilégiée d'une telle protection (Chapitre I) et la charte des droits fondamentaux un vecteur de constitutionnalisation au sein de l'UE (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'impact de la reconnaissance des droits fondamentaux dans les Traités.

Si les Traités originaires restaient relativement muets quant à la problématique des droits fondamentaux[596], l'Acte unique européen de 1986 est venu impulser une appréhension nouvelle des droits de l'homme par le droit communautaire. Ce Traité constitue, dans la construction européenne, une étape majeure dans le décloisonnement de cet ordre juridique en ce qu'il va devenir le point de départ d'une logique de rapprochements normatifs avec la Convention européenne des droits de l'homme

[595] D.Simon, Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? , Droits, n° 14, 1991, p. 81.

[596] Voir les développements supra quant à la vocation initialement économique des droits et libertés garantis par le droit de l'UE.

La « constitutionnalisation » des droits fondamentaux, selon l'expression consacrée de F. Picod[597], avec pour référence la Convention européenne des droits de l'homme trouve sa source initiale dans le « projet Spinelli »[598] dont l'Acte unique européen, signé le 17 février 1986, reprendra quelques idées. Les parties contractantes se déclaraient décidées à «promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des États membres, dont la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne ».

Cet acte, qui amendait les Traités antérieurs notamment quant à la réalisation du marché intérieur, a été l'occasion d'expliciter non seulement la référence à la protection des droits fondamentaux mais également la liaison de cette dernière à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi le préambule proclamait que les États Membres étaient *« décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des États membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ».*

La Convention européenne des droits de l'homme, qui ne devient pas par l'Acte Unique européenne une norme en tant que telle, acquiert néanmoins la qualité de source d'inspiration en ce qu'elle constitue un guide pour le législateur européen. Démontrant un peu plus le rapprochement impulsé par l'Acte Unique européen, il est également fait référence à la « Charte sociale européenne » établie sous l'égide du Conseil de l'Europe. Cette charte sociale inspira la rédaction et l'adoption en 1989 de la « Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs »[599]. Cette charte ne se voyait pas adjoindre une valeur contraignante. Cependant, elle marquait, tout comme l'Acte unique européen, la volonté des institutions européennes de se référer aux travaux

---

[597] F. Picod, « Droit de l'Union européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », Jurisclasseur libertés, fasc. 120, pts. 177 et s.

[598] Résolution du 14 février 1984, J.O., 2, C77, 19 mars 1984, p. 53.

[599] Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, Préambule, site internet : «Inspirée de textes-cadres tels que la charte sociale du Conseil de l'Europe et les conventions de l'Organisation Internationale du travail, cette charte constitue désormais un pilier essentiel de la dimension sociale de la construction européenne, dans l'esprit du Traité de Rome complété par l'Acte unique européen ».

du Conseil de l'Europe et plus particulièrement à la Convention européenne des droits de l'homme pour établir une protection des droits fondamentaux.

L'Acte unique européen constitue en conséquence un pivot dans la construction européenne en ce qu'il témoigne d'une volonté nouvelle de protéger l'ensemble des droits fondamentaux des citoyens en établissant la Convention européenne des droits de l'homme en tant que référentiel consacré pour la Cour de justice.

Cette volonté sera poursuivie par le Traité de Maastricht qui va également préciser la place de la Convention européenne dans le droit de l'Union européenne. Ce Traité est primordial en ce qu'il explicite la place et la conception des droits fondamentaux dans le corpus du Traité et non plus seulement dans son préambule.

L'article F 2, compris dans le Titre I intitulé « Dispositions Communes », dispose à ce titre 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 »[600].

Par cette disposition, les rédacteurs du Traité ont entendu reprendre in extenso la formulation de la Cour de justice des Communautés européennes[601] qui liait la protection des droits fondamentaux aux principes généraux du droit, inspirés des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des instruments juridiques internationaux.

À travers cette introduction par l'article F2, les rédacteurs ont véritablement voulu établir la Convention européenne des droits de l'homme en tant que source d'inspiration principale de la protection des droits fondamentaux. En effet, en matière de politique étrangère et de sécurité commune, l'article J1-2 du Traité de Maastricht évoquait comme objectif de cette politique « le développement et le renforcement de la démocratie et de l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

---

[600] Article F§2, Traité de Maastricht, site internet.

[601] Voir supra.

Or, selon l'article F2, ce respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposait sur la Convention européenne des droits de l'homme.

Le Traité de Maastricht poursuit une telle démarche par l'article G portant « modification du Traité instituant la Communauté économique européenne en vue d'établir la Communauté européenne ». Le Traité introduit en effet un article 130 U précisant la politique communautaire de coopération au développement à travers lequel « la politique de la Communauté dans ce domaine contribue à l'objectif général de développement et de consolidation de la démocratie et de l'État de droit, ainsi qu'à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[602]. L'article K. 2§1 relatif aux activités de l'Union en matière de justice et affaires intérieures sera encore plus précis en ce qu'il impose explicitement le respect de la Convention européenne des droits de l'homme pour la mise en œuvre des compétences de l'Union inscrites à l'article K. 1[603]

---

[602] Article 130 U§2, Traité CE.

[603] Afin de démontrer l'envergure de ces compétences, il nous paraît nécessaire de reproduire l'intégralité de l'article K.1 : « Aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, notamment de la libre circulation des personnes, et sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, les États membres considèrent les domaines suivants comme des questions d'intérêt commun:
1) la politique d'asile;
2) les règles régissant le franchissement des frontières extérieures des États membres par des personnes et l'exercice du contrôle de ce franchissement;
3) la politique d'immigration et la politique à l'égard des ressortissants des pays tiers:
a) les conditions d'entrée et circulation des ressortissants des pays tiers sur le territoire des États membres;
b) les conditions de séjour des ressortissants des pays tiers sur le territoire des États membres, y compris le regroupement familial et l'accès à l'emploi;
c) la lutte contre l'immigration, le séjour et le travail irréguliers de ressortissants des pays tiers sur le territoire des États membres;
4) la lutte contre la toxicomanie dans la mesure où ce domaine n'est pas couvert par les pts. 7), 8) et 9);
5) la lutte contre la fraude de dimension internationale dans la mesure où ce domaine n'est pas couvert par les pts. 7), 8) et 9);
6) la coopération judiciaire en matière civile;
7) la coopération judiciaire en matière pénale;
8) la coopération douanière;
9) la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale, y compris, si nécessaire, certains aspects de coopération douanière, en liaison avec l'organisation à l'échelle de l'Union d'un système d'échanges d'informations au sein d'un Office européen de police (Europol). »

L'introduction de telles références dans les Traités institutifs marque une étape supplémentaire dans la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit de l'Union européenne. Cependant, la Cour de justice n'était compétente qu'à l'égard de l'article F2 et que par conséquent les matières relevant des : 2ème et 3ème pilier étaient exclues[604].

Ce processus d'inscription des droits fondamentaux dans les Traités de l'Union européenne se verra de surcroît renforcé lors du Conseil européen de Copenhague de 1993 en matière d'élargissement. Le Conseil européen a ainsi affirmé que *« l'adhésion requiert de la part du pays candidat qu'il ait des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection »*[605]. Le Conseil européen de Copenhague marque ainsi la nécessité que les pays candidats adhèrent au préalable à la Convention européenne des droits de l'homme en signe de respect des droits fondamentaux. Considérés conjointement avec le Traité de Maastricht, les critères imposés lors du Conseil européen de Copenhague démontrent la volonté de lier l'action communautaire au respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Ces textes n'imposent pas une hiérarchie formelle entre l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. Le respect du droit de la Convention européenne dans la mise en œuvre du droit de l'UE est assuré par la Cour de justice des Communautés européennes et non pas par la Cour européenne qui en est la gardienne naturelle, seulement pour son ordre juridique. La hiérarchie mise en place par les Traités européens est d'ordre substantiel. Ils placent la Convention européenne au rang de source d'inspiration privilégiée dans la mise en œuvre

---

604 Article L, Traité de Maastricht : « Les dispositions du Traité instituant la Communauté européenne, du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique qui sont relatives à la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et à l'exercice de cette compétence ne sont applicables qu'aux dispositions suivantes du présent Traité: a) les dispositions portant modification du traité instituant la Communauté économique européenne en vue d'établir la Communauté européenne, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique;
b) le troisième alinéa de l'article K.3 paragraphe 2 pt. c); c) les articles L à S. ».

605 Pt. 7, A, iii, in Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Copenhague, 21 et 22 juin 1993, p. 25, site internet.

du droit de l'Union européenne des droits fondamentaux mais n'induisent pas une hiérarchisation stricte et formelle.

Pour autant, le processus de *« constitutionnalisation »*[606] sera de nouveau renforcé par le Traité d'Amsterdam entré en vigueur en 1999. Le Traité reprend ici la formulation introduite par l'article F2 du Traité de Maastricht en matière de droits fondamentaux. Ce nouveau texte remplacera néanmoins l'article F1 par la formulation suivante : *« l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. »*[607].

Le Traité d'Amsterdam se veut par conséquent encore plus explicite à l'égard des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans la version précédente du Traité, il était seulement question du respect par l'Union de *« l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques. »*[608]. La modification engendrée par le Traité d'Amsterdam implique un respect approfondi des droits de l'homme et par extension de la Convention européenne en ce que dorénavant, il est établi que l'Union européenne est fondée sur les principes qui sont reconnus et garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon F. Sudre, le Traité d'Amsterdam tend à développer un système spécifique de protection des droits fondamentaux[609]. La consécration des droits fondamentaux en tant que partie substantielle du droit primaire de l'Union européenne s'effectue par l'inscription constitutionnelle de ces derniers.

---

[606] F.Picod, « Droit de l'Union européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », opt.cit, pts. 177 et s.

[607] Traité U.E., article 6§1.

[608] Ancien article F1.

[609] F. Sudre, La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam, Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? , Jurisclasseur, Éd. G., n°1, janvier 1998, I 100.

Le respect des droits fondamentaux a ainsi vocation à s'établir dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne[610], dans le comportement général des États Membres[611] et en matière de relations extérieures[612].

Ce processus sera encore approfondi par le Traité de Nice de 2001 qui conjointement à la Charte des droits fondamentaux qui lui sera annexée maintiendra non seulement l'article 6§2 mais modifiera également l'article 7 du Traité sur l'Union européenne afin que le Conseil puisse constater et adresser des recommandations à un État méconnaissant de manière « grave et persistante » les droits fondamentaux[613]. Néanmoins, le Traité de Nice n'aura pas en lui-même un impact prépondérant en matière de droits fondamentaux et d'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme[614]. Seule la Charte des droits fondamentaux, annexée au Traité et n'ayant qu'une simple valeur déclaratoire, en assurera le relai avant que le droit conventionnel ne soit consacré par les récents Traités.

---

[610] La Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour connaître du respect de l'article 6§2 du Traité par les institutions de l'Union sous réserve de certaines limitations, article 46, d, Traité UE.

[611] Exemples : Article 7 du Traité UE et article 309 du Traité CE. Le respect de ces principes devient également un préalable à une éventuelle adhésion, article 49 du Traité UE.

[612] Exemples : Article 11 du Traité UE en matière de politique étrangère et de sécurité commune et Article 177§2 du Traité CE dans le domaine de la coopération au développement.

[613] Article 7, Traité sur l'Union européenne.

[614] J.-M.Favret, Le Traité de Nice du 26 février 2001, vers un affaiblissement irréversible de la capacité d'action de l'Union européenne ? , R.T.D.E., pp. 271 et s.

SECTION I : L'utilisation de la Convention européenne des droits de l'homme comme source de la légalité de la protection des droits fondamentaux.

Initialement, les rapports strictement juridiques entre l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme n'étaient pas envisagés. Il s'agissait d'ordres juridiques conçus certes comme complémentaires, mais autonomes[615]. La construction communautaire et conventionnelle démontre que ces droits poursuivaient des objectifs distincts[616]. Malgré ces différences substantielles, un rapprochement normatif va s'opérer entre la Communauté économique européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, notamment à travers la question centrale de la protection des libertés et droits fondamentaux.

Les rapports entre l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme n'étaient envisagés que sous l'angle de la complémentarité et non de l'interdépendance. S'il existe une coexistence entre ordres juridiques européens, ces derniers furent initialement pensés comme autonomes[617]. La Cour de justice a été l'instigatrice d'un rapprochement avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme dans le cadre de la protection des droits fondamentaux.

Il en ressort une dynamique de « convergence pour un droit commun européen des droits de l'homme »[618]. La relation initiale qui unissait ces ensembles juridiques conduisait à ce que la référence à une norme externe ne pouvait être considérée que comme un simple

---

615 Ainsi que le rappelle D.Simon, « Des influences réciproques entre C.J.C.E. et C.E.D.H., « Je t'aime, moi non plus » », Pouvoirs, 2001, p. 32.

616 Voir à ce titre en ce qui concerne l'Union européenne : G.Soulier, Histoire de la construction européenne , Jurisclasseur de Droit International, fascicule Union européenne ; en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme : P.-H.Imbert, Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et ses protocoles , Jurisclasseur Libertés, fascicule 80.

617 D.Simon, Des influences réciproques entre C.J.C.E. et C.E.D.H., « Je t'aime, moi non plus » Pouvoirs n°96 - Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg - janvier 2001, p. 32.

618 F.Sudre, A propos du « dialogue des juges et du contrôle de conventionalité », in Etudes en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, Pedone, 2004, p. 208.

support supplémentaire dans la résolution d'un conflit normatif. Le cadre de la simple référence est aujourd'hui dépassé et l'on observe une véritable prise en compte jurisprudentielle effective de ces droits.

Pour la Cour de justice, la Convention européenne doit être utilisée comme une norme de référence dans la mise en œuvre du droit communautaire en matière de droits fondamentaux[619]. De ce fait, la Cour de Luxembourg se reconnaît compétente pour, par exemple, contrôler l'adéquation à la Convention européenne des droits de l'homme des mesures nationales d'exécution du droit de l'UE et des mesures nationales prises en application de la clause d'ordre public du Traité de Rome en vue de limiter les libertés reconnues par ce dernier[620].

L'utilisation toujours plus approfondie des références à la Convention européenne des droits de l'homme témoigne d'une nouvelle dynamique de la part de la Cour de justice de l'Union européenne (§1). L'établissement de la Convention européenne des droits de l'homme en tant que source de la légalité du droit de l'Union européenne s'est concrétisé à travers la multiplication des références à ce texte, voire à la jurisprudence de sa Cour, sans que ne soit toujours utilisé l'instrument des principes généraux du droit. Une telle « omission » n'étant pas fortuite, F. Sudre considère qu'une telle utilisation implique l'absorption substantielle de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit de l'Union européenne[621].

---

[619] C.J.U.E., 28 oct 1975, Rutili , aff. 36/75, ECLI:EU:C:1975:137.

[620] C.J.U.E., 13 juill 1989, Wachauf, aff. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321.

[621]F.Sudre, Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne , in J.Rideau, (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J. Paris, 2000, p. 219.

1§.Un instrument permettant à la Cour de justice de s'affirmer dans la protection des droits fondamentaux.

Les principes généraux du droit de l'UE répondent à l'absence des droits fondamentaux dans les Traités originaires. Leur vocation économique a pu susciter certaines réticences de la part des États Membres. Aussi, leur inclusion au titre des principes généraux du droit résulte d'une certaine prise de conscience de la part de la Cour de justice. Pour C. Sasse, une telle insertion apparaissait comme indispensable du *« fait que le public européen se voit confronté à un système d'exercice du pouvoir dans lequel aucun droit de participation politique et aucune possibilité de défense clairement définie ne sont accordés aux citoyens »*[622].

Le juge de Luxembourg s'est ainsi « dirigé » dans la voie des principes généraux du droit afin de *« colmater les brèches du droit communautaire »*[623]. Ils ont été l'instrument permettant tout à la fois à la Cour de justice de s'affirmer dans la protection des droits fondamentaux (A) tout en garantissant la pérennité du projet de l'UE (B.).

L'utilisation des principes généraux du droit peut paraître tardive. En effet, dès les arrêts *« Stork »* du 4 février 1959 et *« Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr »*en date du 15 juillet 1960[624] la Cour avait eu à connaitre de la problématique des droits fondamentaux mais ce n'est que dix ans après que la liaison avec les principes généraux du droit sera opérée par l'arrêt « Stauder » du 12 novembre 1969[625]. Dans ses conclusions sur l'affaire *« Stork »,* l'Avocat Général M. Lagrange avait en premier lieu affirmé qu'il *« n'appartient pas à la Cour (...) d'appliquer, du moins directement, les règles de droit interne même constitutionnelles »* pour garantir un droit[626]. Il ne tardait pas cependant à estimer que la

---

[622]C.Sasse, La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne , in Mélanges Dehousse, Paris, Nathan, Labor, 1979, vol. II , p. 300.

[623]R.-E.Papadopoulou, Principes Généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation, Bruxelles, Bruylant, 1996 , p. 136.

[624] C.J.U.E., 4 février 1959, Stork c/Haute Autorité CECA , aff. 1/58,ECLI:EU:C:1959:4 ; C.J.U.E., 15 juillet 1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr "Präsident" et a. c/ Haute Autorité CECA aff. jtes 36 à 38/59 et 40/59,ECLI:EU:C:1960:36.

[625] C.J.U.E., 12 novem1969, Stauder , aff. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

[626] C.J.U.E., 4 févr. 1959, Conclusions LAGRANGE M.Lagrange, Stork c/Haute Autorité CECA , aff. 1/58, ECLI:EU:C:1959:4

Cour pouvait « s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du Traité »[627].

Si le juge de Luxembourg ne suivit pas le sens de ces conclusions en considérant *« qu'aucun principe général, explicite ou non, garantissant le maintien des situations acquises »* n'était contenu dans le Traité C.E.C.A.[628], l'intention de l'Avocat Général d'engager la Cour de justice sur la voie de la protection des droits fondamentaux était évidente. Étant donné le silence des Traités originaires, le recours aux principes généraux du droit devait permettre à la Cour non seulement de respecter l'unité du droit mais également de l'inscrire dans la protection des droits fondamentaux.

Il aura donc fallu attendre dix ans pour que la Cour s'engage dans cette voie. Le recours aux principes généraux du droit de l'UE dans un objectif de garantie des droits fondamentaux sera concomitant de la volonté de la Cour de justice d'assurer l'effectivité du droit de l'UE. C'est par l'arrêt *« Erich Stauder »*[629] que la Cour de justice opère cette liaison. Les principes qui seront par la suite dégagés démontreront qu'ils s'inscrivent nécessairement dans le droit de l'UE, permettant en retour d'assurer l'autonomie de l'ordre juridique européen.

L'affaire ayant permis la consécration des droits fondamentaux compris dans les principes généraux du droit reposait sur une question préjudicielle concernant la compatibilité d'une mesure européenne avec les principes du droit de l'UE. Bénéficiaire d'un régime d'assistance sociale, le requérant faisait valoir une atteinte par le droit de l'UE à sa dignité. Le juge de Luxembourg aurait pu se déclarer incompétent pour se prononcer sur la violation de ce droit. En effet, conformément à sa jurisprudence antérieure, aucune disposition des Traités ne permettait de le garantir. Pour autant, le juge a estimé que le droit communautaire ne mettait pas en cause *« les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »*[630].

---

[627] Ibid.

[628] C.J.U.E., 15 juillet 1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr "Präsident" et a. c/ Haute Autorité CECA , aff. jtes 36 à 38/59 et 40/59, ECLI:EU:C:1959:19, p. 890.

[629] C.J.U.E., 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

[630] Ibid., pt. 7.

Cet arrêt sera le fondement d'une politique jurisprudentielle installant la Cour de justice de l'Union européenne dans une fonction de gardienne des droits fondamentaux. Cette fonction se révèle ici particulièrement puisque l'arrêt *« Stauder »* démontre non seulement la capacité du juge à énoncer divers droits fondamentaux mais également à les élever au rang de normes dont la Cour doit assurer le respect.

B. De Witte établit un parallèle entre la révélation des principes généraux du droit par la Cour de justice en direction des droits fondamentaux et celle des juridictions nationales[631].

Pour cet auteur, les Traités originaires pouvaient s'apparenter à la Constitution française de 1958 car celle-ci ne contenait pas en son sein de Déclaration des droits. Le préambule de la Constitution faisant référence à la Déclaration des droits de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946 *« devait constituer l'expression de vœux pieux, de belles paroles et peut être des obligations politiques sans aucune conséquence juridique nette »*[632]. On ne peut manquer de faire la liaison avec la Déclaration de R. Schuman pour qui il importait d'établir *« une Europe solidement unie et fortement charpentée. Une Europe où le niveau de vie s'élèvera grâce au groupement des productions et à l'extension des marchés qui provoqueront l'abaissement des prix »*[633]. Les intentions politiques ne se voyaient pas nécessairement concrétisées sur le terrain juridique. C'est naturellement que le juge trouve avec les principes généraux du droit un instrument considérable non seulement dans les perspectives qu'il offre mais également pour les conséquences qu'il engendre pour les citoyens[634].

Il est tout à fait possible d'opérer un parallèle avec l'utilisation de la notion des principes généraux du droit par le Conseil d'État. Celui-ci a, en complément des sources écrites de la

---

631 B.De Witte, « Le rôle passé et futur de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme », opt. cit, pp. 901 et 902.

632 J.Bell, French Constitutional Law, 1992, p. 66, cité par B.De Witte, « Le rôle passé et futur de la Cour dejustice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme », opt.cit, p. 901.

633 Déclaration liminaire de Robert Schuman du 9 mai 1950, opt.cit.

634 La notion de citoyenneté au niveau de l'Union européenne est ici utilisée dans son sens le plus large c'est-à dire en direction des sujets du droit de l'Union européenne. Cette notion n'apparaîtra concrètement qu'avec le Traité de Maastricht en 1992, article 9, repris par les articles 9 du Traité sur l'Union européenne et l'article 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

légalité, favorisé, notamment, l'émergence de grands principes dont le respect s'impose à l'autorité administrative et qui trouvent leur origine dans la volonté de sauvegarder les droits individuels des citoyens, les principes généraux du droit, que le juge utilise parfois sans les nommer. Le recul des libertés publiques sous le régime de Vichy a conduit le Conseil d'État à faire usage, pour la première fois, de la théorie des principes généraux du droit, sans la nommer puisque l'expression ne figure pas dans la décision[635]. La première référence explicite sera faite peu après avec l'arrêt *« Aramu »*[636]. La jurisprudence ultérieure développa la théorie de manière spectaculaire[637].

Il peut également être fait un parallèle entre la création des principes généraux du droit par la Cour de justice pour la protection des droits fondamentaux et celle du Conseil Constitutionnel français. B. De Witte aborde à ce titre leur *« manipulation créatrice des*

---

[635] Cons. d'Ét., Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier , Rec. p. 133 ; RDP, 1944, p. 256, concl. B.Chenot. Voir également l'intervention de J.-M. Sauve, vice-président du Conseil d'État, à l'Ecole nationale d'administration du Liban, le 6 novembre 2012, La justice administrative au service de l'État de droit , site internet du Conseil d'État.

[636] Cons. d'Ét., Ass., 26 octobre 1945, Aramu , Rec., p. 213.

[637] Ainsi, ont été consacrés comme principes généraux du droit le non rétroactivité des actes administratifs (Cons. d' Et., Ass., 25 juin 1948, « Société du journal l'Aurore », Rec., p. 289.), la liberté de conscience (Cons. d'Ét., Ass., 1er avril 1949, « Chaveneau », Rec., p. 161), l'existence du recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif (Cons. d'Ét., Ass., 17 février 1950, « Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte », Rec., p. 110), l'égalité qui régit le fonctionnement des services publics (Cons. d'Ét., Sect., 9 mars 1951, « Société des concerts du conservatoire », Rec., p. 151), l'égalité d'accès aux emplois publics (Cons. d'Ét. Ass., 28 mai 1954, « Barel », Rec., p. 308), le caractère contradictoire de la procédure (Cons. d'Ét., Ass., 12 mai 1961, « Société la Huta », Rec., p. 313), l'interdiction de licencier une femme enceinte (Cons. d'Ét., Ass., 8 juin 1973, « Dame Peynet », Rec., p. 406), la faculté pour le juge de prononcer des astreintes (Cons. d'Ét., Ass.,10 mai 1974, « Barre et Honnet », Rec., p. 276), la publicité des débats judiciaires (Cons. d'Ét., Ass., 4 octobre 1974, « Dame David », Rec., p. 464), le droit des étrangers résidant régulièrement en France de mener une vie familiale normale (Cons. d'Ét., Ass., 8 décembre 1978, « G.I.S.T.I. », Rec., p. 493), l'interdiction de remettre un réfugié aux autorités de son pays d'origine (Cons. d'Ét., Ass., 1er avril 1988, « Bereciartua-Echarri », JCP 1988, II, 20 071, concl. Vigouroux) ou encore, la sécurité juridique (Cons. d'Ét., 24 mars 2006, « KPMG et autres », Rec., p. 154).

sources du droit, par l'intégration des droits fondamentaux, dans le « droit supérieur » du système »[638].

Tout comme le Conseil Constitutionnel explore les lois antérieures à 1946 pour dégager des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, la Cour de justice explore l'esprit des Traités et leurs nécessités démocratiques pour révéler les principes généraux du droit de l'UE.

À travers les principes généraux du droit, la Cour de justice a développé une véritable théorie des droits fondamentaux pour le droit de l'UE[639]. L'utilisation de cette catégorie de normes s'est faite dans de nombreux domaines, soit pour éclairer un terme des Traités soit pour pallier leur silence en matière de droits fondamentaux[640]. La contribution jurisprudentielle à la reconnaissance et la protection de ces droits est considérable. Elle se trouve à l'origine de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux. Pour autant, la révélation des principes généraux du droit par la Cour de justice de l'Union européenne ne répondait pas à sa seule volonté d'assurer la protection des droits fondamentaux.

A. Un instrument juridique préservant la spécificité du droit de l'UE.

La technique de la consécration des droits fondamentaux par les principes généraux du droit de l'UE marque une volonté d'affirmer l'autonomie du droit de l'UE non seulement à l'égard des droits nationaux mais également à l'égard du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de justice s'est ainsi engagée dans une

---

[638]B.De Witte, Le rôle passé et futur de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme, opt.cit, p. 901.

[639]Pour une étude complète des principes généraux du droit garantissant les droits fondamentaux : F. Picod, Droit de l'Union européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Jurisclasseur libertés, fascicule 120, pts 111 et s.

[640] P.Reuter, Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit , in Mélanges Henri Rolin, Paris, Pedone, 1964, pp. 263 et s.

démarche de consécration des principes généraux du droit relatifs aux droits fondamentaux[641].

L'utilisation des principes généraux marque donc la reconnaissance des droits fondamentaux dans le droit de l'UE. Le recours à une telle démarche de production normative répond à des objectifs et des contraintes particulières[642]. Ils constituent cependant un moyen efficace pour consacrer des droits fondamentaux propres à l'ordre juridique de l'UE.

En effet, la référence à des principes généraux permet au juge de l'Union européenne de ne pas s'estimer lier ni par les droits nationaux ou internationaux ni par un catalogue déterminé de droits fondamentaux enfermant ainsi toute possibilité d'une protection novatrice. La Cour de justice et le Tribunal peuvent ainsi consacrer « plus librement » des principes garants des droits.

Introduire la protection des droits fondamentaux par l'adjonction d'un catalogue extérieur au droit communautaire conduirait nécessairement ce dernier à une relative perte d'autonomie puisqu'il serait soumis au respect de droits d'origines externes. Or, le juge de l'UE demeure dans une volonté d'affirmer l'ordre juridique dont il est le gardien.

Ainsi, si les principes généraux ont contribué à l'incorporation des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de l'UE, leur consécration témoigne de l'autonomie du juge de Luxembourg à leur égard. En effet, seuls certains droits dits fondamentaux ont été qualifiés de principes généraux et de surcroît, s'ils peuvent également être inspirés de la Convention européenne des droits de l'homme, leur application s'effectue selon une interprétation spécifique au droit de l'UE.

---

641 Voir à ce titre : J.Rideau, Ordre juridique de l'Union européenne, sources non écrites , Jurisclasseur, Europe Traité, fascicule 191.

642 La méthode de consécration des principes généraux du droit communautaire s'appuie sur une interprétation parfois complexe du juge communautaire. Pour une étude complète de ces méthodes d'interprétation et de création des principes généraux du droit communautaire : J. Rideau, Ordre juridique de l'Union européenne, sources non écrites , opt.cit.

C'est à l'occasion d'une question préjudicielle que la Cour de justice eut à opérer une telle démarche dans l'arrêt *« Erich Stauder »*[643]. La Cour était saisie de la problématique de la compatibilité d'une décision de la Commission avec les « principes généraux du droit communautaire » sans pour autant que ces derniers n'aient été identifiés dans la question. La Cour de justice estima en l'espèce que *« la décision ne comprend aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »*[644].

Cet arrêt démontre que la reconnaissance de « principes généraux » a été impulsée non pas par la Cour de justice mais par une juridiction nationale. La Cour de justice n'a fait que consacrer une notion particulière pour affirmer son attachement aux droits fondamentaux.

La Cour de justice s'est par la suite engagée à garantir les droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen à travers une formule devenue rituelle. La Cour de Luxembourg soulignera à de nombreuses reprises[645] et de manière éloquente dans son arrêt *« Wachauf »* du 13 juillet 1989, qu'en « vertu d'une jurisprudence constante établie notamment par l'arrêt du 13 décembre 1979 (Liselotte Hauer, affaire 44/79, Rec., p. 3727), les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »[646].

La valeur attachée à ces principes conduit à les considérer comme étant naturels, inhérents à la construction européenne. Ils sont donc des principes directeurs qui s'imposent aux institutions européennes[647] mais également aux autorités nationales mettant en œuvre le

---

[643] C.J.U.E., 12 novembre 1969, Stauder , aff. 29/69, opt.cit.

[644] Ibid., att. 7

[645] C.J.U.E., 15 mai 1986, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary aff. 222/84,ECLI:EU:C:1986:206; C.J.U.E., 21 septembre 1989, Hoechst ,aff. C-46/87 et 227/88, , ECLI:EU:C:1989:337 ; C.J.U.E., 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254; C.J.U.E., 29 mai 1999, Kremzow, aff. 299/95, ECLI:EU:C:1997:254; C.J.U.E., 17 septembre 1998, Baustahlgewebe GmbH, aff. C-185/95, ECLI:EU:C:1998:608 ; C.J.U.E., 22 septembre 1998, B.J. Coote, aff. C -185/97, ECLI:EU:C:1998:424.

[646] C.J.U.E., 13 juillet. 1989, Wachauf, aff. 5/88,, ECLI:EU:C:1989:321.

[647] C.J.U.E., 26 avril 2005, Goed Wonen , aff. C-376/02, ECLI:EU:C:2005:251, pt. 32.

droit de l'UE[648]. Aussi, étant donné que ces droits ont vocation à être garantis dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'UE, il importe qu'ils recouvrent une réalité et une conception européenne.

Selon J.-C. Gautron, les principes généraux du droit font l'objet d'une *« autonomie notionnelle »*[649]. Les droits fondamentaux font l'objet d'un processus de *« reconstruction »*[650] par les principes généraux du droit afin de s'appliquer indistinctement à travers la pluralité et la diversité des ordres juridiques dans lesquels le droit de l'Union européenne s'inscrit. Les droits protégés peuvent trouver une résonnance dans les différents ordres juridiques.

Cependant, le juge de Luxembourg tend, par l'entremise des principes généraux, à les intégrer à part entière dans l'ordre juridique européen. La Cour de justice « autonomise » les notions auxquelles elle a recourt afin non seulement de développer des droits spécifiques mais également une protection de ces derniers dissociable de celle des droits nationaux. Cette particularité s'était affirmée dès les conclusions de l'Avocat Général M. Lagrange dans l'affaire *« Stork »*. Pour lui, la Cour ne pouvait garantir « directement » les droits fondamentaux issus des États membres[651]. L'instrument des principes généraux du droit permet à la Cour de « communautariser » ces droits et de les rendre spécifiques au droit de l'Union européenne. Pour cela, ils sont le fruit d'une inspiration concrétisée par un instrument spécifique à l'ordre .juridique de l'Union européenne. Les principes généraux du droit communautaire permettant une protection effective des droits fondamentaux, dont on ne peut ici établir une liste exhaustive[652], expriment en réalité un attachement à des valeurs communément acceptées plutôt qu'un simple respect de droits prédéfinis. À cet

---

[648] C.J.U.E., 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321., pt 19.

[649] J.-C.Gautron, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in J. Rideau, (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., 2000, pp. 35 et s.

[650] Ibid.

[651]C.J.U.E., 4 février 1959, Conclusions M. Lagrange,Stork c/Haute Autorité CECA, aff. 1/58,ECLI:EU:C:1959:4., p. 77.

[652] Pour une étude complète des principes généraux du droit :J. Rideau, Ordre juridique de l'Union européenne, sources non écrites ,Fasc. 191 : Ordre juridique de l'Union européenne – Sources non écrites, Jurisclasseur. Europe Traité.

égard, le juge de Luxembourg exprime donc une certaine autonomie puisque la technique des principes généraux permet d'introduire des droits dits fondamentaux tout à la fois intrinsèques au droit de l'UE mais pouvant être inspirés de droits étrangers. L'arrêt *« Schmidberger »* en date du 12 juin 2003[653] est à cet égard significatif de la spécificité du droit de l'UE puis du droit de l'Union européenne et donc de leur autonomie. Dans cet arrêt, la Cour a ainsi pu juger que *« le respect des droits fondamentaux s'imposant ainsi 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 circulation des marchandises. »*[654].

Cependant, la Cour fait également valoir que *« si les droits fondamentaux (...) expressément reconnus par la CEDH, constituent des fondements essentiels d'une société démocratique, il résulte toutefois du libellé même du paragraphe 2 des articles 10 et 11 de cette convention que les libertés d'expression et de réunion sont également susceptibles de faire l'objet de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général, pour autant que ces dérogations sont prévues par la loi, inspirées par un ou plusieurs buts légitimes au regard desdites dispositions et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi »*[655]. La juridiction reconnait ainsi la valeur des droits fondamentaux, ici consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, mais fait valoir en parallèle que ces droits doivent être mis en adéquation avec les objectifs européens. Le juge fait donc preuve d'autonomie, néanmoins toute relative, puisqu'en l'espèce, s'il reconnait les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit, il les singularise afin de les rendre spécifiques au droit de l'UE. Les droits fondamentaux doivent par conséquent être considérés dans le cadre européen et non comme étant des principes autonomes, extérieurs à l'ordre juridique de l'UE.

Par conséquent, l'apport des principes généraux du droit en matière de protection des droits fondamentaux peut être analysé comme étant considérable. Ils ont été l'instrument

---

[653] C.J.U.E, 12 juin 2003, Schmidberger , aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333

[654] Ibid. pt. n°74.

[655] Ibid. pt. n°79.

de l'introduction indirecte de droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme qui pourtant n'appartenaient pas au corpus juridique de la Communauté économique européenne. Certains droits de la Convention européenne comme la protection de la vie privée et familiale[656], la liberté de pensée[657], la liberté d'expression[658] ont ainsi reçu une reconnaissance dans le cadre du droit de l'UE par le biais des principes généraux du droit. Cependant, il ne s'agit pas d'une simple transposition puisque la Cour les intègre au titre des principes généraux du droit et non au titre de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Juge de Luxembourg demeure donc libre non seulement dans le choix de ses sources mais également dans la révélation de ces droits.

Ce n'est donc qu'à travers une *« réception sélective »*[659] que les droits fondamentaux intègrent l'ordre juridique européen. Pour J.-P. Jacqué, ils s'incorporent au droit de l'UE au prix d'un *« passage »*[660] par les principes généraux du droit. Aussi, si la Cour de justice peut s'inspirer de divers droits[661] pour consacrer des droits fondamentaux au titre des principes généraux du droit il n'en demeure pas moins qu'ils doivent impérativement s'inscrire dans la logique communautaire.

Cette dynamique de transposition, ne pouvant donc ne pas être assimilée à une simple reprise, a été particulièrement explicitée dans l'arrêt *« Internationale Handelsgesellschaft »* en date du 17 décembre 1970[662]. La Cour a en effet estimé que *« la sauvegarde des droits fondamentaux, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États*

---

656 C.J.U.E., 26 juin 1980, National Panasonic , aff. 136/79,ECLI:EU:C:1980:169; C.J.U.E., 18 mai 1989, Commission c. RFA , aff. 249/86, ECLI:EU:C:1980:169.

657 C.J.U.E., 18 juin 1991, ERT , aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

658 C.J.U.E., 18 juin 1991, ERT , aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.; C.J.U.E., 25 juillet 1991, aff. C353/89, Commission c/ PaysBas , ECLI:EU:C:1991:325.

659D.Simon, Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?, in L'Europe et le droit, Droits 1991, p.81.

660 J.-P.Jacqué, Communauté européenne et CEDH , in La CEDH. Commentaire article par article, Economica, 1995, p. 87.

661 Voir infra.

662 C.J.U.E., 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr und Vorratsselle für Getreide und Futtermittel , aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

Membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'UE »[663]. Les droits fondamentaux reconnus par les États ne peuvent être simplement repris par la Cour de justice. La transposition qui doit être opérée au moyen des principes généraux du droit doit être pour le Président Kutscher *« celle qui répond le mieux aux finalités spécifiques et aux principes de structure de la Communauté parmi lesquels figure également la protection des droits fondamentaux des citoyens »*[664].

La Cour de justice a ainsi pu refuser de consacrer certains principes de droit international comme étant des principes généraux du droit communautaire. Le droit de se faire justice à soi-même, par exemple, n'a pas trouvé d'écho en droit communautaire dans l'arrêt *« Commission c/ Luxembourg et Belgique »* en date du 13 novembre 1964[665].

A contrario et de manière assez exceptionnelle, la Cour de justice a pu consacrer certains principes de droit international. Il en a été ainsi du principe *pacta sunt servanda*[666], du principe de la bonne foi dans l'exécution des Traités[667] etc.[668]. Il convient cependant d'observer que de telles consécrations trouvent leur justification dans le fait que l'Union européenne est une organisation internationale qui demeure donc respectueuse des principes de droit international. Dans une telle dynamique, le juge de l'UE a pu rattacher certains principes généraux à des instruments juridiques européens pour faire pénétrer la notion de droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen.

Néanmoins, quelles que soient les sources d'inspirations des principes généraux, la Cour de justice les rattache au droit de l'UE et à sa spécificité. Les principes généraux du droit de l'UE apparaissent comme inhérents à la construction des Communautés européennes et

---

[663] Ibid.

[664] H.Kutscher, Rapport à la rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976, C.J.U.E., p. 29.

[665]C.J.U.E., 13 novembre 1964, Comm. c. Luxembourg et Belgique, aff. 90/63 et 91/63, ,ECLI:EU:C:1964:80.

[666] C.J.U.E., 16 juin 1998, Racke , aff. C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293

[667]Tribunal de la C.J.U.E., 22 janvier 1997, Opel Austria GmbH c/ Cons. ,aff. T-115/94,ECLI:EU:T:1997:3.

[668] Pour une étude complète : J.Rideau, Ordre juridique de l'Union européenne, sources non écrites, opt.cit.

plus tard de l'Union européenne. À l'image des principes non-écrits en droit interne, le besoin de rattacher ces principes généraux à des sources extérieures s'explique par la volonté de la Cour de justifier la consécration de tels principes et donc par le souci d'une meilleure acceptation de ces derniers.

B- Un instrument garantissant la pérennité du projet de l'UE.

Les principes généraux du droit ont été l'instrument permettant à la Cour de justice d'inscrire la protection des droits fondamentaux dans l'action de l'UE.

Il n'en demeure pas moins qu'ils répondent également à une nécessité de rassurer les États Membres sur cette même action. J. Rideau estime que la raison ayant conduit la Cour de justice de l'Union européenne à intégrer la notion de la protection des droits fondamentaux résident principalement dans sa volonté de ne pas entrer en conflit avec les États Membres et plus particulièrement avec les Cours constitutionnelles[669]. La position des Cours constitutionnelles allemande et italienne démontre que la protection des droits fondamentaux a évolué. Il importe néanmoins de remarquer que ces développements ont été impulsés et ne sont donc pas naturels à la construction européenne. À ce titre, G. Canivet aborde la thématique des « influences croisées » entre juges et entre systèmes juridictionnels[670]. Pour lui, les juridictions internationales, et a fortiori la Cour de justice de l'Union européenne, sont composées de juges provenant de systèmes nationaux qui inspirent en retour la juridiction internationale. La Cour de justice n'est donc pas ignorante de la culture de ses membres naturellement liés à la problématique des droits fondamentaux. C'est cette connaissance, conjuguée avec la nécessité d'assurer l'application du droit communautaire qui a conduit la Cour de justice sur la voie de la reconnaissance des droits fondamentaux.

---

[669] J.Rideau, L'influence du droit communautaire sur la protection des droits fondamentaux de la personne dans les États Membres, in L.Dubuis, Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États Membres, Economica, 1995, pp. 5 - 17.

[670] G. Canivet, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la bénévolance des juges , Revue des Sciences Criminelles, 2005, pp. 799 et s.

En effet, en intégrant la protection des droits fondamentaux dans sa fonction juridictionnelle, la Cour de justice rattache ces derniers à un élément considéré comme intrinsèque au droit de l'Union européenne. Étant donné que les principes généraux du droit sont un élément du droit de l'Union européenne du fait de l'article 215 du Traité de Rome, les droits fondamentaux intègrent en retour la dimension constitutionnelle du projet de l'UE sans pour autant que cela ne soit explicité. Cette insertion, promue et garantie par le juge de Luxembourg fait dire à l'Avocat Général F. Capotorti sur l'affaire *« Defrenne »* en date du 15 juin 1978 que le respect des droits fondamentaux constitue la limite de toute l'activité communautaire[671]. Ainsi, chaque acte témoignant de l'exercice d'une compétence de l'UE se voit soumis au respect des droits fondamentaux.

Ces rapports consistant en une « relative soumission »[672] du droit de l'Union européenne aux droits fondamentaux constitue un élément central dans l'utilisation des principes généraux du droit de l'UE. En effet, malgré l'interprétation extensive des dispositions des Traités originaires la Cour de justice a pu être confrontée à la réticence voire à une certaine résistance de la part des Cours Constitutionnelles nationales[673]. Les principes généraux du droit de l'UE peuvent en ce sens être perçus comme une réponse à cette réticence et permettent en retour de faire accepter l'effectivité et la primauté du droit de l'UE.

Comme il a été vu plus haut, certaines réserves de constitutionnalité de la part des Cours constitutionnelles allemande et italienne pouvaient freiner la construction européenne si celle-ci ne garantissait pas la protection des droits fondamentaux. Aussi, la *« création*

---

[671] C.J.U.E., 15 juin 1978, G. Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. aff. 149/77, , ECLI:EU:C:1978:130, concl. F. Capotorti, Rec., pp. 1385 et s.

[672] Si la Cour de justice est à l'initiative des principes généraux du droit en matière de droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins que sa compétence reste limitée par les Traités. En effet, certains actes ont pu et peuvent encore échapper au contrôle du juge de Luxembourg. Ainsi, selon l'article 276 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « Dans l'exercice de ses attributions concernant les (…) relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure »

[673] Voir supra

jurisprudentielle d'un catalogue des droits fondamentaux »[674] initiée par l'arrêt de la Cour de justice « Stauder »[675] et rapidement confirmée par *l'arrêt « Internationale Handelgesellschaft »*[676] a participé à l'acceptation du projet de l'UE.

Face aux développements de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle allemande évoluera en conséquence. Cette dernière estimera en effet que seront recevables les recours dont les auteurs démontreront, que la protection européenne des droits fondamentaux, y compris celle qui est assurée par la Cour de justice, est globalement descendue en-dessous du niveau constaté et considéré comme satisfaisant dans l'arrêt Solange II[677]. Elle a en effet considéré que la Cour de justice était une véritable juridiction offrant toutes les garanties procédurales et substantielles nécessaires à la protection des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle allemande affirmera ainsi qu'aussi *« longtemps que les Communautés européennes, en particulier la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, garantissent de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui est essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative par la Loi fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle allemande s'abstiendra d'exercer sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé et ne contrôlera plus ce droit au regard des droits fondamentaux de la Loi Fondamentale »*[678].

Cet arrêt de la Cour constitutionnelle s'avère essentiel pour la construction européenne et surtout pour l'action du juge de Luxembourg dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Il convient en effet de ne pas oublier que ces derniers ne trouvaient pas de véritable place dans les Traités originaires. L'Union européenne n'avait pas à ce titre établi

---

[674] L. Burgorgue-Larsen, Les résistances des États de droit , in J. Rideau, (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., 2000, p. 425.

[675] C.J.U.E., 12 novem 1969, Erich Stauder/ville d'Ulm Sozialamt, aff. 29/69,ECLI:EU:C:1969:57

[676] C.J.U.E., 17 décem 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr und Vorratsselle für Getreide und Futtermittel , aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114

[677] Cour constit. allemande, 22 octobre 1986, R.T.D.E., 1987, p. 537.

[678] Ibid.

de politique générale dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Le fait que le juge constitutionnel allemand reconnaisse comme « équivalent » la protection offerte par la Cour de justice de l'Union européenne témoigne d'une reconnaissance non négligeable. Certes, le juge allemand ne considère pas cette protection comme égale. Pour autant, étant donné l'insertion prétorienne des droits fondamentaux dans le droit de l'UE, la reconnaissance d'une équivalence avec un catalogue écrit des droits et avec une chaîne juridictionnelle pérenne ne peut être sans conséquence sur l'affirmation du droit communautaire dans les droits nationaux.

L'utilisation des principes généraux du droit en matière de protection des droits fondamentaux s'inscrit donc dans un schéma complexe de relations normatives entre Cour de justice et Cours constitutionnelles nationales. Ces dernières affirmaient leur volonté de voir les droits fondamentaux garantis par le droit et le juge communautaires. Conscient que ces réticences pouvaient freiner la construction communautaire, le juge a intégré les droits fondamentaux à travers l'instrument des principes généraux du droit engendrant une réponse positive de la part des Cours constitutionnelles. Par leur reconnaissance, ces dernières favorisent en retour la construction européenne.

Les droits fondamentaux sont donc au cœur d'échanges entre juridictions européennes et nationales. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a pu estimer que la protection d'une valeur fondamentale consacrée par une Constitution nationale peut être regardée comme un principe général dont la Cour de justice assure le respect alors même que les mesures restrictives susceptibles d'en découler ne correspondent pas à « une conviction juridique partagée par l'ensemble des États membres »[679].

Cette dialectique permet à la Cour de justice non seulement d'assurer la protection des droits fondamentaux mais également d'assurer l'unité du droit de l'UE. On ne peut en effet nier la relation entre protection des droits fondamentaux par la Cour de justice et construction du droit de l'Union européenne. Pour F. Moderne, il est clair que « les principes généraux du droit favorisent la cohérence (et par là même l'intelligibilité) de l'ensemble du système juridique et qu'ils contribuent ainsi à fortifier la croyance à la

[679] C.J.U.E., 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02,, ECLI:EU:C:2004:614

légalité (lato sensu) comme fondement de la légitimité du droit »[680]. Les principes généraux du droit de l'UE remplissent une triple fonction. Ils sont l'instrument privilégié de la protection des droits fondamentaux et ont à ce titre une fonction de « complétude de l'ordre juridique » et remplissent également selon les termes de F. Moderne une fonction « explicative » et de « justification » de la règle de droit.

Les principes généraux du droit et leur relation aux droits fondamentaux servent indubitablement cette volonté énoncée par F. Moderne. Ils favorisent nécessairement l'acceptation du droit de l'UE en même temps qu'ils inscrivent durablement l'Union européenne dans la protection des droits fondamentaux.

2§. L'utilisation des références au texte de la Convention européenne des droits de l'homme.

Si la Cour de justice a pu se référer aux seules traditions constitutionnelles communes pour assurer le respect des droits fondamentaux[681], cette notion a également pu permettre l'introduction de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit de l'UE. La Cour de justice a ainsi pu tout à la fois considérer que ce texte contenait des droits inhérents aux traditions constitutionnelles et qu'il avait une valeur égale à ces dernières.

Tout comme les principes généraux permirent à la Cour de justice d'introduire la notion de droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, les traditions constitutionnelles

[680]F.Moderne, Légitimité des principes généraux et théorie du droit , R.F.D.A., 1999, pp. 722 et s.

[681]C.J.U.E., 3 mai 2005, Berlusconi et a.,aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, pt. 69.

communes peuvent compléter cette garantie par la référence à la Convention européenne des droits de l'homme.

Le juge de l'UE a ainsi pu estimer que la Convention européenne ne faisait que consacrer des droits préexistants inhérents aux ordres juridiques des États Membres.

À titre d'illustration, par un arrêt « Kirk » du 10 juillet 1984, la Cour a affirmé que *« le principe de la non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des États membres, consacré par l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme un droit fondamental, qui fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. »*[682].

On observe ici que pour le juge, la reconnaissance d'un tel droit se rattache aux traditions constitutionnelles que la Convention européenne a par la suite consacrées. La Cour de justice fait ici une simple référence à la Convention pour rappeler que la reconnaissance dans l'ordre juridique de l'UE de ce droit se justifie notamment par sa consécration antérieure au niveau européen.

La Cour de justice continua d'affirmer par la suite sa volonté de rattacher les droits issus des traditions constitutionnelles communes à la Convention européenne dans son arrêt *« X*

[682] C.J.U.E., 10 juillet 1984, Kirk , aff. 63/83, , ECLI:EU:C:1984:255, pt. 22.

c/ Comm. C.E. » du 5 octobre 1994[683], et plus récemment *« Carl Kühne et a. »* en date du 6 décembre 2001[684].

Dans sa combinaison des traditions constitutionnelles communes, le juge de Luxembourg a pu également y adjoindre les principes généraux en considérant que la protection d'un droit particulier résultait d'un principe général, issu des traditions constitutionnelles ayant de surcroît été consacré par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans son arrêt *« Johnston »* du 15 mai 1986, la Cour a considéré que *« le contrôle juridictionnel imposé (par les Traités institutifs) est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 »*[685].

---

[683] C.J.C.E., 5 oct 1994, X c. Comm. CE », aff. C-404/92 P, ECLI:EU:C:1994:361, pt. 17 : « Selon la jurisprudence de la Cour, le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CEDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, constitue l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire (voir arrêt du 8 avril 1992, Commission/Allemagne, C-62/90, ECLI:EU:C:1992:169, pt. 23). Il comporte notamment le droit d'une personne de tenir son état de santé secret ».

[684] C.J.C.E., 6 décembre 2001,Carl Kühne et a, aff. C-269/99,. , ECLI:EU:C:2018:544, pt. 57.
« A cet égard, il convient de rappeler que l'exigence d'un contrôle juridictionnel découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (arrêts du 3 décembre l'égard d'un acte, telle la demande d'enregistrement en cause au principal, qui constitue une étape nécessaire de la procédure d'adoption d'un acte communautaire, dès lors que les institutions communautaires ne disposent à l'égard de cet acte que d'une marge d'appréciation limitée ou inexistante (voir, en ce sens, arrêt Oleificio Borelli/Commission, précité, pts. 9 et suivants). ».CJUE, 3 décembre,1992, Oleificio Borelli c. Commission, aff. C-97/91,ECLI:EU:C:1992:491, pt. 14, et du CJUE,11 janvier 2001, Kofisa Italia, aff. C-1/99, ECLI:EU:C:2001:10, pt. 46, et Siples, C-226/99, ECLI:EU:C:2001:14, pt. 17).

[685] C.J.U.E., 15 mai 1986, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary »aff. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, pt. 18.

Une telle formulation sera reprise par la Cour de justice des Communautés européennes au point de devenir un rituel dans ses arrêts *« UNECTEF »*[686], *« Fedesa et a. »*[687], *« Oleificio Borelli SpA c/ Comm. C.E. »*[688] et *« Procédures pénales contre X »*[689].

---

[686] C.J.U.E., 15 oct 1987, UCENTEF , aff. 222/86, ECLI:EU:C:1987:442, pt. 14 : « Le libre accès à l'emploi constituant un droit fondamental conféré par le Traité individuellement à tout travailleur 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.
Comme la Cour l'a admis dans son arrêt du 15 mai 1986 (Johnston, 222/84, ECLI:EU:C:1986:2063), cette exigence constitue un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. ».

[687] C.J.U.E., 13 novemb 1990, Fedesa et a. , aff. C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, pt. 42 : « En ce qui concerne le premier aspect, il convient de relever d'emblée que, selon la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, arrêt du 10 juillet 1984, Kirk, pt. 22, 63/83, Rec. p. 2689), le principe de la non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des États membres, consacré par l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme un droit fondamental, qui fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. ».

[688] C.J.U.E., 3 déc 1992, Oleificio Borelli, aff. C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491, pt. 14 : « ainsi que la Cour l'a relevé notamment dans les arrêts du 15 mai 1986, Johnston, pt. 18 (222/84, ECLI:EU:C:1986:206), et du 15 octobre 1987, Heylens, pt. 14 (222/86, ECLI:EU:C:1987:442), l'exigence d'un contrôle juridictionnel de toute décision d'une autorité nationale constitue un principe général de droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. ».

[689] C.J.U.E., 22 déc 1996, X , aff. jtes C-74/95 et C-129/95 ECLI:EU:C:1996:491, pt. 25 : « il convient de préciser que le principe qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de la personne poursuivie, lequel est le corollaire du principe de la légalité des délits et des peines, et plus généralement du principe de la sécurité juridique, s'oppose à ce que des poursuites pénales soient engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne résulte pas clairement de la loi. Ce principe, qui fait partie des principes généraux de droit se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres, a également été consacré par différents Traités internationaux, et notamment par l'article 7 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir, notamment, arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mai 1993, Kokkinakis, série A, n° 260-A, paragraphe 52, et du 22 novembre 1995, S. W./Royaume-Uni et C. R./Royaume-Uni, série A, noS 335-B, paragraphe 35, et 335-C, paragraphe 33). ».

Cette liaison particulière, entre un principe général du droit, les traditions constitutionnelles communes et la Convention européenne des droits de l'homme accroît la légitimité du juge communautaire dans sa démarche de protection des droits fondamentaux et permet de ne pas considérer cette reconnaissance comme étant arbitraire ou sans fondement.

Une telle liaison se révèle riche d'enseignements quant à la relation instituée entre la Convention européenne des droits de l'homme et la garantie des droits fondamentaux dans le droit de l'UE.

Tout d'abord, elle permet l'introduction d'un texte, la Convention européenne des droits de l'homme, dans un ordre juridique qui lui est originellement étranger. En effet, le juge de l'UE lie les droits fondamentaux à la Convention européenne et parce que l'ordre juridique de l'UE respecte les traditions constitutionnelles des États Membres et que cette exigence de respect des droits constitue un principe général du droit de l'UE, alors, le juge de Luxembourg se trouve habilité à introduire un tel texte dans son ordre juridique.

Ensuite, cette liaison met en exergue le pragmatisme de la Cour de justice dans le domaine des droits fondamentaux. Elle permet en effet de rendre le droit de l'UE conforme à des exigences internationales tout en maîtrisant la notion et l'évolution de ces droits fondamentaux dans le droit de l'UE.

La combinaison des traditions constitutionnelles communes avec la Convention européenne des droits de l'homme conduit en effet à une certaine liberté de la part de la Cour de justice dans sa détermination et sa qualification des droits fondamentaux. Le juge de l'UE a pu par exemple considérer que certains droits pouvaient recevoir la qualification de « fondamentaux » tandis que d'autres non. Ainsi, la Cour de justice fait preuve de pragmatisme, avec la notion de traditions constitutionnelles communes, en assurant à la fois la protection des droits fondamentaux et l'effectivité du droit de l'UE. Si le juge de l'UE rattache la Convention européenne des droits de l'homme aux traditions constitutionnelles et donc ne la considère pas comme étant une notion propre au droit de l'UE, il n'en demeure pas moins que celui-ci l'utilise de manière spécifique afin de permettre une protection accrue des droits fondamentaux.

SECTION II. Le choix d'une inscription dans les traités.

En raison de la portée des rencontres normatives entre l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, il est apparu nécessaire de surmonter les difficultés institutionnelles ne rendant pas compte des relations entre juges européens et juges nationaux. La volonté de voir l'Union européenne adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme s'est également fait sentir en raison de la nécessaire cohérence devant avoir lieu en matière de protection des droits fondamentaux.

C'est dans le cadre d'une volonté d'approfondir la relation entre ordres juridiques européens et d'assurer la cohérence de la protection des droits fondamentaux en Europe que le Traité de Lisbonne insère l'obligation d'une adhésion (§1). La concrétisation de celle-ci a nécessairement pour conséquence de conforter la position centrale de la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection européenne des droits fondamentaux. De même, le juge de Luxembourg voit son rôle réaffirmé à travers le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne (§2).

1§.L'établissement d'un cadre institutionnel à l'adhésion de l'UE.

Fondée sur l'article 6§2 T.U.E. et du protocole n°14 de la Convention européenne des droits de l'homme (A), l'adhésion de l'Union européenne se voit aujourd'hui confirmée même si certaines questions demeurent quant à la future place de la Cour de justice (B).

A. Le principe d'adhésion.

Le traité de Lisbonne, sur le modèle du projet constitutionnel, contient à l'article 6-2 une véritable obligation de résultat : « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Comme les préoccupations sur les compétences sont toujours présentes, il est ajouté qu'une telle adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles que définies dans la

constitution. L'adhésion n'a donc pas d'effet sur les compétences de l'Union. La constitution crée une compétence externe spécifique et limitée à l'adhésion.

La conviction que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme apportera une contribution majeure à la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe l'a aujourd'hui emporté[690] et l'on admet que les systèmes de protection des droits de l'homme doivent être harmonisés pour ne pas affaiblir la protection globale offerte en Europe et ne pas séduire la sécurité juridique. Une telle harmonisation ne peut se réaliser que si la Convention européenne des droits de l'homme apparaît comme le standard minimum aux démocraties européennes. Il faut éviter toute situation dans laquelle deux systèmes de protection des droits de l'homme, celui de la Convention européenne et celui de l'Union, puissent se trouver en concurrence et s'assurer que le standard minimal européen de la CEDH est observé à l'égard de tout individu placé sous la juridiction de l'Union. Dans ce contexte, sans que soient remises en cause la valeur et la portée de la Charte qui pourrait produire ses propres effets, l'adhésion de l'Union à la CEDH aura pour conséquence que le même socle minimum de valeurs serait partagé par tout le continent et que le contrôle serait assuré, en dernier ressort, par la même Cour, la Cour européenne des droits de l'homme. L'adhésion témoignerait sur le plan politique de l'existence d'une solidarité continentale dans le domaine des droits fondamentaux.

Sur un plan pratique, elle simplifierait les voies de droit. En effet le parcours actuel d'une éventuelle victime n'est pas aisé puisque, après épuisement des recours nationaux et communautaires, il doit saisir la cour de Strasbourg d'une requête, non contre l'auteur de l'acte contesté (l'Union européenne), mais contre un État membre. Une condamnation éventuelle de ce dernier ne garantit pas que la situation soit redressée puisqu'un tel redressement dépend d'un tiers à l'affaire, l'Union européenne. Il suffit pour s'en convaincre de se remémorer la saga du droit de vote des habitants de Gibraltar aux élections européennes. Il a fallu une intervention indulgente de la Cour de justice des

---

[690] Voir notamment, H.C Krüger et J.Polakiewcz, Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, RUDH, 2001, vol 13, n°1-4, p.1. ; « Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, Rapport adopté par le Comité directeur pour les droits de l'Homme (CCDH) lors de la 53e réunion (25-28 juin 2002), document DG-II (2002)006.

Communautés pour apporter une réponse que les institutions européennes n'avaient pu trouver[691].

De plus, depuis l'arrêt Bosphorus Airlines[692], le futur requérant est contraint de se livrer à de subtiles analyses afin de déterminer si la protection offerte par le droit communautaire est équivalente ou non à celle que garantit la Convention. De tels aléas peuvent le contraindre à renoncer à sa requête ce qui n'est guère favorable à la protection juridictionnelle. De l'autre part, il est assez illogique de voir un État mis en cause pour un acte dont il est partie au litige. L'adhésion simplifierait à cet égard la situation. Enfin, elle donnerait toute sa portée à l'article 1 de la CEDH en rendant celle-ci applicable sans doute à tous les actes qui entrent dans son champ d'application.

Si le Traité de Lisbonne continue de prévoir l'adhésion de l'Union à la CEDH, la nouveauté par rapport à la constitution européenne résulte du fait que les règles pour rendre cette adhésion effective ont été modifiées. Le TFUE précise que l'adhésion à la CEDH devra faire l'objet d'un accord conclu par le Conseil à l'unanimité l'acte de conclusion exigeant une ratification par tous les États membres « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives », et non plus une majorité qualifiée. Ainsi pour la France, une loi autorisant la ratification devra être adoptée par le Parlement. Il ne faut pas attacher trop d'importance à cette modification qui trouve son origine dans la volonté de ne pas opérer un transfert de compétence qui exigerait dans certains États membres, dont le Danemark, un référendum pour son approbation et non dans une quelconque méfiance à l'égard de la Convention. De toute façon, tous les États membres étant parties à la Convention, leur accord sera nécessaire pour faire ratifier l'accord d'adhésion de l'Union par leurs Parlements nationaux. L'exigence de l'unanimité ne change rien fondamentalement.

---

[691]CJUE, 12 Septembre 2006, Royaume d'Espagne c. Royaume Uni, aff. C-145/04. ECLI:EU:C:2006:543.

[692] Cour-EDH, G .C, 30 juin 2005, Req. n° 45036/98, Bosphorus Hava Yollari turizm ve tivacetaninim sirketi / Irlande ; F.Benoit-Bohmer, A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention , RTDH, 2005, p.267 et s ; J.P. Jacqué, L'arrêt Bosphorus, Une jurisprudence So lange II' de la cour européenne des droits de l'homme ? , RTDE, 2005, p.765 et s.

B. L'apport du Traité de Lisbonne et du protocole n°14 de la CEDH.

Respectivement, ces actes prévoient l'adhésion de l'Union européenne à la Convention (I) et créent les conditions nécessaires à sa concrétisation (II).

I. L'obligation constitutionnelle de l'UE à adhérer à la CEDH.

Le Traité de Lisbonne concrétise la perspective d'une adhésion de l'Union européenne créant ainsi une communauté normative européenne harmonisée dans la protection des droits, tout en conservant sa spécificité juridique[693]. Par ce Traité, l'Union européenne s'inscrit concrètement dans une démarche de protection des droits tout en valorisant le rôle central, originel, de la Convention européenne dans le domaine des droits de l'homme.

Conscients néanmoins des difficultés pouvant être engendrées par une telle démarche, les rédacteurs du Traité de Lisbonne y ont annexé de nombreux protocoles et déclarations[694] afin de préciser et d'expliquer la démarche poursuivie. En ce sens, le Traité de Lisbonne fait preuve de pédagogie et précise les modalités des rapports de systèmes européens.

Le Traité de Lisbonne comprend donc un protocole n°8 spécifique à la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme[695].

Ce protocole a pour objet la préservation des spécificités de l'Union et de son droit face à une perspective d'adhésion.

---

693 Cette volonté d'adhésion de l'Union européenne était également prévue par le « programme de Stockholm», adopté par le Conseil européen le 11 décembre 2009. Les étapes précédentes ont fait l'objet d'une note de la Présidence adressée au COREPER : Conseil, doc. n°6582/10, 17 février 2010.

694 Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur fonctionnement de l'Union européenne sont complétés par 37 protocoles, 2 annexes et 65 déclarations.

695 Protocole (no 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

L'article 1er du protocole aborde ainsi la problématique de la participation de l'Union européenne aux instances de la Convention[696]. L'objectif de cet article est de garantir la maîtrise des relations de l'Union européenne avec ses États Membres. En effet, le mode de fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'homme permet qu'un litige, lié à l'application du droit de l'Union européenne, puisse être résolu par un juge qui n'est pas un ressortissant de l'Union européenne.

L'article 2 du protocole précise une nouvelle fois que l'adhésion de l'Union européenne sera sans conséquence sur les compétences dont elle dispose[697]. Il s'agit ici d'une répétition de l'article 6§1 du Traité sur l'Union européenne et de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Ce rappel témoigne de la préoccupation majeure que constitue la préservation des compétences de l'Union européenne. Cette nécessité s'avère être une condition essentielle à la concrétisation de l'adhésion. Dans une telle perspective, la Cour de justice avait pu préciser dans sa jurisprudence que « si le respect des droits fondamentaux (...) constitue une condition de légalité des actes communautaire, ces droits ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ des dispositions du Traité au-

---

[696] Article 1er du protocole n°8 : « L'accord relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée "Convention européenne"), prévue à l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne:
a) les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne;
b) les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas. » 1170 Article 2 du protocole n°8: « L'accord visé à l'article 1er doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions. Il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention européenne, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention européenne, conformément à son article 15, et des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres conformément à son article 57. »

[697] Article 2 du protocole n°8 : « L'accord visé à l'article 1er doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions. Il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention européenne, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention européenne, conformément à son article 15, et des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres conformément à son article 57. »

delà des compétences de la Communauté »[698]. L'objectif de telles précisions est donc de préserver les rôles respectifs de chaque ordre juridique et de leurs composantes. Ainsi, dans sa mission d'interprète du droit de l'Union dans la protection des droits fondamentaux, la Cour de justice ne se voit pas dessaisie au profit de la seule Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de justice conserve son rôle fondamental et la Cour de Strasbourg établit quant à elle un standard minimum. Par conséquent, une telle disposition contribue à préserver l'autonomie de chaque ordre juridique, tout en créant les conditions d'un partenariat normatif.

L'article 3 du protocole n°8 prévoit enfin le monopole de la Cour de justice dans le règlement des différends opposants les États Membres[699]. Cette disposition implique qu'un État membre ne puisse introduire de recours contre un État membre devant la Cour européenne lorsque se matérialise un différend quant à l'interprétation ou l'application des Traités de l'Union européenne.

Le Traité de Lisbonne, formalisant la possibilité d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne, tend néanmoins à la conservation de son autonomie et de ses spécificités dans la protection des droits fondamentaux. Cette recherche s'avère en effet indispensable quant à la poursuite pérenne des objectifs liés à l'Union européenne. Cette volonté de préservation est une condition indispensable quant à la concrétisation d'une adhésion.

Ainsi, le Traité de Lisbonne est de surcroît amendé d'une déclaration précisant cette volonté de préserver l'autonomie normative et interprétative de l'Union européenne dans les champs de compétences qui lui sont attribués. La déclaration n°2 de la Conférence intergouvernementale, relative à l'article 6§2 du Traité de l'Union européenne dispose en effet : « la Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans

[698] C.J.U.E., 17 février 1998, Grant , aff. C-249/96 , ECLI:EU:C:1998:63, pt. 45.

[699] Article 3 du protocole n°8 : « Aucune disposition de l'accord visé à l'article 1er ne doit affecter l'article 292, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union. » ; Article 292 du T.F.U.E. : « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des Traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci ».

ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette convention »[700].

La problématique des compétences et de l'autonomie de l'Union européenne apparaît donc essentielle quant à la concrétisation d'une adhésion[701]. Il est donc envisageable de dire que seule la résolution de telles priorités peut conduire à une adhésion de l'Union européenne.

À ce titre, le « projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne sur les droits de l'Homme » publié le 14 octobre 2011 par le Comité directeur pour les droits de l'Homme du Conseil de l'Europe[702], étudié plus bas, constitue indéniablement une étape supplémentaire dans le processus d'adhésion mais également une clef de la gestion des relations normatives issues de ces rapports de systèmes.

Le Traité de Lisbonne apparaît donc comme doublement novateur. Il crée les conditions de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme.

Parallèlement, il contribue à la préservation essentielle des spécificités juridiques de l'Union européenne tout en concrétisant les rapports de systèmes européens.

II. L'adhésion de l'UE encouragée par le protocole n°14.

Signé le 14 mai 2004 et entré en vigueur le 1er juin 2010 à la suite de sa ratification par la Russie, le protocole additionnel n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme représente le corollaire du Traité de Lisbonne dans la perspective d'adhésion de l'Union européenne. Ce texte vise à améliorer l'efficacité de la Cour et à réduire sa charge de

---

[700] Déclaration ad article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, J.O.U.E., 30 mars 2010, C83/337.

[701] Comprenant 65 déclarations, les deux premières sont relatives aux compétences de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux, telles qu'il en résulte de la Charte des droits, et à la perspective d'une adhésion.

[702] Site internet du Conseil de l'Europe.

travail ainsi que celle du Comité des Ministres, chargé de surveiller l'exécution des arrêts. Il s'agit, à terme, de permettre à la Cour de se concentrer sur les affaires qui soulèvent des problèmes importants en matière de droits de l'homme.

Le protocole n°14 réforme ainsi en profondeur le fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'il renforce sa capacité de filtrage des affaires, définit de nouveaux critères de recevabilité des recours, et établit de nouvelles mesures pour traiter efficacement les affaires dites « répétitives ». En ce qui concerne l'objet de notre recherche, le protocole comprend une disposition essentielle en ce qu'il crée la possibilité pour l'Union européenne d'adhérer à la Convention.

En ce sens, l'élaboration du protocole s'inscrit en parfait accord avec le travail de l'Union européenne quant à un rapprochement normatif réciproque. Il convient en effet de rappeler que le protocole n°14 s'inscrit en phase avec la volonté de l'Union européenne non seulement d'affirmer sa proximité avec la Convention mais aussi de préparer institutionnellement son adhésion.

La Convention européenne établit une réciprocité normative dans le rapprochement des ordres juridiques européens en ouvrant la possibilité d'une future adhésion. Cependant, l'adoption du protocole n°14 est antérieure au Traité de Lisbonne. S'il matérialise les conséquences issues de la Charte des droits fondamentaux qui crée un système de coopération entre l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme[703], le protocole n°14 s'inscrit dans une volonté d'approfondir ce processus coopératif dans le domaine des droits de l'homme.

En effet, l'article 17 du protocole prévoit une modification de l'article 59 de la Convention au terme de laquelle : « L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ». Il convient de noter à cet égard que la Convention européenne crée les conditions nécessaires à la réalisation de l'article 6§2 TUE. Le protocole n° 14 consacre la possibilité pour l'Union Européenne d'adhérer à la Convention européenne et élargit ainsi le champ d'application du recours individuel en permettant à un requérant d'introduire devant la Cour un recours directement dirigé contre l'Union européenne en cas de violation par celle-ci des

[703] Voir en ce sens l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux, opt.cit.

droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Un tel protocole ne demeure pas sans effet quant aux compétences juridictionnelles.

En effet, par celui-ci, la Cour deviendrait compétente ratione personae pour directement juger le droit de l'Union européenne alors qu'auparavant, sa compétence se limitait au contrôle des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne[704].

Le deuxième paragraphe de l'article 59 de la Convention, tel que modifié par le protocole n°14 acte les développements de l'Union européenne dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Cependant, à l'instar du Traité de Lisbonne abordant les problématiques essentielles devant être résolues pour permettre l'effectivité d'une adhésion, une étude fut menée sur les questions techniques et juridiques engendrées par une telle adhésion sur le fonctionnement de la Convention européenne.

Ainsi, le Comité Directeur des Droits de l'homme a adopté en 2002 un rapport[705] identifiant ces thématiques. Le rapport expose sa réflexion autour de trois problématiques. La première concerne les « modalités d'adhésion du point de vue du droit des Traités », la deuxième « questions techniques et juridiques et des éventuel(le)s amendements/solutions correspondant(e)s », la troisième est quant à elle relative aux éventuelles « contradiction (s) entre le système juridique des Communautés européennes/de l'Union européenne et le système de la Convention européenne des droits de l'homme ».

La problématique centrale liée à une telle adhésion concerne l'acceptation et donc l'adhésion de fait aux protocoles préexistants ayant amendé le texte de la Convention. Les négociations relatives aux conditions d'adhésion sont encore en cours. Il importe donc de remarquer le souci particulier qu'est apporté à une adhésion la plus large possible au droit

---

[704] Voir en ce sens : Cour-EDH, 10 janvier 1994, Karl Eckart Heinz c. États contractants également parties à la Convention sur le brevet européen, Req. N° 21090/92 ; Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews c Royaume-Uni , Req. N° 24833/94 ; Cour-EDH., 4 juillet 2000, Société Guérin Automobiles c. les 15 États membres de l'Union européenne, Req. N° 51717/99; Cour-EDH, 23 mai 2002, SEGI et autres et Gestoras Pro Amnistia et autres c.(15 États Membres de l'Union européenne) , Req. N° 6422/02 et 9916/02 ; Cour-EDH., 10 mars 2004, Senator Lines c. les 15 membres de l'Union ,Req. N° 56672/00.

[705] Etude menée au sein du Conseil de l'Europe sur les questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion à la CEDH, Groupe de travail II "Intégration de la Charte/ adhésion à la CEDH", Bruxelles, 25/28 juin 2002, site internet de la Convention européenne.

de la Convention. Parallèlement à la volonté de l'Union européenne de préserver son autonomie et ses spécificités, la Convention européenne cherche à établir les conditions nécessaires à une adhésion ouverte et générale au texte.

Les négociations entretenues entre l'Union européenne et la Convention européenne doivent conduire à une adhésion normativement cohérente avec les objectifs respectifs des ordres juridiques. Le protocole n°14, à l'instar du Traité de Lisbonne, matérialise une volonté collective de coopération et d'harmonisation juridique européenne dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Ces textes s'inscrivent donc dans le prolongement des jurisprudences des juges de Strasbourg et de Luxembourg qui établissaient une passerelle entre ordres juridiques originellement autonomes et indépendants.

2§. Le contexte juridique de la mise en œuvre de l'adhésion, dans la mesure où celle-ci est de moins en moins sûre.

Le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme fut le fruit du travail du groupe « CDDH-UE »[706]. Le 14 octobre 2011, un rapport portant projet d'accord d'adhésion au Comité des Ministres a été remis par le CDDH. Ce projet a servi de base de réflexion à un groupe ad hoc « 47 + 1 », afin de finaliser les instruments juridiques fixant les modalités de l'adhésion[707]. Lors de la Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, un rapport final a été adopté les 3-5 avril 2013

[706] Les Membres du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) ont été désignés lors de la 1085ème réunion (26 juin 2010) des Délégués. Ils ont reçu un mandat occasionnel afin d'élaborer, avec la Commission européenne sous mandat du Conseil de l'Union européenne du 4 juin 2010, les instruments juridiques nécessaires à l'adhésion

[707] CM/Del/Dec(2012)1145/4.5, 13 juin 2012.

présentant un projet révisé d'accord[708]. C'est sur ce dernier rapport que portera notre réflexion concernant la place de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre futur de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme (A). Pour autant, si les problématiques institutionnelles peuvent être résolues, il ne faut pas écarter le fait que cette adhésion demeurera délicate à réaliser après l'avis négatif de la CJUE du 18 décembre 2014 (B).

Relativement succinct, le rapport final présente en son annexe I le « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Ce projet d'accord mérite selon nous d'être salué tant il tient compte des préoccupations liées à l'autonomie et à la spécificité de l'Union européenne tout en permettant une adhésion effective à la Convention européenne des droits de l'homme.

Le projet s'inscrit dans les lignes définies par le Protocole n°8 annexé aux Traités de l'Union européenne en ne conférant pas à cette dernière de nouvelles compétences.

L'article 1er s'attache ainsi à définir la portée de l'adhésion et les amendements nécessaires devant être apportés à l'article 59 de la Convention européenne. Les questions institutionnelles sont abordées par les articles 6[709], 7[710], 8[711]. Ces dispositions n'appellent que peu de commentaires, puisque sans réelle influence sur la Cour de justice de l'Union européenne. Il en va autrement des dispositions relatives aux questions de fond et questions procédurales.

---

[708] Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport final au CDDH, 10 juin 2013, 47+1(2013)008rev2, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents_fr.asp.

[709] Article 6, « Élections des juges », Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précité.

[710] Article 7, « Participation de l'Union européenne aux réunions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe », Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précité.

[711] Article 8, « Participation de l'Union européenne aux dépenses liées à la Convention », Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précité.

En ce qui concerne les questions de fond, la possibilité d'un contrôle du droit primaire par la Cour européenne des droits de l'homme se voit confirmée alors que ce contrôle échappe encore à la Cour de justice. Ce contrôle, lié au mécanisme de codéfendeur, est articulé autour des articles 3§2 et §3 du « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne ».

Ce contrôle peut même s'avérer indispensable afin que les États membres de l'Union européenne puissent devenir codéfendeurs. Ainsi, l'Union européenne peut devenir codéfenderesse lorsqu'une requête est dirigée contre un ou plusieurs États membres et lorsque la violation alléguée met cause *« la compatibilité avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré d'une disposition du droit de l'Union européenne, y compris les décisions prises sur la base du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, , notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant du droit de l'Union européenne »*[712]. De même, les États membres peuvent également devenir codéfendeurs lorsque *« dans le cas de requêtes notifiées à l'Union européenne, (...) il apparaît que la violation alléguée notifiée par la Cour met en cause la compatibilité avec les droits de la Convention en question d'une disposition du droit primaire de l'UE »*[713].

Ces dispositions permettent ainsi à la Cour européenne des droits de l'homme d'exercer un contrôle direct sur le droit primaire de l'Union européenne. Alors que par l'arrêt *« Matthews »* ce contrôle s'exerçait uniquement à travers le prisme de la mise en œuvre nationale d'une disposition de droit originaire[714], il devient ici un préalable indispensable en cas de volonté des États de se joindre à une procédure. Une telle solution ne nous apparaît pas comme étant de nature à remettre en cause l'ordre juridique de l'Union européenne.

---

[712] Article 3§2, « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 47+1(2013)008rev2.

[713] Projet de Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 47+1(2013)007, pt. 43.

[714] Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews c. Royaume-Uni , Req. N°24833/94, p. 251 et s.

En adhérant à la Convention européenne des droits de l'homme, l'Union européenne se soumet naturellement à sa juridiction, et ce même à l'égard de son droit primaire. En effet, la Cour de Strasbourg ne s'interdit pas de contrôler le droit constitutionnel national avec la Convention européenne des droits de l'homme[715]. De même, s'il est reconnu que l'Union européenne ne peut être considérée comme un État et que par conséquent certaines adaptations sont nécessaires, elle *« devrait en principe, adhérer à la Convention sur un pied d'égalité avec les autres Parties contractantes, c'est-à-dire avec les mêmes droits et les mêmes obligations »*[716].

Cette volonté d'une égale considération entre l'Union européenne et les autres Parties contractantes nous paraît tout à fait normale et devrait remettre en cause la solution issue de l'arrêt *« Bosphorus »*[717]. À ce titre, le *« Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne »* n'aborde pas la problématique de la présomption d'une protection équivalente des droits fondamentaux. Cette présomption, fondée sur le niveau de protection offert par le droit de l'Union européenne et la Cour de justice de l'Union européenne, devrait en toute logique être abandonnée[718] au regard des obligations pesant sur les autres Parties contractantes.

Enfin, en ce qui concerne les questions de fond, le « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne » ne porte pas atteinte à l'autonomie interprétative et à la compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne.

---

[715] Pour exemples : Cour-EDH, 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et a. c. France, Req. N° 24846/94 34165/96 34166/96 34167/96 34168/96 34169/96 34170/96 34171/96 34172/96 34173/96 J ; Cour-EDH, 13 février 2003, Refah Partisi et autres c. Turquie, Req. N°. 41340/98 41342/98 41343/98 41344/98. p. 207 ; Cour-EDH, 22 décembre 2009, Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine , Req. n° 27996/06 et 34836/06.

[716] Projet de Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 47+1(2013)007, pt. 7.

[717] Cour-EDH., 30 juin 2005, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c/ Irlande, Req. N° 45036/98 .

[718] Nous rappellerons ici que la présomption d'une protection équivalente fut introduite en dehors d'une perspective d'adhésion et donc dans le cadre d'une cohabitation harmonieuse des ordres juridiques européens en matière de protection des droits fondamentaux. Aussi, l'adhésion institutionnalisant les rapports entre ordres juridiques, la confirmation d'une présomption d'une protection équivalente ne nous paraît plus indispensable.

D'une part, l'article 5 de ce projet énonce clairement que *« les procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne ne doivent pas être interprétées comme constituant des procédures internationales d'enquête ou de règlement au sens de l'article 35, paragraphe 2.b, de la Convention, ou des modes de règlement des différends au sens de l'article 55 de la Convention »*[719]. Aussi, la rédaction d'une telle disposition s'avère compatible avec l'article 344 T.F.U.E. prévoyant que *« les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des Traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ».*

D'autre part, l'autonomie interprétative de la Cour de justice de l'Union européenne demeure préservée puisque le projet d'accord n'attribue pas à la Cour européenne des droits de l'homme de compétence pour déclarer invalide une disposition du droit de l'Union européenne. Le juge de Strasbourg ne pourra fonder son raisonnement que sous l'angle de la compatibilité du droit de l'Union européenne au droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

En matière procédurale, l'article 3§6 du « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne » impose l'implication préalable de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'affaires dans lesquelles elle ne s'est pas encore exprimée sur la compatibilité de la disposition litigieuse avec les droits garantis par la Convention. Si une telle procédure demeure sans effet sur les pouvoirs de la Cour européenne, elle permet néanmoins à la Cour de justice de l'Union européenne de conserver sa compétence exclusive en matière interprétative et juridictionnelle. L'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoyant l'épuisement des voies de recours internes se veut applicable au droit de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme ne pourrait ainsi saisie d'une requête directement dirigée contre le droit de l'Union européenne qu'après examen de la Cour de justice. L'article 3§6 prévoit impose également l'implication préalable de la Cour de justice de l'Union européenne lors de la contestation devant le juge de Strasbourg d'une disposition n'ayant pas fait l'objet d'un

[719] Article 5, « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 47+1(2013)008rev2.

examen par la Cour de justice. Cette obligation a vocation à pallier l'absence de renvoi préjudiciel par les juridictions nationales[720].

S'appuyant sur le principe de subsidiarité inhérent au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, les rédacteurs du projet ont ainsi ménagé une saisine « post-judicielle »[721]de la Cour de justice de l'Union européenne qui devra statuer en « 6 à 8 mois » afin de ne pas prolonger indûment la procédure devant la Cour européenne[722].

Des difficultés pourront néanmoins apparaître lorsqu'il conviendra de combiner l'implication préalable de la Cour de justice de l'Union européenne avec la solution de la jurisprudence « CILFIT »[723]. Il importera ainsi de déterminer si l'absence d'une saisine préalable de la Cour de justice de l'Union européenne résulte d'un examen antérieur et si ce dernier portait bien sur les droits garantis par la Convention. En effet, le juge de Luxembourg ne peut statuer que sur les questions posées par la juridiction nationale et qu'au regard des normes du droit de l'Union européenne relatives à la protection des droits fondamentaux.

Aussi, si l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux impose que la protection de ces droits ne peut être en deçà de celle issue de la Convention, il importera à la Cour européenne de déterminer les droits correspondants.

---

[720] Article 267, T.F.U.E.

[721] C. Ladenburger, Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ,Revue trimestrielle de droit européen, 2011, p.22. Voir également la Communication commune des Présidents COSTA et SKOURIS, opt.cit.

[722] Voir en cela les explications sur le « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précité, pt. 61.

[723] C.J.U.E., 6 Octobre 1982, Srl CILFIT c. Ministère de la Santé, aff. 283/81,ECLI:EU:C:1982:335. Une juridiction interne dont les recours ne sont pas susceptibles d'appel est tenue, lorsqu'une question de droit de l'UE se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition en cause déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour.

Le « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne » semble par conséquent dépasser les difficultés générées par un tel « serpent de mer »[724]. Il permet d'introduire concrètement l'Union européenne dans le cadre du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et ouvre le prétoire du juge de Strasbourg aux requêtes directement dirigées contre le droit de l'Union européenne. En cela, le projet clarifie et institutionnalise les relations jurisprudentiellement établies par les juges de Strasbourg et de Luxembourg. Cependant, si le projet constitue une avancée réelle, de nombreuses questions demeurent quant à la place de la Cour de justice de l'Union européenne dans un système de protection croisée des droits fondamentaux.

Le « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne » constitue nécessairement une avancée en matière de protection européenne des droits fondamentaux. Il est une étape supplémentaire dans la volonté de réaliser une protection cohérente et harmonieuse des droits fondamentaux tout en cherchant à préserver les spécificités de chaque ordre juridique. En cela, le « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne » réussit en quelque sorte à « concilier l'inconciliable ».

Pour autant, nous ne pouvons manquer d'apporter quelques réserves quant à la concrétisation de cette adhésion.

En premier lieu, il conviendra que l'accord soit ratifié par chaque Partie. L'accord devra donc être approuvé par les 47 États Parties selon leurs propres règles en la matière ce qui entraînera nécessairement une procédure au long terme. S'il peut y avoir une « anomalie » à ce que l'Union européenne ne soit pas Partie à la Convention européenne des droits de l'homme, l'urgence d'une telle adhésion évoquée par F. Tulkens[725] ne devra son salut qu'à la condition d'un consentement unanime de chaque État. En l'absence d'un tel consentement, de nouvelles négociations devraient avoir lieu, freinant un peu plus la concrétisation de l'article 6§2 TUE.

---

[724]P.-H. Imbert, Vers l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH (Symposium des Juges au Château de Bourglinster - 16 septembre 2002 , Droits fondamentaux, n° 2, janvier - décembre 2002 ;D.Simon, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? , Pouvoirs n°96 - Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg, janvier 2001, pp. 31 et s ; R. Tinière, L'office du juge communautaire des droits fondamentaux, Bruylant, 2007, thèse, pp. 469 et s.

[725] F. Tulkens, Pour et vers une organisation harmonieuse , RTDE, Vol 47, N°1, 2011, p. 27.

Pour ce qui est de la ratification du projet par l'Union européenne, l'article 218 T.F.U.E. prévoit également une procédure spécifique. Le Conseil ne pourra adopter la décision de conclusion de l'accord qu'après l'approbation du Parlement européen[726]. Celui-ci devrait selon toute hypothèse donner son approbation. Pour autant, ce n'est qu'à l'unanimité des Membres que le Conseil pourra définitivement conclure l'accord d'adhésion[727]. De surcroît, il conviendra que chaque État membre approuve l'accord selon ses propres règles constitutionnelles.

Mais le 18.12.2014, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu un avis 2/13 dans lequel elle conclut à l'incompatibilité entre le projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et les traités UE. Afin de mieux comprendre l'avis rendu et d'évaluer ses implications pour l'avenir des relations entre l'UE et la CEDH, il est important de revenir aux origines du projet d'adhésion de l'UE à la CEDH et aux développements de la juridiction de la CJUE en matière de droits fondamentaux qui ont précédé le Traité de Lisbonne. C'est là en effet que se trouve la source des nombreuses difficultés qu'identifie la CJUE dans le projet d'accord d'adhésion, mais c'est également là que se trouveront les solutions à la crise constitutionnelle et institutionnelle que ne va pas manquer d'entraîner l'avis.

L'avis rendu par la CJUE le 18.12.2014 est négatif en ce sens que le projet d'accord d'adhésion est jugé incompatible avec les traités. Plus précisément, la Cour considère qu'il « n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole N° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

[726] Article 218§6, a), ii T.F.U.E.. Aux vues des déclarations et résolutions antérieures, il est tout à fait possible d'envisager l'accord du Parlement européenne en vue de l'adhésion à la Convention européenne. Voir en ce sens : Résolution du parlement européen du 4 avril 1973, J.O.C.E., n°C26, p. 7 ; Déclaration Commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977, J.O.C.E., 27 avril 1977, C 103, p. 1 ; Résolution du Parlement européen, 27 avril 1979, J.O.C.E., C-127, 21 mai 1979.

[727] Article 218§8, T.F.U.E.

».[728] Les questions soumises à la Cour par la Commission[729] et les Etats membres[730], puis discutées dans l'avis sont assez complexes et témoignent du nombre de questions encore ouvertes autour du projet d'accord. On mentionnera ainsi toute la question de la recevabilité, notamment en lien avec les règles internes de l'UE qui ne sont pas encore établies. Ces règles internes sont discutées par la Commission dans ses soumissions, mais leur traitement par la CJUE est rejeté par les Etats membres pour manque de compétence, ce que la CJUE confirme d'ailleurs en précisant l'objet de la question qui lui est posée.[731]

En droit de l'UE, on peut envisager différentes conséquences de l'avis 2/13 à court et long terme. Premièrement, dans le domaine des droits fondamentaux de l'UE. On peut, tout d'abord, prédire le renforcement de la protection des droits fondamentaux de l'UE et de la Charte, et ce dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE depuis 2010, soucieuse de s'affirmer dans le domaine des droits fondamentaux de l'UE.[732] Ce développement s'est fait largement indépendamment du droit international et européen des droits de l'homme et pourrait donc continuer à l'être. Ensuite, on pourrait assister à une attraction de juridiction de la part de la CJUE dans les domaines de l'ELSJ et de PESC, et ce de manière à développer un contrôle de constitutionnalité ou du moins de conventionnalité au sein de l'UE. C'est ce que semblent annoncer certaines des soumissions de la Commission lors de la procédure menant à l'avis 2/13.[733] Deuxièmement, dans les rapports entre l'UE et ses Etats membres. Des tensions croissantes ont fait suite aux affaires Melloni et Fransson quant au champ d'application des droits fondamentaux de l'UE et leur degré de protection. On peut donc s'attendre à un retour de ces contestations après un avis qui menace d'étendre l'interprétation Melloni aux engagements de droit international des droits de l'homme des Etats membres. Plusieurs Etats membres (et leurs juridictions

---

[728] CJUE, 18 déc.2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt. 258.

[729] Ibid. pt.71-107.

[730] Ibid.pt.108-43.

[731] Ibid.ot.144-52.

[732] On peut en trouver une confirmation depuis l'avis 2/13 dans CJUE, 18 déc 2014 , CJUE, 18 décembre 2014, Abdida, aff. C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

[733] Voir la soumission de la Commission dans CJUE, l'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt.. 96-100.

constitutionnelles)[734] sont en effet soucieux désormais de lutter contre la tendance à la centralisation du droit de l'UE par le biais des droits fondamentaux de l'UE et pour le renforcement, au contraire, d'un véritable fédéralisme des droits de l'homme dans l'UE. Ensuite, et dans ce contexte, il faut également évoquer le risque d'une fin progressive de l'application par les tribunaux constitutionnels nationaux de la jurisprudence Solange II.[735] Cela pourrait notamment être le cas dans les domaines dans lesquels la CJUE n'assure pas une protection suffisante des droits fondamentaux comme l'ELSJ ou la PESC, et dans lesquels les Etats membres risquent de se faire condamner seuls et toujours davantage par la CourEDH. Troisièmement, sur le plan des rapports inter-institutionnels. Des tensions entre la Commission, le Conseil UE, le Parlement, d'une part, et la CJUE, d'autre part pourraient apparaître. Finalement, au sein de la CJUE elle-même. Des tensions internes à la Cour au sujet de l'avis 2/13[736]et de ses conséquences sont à prévoir. Dans ce contexte où l'adhésion de l'UE à à la CEDH s'avère de plus en plus difficile on va étudier quand-même la détermination des obligations auxquelles l'UE devra faire face après l'adhésion (A) et le champ d'application de la CEDH à l'UE (B) en tenant compte que celle-ci devient de plus en plus moins sûre.

A. La détermination des obligations substantielles auxquelles l'Union européenne sera sujet après l'adhésion.

Sur le premier terrain, celui des obligations mises à la charge de l'Union par la Convention, deux questions doivent être distinguées : d'une part celle l'étendue du champ d'application de la Convention avec notamment l'interrogation sur la notion de « juridiction » de l'Union au sens de l'article premier de la Convention (I) et d'autre part la

[734] BVerfGE 133, 277.

[735] BVerfGE, 73, 339 – Solange II,

[736] Voir Martin Scheinin, CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances, Verfassungsblog du 26.12.2014, http://www.verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigatin g-circumstances/#.VM9CX010zcs

question de l'étendue des droits garantis avec l'incertitude planant sur la soumission de l'UE aux protocoles additionnels (II)

Bien que, le Traité prévoie l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, il ne se prononce pas concernant la participation de l'Union européenne aux protocoles de la Convention[737]. Le Traité sur l'Union européenne comme le protocole n° 8 se bornent à mettre à la charge de l'Union l'obligation d'adhérer à la Convention, ce qui doit en toute logique s'interpréter comme signifiant qu'au titre du droit primaire, l'organisation ne doit souscrire qu'à la Convention *stricto sensu*. Conformément au Protocole n°8, tout accord d'adhésion de l'UE n'affecte pas ses compétences. Cette question de compétence fut particulièrement débattue en ce qui concerne l'effet potentiel de l'adhésion de l'Union européenne relativement aux protocoles de la CEDH qui n'ont été ratifiés par tous les États membres de l'UE. Actuellement, seuls les Protocoles n°1 et n°6 lient l'ensemble des États membres. Certains pays comme le Royaume-Uni se sont inquiétés de ce que l'adhésion de l'Union pourrait conduire ses États membres à être automatiquement liés par tous les protocoles de la CEDH, qu'ils les aient ratifiés ou non. Un tel résultat ne serait pas compatible avec le Protocole n° 8[738].

Ça serait possible, que l'Union européenne adhère aux protocoles qui ont été déjà ratifiés par tous les États Membres, et de cette manière d'avoir un recueil centralisé (corpus unitaire) des droits protégés au sein de l'UE et ses États Membres. Cette possibilité aurait l'avantage de rassurer ces États membres craignant que les protocoles qu'ils n'aient pas ratifiés deviennent applicables dans leur ordre juridique national par le droit de l'Union. Ce fut la célèbre formule des obligations entrant « through the backdoor [739]» redoutée par le Royaume-Uni avant la promulgation du « Human Right Act » ou simplement « l'Acte », et c'était la raison de son hostilité envers l'adhésion de la Communauté à la Convention.

---

[737] J.P.Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundemantal Freedoms, 48 CMLR, 2011, p.1003.

[738] X.Groussot, T.Lock et L.Pech, Adhésion de l'union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 , Questions d'Europe n°218, Fondation Robert Schuman, 7 novembre 2011, p.5.

[739] Trad. « Par la petite Porte », J.P.Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundemantal Freedoms, 48 CMLR, 2011, p.1003.

Cependant, l'Union ne peut bien évidemment qu'adhérer à la Convention en vigueur, ce qui emporte par conséquent d'une certaine manière d'adhésion indirecte aux protocoles additionnels révisant la Convention qui sont en vigueur, à savoir l'onzième et quatorzième [740].

Ces protocoles additionnels doivent néanmoins être distingués de ceux qui complètent la Convention d'un point de vue substantiel en reconnaissant des droits supplémentaires sans pour autant réviser la Convention. Contrairement aux premiers, l'entrée en vigueur de ces protocoles n'est en effet soumise qu'à une ratification par cinq à dix États parties et non par l'ensemble de ceux-ci[741]. En ne visant que la Convention, les rédacteurs du Traité ont laissés clairement entendre que l'obligation d'adhérer ne s'étend pas à ces protocoles additionnels qui seraient donc facultatifs pour l'Union qui se trouverait ainsi placée dans la même situation que n'importe quel État membre du Conseil de l'Europe, disposant de la faculté d'accompagner dans l'immédiat ou dans le futur son adhésion à la Convention de la souscription d'un ou plusieurs protocoles additionnels.

S'il ne fait donc guère de doute que l'Union n'est pas contrainte par son acte consultatif de souscrire aux six protocoles additionnels en cause, il reste à déterminer si elle dispose bien de la possibilité de consentir à ceux-ci.

Il s'agit d'une part de savoir si la base juridique fondant la compétence de l'Union d'adhérer à la Convention est également susceptible d'asseoir une adhésion aux protocoles additionnels. A en croire les travaux préparatoires, cela ne fait guère de doute. Le groupe de travail n°2 constitue au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe pour envisager l'intégration de la Charte des droits fondamentaux et l'adhésion à la CEDH affirme ainsi dans son rapport final que *« c'est au Conseil qu'il appartiendra de décider du moment auquel devra intervenir l'éventuelle adhésion à la CEDH et à ses divers protocoles additionnels* [742] *»* s'il est vrai que ce groupe de travail ne recommandait qu'une adhésion

---

[740] A.Potteau, Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?, RGDIP, 30 mars 2011, p.82.

[741] *Ibidem.*

[742] Convention européenne, Rapport final du Groupe de travail II, CONV 354/02, 22.10.02, p.11.

facultative à la Convention, il était clair dans son esprit que la base juridique fondant l'adhésion à la seule CEDH était suffisamment large pour asseoir la compétence à souscrire également aux protocoles additionnels. D'ailleurs, de manière certes plus générales, il ressort du commentaire du projet de traité de la Convention sur l'avenir de l'Europe que la base juridique permettant l'adhésion à la CEDH vise en réalité à lever l'hypothèque de l'avis 2/94 de la Cour de justice et à contraindre l'Union à adhérer spécifiquement à la CEDH, mais qu'elle ne doit en aucun cas, selon ses rédacteurs, *« être interprété(e) comme excluant la possibilité d'adhérer à d'autres conventions en matière de droits de l'homme* [743]*»* , et ce d'autant plus que les membres de la Convention estiment que cette possibilité est *« ouverte en vertu d'autres bases juridiques prévues par la Constitution (à savoir les diverses politiques présentant un lien à de telles conventions, ou encore la clause de flexibilité de l'art. I-17*[744]*.»* Cette interprétation des dispositions du TECE dont a hérité le Traité de Lisbonne mérite une attention toute particulière dès lorsqu'elle a justifié, pour cause d'une certaine manière d'inutilité, le rejet d'amendements présentés par des conventionnels en vue d'étendre la compétence de l'Union à d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme[745].

On peut d'autre part se poser la même question du point de vue du droit du Conseil de l'Europe car, si le Protocole 14 permet à l'Union européenne d'adhérer à la Convention il ne vise pas les protocoles additionnels, lesquels continuent à conditionner l'adhésion non seulement à avoir souscrit à la CEDH- ce qui ne poserait donc pas de problème pour l'Union européenne - mais aussi à être membre du Conseil de l'Europe, condition qui ne peut être remplie par l'Union à défaut de qualité étatique. On peut par conséquent se demander s'il ne faudrait pas envisager, dans l'hypothèse d'une adhésion aux protocoles ou à certains d'entre eux, de devoir ouvrir à l'Union lesdits protocoles[746]. En effet, le projet d'adhésion du 19 juillet 2011 du groupe de travail sur l'adhésion de l'Union européenne à

---

[743] Convention européenne, Projet de Convention-Texte révisé de la Partie I, CONV 724/03 REV I VOL I,p. 59-60.

[744] Ibidem.

[745] Ibidem.

[746] Le groupe de travail informel du comité directeur des droits de l'homme du conseil de l'Europe semble en tous cas prendre cette direction, CDDH UE (2010), 11-22-09-2010,.p.6.

la CEDH s'exprime dans son art. 1,§2,al d que : *« Les termes « État », « État partie », « États » ou « États parties » lorsqu'ils figurent au paragraphe 1 de l'article 10 et à l'article 17 de la présente Convention, ainsi qu'aux articles 1 et 2 du Protocole additionnel, à l'article 2 du Protocole n°4, aux articles 2 et 6 du Protocole n°6, aux articles 3,4,5 et 7 du Protocole n°7, à l'article 3 du Protocole n°12, et à l'article 5 du Protocole n°13, sont compris comme s'appliquant également à l'Union européenne. »*

L'étendue des droits garantis sera donc largement tributaire de la position qu'arrêteront l'Union européenne et le Conseil de l'Europe sur ce point. Il ne faut en effet pas sous-estimer l'importance du corpus normatif en cause, car, comme chacun sait, les six protocoles additionnels concernés reconnaissent plus d'une dizaine de droits supplémentaires, soit à peu près autant que la Convention elle-même. Or, parmi les droits visés, on trouve des droits aussi emblématiques que le droit de propriété, le droit à des élections libres, l'interdiction générale de la discrimination, le droit à un double degré de juridiction en matière pénale, le droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire, l'interdiction de la peine de mort en toutes circonstances.

Les membres du Conseil de l'UE ont rapidement pris conscience de l'importance de la question puisqu'on peut lire dans une note de la Présidence au CORPER que les discussions préliminaires ont fait apparaitre plusieurs thématiques à aborder dans les directives de négociation, parmi lesquelles on trouve *« la question de savoir si l'UE adhérera non seulement à la convention proprement dite, mais également à ses protocoles additionnels, et, dans l'affirmative, auxquels de ces protocoles*[747]*. »* Le Parlement européen comme la Commission européenne se sont d'ores et déjà clairement exprimés sur le sujet. Dans sa résolution du 19 mai 2010 sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, le Parlement européen a ainsi recommandé que *« la Commission soit mandaté de négocier également une adhésion à l'ensemble des protocoles concernant des droits qui correspondent à la CHDF, et ceci indépendamment de leur ratification par les États membres de l'Union*[748]*. »* Quant à la Commission, elle semble *prima facie*

[747] Document du Conseil de l'Union, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales , 6582/10, 17.02.2010.p.2.

[748] §4 de la résolution du Parlement européen du 19 mai 2010 sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'UE à la CEDH, NEPJO

disposée à aller au-delà puisque sa vice présidente Mme Reding, en charge des questions de justice, de droits fondamentaux et de citoyenneté, a affirmé devant le Parlement européen que *« la Commission était favorable à une adhésion en bloc de l'UE aux protocoles additionnels de la CEDH* [749] *»* et qu'elle préconisait *« l'inclusion de cette possibilité dans les directives de négociation à adopter*[750]*.»*

En effet, tout protocole ratifié sera obligatoire pour l'Union et les États Membres dans la mesure où ils sont dans une situation dans laquelle ils appliquent le droit de l'Union. De surcroit, dans certains cas, la non adhésion à un protocole pourrait signifier que l'Union refuse un contrôle externe du respect des droits prévus dans sa Charte des droits fondamentaux. Par exemple, est-ce qu'il y aurait raison de ne pas adhérer au Protocole n°12 sur la non-discrimination, alors qu'en vertu de l'art. 21 de la CHDF, le droit de l'Union devait déjà s'acquitter de cette obligation ?

Par conséquent, il n'y a aucune raison d'exclure ce Protocole même s'il n'est pas ratifié par tous les États membres. Le même raisonnement peut s'appliquer aux protocoles concernant la peine de mort, déjà interdit par l'art. 2 de la CEDH[751].

Ces deux positions posent en réalité deux questions : d'une part celle d'une adhésion à droit ou non constant et d'autre part celle des conséquences de l'adhésion sur les obligations des États membres.

Une suggestion pourrait également être d'adhérer seulement aux protocoles qui correspondent à des questions relevant des compétences de l'Union. Mais cette option pourrait ranimer le débat basé sur la vielle confusion entre la compétence d'agir et l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Ce débat est définitivement réglé par l'art. 6 §2 TUE, qui confirme l'absence d'un lien entre l'adhésion et les compétences de l'Union. Un droit fondamental n'est ni lié à une compétence spécifique, ni ne donne naissance à une compétence spécifique. Il s'applique horizontalement à tout l'ensemble des droits existants de l'Union.

---

[749] Document de Secrétariat général du Conseil de l'Union sur la session plénière du Parlement européen, 18.05.2010, 10016/10, p.2.

[750] Ibidem.

[751] J.P.Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundemantal Freedoms, 48 CMLR, 2011, p.1003.

Sur le premier terrain, un seul exemple sera pris pour démontrer que se pose bien la question de l'adhésion à un droit ou non constant : cet exemple, c'est celui de l'interdiction de la peine de mort garantie, avec une intensité variable, par les protocoles additionnels n°6 et 13. Il est vrai que l'art.2,§ 2 de la CHDF prohibe la peine capitale puisqu'il dispose que *« Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté. »* Il reste néanmoins moins « abolitionniste » que le protocole additionnel n°13 qui proscrit la peine de mort en toutes circonstances. Le fait que l'Union n'a pas compétence de légiférer en ce qui concerne la peine de mort n'implique pas qu'elle n'est pas incapable de violer le droit à la vie. Prenons, par exemple, la conclusion d'un accord d'extradition avec un État tiers qui conserve la peine de mort en droit et en pratique. Si aucune disposition n'était introduite interdisant l'extradition et si la peine de mort devait être imposée, l'UE pourrait porter atteinte au droit à la vie. Donc la raison dicterait qu'une conception plus large devrait être prise en ce qui concerne les protocoles et, au moins, que l'Union devrait adhérer à tous les protocoles qui font référence aux droits garantis par la Charte[752].

Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux explications relatives à la Charte établies par le Praesidium de la Convention en vue de guider son interprétation et dont on sait que si elles affirment qu'elles *« n'ont pas en soi de valeur juridique [753]»*, la Charte précise quant à elle, à son art.52,§7 qu'elles *« sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres.»* Or on peut lire dans les explications afférentes à l'art 2,§ 2 que l'interdiction de la peine de mort a la même portée que celle prévue par le protocole additionnel n°6[754] de sorte que la peine de mort pourra être prévue par la législation *« pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre.»*

« Adhérer en bloc », à l'ensemble des protocoles additionnels conduirait donc à étendre les droits garantis par l'ordre juridique de l'Union, ce qui ne poserait aucune difficulté au regard de la Charte puisque, loin de se concevoir comme exhaustive, elle affirme à son art. 53 qu' *« aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant*

---

[752] *Ibid.*

[753] J.O.U.E, n° C 303/2, 14.12.2007, Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, p.17.

[754] *Ibid.*

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 est partie l'Union. »

Si l'Union se dirigerait vers une adhésion « créatrice de droits [755]» en adhérant à tous les protocoles additionnels, y compris donc à ceux ne correspondant pas à ces droits consacrés par la Charte, il pourrait y avoir des incidences sur les obligations des États membres au titre du droit de l'Union. On objectera certes à cette assertion que la CEDH et ses protocoles additionnels appartiendront à une catégorie toute particulière d'engagements internationaux de l'Union puisque l'art. 2 du protocole n° 8 annexé au traité de Lisbonne affirme que l'accord d'adhésion *« doit garantir qu'aucune des dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention européenne, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention européenne, conformément à son art.15, et des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres conformément à son art. 57. »* Dans sa communication devant la commission des affaires M. Robert Badinter révèle d'ailleurs que, dans la droite ligne de ces prescriptions, *« les directives de négociation proposent de résoudre cette difficulté en prévoyant que l'accord d'adhésion ne créera des obligations qu'à l'égard des actes et des mesures adoptés par les institutions, les organes ou les organismes de l'Union [756].»*

De toute manière, il n'est pas, inenvisageable d'avoir de ces restrictions une interprétation compatible avec la spécificité du système de l'Union européenne de protection des droits fondamentaux. Il s'agirait de considérer que ces restrictions ne déploient des effets qu'au plan international et non au niveau interne à l'UE. Or il pourrait y en avoir sur le fondement d'au moins deux arguments.

Le premier a tout d'abord trait aux effets « internes » des accords conclus par l'Union européenne : en application de la jurisprudence constante de la Cour de Justice, ils

---

[755] A. Potteau, Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ?, *RGDIP*, 30 mars 2011, p.83.

[756] Communication précitée, p.4.

font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union[757] et conformément à l'art. 216, §2 TFUE, ils lient en droit de l'Union non seulement les institutions de l'Union mais aussi les États membres, que ces derniers soient ou non parties à l'engagement international en cause. Il ne serait donc pas anormal que, en tant que composante de l'ordre juridique de l'Union, la CEDH et ses protocoles additionnels déploient des effets à l'égard des États membres.

Le deuxième argument tient aux effets des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique de l'Union vis-à-vis des États membres. En application de la célèbre jurisprudence *Wachauf* [758], les États membres sont tenus de respecter les droits fondamentaux intégrés au sein des principes généraux du droit lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne. Les rédacteurs des traités ont d'une certaine manière validé cette jurisprudence en l'étendant aux droits garantis par la CHDF puisque son art.51 dispose que la Charte s'adresse *« aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. »* Dès lors, ne serait-il pas logique d'adopter la même ligne de conduite s'agissant des droits fondamentaux garantis par les accords internationaux conclus par l'UE ? Il n'y en effet aucune raison de discriminer dans le bénéfice des droits garantis à raison de ce que l'exécution du droit de l'Union est assurée au niveau central ou de manière décentralisée.

Si cette option, était finalement retenue par la Cour de justice, cela signifierait donc que, par l'intermédiaire du droit de l'Union et uniquement dans le champ d'application de ce dernier, les États membres seraient en réalité liés par les dispositions des protocoles additionnels auxquels ils ne sont pas parties, y compris lorsqu'elles ne correspondent pas à des droits dans la Convention.

Ceci est loin d'être purement théorique puisque, sur les six protocoles additionnels concernés, seul deux ont été ratifiés par l'ensemble des États membres (le P. 1 et le P.6). Il est vrai que parmi les quatre protocoles restants, certains d'entre eux recèlent des droits également protégés par la Charte. On évoquera par exemple, en ce sens le P.12 sur

---

[757] CJUE, 30 avril 1974, R. & V. Haegeman c. État belge, aff. 181/73, ECLI:EU:C:1974:41.

[758] CJCE, 13 juillet 1989, Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff.5/88, ECLI:EU:C:1989:321.

l'interdiction générale des discriminations qui n'a été ratifié que par sept États membres. C'est d'ailleurs le seul auquel la France n'a pas consenti. Mais, pour ce qui le concerne, les effets sur les États membres d'une adhésion de l'Union européenne seraient d'un point de vue substantiel assez limités puisque la CHDF comporte à son art.21 également une interdiction générale de discrimination. Le protocole n°7 garantissant notamment le droit à double degré de juridiction en matière pénale et un droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire est, comme le protocole n°13 sur l'interdiction de la peine de mort en toutes circonstances, plus intéressant dans le cadre de notre démonstration puisque leurs dispositions ne sont pas reprises dans la Charte[759]. Parce que ces textes qui garantissent des droits additionnels sont directement liés à la CEDH, il parait raisonnable de chercher à les ratifier d'une traite ou, par le moins, de signer tous ceux qui sont relatifs à des droits mentionnés dans la Charte des droits fondamentaux. Toutefois, les États membres de l'Union européenne, désireux d'éviter toute extension indue des compétences de l'Union, ont vivement défendu l'idée que l'Union n'accède immédiatement qu'aux seuls protocoles qui ont déjà été ratifiés par tous ses États membres (comme les Protocoles n°1 et 6). Pour garantir un certain degré de souplesse post adhésion, il a également été suggéré d'autoriser l'UE à prendre des décisions séparées en ce qui concerne une future adhésion à d'autres ou à l'ensemble des autres Protocoles une fois que l'UE a adhéré à la CEDH[760].

Ils pourraient donc déployer des effets à l'égard des États non parties par l'intermédiaire du droit de l'Union en cas d'adhésion de celle-ci.

Mais ce n'est pas ça la solution qui a été choisie. La Commission a suggéré que la question de l'adhésion aux protocoles devrait être réglée cas par cas, et ne devrait pas constituer une gamme complète, par crainte que les discussions sur ce point puissent bloquer le processus. En effet, le Conseil a choisi de retenir le principe de neutralité à l'égard de l'adhésion des États membres, ce qui implique d'éviter tout risque de remettre en cause l'action d'un État membre dans le domaine du droit de l'UE par rapport à un

---

[759] A. Potteau, Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? , RGDIP, 30 mars 2011, p.85.

[760] X.Groussot, T.Lock et L.Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011, Question d'Europe n°218, Fondation Robert Schuman, 7 novembre 2011, p.5.

protocole qui n'a pas été ratifié. Il a été donc décidé de négocier seulement l'adhésion aux protocoles, auxquels tous les État membres font partie, qui comprend le protocole additionnel à la Convention. Cependant, tous ces protocoles concernent des droits, qui sont garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il est intéressant de se demander ce que la Cour de justice fera, quand les particuliers invoqueront de tels droits en vertu de la Charte, laquelle après tout dans son art. 52 fait renvoie à la Convention lorsque les droits garantis par la Charte correspondent aux droits protégé par la Convention[761]. Est-ce que la Cour fera référence seulement aux dispositions des protocoles aux quels l'UE a déjà adhéré, ou elle va estimer que les autres protocoles relèvent de ces articles ? Suivra–t-elle le même chemin quand un protocole est invoqué devant-elle par le biais des principes généraux du droit ? Quand à la vue du Strasbourg, quelle sera l'attitude de la Cour européenne des droits de l'Homme si elle est saisie d'une plainte contre un État membre de l'Union pour avoir viole dans le contexte de l'exécution du droit de l'Union européenne, un droit prévu par un protocole auxquels l'Union européenne n'a pas adhéré, mais qui engage un État membre. Et dans ce cas, est-ce que ça ferait revivre la jurisprudence Bosphorus et examiner si la protection assurée par l'UE est manifestement insuffisante ?

B. L'étendue du champ d'application de la CEDH à l'Union européenne.

Le champ d'application de la CEDH ainsi que la compétence de la Cour-EDH seront commandés pour l'Union européenne comme pour les États parties par l'article premier qui dispose que : *« Les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».* Cette disposition appelle au moins deux remarques.

---

761 J.P.Jacqué, "The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundemantal Freedoms", 48 CMLR, 2011, p.1004.

La première, tout à fait évidente, est naturellement que les droits et libertés sont garantis en principe à toute personne indépendamment donc de toute considération notamment de nationalité. De ce point de vue, et ce n'est bien évidemment en aucun cas une surprise, la CHDF est en parfaite harmonie avec la Convention puisque ses titres I à III consacrés respectivement à la dignité, aux libertés et à la solidarité reconnaissent des droits à l'endroit de toute personne (ou de tout travailleur).

L'art. 1er de la CEDH recèle une seconde notion tout à fait déterminante quant au champ d'application de la CEDH. Il s'agit bien évidemment du concept de *« juridiction*[762]*.»* L'Union devra reconnaître les droits garantis par la Convention à toute personne *relevant de sa juridiction.* Or il se trouve que la Cour-EDH retient une définition pour le moins extensive de cette notion, ce qui ne devrait pas être sans effet pour l'Union.

Rappelant son arrêt *Parti communiste unifié de Turquie*[763], la Cour a ainsi clairement affirmé dans son arrêt *Bosphorus* que *« les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. Ledit texte ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention*[764]*.»* Il faut par conséquent en déduire que tous les actes ou les omissions de l'Union européenne sont susceptibles - en cas d'incompatibilité avec un droit garanti par la CEDH - d'engager sa responsabilité devant la Cour-EDH. Aucun domaine de compétence de l'organisation ne devrait donc *à priori* être exclu de sorte que, par exemple, les actes ou les omissions commis par l'UE dans le champ de la PESC pourront tout au moins sur le principe être justiciables de la Cour-EDH, ce qui est d'autant plus remarquables que le Traité de l'Union les exclut de la compétence de la

---

[762] A. Potteau, Quelle adhésion de l'union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? , RGDIP Nr1, Tom 115, 2011, p.89.

[763] Cour-EDH,30 janvier1998, aff. Parti Communiste unifié et autres/Turquie, Req. n° 19392/92, point. 29.

[764] Cour-EDH, 30 juin 2005, aff. Bosphorus/Irlande, Req. n°45036/98, point 153.

CJUE hormis, il est vrai, le cas particulier des mesures restrictives nominatives ou empiétant sur d'autres politiques de l'Union européenne[765].

Dans ce contexte, la tentation pourrait être grande pour le Conseil de l'Union d'envisager de formuler une réserve au bénéfice de la PESC. Inutile de dire qu'une telle aspiration ne devrait pas pouvoir prospérer dans la mesure où la Convention réglemente les réserves et proscrit précisément celles « de caractère général[766].» L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH devrait donc constituer une indéniable plus-value du point de vue du droit à une protection juridictionnelle effective. Il n'est cependant à exclure que certains capitales exigent qu'on déroge à la réglementation en matière de réserves au profit de la PESC. La commission des affaires européennes du Sénat estime ainsi *« nécessaire d'exclure expressément le domaine de la politique extérieure et de sécurité commune du champ d'application de l'accord d'adhésion[767].»* Une réserve aussi générale risque néanmoins de buter sur la position tout au moins initiale des membres du comité directeur des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe qui estimaient en juillet 2010 qu' *« en ce qui concerne les réserves et déclarations, il est considéré qu'il sera possible pour l'Union européenne d'en faire, à la condition qu'elles soient conformes à la Convention de Vienne sur le droit des traités et à l'art. 57 de la Convention, et que leur identification serait une question de discussion interne à l'Union européenne. Il est toutefois relevé que, étant donné la nature spécifique du traité d'adhésion (avec un format multilatéral mais une dimension clairement bilatérale), il serait approprié de discuter des éventuelles réserves/ déclarations prévues dans le contexte des préparatifs de l'adhésion à venir[768].»*

---

[765] Art. 275 TUE

[766] Art. 57, § 1 CEDH: "Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article. »

[767] Concl. de la réunion de la commission des affaires européennes du Sénat du 25 mai 2010 : http://www.senat.fr/europe/r25052010.pdf p.12

[768] Résumé des discussions de la réunion informelle des représentants des États membres au CDDH (Strasbourg, 4 mai 2010), CDDH-UE (2010)01, p. 3

I. La dimension potentiellement extra-territoriale de la juridiction de l'Union européenne.

La dimension externe de la PESC pourrait néanmoins handicaper sa justiciabilité strasbourgeoise puisque la COUR-EDH a pu affirmer dans son arrêt *Soering* du 7 juillet 1989 que l'article premier de la Convention *« fixe une limite notamment territoriale au domaine de la Convention*[769]*.»* Dans sa décision de grande chambre *Bankovic* du 12 décembre 2001, elle a solennellement confirmé cette limite car, après de substantiels développements de droit international, elle a conclu que *« l'article 1er de la Convention doit refléter cette conception ordinaire et essentiellement territoriale de la juridiction des États parties*[770]*.» « Essentiellement territorial »* ne signifie cependant pas exclusivement territorial. Il suffit à cet égard, pour s'en convaincre, de rappeler que, dans l'arrêt *Loizidou* du 23 mars 1995, la Cour-EDH a affirmé que *« si l'article premier fixe des limites au domaine de la Convention, la notion de « juridiction » au sens de cette disposition ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes*[771]*»* ce qui la conduira à estimer en l'espèce que, *« compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peu (...) voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire légale ou non-elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national*[772]*.»*

Il ne faut donc pas exclure qu'aux yeux de la Cour-EDH, l'Union européenne puisse exercer sa juridiction au sens de l'article premier de la Convention lorsqu'elle mène par

[769] Cour-EDH, 07 juillet 1989, Soering/Royaume Uni, Req.n°14038/88, point 86.

[770] Cour-EDH, 12 décembre 2001, Bankovic c. Belgique et autres, Req.n°52207/99, point 61.

[771] Cour-EDH, 23 mars1995, Loizidou/Turquie, Req,n°15318/89, point 62.

[772] *Ibi*d.

exemple une opération militaire sur le fondement de l'article 42, § 1 du TUE[773]. On objectera certes à cette potentialité que, d'un point de vue opérationnel, l'Union européenne dépend en réalité des capacités civiles et militaires de ses États membres mais ce serait omettre qu'en application du TUE, ces capacités étatiques sont mises à la disposition de l'Union européenne par les États membres pour contribuer aux objectifs définis par le Conseil[774], que c'est bien le Conseil qui décide du lancement d'une opération, de ses objectifs, de sa portée ainsi que des modalités générale de mise en œuvre[775], que c'est le Comité politique et de sécurité de l'Union européenne (COPS), qui exerce sous l'autorité du Conseil et du Haut représentant le contrôle politique et stratégique des opérations de gestion de crise[776]. Dans ces conditions, les actes ou les omissions commis dans le cadre de ces opérations en dehors du territoire des États membres devraient être imputés à l'Union dans la droite ligne d'ailleurs de la décision *Behrami* du 2 mai 2007 dans laquelle la grande chambre de la Cour-EDH s'était contentée de ce que le Conseil de sécurité des Nations Unies détenait « l'autorité et le contrôle ultime » sur les pouvoirs de la Force d'intervention de l'ONU au Kosovo (KFOR) pour considérer que son

---

[773] Art.42, §1 TUE: "La politique de sécurité et de défense commune fait partie intégrante de la politique étrangère et de sécurité commune. Elle assure à l'Union une capacité opérationnelle s'appuyant sur des moyens civils et militaires. L'union peut y avoir recours dans des missions en dehors de l'Union afin d'assurer le maintien de la paix, la prévention des conflits et le renforcement de la sécurité internationale conformément aux principes de la Charte des Nations Unies. L'exécution de ces tâches repose sur les capacités fournies par les États membres. »

[774] Art.42, § 3 TUE: "Les États membres mettent à la disposition de l'Union, pour la mise en œuvre de la politique de sécurité et de défense commune, des capacités civiles et militaires pour contribuer aux objectifs définis par le Conseil. Les États membres qui constituent entre eux des forces multinationales peuvent aussi les mettre à la disposition de la politique de sécurité et de défense commune ».

[775] Art.43, §2 TUE:" Le Conseil adopte des décisions portant sur les missions visées au paragraphe 1 en définissant leur objectif et leur portée ainsi que les modalités générales de leur mise en œuvre. Le Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, sous l'autorité du Conseil et en contact étroit et permanent avec le comité politique et de sécurité, veille à la coordination des aspects civils et militaires de ces missions. »

[776] Art.38, al. 2 TUE:"Dans le cadre du présent chapitre, le comité politique et de sécurité exerce sous la responsabilité du Conseil et du haut représentant, le contrôle politique et la direction stratégique des opérations de gestion de crise visées à l'article 43. »

action était en principe attribuable à l'ONU[777]. Sur ce terrain de l'imputabilité, la CEDH semble donc moins exigeante que le projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des organisations internationales dont l'article 6 subordonne l'attribution à une organisation internationale du comportement d'un organe d'un État mis à sa disposition à ce que cette organisation exerce un *contrôle effectif* sur ce comportement[778]. En tous les cas, dans l'hypothèse où, au sens de la jurisprudence *Loizidou*, l'Union européenne exercerait sa juridiction dans le cadre d'une opération menée au titre de la politique de sécurité et de défense commune (PESD), elle devrait répondre devant la Cour-EDH des éventuelles violations de la Convention commises dans ce contexte. Cette hypothèse d'application potentiellement extraterritoriale de la Convention à l'UE n'est d'ailleurs pas complètement théorique. En retenant le même raisonnement que celui développé dans son arrêt de grande chambre *Medvedyev/France* du 29 mars, la Cour-EDH pourrait par exemple considérer que l'UE exerce sa juridiction dans le cadre de l'opération militaire intitulée *Atalanta* lancée en décembre 2008 et qui consiste notamment à appréhender, retenir et transférer les personnes ayant participé aux actes de piraterie commis notamment en Haut mer aux larges des côtes de Somalie[779].

Il semble d'ailleurs que l'organisation soit parfaitement consciente de l'application potentiellement extraterritoriale de la Convention puisque, dans sa résolution du 19 mai 2010, le Parlement européen a estimé que *« dans la mesure où la Cour-EDH a reconnu l'applicabilité extraterritoriale de la CEDH, l'Union doit s'efforcer de respecter pleinement cette obligation dans ses relations et activités extérieures[780].»*

---

[777] Cour-EDH, 02 mai 2007, Behrami c. France,Req.n°71412/01, points 140-141.

[778] Rapport 2009 de la Commission du droit international, A/64/10.p.68.

[779] J.O.U.E,n° L 301, 12.11.2008,Action commune 2008/851/PESC du Conseil du 10 novembre 2008 concernant l'opération militaire de l'Union européenne en vue d'une contribution à la dissuasion, à la prévention et à la répression des actes de piraterie et de vols à main au large des côtes de la Somalie ,p.33.

[780] *Ibidem*, §.14

II. Les implications en matière de responsabilité internationale.

On pourrait être tenté, à ce stade, de considérer que cette conception large de la « juridiction » développée par la Cour-EDH est en réalité « statocentrée [781]», ce qui justifie pleinement dès lors que la Cour se prononce jusqu'ici exclusivement sur la juridiction des États parties. On serait alors nécessairement enclin à se demander si, s'agissait de l'UE, la notion de « juridiction » ne devrait être pas adaptée car l'UE n'est pas un État mais demeure *volens nolens* une forme très aboutie d'organisation internationale or supranationale. Or, comme toute organisation internationale, l'UE demeure ainsi régie par le principe de spécialité réaffirmé sans l'ombre d'une ambiguïté par le traité de Lisbonne : *« En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribué à l'Union dans les traités appartient aux États membres[782].»* On ajouterait enfin qu'il ressort de l'intention clairement exprimé des rédacteurs du traité de Lisbonne et donc des États membres que ce principe de spécialité ne devra pas être mis en péril par l'adhésion à la Convention. L'art.6, § 2 TUE dispose ainsi que *« l'adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies les traités.»* L'art. 2 du protocole n°8 précise même que l'accord d'adhésion *« doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses instituions »*, ce qui conduirait à poser au moins deux questions.

---

[781] A. Potteau, Quelle adhésion de l'union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? , *opt.cit*, p.92.

[782] Article 5,§2 TUE

i. La responsabilité de l'UE pour l'inconventionnalité du droit primaire.

La première a trait à la responsabilité de l'Union européenne pour l'inconventionnalité du droit primaire. Compte tenu de l'interprétation de la notion de *« juridiction »* par la Cour-EDH, elle devrait ne faire aucun doute puisque, dans son arrêt *Parti communiste unifié*, elle a affirmé que *« l'organisation institutionnelle et politique des États membres doit (....) respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles ou simplement législatives. Dès lors que l'État concerné exerce par elles sa « juridiction », elles se trouvent soumises à la Convention. »*

Il reste que les dispositions des traités ne sont pas à la libre disposition de l'Union européenne comme la Constitution nationale l'est en principe pour les États parties. Ainsi, pour reprendre l'expression utilisée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les États membres demeurent les *« maitres des traités »*, leur révision étant soumise à l'accord de l'ensemble des États membres en tant que tels[783]. Pour autant, faudrait-il exclure la responsabilité de l'UE dans cette hypothèse de l'inconventionnalité du droit primaire sous le prétexte qu'elle n'a pas la compétence de s'affranchir par elle-même de son acte constitutif, c'est-à-dire de le réviser pour se conformer à la Convention ?

À cette question, deux éléments tirés du droit international et du droit de l'Union européenne plaident, à notre sens, pour une réponse clairement négative.

En droit international général tout d'abord, il ne semble pas que le caractère nécessairement limité des compétences de l'organisation puisse constituer une circonstance excluant l'illicéité ou l'engagement de la responsabilité. À cet égard, on ne relèvera d'une part que l'art. 27 de la Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités conclus par les organisations internationales[784] étend aux organisations internationales le principe applicable aux États, à savoir qu'une partie à un traité ne peut invoquer ses règles

---

[783] J.P.Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundemantal Freedoms, *opt.cit*, p.1011.

[784] Intitulé exact: Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

internes pour justifier de son inexécution. Il dispose ainsi qu' *« une organisation partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution du traité »*, sachant que l'art. 2 sous f de cette même convention inclut les actes constitutifs parmi les règles de l'organisation. Une organisation ne peut donc en principe, invoquer son incompétence en application de son acte constitutif pour ne pas exécuter un traité auquel elle a souscrit[785]. Elle ne devrait pas non plus arguer de son incompétence pour échapper à l'engagement de sa responsabilité pour la violation de ses obligations conventionnelles puisque, dans son projet d'article sur la responsabilité des organisations internationales, la Commission du droit international a adopté un article 31 dont le premier paragraphe prévoit que *« L'organisation internationale responsable ne peut se prévaloir de ses règles pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent »* au titre de sa responsabilité internationale, à savoir par exemple l'obligation de mettre en fin au fait internationalement illicite et de préparer le préjudice causé.

Dans le même esprit, la CDI précise, dans son projet d'article 7 relatif à l'excès de pouvoir, que *« le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale est considéré comme une fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou agent en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions*[786]*.»* Or il résulte clairement du commentaire que la CDI consacre à cette disposition qu'elle s'applique également au comportement *ultra vires* de l'organisation excédant ses compétences[787]. Il semble donc qu'au regard du droit international général, le caractère limité des compétences de l'Union ne soit en aucun cas de nature à limiter l'étendue de sa responsabilité, y compris lorsque la violation des obligations conventionnelles résulte de la simple application du droit primaire. Naturellement, il est

---

[785] O.De Shcutter, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : Feuille de route de la négociation , 83 RTDH, 2010, p.560.

[786] Rapport 2009 de la Commission du droit international, A/64/10,p.72

[787] Idem. "L'article 7 vise le comportement ultra vires des organes ou agents d'une organisation internationale. Ce comportement peut outrepasser la compétence de l'organisation. Il peut arriver aussi que le comportement considéré relève de la compétence de l'organisation mais excède le pouvoir de l'organe ou de l'agent qui en est l'auteur. Le libellé ne vise que le second cas, mais le premier est également couvert, parce qu'un acte excédant les bornes de la compétence de l'organisation excède nécessairement le pouvoir de son organe ou de son agent. »

toujours loisible de s'écarter du droit international général par la voie conventionnelle. La CDI a d'ailleurs pris la sage précaution d'intégrer dans son projet un article 3 précisant que *« Les présents articles ne s'appliquent pas dans le cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'une fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'une organisation internationale (...) sont régis par des règles spéciales du droit international* [788].» Cela pourrait d'ailleurs être l'un des objets de l'accord d'adhésion de l'UE, ce qui ne serait pas, à notre sens, très opportun tout au moins de l'éventuelle incompatibilité du droit primaire avec la Convention.

Il est vrai qu'après l'adhésion, la Convention en tant que telle aura le statut d'un accord international conclu par l'Union de sorte qu'elle liera les institutions de cette dernière en application de l'article 216,§ 2 TFUE, qu'elle supplantera dans la hiérarchie des normes de l'UE l'ensemble du droit communément qualifié de *« dérivé »*, elle n'en restera pas moins, en tant que l'accord international conclu par l'Union européenne , inférieure dans cette même hiérarchie aux traités institutifs car, comme l'a rappelé avec force la Cour de justice, dans son désormais célèbre arrêt Kadi du 3 septembre 2008, *« les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte eux principes constitutionnels du traité CE* [789]. »

La Convention n'en sera pas moins un accord international spécifique puisqu'on peut considérer que, par l'intermédiaire de la Charte comme des principes généraux, la Convention a d'ores et déjà acquis valeur de droit primaire au sein de l'ordre juridique de l'Union[790]. Le traité de Lisbonne a renforcé le statut spécifique de la Convention par l'intermédiaire de la « constitutionnalisation » de la Charte des droits fondamentaux qui a désormais *« la même valeur juridiques que les traités »*. Or, en application des dispositions mêmes de cette charte, les droits qu'elle garantit et qui correspondent à des droits protégés par la Convention devront être appliqués avec le sens et la portée que leur donne la Convention (art. 52 § 3 de la CHDF). Le rapport explicatif de la Charte ajoute

---

[788] Rapport 2009 de la Commission du droit international,A/64/10,p.77.

[789] CJUE, 03 septembre 2008, Kadi/Conseil et Commission, aff. C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461

[790] T.Lock, Walking on a tightrope: The draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order, 48 CMLR, 2011, p. 1025.

même que « *les sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de la Convention mais aussi par la jurisprudence de la Cour-EDH* [791] », ce que la Cour de justice devra prendre en considération puisque le TUE affirme que *« les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte ».* (art.6 § 3 TUE)

Dans l'hypothèse où une disposition de droit primaire entrerait en contradiction avec un droit garanti par la Convention, nous serions donc en présence d'un conflit de normes de valeur équivalente que la Cour de justice a précisément pour mission de trancher de sorte qu'on peut considérer que l'Union européenne dispose, compte tenu du statu de la Convention en droit de l'Union, de la faculté de vider les dispositions du droit primaire de leur contrariété avec la Convention[792]. A notre sens donc, en cas d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, la jurisprudence *Mathews*, à savoir la responsabilité pleine et entière des États membres pour l'inconventionnalité du droit primaire de l'UE, devrait en toute logique, tout au moins en grande partie, s'éteindre dans la mesure où ces États membres, rédacteurs des traités institutifs, ont conféré à l'Union européenne , en particulier à sa juridiction suprême le devoir de veiller à ce que le droit primaire soit interprété en conformité avec non seulement les dispositions de la Convention, de ses protocoles additionnels mais aussi la jurisprudence de la Cour-EDH. Une éventuelle défaillance de la Cour de Justice en cette matière devrait assez logiquement engager non pas la responsabilité des États membres mais aussi celle de l'Union. On se souvient d'ailleurs que , dans l'affaire *Mathews*, la Cour EDH s'était aventurée à notre sens sur une terrain particulièrement dangereux en justifiant notamment l'engagement de la responsabilité du Royaume-Uni sur l'incompétence de la Cour de Justice de contrôler la légalité de l'acte de 1976 prohibant indirectement la tenue d'élections européennes à Gibraltar. Dans son arrêt de 2006 faisant suite à cette affaire[793], la Cour de justice a démontré qu'elle pouvait parfaitement interpréter le droit primaire au regard des dispositions de la CEDH. C'est désormais à notre sens un impératif constitutionnel.

---

[791] J.O.U.E, n° C 303/2, *opt.cit* Explications ad article 52, 14.12.2007, p.33.

[792] C. Ladenburger, Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme , RTDE N°1, janvier-mars 2011, p.29.

[793] CJUE, 12 septembre 2006, Espagne c. Royaume-Uni, aff. C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543.

Si par conséquent le principe de spécialité ne doit pas, en l'état actuel du droit primaire, constituer un obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'Union européenne pour l'éventuelle inconventionnalité du droit primaire, on peut en revanche légitiment se demander s'il n'est pas de nature à limiter l'étendue des obligations de l'Union au titre de la Convention.

ii. La responsabilité de l'Union pour la violation d'obligations positives.

Il faut dire que la Cour-EDH a développé une conception exigeante des obligations souscrites par les Parties à la Convention qui, comme l'affirme très clairement son arrêt *Ilascu*, du 8 juillet 2004, comportent, en application de l'article premier, *« outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés fondamentales, des obligations positives de prendre des mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur leur territoire*[794]*.»*

La première catégorie d'obligation ne pose *a priori* pas de difficultés majeures sur le terrain des compétences. Si l'Union dispose d'une compétence dans un domaine pour agir, elle devra l'exercer en s'abstenant de s'ingérer dans la jouissance des droits garantis comme d'ailleurs le lui impose son acte constitutif. Il en va en revanche tout à fait différemment s'agissant des obligations positives dans la mesure où, pour respecter certaines d'entre-elles, il n'est pas à exclure que l'organisation doive faire appel à une compétence dont elle ne dispose pas[795]. Nous avons tenté de démontrer qu'en application du droit international général, l'organisation pourra difficilement se dissimuler derrière son incompétence pour justifier sa passivité. C'est d'ailleurs fort probablement pour cette raison que les rédacteurs des traités ont bien veillé à ce que le protocole n°8 annexé au traité de Lisbonne dispose que l'accord d'adhésion *« doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions.»* Il

---

[794] Cour-EDH, 08 août 2004, Ilascu et a. C. Moldova et Russie ,Req,n°48787/99, pt.313.

[795] A. Potteau, Quelle adhésion de l'union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne ? , *opt.cit*, p.96.

est donc fort à parier que, dans la droite ligne de cette prescription, l'accord d'adhésion recèle des règles d'engagement de la responsabilité de droit international spécial au sens de l'article 63 du projet d'article de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales en vu d'exclure la responsabilité de l'Union européenne pour violation d'une obligation positive ne relevant pas de sa compétence[796]. Dans sa communication devant la commission des affaires européennes du Sénat, M. Robert Badinter, bien informé, laisse entendre d'ailleurs que les directives de négociation préciseraient *« que l'Union ne peut pas être condamné par la Cour de Strasbourg pour ne pas avoir adopté un acte ne relevant pas de sa compétence [797].»* Faudrait-il s'en émouvoir sur le terrain de la protection effective des droits garantis ? Probablement pas dès lors que l'absence de compétence de l'Union européenne implique, en application du TUE, la compétence étatique, laquelle s'exerce dans le respect de la Convention. A la fin de ce chapitre on peut dire, qu'il appartiendra donc aux États membres de prendre, dans le champ d'application du droit de l'Union, des mesures en vue de la protection des droits et libertés qui ne relèveraient pas de la compétence de l'Union européenne[798]. On serait d'ailleurs tenté d'étendre ce raisonnement aux mesures de protection qui relèveraient des domaines de compétence partagée dès lors que l'adhésion de l'Union européenne ne devrait pas altérer leur caractère concurrent. Il n'est en définitive que, dans l'hypothèse où les mesures de protection relèveraient de la compétence exclusive de l'Union, qu'il faudra reprocher à cette dernière son inertie puisque, par hypothèse, elle ne pourra être compensée par l'action des États membres. Reste à déterminer si ces distinctions doivent être « exportées» au plan international au risque de laisser une juridiction internationale extérieure se prononcer sur la nature et la répartition des compétences au sein de l'Union.

Pour conclure on peut dire que dans sa construction d'une protection des droits fondamentaux autonome et légitime, la Cour de justice s'est inspirée de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est par son titre de compétence tiré de l'utilisation

---

796 J.P.Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundemantal Freedoms, *opt.cit*, p.1012.

797 http://www.senat.fr/europe/r25052010.pdf p.3.

798 F.Benoit-Rohmer, L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, RUDH 2000, p.60.

des principes généraux qu'elle a su incorporer ce droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

La référence à la Convention européenne des droits de l'homme s'est amplifiée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Parallèlement à l'utilisation des principes généraux du droit inspirés des traditions constitutionnelles communes des États membres et des instruments internationaux, la Convention est devenue le texte privilégié de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice.

Cette utilisation préférentielle conduit à une relative hiérarchisation des sources substantielles de la protection des droits fondamentaux alors qu'inversement, la Cour se refusait d'établir une différenciation entre sources formelles. On ne peut ici que souligner le formidable chemin parcouru par la Cour de justice dans sa volonté de protéger les droits fondamentaux. D'une absence initiale de politique globale de protection des droits, le juge de l'UE a été à l'initiative d'une dynamique permettant d'inscrire une telle protection dans le droit primaire de l'Union européenne. Dans ce contexte, la Cour de justice est également à l'origine de l'inscription d'un texte de droit international externe au rang de source de référence dans la dynamique de protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne.

L'évolution constitutionnelle de l'Union européenne, telle qu'issue du Traité de Lisbonne, vient tout à la fois enrichir mais également dynamiser la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne.

Mais comme l'annonçaient déjà l'avis 2/94 et le Protocole 8, l'adhésion de l'UE à la CEDH constitue un changement constitutionnel majeur dans l'ordre juridique de l'UE.

Il y a notamment deux dimensions de ce choix constitutionnel fondamental qu'il aurait fallu mieux anticiper après l'avis 2/94 et qu'il faudrait désormais traiter de manière urgente. Premièrement, la nature des droits fondamentaux de l'UE. L'UE doit mûrir quant à la question de la nature des droits fondamentaux dans son ordre constitutionnel. Il s'agit notamment de trancher leurs relations face à ceux des Etats membres, avant d'adhérer à un instrument international de protection des droits de l'homme dont on connaît les effets

perturbateurs pour la répartition des compétences dans les Etats fédéraux.[799] C'était déjà le sens de l'avertissement de l'Avocate générale Sharpston dans ses conclusions dans l'affaire « Ruiz Zambrano ».[800] Deuxièmement, la nature de l'ordre juridique de l'UE. L'UE et ses Etats membres doivent clarifier la relation du droit de l'UE au droit international et aux juridictions internationales en particulier. L'invocation de l'autonomie du droit de l'UE, suivie de l'affirmation circulaire de sa relation à la juridiction exclusive de la CJUE ne suffisent plus à convaincre et rendent les relations internationales des Etats membres de l'UE de plus en plus difficiles. Finalement, l'équilibre institutionnel de l'UE. On peut légitimement se demander s'il devrait être du ressort de la CJUE de se prononcer sur les relations extérieures de l'UE et de ses Etats membres à terme.

CHAPITRE II. La constitutionnalisation des droits fondamentaux à travers la Charte des droits fondamentaux.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la référence à la Charte des droits fondamentaux (CHDF) dans la jurisprudence de la Cour est devenue habituelle à l'appui d'anciennes solutions auparavant fondées sur les principes généraux du droit (PGD). Ce n'est que dans quelques espèces qu'elle se livre en examen plus approfondi. Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 6, § 1 TUE confère à la CHDF la même valeur juridique que les traités. De cette manière la CHDF devient un instrument juridiquement contraignant pour les institutions européennes et les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE et doit être appliquée par la Cour de justice, mais aussi par les

[799] Sur ces questions, voir S. Besson, Fédéralisme et droits de l'homme: une introduction thématique, in: Besson/Belser (éd), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014, 7; Samantha Besson, Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – Je t'aime, moi non plus, in: Besson/Belser (éd), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014, 215.

[800], C.J.U.E 08 mars 2011, Conclusions de l'AG, Ruiz Zambrano, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560, pt.. 171-177

juridictions nationales. Ce nouveau statut de la Charte a donné lieu à une évolution remarquable en matière d'interprétation puisque la Charte sert aujourd'hui de référence à la Cour. Auparavant la Cour renvoyait de manière pragmatique aux PGD et précisait simplement qu'ils étaient « réaffirmés par la Charte ». La Charte constitue désormais le point de départ pour l'interprétation du droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour européenne n'intervient que pour soutenir l'interprétation donnée par la Cour ou combler les lacunes de sa jurisprudence[801].

La CJUE et ses avocats généraux ont eu l'occasion de se pencher à de multiples reprises sur la Charte depuis son entrée en vigueur. On notera toutefois que celle-ci n'a pas entrainée de véritable bouleversement dans la jurisprudence des organes de la Cour de justice. Si les juges et les avocats généraux l'invoquent désormais sans complexe, il s'en faut toutefois de beaucoup que ce nouveau texte ait révolutionnée la place et le nombre des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne[802]. Certains développements méritent cependant d'être signalés.

On notera d'abord que la CHDF a déjà conduit les juges ou les avocats généraux de la CJUE à reconnaître et appliquer des droits qui, jusqu'ici, n'apparaissent au mieux qu'en filigrane dans la jurisprudence de la Cour.

On peut citer ainsi le droit à une aide juridictionnelle, le droit de l'enfant « d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents ». Le droit a congé parental et l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelles. S'agissant de ce dernier exemple[803], l'on ne manquera pas de remarquer que, s'appuyant sur la remise selon laquelle la Charte se réduit à une entreprise de codification à

---

[801] F. Benoit-Rohmer, L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne , *RTDE,* 2011, p. 156

[802] A. Bailleux, S.van Drooghenbroeck et X. Delgrande, La Charte des droits fondamentaux, Invocabilité, interprétation, application et relations avec la Convention européenne des droits de l'homme », in Les Innovations du traité de Lisbonne, Incidences pour le praticien, N.de Sadeleer, H. Dumont, P.J adoul et S. van Drooghenbroeck (dir), Bruylant, Bruxelles, 2011, p.276

[803] CJUE, 14. Octobre 2010, W. Commission, aff. F-86/09, ECLI:EU:F:2010:125, pt.42 Ce droit est consacré à l'art. 21, § 1 de la CHDF.

droit constant, l'avocat général Jääskinen considère que le droit à ne pas être discriminé sur la base de l'orientation sexuelle fait désormais partie des PGD de l'Union.

On relèvera ensuite que c'est l'art. 24 de la CHDF consacrant les droits de l'enfant qui, à ce jour, a eu l'honneur de l'interprétation la plus circonstanciée de la Cour de Justice. Celle-ci a ainsi considéré que le droit à la protection et aux soins consacré par cette disposition *« n'entraine pas nécessairement la reconnaissance, en faveur de ces enfants, d'un droit individuel à l'obtention d'un congé parental par leurs enfants. Il suffit qu'un tel droit soit conféré aux parents eux-mêmes. C'est eux, en effet, qu'incombent à la fois le droit et le devoir d'assurer l'éducation de leurs enfants, et qui à ce titre, peuvent décider de la meilleure manière d'assurer leurs responsabilité parentales, en choisissant d'avoir ou non à un congé parental*[804]*.»*

On observera également que depuis son entrée en vigueur, la Charte a été utilisée pour souligner l'importance de tel ou de tel droit ou principe déjà consacré ailleurs au sein du droit primaire. Ainsi en est-il, par exemple, du principe de « *niveau élevé de protection de la santé humaine* », de la libre circulation des citoyens ou du droit à des conditions de travail décentes.

On notera encore que certains droits fondamentaux souvent déjà reconnus au titre de PGD de l'Union semblent avoir gagné un surcroit de normativité ou d'« impérativité » au bénéfice de leur cristallisation dans la Charte. Ainsi en est-il sans doute du droit à la négociation collective qui, en cas d'opposition à une liberté de circulation, semble être passé du statut subalterne « raison impérieuse d'intérêt général » à celui de droit fondamental *« à égalité de rang avec les libertés fondamentales de circulation*[805]*.»*

Ainsi en est-il peut-être encore du droit à un recours juridictionnel effectif et à un tribunal impartial, dont la Cour considère désormais explicitement que toute restriction doit être prévue par la loi[806]. Ainsi enfin de la protection de la santé, laquelle a été présentée comme

---

[804] CJUE, 16 septembre 2010, Chatzi/Oikonomikon, aff. C-149/10, ECLI:EU:C:2010:534, pt.39

[805] CJUE, Conl. De l'Avokat Général Trstenjak, 14 avril 2010, Commission/Allemagne, aff. C-271/08,ECLI:EU:C:2010:426, pt.193

[806] CJUE, 01 juillet .2010, P.Knauf Gips KG/Commission, aff. C-407/08, ECLI:EU:C:2010:389, pt.91

« nécessaire pour garantir les droits fondamentaux, la dignité humaine, le droit à la vie ainsi que le droit à l'intégrité physique ou morale et mentale visés aux art. 1er et 3 de la Charte[807]*. »*

Dans le même temps, les entraves discriminatoires à la libre circulation ont été considérées comme d'autant plus difficiles à accepter qu'elles entrainent une atteinte au principe d'égalité consacré aux art. 20 et 21 de la Charte[808].

Ajoutons que, dans un cas au moins, des conflits de droits ont amené la Cour de Justice à recourir à la clause de protection des droits d'autrui prévue à art. 52, § 1 de la Charte. La Cour était amenée à se prononcer sur le point de savoir si, interprété à la lumière des articles 7 (droit à la vie privée et familiale) et 24 (droits de l'enfant) de la Charte, le Règlement n° 2201/2003 devait être interprété comme s'opposant à ce qu'une décision judiciaire octroyant le droit de garde d'un enfant à son père naturel soit nécessaire pour que puisse être considéré comme illicite le déplacement de l'enfant par sa mère ou le non-retour de celui-ci. La Cour de justice a répondu par la négativité à la question, estimant que toute autre solution ne respecterait pas le droit de libre circulation de la mère de l'enfant et de l' *« intérêt supérieur de l'enfant »* consacré à art. 24, § 2 de la Charte[809].

SECTION I : La clarification du statut de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne.

À la différence de la Constitution, le traité de Lisbonne n'incorpore pas la CHDF, mais donne à celle-ci la même valeur juridique que les traités. La question de la valeur juridique de la CHDF a été une question particulièrement sensible et délicate. Au début les rédacteurs de la Charte se sont beaucoup plus intéressés à son contenu qu'à sa valeur juridique : pour eux l'important était dans un premier temps d'obtenir un bon texte,

---

[807] CJUE, Conl. De l'AG Jääskinen, 19 octobre .2010, Novo Nordik AS/Ravimiamet, aff. C-249/09, ECLI:EU:C:2010:616, pt. 49.

[808] CJUE, Conl. De l'AG Cruz Villalon, 14.mars .2011, Scarlet Extended SA/Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (Sabam), aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:255, pt.113

[809] CJUE, 05 octobre .2010, J.McB/L.E , aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582

renvoyant à une date ultérieure la question du statut[810]. D'autre part ils étaient conscients qu'il est tout de même difficile de ne pas reconnaître à la Charte une force contraignante car il y va de la cohérence et de l'intérêt même du texte : ce catalogue normatif ne peut être convaincant qu'à cette condition. La version de la Charte à laquelle il est fait référence n'est pas la version originale qui avait été signée par les institutions à Nice, mais la version révisée à l'occasion de son incorporation dans la Constitution et qui a été signée par les institutions le 12 décembre 2007. Il faut incontestablement y voir le signe de la volonté de déconstitutionnalisation motivée par l'échec du TECE tendant à supprimer dans le nouveau texte les aspects les plus caractéristiques de l'effort de constitutionnalisation qui avait marqué le traité abandonné[811]. Cette charte est porteuse d'une véritable valeur ajoutée. En effet, dans un souci de clarté et de lisibilité, elle a pour ambition de réunir dans un même texte les droits fondamentaux jusqu'alors éparpillés dans divers instruments internationaux et nationaux. Elle constitue donc l'essence même de l'acquis de l'Union en matière de droits fondamentaux appréhendés de manière indivisible[812]. La Charte favorise aussi la construction d'une identité européenne fondée sur la préservation et le développement d'un patrimoine collectif de principes et de valeurs et dans lequel doivent se reconnaitre les citoyens de l'Union. De plus, elle contient des droits qui viennent s'ajouter à ceux compris dans la CEDH, notamment les droits sociaux des travailleurs, la protection des données, la bioéthique ou le droit à une bonne administration[813]. Tout comme la Constitution, le traité précise que l'interprétation de la Charte doit prendre en considération les explications qui avaient été rédigées lors de l'élaboration de celle-ci. L'intégration de la Charte dans le droit primaire suppose que des réponses soient apportées à un certain nombre de questions.

---

[810] J.F.Renucci, Traité de droit européen des droits de l'homme , L.G.D.J, Paris, 2007, p. 671

[811] J.Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Perpectives ouvertes par le traité de Lisbonne, *RAE,* 2007-2008/2, p. 195

[812] A. Moriceau, Le traité de Lisbonne et la Charte des droits fondamentaux , R.M.C.U.E, n°519, juin 2008, p. 361

[813] F. Benoit-Rohmer, Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne in Le traité de Lisbonne, Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?, E.Brosset, C.Chevallier-Govers, V.Edjaharian et C.Schneider (dir), Bruylant, Bruxelles, 2009, p.151.

L'art. 6 TUE constitue la disposition principale pour la coordination entre le traité de Lisbonne et la CHDF. Bien que seul le premier alinéa de cet article, fait référence à la Charte, les autres alinéas ont également une importance pour l'application de la Charte elle-même.

Le paragraphe 1er de l'art. 6 TUE s'exprime que : *«L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. »* Il ajoute dans son alinéa 2, que : *« Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. »* Cette dernière mise au point apparaît redondante, puisque c'est la Charte elle-même qui exclut un tel effet (art.51, § 2), mais son insertion trahit la crainte de quelques États membres que la Charte puisse être employée par les institutions comme instrument d' « occupation » des nouveaux secteurs de compétence. De plus, la même mise au point est réitérée dans une déclaration annexe au traité de Lisbonne[814]. L'entrée de la Charte dans le droit positif de l'Union a conduit à un raidissement des positions : quel que soit l'intérêt de disposer d'un catalogue des droits fondamentaux propres à l'UE avec indication de leurs sources, la Charte ne saurait être une occasion de modification du partage horizontal ou vertical des compétences entre l'UE et les États membres sur des bases autres que celles spécifiques des traités[815]. Il précise enfin, dans son alinéa 3, que : *« Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».* La précision consistant à renvoyer aux explications établies initialement sous les responsabilités de la convention qui a élaboré la Charte et mise à jour sous la responsabilité

---

[814] L.S.Rossi, Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, G. Cohen-Jonathan, V. Constatinesco, V. Michel, J.C. Piris et P.Wachsmann (dir), Dalloz, Paris, 2010, p. 614

[815] J. Dutheil de la Rochère, Droits fondamentaux : Quelle place dans l'architecture de l'Union ? , in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, G. Cohen-Jonathan, V. Constatinesco, V.Michel, J.C. Piris et P.Wachsmann (dir), Dalloz, Paris, 2010, p. 269.

du *Présidium* de la CEDH est une reprise de l'exigence formulée par l'art. 52, § 7 de la CHDF.

L'attribution à la Charte de la « *même valeur juridique* » que les traités entraine tout d'abord une obligation pour les institutions de l'UE, dont la violation peut entrainer l'annulation des actes adoptés par ceux-ci.

De plus, comme la Charte partagera le caractère de la primauté du droit de l'Union européenne, même si cela sera strictement confiné à son propre champ d'application et avec toutes les limitations prévues par la Charte elle-même, les États membres aussi seront liés à son respect lorsqu'il implémente les actes européens. Les violations de cette obligation pourraient donc entrainer un jugement pour infraction vis-à-vis des États membres (ou, dans les cas les plus graves, les procédures aux termes de l'art. 7 TUE).

En conférant à la CHDF la même valeur juridique que les traités institutifs, le traité de Lisbonne fait entrer les dispositions de la charte dans les normes qui servent de référence au contrôle de la légalité des actes des institutions, organes et organismes de l'Union opéré par les juridictions de l'UE[816].

Une sécurité juridique accrue devait néanmoins résulter de la clarification du caractère juridique contraignant de la charte. De surcroît, le statut de « droit fondamental », consacré de manière indubitable par l'insertion dans la charte de droits auparavant uniquement repris dans le droit primaire ou dérivé, est susceptible d'avoir une influence sur l'interprétation qui leur sera donné, notamment en cas de conflit entre les grandes libertés économiques reconnues par les traités et certains droits fondamentaux protégés par un État membre[817]. La Cour de Justice a déjà reconnu à plusieurs reprises que pour l'UE la protection des droits fondamentaux constituent *« 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 circulation des*

[816] F.Picod, Traité de Lisbonne, libertés et droits fondamentaux , JuriClasseur Libertés, 01.05.2010, p.5

[817] E.Bribosia, Le traité de Lisbonne, un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux , in L'Union Européenne : la fin d'une crise ?, P. Magnette et A. Weeymebergh (dir), Bruxelles, Édi. de l'Univ. de Bruxelles, Bruxelles, 2008, p.188

marchandises[818]. » Il n'en demeure pas moins que la mesure autrichienne destiné à protéger, par exemple, la liberté de manifestation et d'expression, dans l'affaire *Schmidberger*, n'a été considérée comme conforme au droit de l'Union qu'après été soumise à un examen de proportionnalité assez exigeant. Et dans l'affaire *Laval*, en présence d'un conflit entre la libre prestation des services et les règles relatives aux travailleurs détachés, d'une part, et le droit fondamental de mener une action collective (blocus engagé par une organisation syndicale suédoise visant à garantir aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de service internationale, des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain niveau), de l'autre, la Cour de Justice a fait prévaloir la première au motif que l'entrave engendrée par une telle action collective n'était pas justifiée au regard de l'objectif de protection des travailleurs[819]. Cet arrêt a fait grand bruit en Suède : présenté comme une douche froide pour les syndicats, venant sonner le glas du modelé suédois, il illustre le fait que la protection d'un droit fondamental reste considérée, dans un tel texte, comme une exception aux grandes libertés consacrées par les traités. Peut-être le nouveau statut de la charte sera-t-il de nature à rééquilibrer les deux palataux de balance (droits fondamentaux-libertés économiques) ?

La solution de séparer la Charte du traité a été le résultat d'une série de compromis, lors de la négociation qui a abouti au traité de Lisbonne, entre ceux qui voulaient garder la Charte à l'intérieur du traité-comme il était envisagé par le traité constitutionnel-afin de lui garantir une meilleure visibilité[820], et ceux qui par contre aurait volontiers laissé à la Charte son rôle actuel. Du point de vue de la visibilité, il n'est pas certain que le fait d'être séparée du traité constitue nécessairement un désavantage pour la Charte : au contraire, grâce à sa sveltesse formelle, clarté linguistique et densité de contenu, elle va

---

[818] CJUE, 12 juin 2003, E. Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 pt. 74

[819] CJUE,18.décembre 2007, Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet, aff.C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, Voy aussi CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union/ Viking Line ABP OÜ Viking Line Eesti, aff.C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772.

[820] M.Fragola, Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituizone europea e processo di "deconstituzionallizzazione" , in Il Dirittto comunitario e degli scambi internazionali, fasc.1, 2008, p.205

probablement acquérir un rôle plus significatif et un caractère presque immuable, qui semble la placer en dehors des événements qui concerneront le futur du traité[821].

L'art. 6 paragraphe 1 dispose également que les droits, les libertés et les principes de la Charte sont censés être interprétés non seulement conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte, qui visent son interprétation et application, mais également en tenant compte des « Explications du Présidium ». De cette façon, on a introduit dans le traité de Lisbonne un lien interprétatif qui n'était pas présent dans le traité constitutionnel et qui a fait l'objet de quelques critiques, puisqu'il priverait la Cour de justice de la fonction de développer sa propre interprétation de la Charte.

Avant tout, les « Explications » mentionnées se bornent à retrouver, pour chaque disposition contenu dans la Charte, les origines des droits qu'elle prévoit. Il ne faut pas oublier en effet que la CHDF a été conçue dès l'origine non pas comme un moyen pour introduire des nouveaux droits, mais plutôt comme un catalogue de droits déjà reconnus, directement et indirectement dans le système communautaire. Dans ce contexte les « Explications » constituent donc un instrument utile afin de comprendre non seulement le parcours historique et juridique qui accompagne chacun des droits, ainsi que la riche dot qu'ils apportent souvent avec eux, mais aussi à quel titre un droit spécifique a été inséré dans la Charte. Par ailleurs les « Explications » offrent aussi un argument pour répliquer à ceux qui accusent la Charte d'avoir effectué des « fuites en avant », c'est-à-dire d'avoir forcé, en les cataloguant, l'état des droits existants.

1§. La justiciabilité des droits et principes de la Charte.

L'absence de valeur juridique contraignante attachée la Charte des droits fondamentaux, du fait de l'impossible entrée en vigueur du Traité établissant une Constitution pour l'Europe,

[821] L.S.Rossi, Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne , *opt.cit* , p. 615

ne fut pas un obstacle à son utilisation par les juges de l'Union européenne en tant que source du droit.

Une telle utilisation se révèle en effet en cohérence avec la jurisprudence antérieure de la Cour de justice de l'Union européenne. L'énumération des droits de la Charte et leurs interprétations s'appuient en effet sur des instruments internationaux identiques[822]. Ainsi, malgré son absence initiale de valeur juridique, la Charte devint une importante source d'inspiration pour les juges de l'Union européenne. Rappelant en premier lieu que la Charte est « une déclaration qui n'est pas dotée de force juridique contraignante », le Tribunal a pu indiquer que celle-ci constituait « source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits des citoyens et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire »[823]. Face à la multiplication des recours invoquant la Charte des droits fondamentaux, le Tribunal a multiplié les références au texte, lui donnant ainsi indirectement une valeur substantielle non négligeable. Le Tribunal a ainsi souligné l'importance du respect des droits fondamentaux, tels que présentés dans la Charte, dans l'ordre juridique de l'Union européenne notamment en matière de recours effectif[824], de présomption d'innocence[825] ou de respect de la vie privée et familiale[826].

De même, si la Cour de justice tarda à attribuer une valeur juridique autre que morale à la Charte des droits fondamentaux, les avocats généraux multiplièrent dans leurs conclusions les références au texte. Ainsi, c'est l'avocat général A. Tizzano qui fit la première référence significative à la Charte en affirmant que « dans un litige portant sur la nature et la portée

---

[822] Voir en ce sens l'identité substantielle entre C.J.U.E., 14 mai 1974,, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroβhandlung c/ Commission des Communautés européennes, aff. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, précité et le 5ème alinéa, précité, du Préambule de la Charte.

[823] Tribunal de la C.J.U.E., 15 février 2005,Pyres c. Comm. CE , aff. T-256/01, ECLI:EU:T:2005:45, pt. 66.

[824] Tribunal de la C.J.U.E., 3 mai 2002, Jégo-Quéré c/ Comm. CE , aff. T-177/01, Rec., II, p. 2365, pts. 42 et 47 ; Tribunal de la C.J.U.E., 15 janvier 2003, Philip Morris International et a. c/ Comm. CE , aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, ECLI:EU:T:2003:6.

[825] Tribunal de la C.J.U.E., 26 octobre 2005,Groupe Danone c. Comm. CE, aff. T-38/02, ECLI:EU:T:2005:367, pt. 216 ; Tribunal de la C.J.U.E., 5 avril 2006, Degussa c/ Comm. CE, aff. T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103, pt. 115.

[826] Tribunal de la C.J.U.E., 10 novembre 2004, Vonier c. Comm. CE, aff. T-165/03, ECLI:EU:T:2004:331.

d'un droit fondamental, il est impossible d'ignorer les énonciations pertinentes de la Charte ni surtout son évidente vocation à servir, lorsque ses dispositions le permettent, de paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs - États membres, institutions, personnes physiques et morales - de la scène communautaire »[827].

De même, dans ses conclusions sur l'affaire « Hautala », l'avocat général Ph.Léger énonça que la « Charte a indéniablement placé les droits qui en font l'objet au plus haut niveau des valeurs communes aux États membres. (...) Comme le laisse supposer la solennité de sa forme et de la procédure qui a conduit à son adoption, la Charte devrait constituer un instrument privilégié servant à l'identification des droits fondamentaux »[828]. Également, l'avocat général J. Kokott évoqua dans ses conclusions sur l'affaire « Antonio Niselli » l'article 49§1 de la Charte pour rappeler l'existence des principes de l'application rétroactive de la loi pénale la plus douce[829].

La Charte des droits fondamentaux est rapidement devenue un support de réflexion sur la protection des droits fondamentaux. Pour autant, la Cour de justice s'est montrée plus réservée que le Tribunal quant à l'utilisation de ce texte.

À de nombreuses reprises, le juge de Luxembourg s'est en effet refusé d'utiliser la Charte des droits fondamentaux comme support de la protection de ces derniers. À l'instar de L. Burgorgue-Larsen, il est tout à fait possible d'évoquer une certaine prudence du juge de Luxembourg quant à l'utilisation de la Charte des droits fondamentaux[830]. À titre d'exemple, nous pouvons citer l'affaire « Booker Aquaculture ». Sous cette affaire, l'avocat général J. Mischo appuyait son raisonnement sur la Charte des droits fondamentaux pour faire valoir la différence entre la privation de la propriété et l'exercice

---

[827] C.J.U.E., Conclusions de A.Tizzano 26 juin 2001,BECTU, aff. C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356, pt. 28.

[828]Ph.Léger, conclusions sous C.J.U.E., 6 décembre. 2001, aff. C-359/99 P, « Hautala », Rec., I, p. 9565.

[829]C.J.U.E., Conclusions de J.Kokott 10 juin 2004, Antonio Niselli, aff. 457/00, ECLI:EU:C:2003:387.

[830] L.Burgorgue- Larsen, L'évocation jurisprudentielle. Les juges face à la Charte. De la prudence à l'audace ,in L. Larsen-Burgorgue, (sous la dir.), La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2005, 694 p., coll. du CREDHO n° 9, pp. 3-64.

de cette dernière[831]. La Cour de justice retiendra le raisonnement de l'avocat général mais utilisera ses instruments traditionnels, à savoir les principes généraux du droit inspirés par la Convention européenne des droits de l'homme, afin de rendre sa décision.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour de justice semble ainsi exprimer plus une prudence qu'un simple refus d'utiliser la Charte des droits fondamentaux pour développer tant la protection de ces derniers que leur interprétation. Il demeure néanmoins possible de déceler certains indices d'utilisation de la Charte par la Cour de justice avant décembre 2009.

La doctrine a pu démontrer que le juge de Luxembourg s'est inspiré de la Charte à de nombreuses reprises, mais de manière indirecte parfois[832]. Ainsi, la Cour de justice a pu qualifier la dignité humaine comme principe fondamental, à l'instar de la Charte[833]. De même, dans l'affaire « K. B. »[834], tout en faisant indirectement référence à la Charte, la Cour de justice s'appuie sur le traditionnel cadre normatif institué par la Convention européenne des droits de l'homme, lui-même basé sur une interprétation de la Charte. Dans le cadre du bénéfice à une pension à l'égard d'un transsexuel, la législation britannique opposait un refus à la reconnaissance du mariage d'un transsexuel conformément à son nouveau sexe, condition indispensable à un tel octroi. La Cour de justice a ainsi rappelé que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une telle législation constitue une violation de l'article 12 de la Convention, tel qu'interprété à lumière de l'article 9 de la Charte[835].

---

[831] J. Mischo, conclusions sous C.J.U.E., 10 juillet 2003, aff. Jtes. C-20/00 et 64/00, Booker Aquaculture, ECLI:EU:C:2003:397.

[832] L. Burgorgue-LARSEN, La force de l'évocation ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Paris, Dalloz, 2003, p. 77 ; J.-P.Jacqué, La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne , A.J.D.A., 2002, p. 476.

[833] C.J.U.E., 9 octobre 2001, Pays-Bas c/ PE et Cons. UE, aff. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523.

[834] C.J.U.E., 7 janvier 2004, K. B., aff. C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7.

[835] Cour-EDH, Grande chambre, 11 juillet 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni, Req. N° 28957/95. La Cour s'éloigne de la stricte formulation de l'article 12 de la Convention selon lequel « l'homme et la femme ont le droit de se marier » pour ne retenir que celle de l'article 9 de la Charte invoquant simplement le « droit de se marier ».

Malgré l'absence de valeur juridique contraignante attachée à la Charte des droits fondamentaux, cette dernière se voyait attribuer un rôle spécifique puisque celle-ci confirmait la démarche du juge de Luxembourg. On pourrait par conséquent en déduire un revirement de jurisprudence quant à l'appréciation de la valeur de la Charte par la Cour de justice.

Cependant, il convient d'observer que cette référence à la Charte a été impulsée. En effet, ce n'est sans doute que parce que la directive en question fit référence à ce texte que le juge a pu l'utiliser à son tour. Ce revirement de jurisprudence ne peut donc être radical. Pour autant, l'arrêt « Parlement c/ Conseil » demeure primordial en ce qu'il fait pénétrer une nouvelle variable dans la démarche de protection des droits fondamentaux Ainsi, malgré l'absence de valeur juridique contraignante, le juge de l'Union européenne a pu interpréter le droit à la lumière de la Charte des droits fondamentaux et ce, tout en liant son action à la Convention européenne des droits de l'homme.

La « force politique » de la Charte des droits fondamentaux évoquée par P. Magnette s'est muée en « force juridique » depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne[836]. L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le droit primaire de l'Union européenne a permis selon L. S. Rossi la transformation de la Cour de justice « de juge administratif en juge constitutionnel »[837].

2§. Distinction entre droits, libertés et principes dans la Charte des droits fondamentaux.

La Charte établit une protection différente entre les droits et les principes. Lors de l'élaboration de la Charte, certains membres de la Convention estimaient que ne pouvaient

[836] P. Magnette, Prendre la Charte au sérieux. La force politique d'un texte juridique non contraignant, in J.-Y.Carlier et O.De Schutter, (sous la dir.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Brussel, Bruylant, 2004. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe : hommage à Silvio Marcus-Helmons », opt.cité, spéc. pp. 97-104

[837] L.S.Rossi, « Constitutionnalisation » de l'Union européenne et des droits fondamentaux », R.T.D.E., 2002, pp. 27 et s., spéc. pp. 35 et s.

figurer dans celle-ci UE des droits directement justiciables ce qui avait pour conséquence d'exclure un certain nombre de droits sociaux. Un compromis fut trouvé au prix d'une distinction entre droits et principes. Durant la seconde Convention chargée de rédiger la Constitution, les représentants britanniques ont fortement insisté pour clarifier cette distinction ce qui fut fait dans la nouvelle rédaction de l'article de la Charte. Une disposition clarifiant la distinction entre droits et principes a été ajouté (art. 52, §4 et 5). Elle précise que les droits subjectifs (droits d'accès aux documents ou droit à un recours effectif, par exemple) garantis par la Charte doivent être respectés, tandis que les principes (protection de l'environnement ou intégration des personnes handicapées, par exemple) sont des objectifs devant être mis en œuvre par le législateur européen. Tandis que les droits peuvent être invoqués devant la Cour à l'encontre d'une mesure législative ou d'une mesure nationale d'application, la violation d'un principe ne peut être sanctionné par un juge qu'à l'encontre d'une mesure qui le met en œuvre. Un particulier ne pourrait donc se prévaloir directement d'un principe puisque celui-ci ne créerait pas de droit subjectif à son profit[838]. Autrement dit, à la différence des droits subjectifs, les principes ne sont donc pas exécutoires du simple fait de leur reconnaissance par la Charte. Si les principes doivent être observés par l'Union et les États membres (uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union) dans tous les domaines de leur activité, ils ne deviennent effectifs devant une juridiction que par le biais de mesures d'application prises par les institutions de l'Union dans la stricte limite de leurs compétences[839].

Les principes ne confèrent donc pas des droits immédiatement applicables et ne sont invocables devant le juge qu'à des fins d'interprétation ou de contrôle de la légalité des actes les mettant en œuvre (les juristes qualifient cette « justiciabilité » de strictement « normatives » par opposition à « une pleine justiciabilité ») [840]. Le concept relativement

---

[838] J.P.Jacqué, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne , L'Europe des Libertés, Rev. d'actualité juridique, n° 26, 2008, p. 5.

[839] F.Turpin, L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne, Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe , *RTDE,* octobre-décembre 2003, p. 628.

[840] F.X Priollaud et D.Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et Commentaire article par article des nouveaux traités , La documentation Française, Paris, 2008, p.455

complexe de justiciabilité comprend la qualité d'une disposition légale d'être actionnable dans le cadre d'une action en justice[841].

La distinction entre principes et droits a joué un rôle important lors de la rédaction de la Charte en 2000. Proposée par Guy Braibant, avec le soutien de Jürgen Meyer, elle a permis l'acceptation des droits sociaux par ceux qui craignaient de consacrer des droits de créance (comme le droit au logement ou au travail) ou d'imposer des charges financières accrues aux États[842]. Cette distinction s'inspire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur le droit au logement, dont il fait un objectif de valeur constitutionnelle devant être mis en œuvre par le législateur et le gouvernement (19 janvier 1995, déc. n° 94-359 DC). Les principes sont, comme le résume G.Braibant, « *moins qu'un droit classique* » (parce qu'ils nécessitent des textes intermédiaires pour être justiciables) mais « *plus qu'un simple objectif politique.*»

Si l'on met de côté la question de l'identification des principes contenus dans la Charte, le problème essentiel reste celui de la justiciabilité de ceux-ci. Formellement, l'insociabilité d'un principe est subordonnée à l'existence d'une mesure de mise en œuvre adoptée par l'Union ou un État membre. Tout dépend donc de la signification que l'on accorde à cette notion de mise en œuvre[843]. Ainsi, l'art. 25 reconnaît le droit des personnes âgées de participer à la vie sociale et culturelle. Dans ce contexte, ne pourrait-on invoquer une violation de l'art. 25 à l'encontre d'une mesure de l'Union prise en matière d'emploi ou de libre prestation de services qui aurait pour conséquence d'exclure les personnes âgées ? En effet les principes fixent des objectifs à l'action de l'Union et celle-ci ne peut les méconnaître dans son œuvre législative. Bien entendu, seule l'adoption de mesures positives créera des droits subjectifs dont la violation pourra être sanctionnée par le juge. Certes l'abstention du législateur ne constituera pas une violation de la Charte, mais rien n'interdit qu'une mesure de portée générale de l'Union qui irait à l'encontre du principe

---

[841] X.Groussot et L.Pech, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne , Question d'Europe, n° 173, Fondation Robert Schuman, 14 juin 2010, p.8.

[842] G.Braibant, Contribution sur les droits sociaux , Charte 4280/00, contrib.153, 2 mai 2000 ; G.Braibant et J. Meyer, Proposition relative aux droits économiques et sociaux fondamentaux , Charte 4401/00, 4 juillet 2000.

[843] J.P.Jacqué, Le traité de Lisbonne, Une vue cavalière, RTDE, 2008, p. 445

subisse la censure du juge. L'avenir dira si la Cour est disposée à adopter cette interprétation qui semble d'ailleurs résulter des explications jointes à la Charte[844].

L'art. 52 ne fait donc que reprendre les termes du compromis qui avait permis à la première Convention de parvenir à un consensus sur le contenu de la Charte. Selon certains commentateurs, il constitue cependant un recul parce qu'il affaiblit la portée et la force juridique de certains articles, en particulier ceux relatifs aux droits sociaux.

Faute de liste permettant de distinguer les principes des droits, ce sera à la jurisprudence de déterminer, en fonction de la formulation des articles et des orientations fournies par les « *explications* », la nature (droit ou principe) de chaque article. Les explications citent les art. 25 (droits des personnes âgées), 26 (intégration des personnes handicapées) et 37 (protection de l'environnement) comme exemples de principes, mais indiquent immédiatement que dans d'autres cas des articles de la charte peuvent contenir des éléments relevant d'un droit et d'autres d'un principe ; sont cités à titre d'exemple les art. 23 (égalité entre les hommes et les femmes), 33 (vie familiale et professionnelle) et 34 (sécurité sociale et aide sociale). Le juge devra donc examiner chaque disposition de la charte à la lumière de l'explication correspondante afin d'en déterminer la nature. Le flou de la rédaction laissera au juge une certaine marge d'interprétation entre le droit subjectif, donc justiciable et le principe programmatoire donc non justiciable en principe. Certes, ils ne peuvent pas être invoqués devant le juge pour réclamer une action positive du législateur ou de l'exécutif dans l'Union. Comme l'indiquent les explications, *« ils ne donnent pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres. »* En revanche, ils peuvent être invoqués pour empêcher une régression dans la protection des droits par rapport aux objectifs annoncés[845]. On a pu parler à ce propos de justiciabilité médiate. La jurisprudence citée en guise d'exemple dans les explications conforte l'idée qu'outre les actes mettant directement en œuvre les principes, les actes portant atteinte aux principes, directement ou

[844] J.P.Jacqué, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne , L'Europe des Libertés, Rev. d'actualité juridique, n° 26, 2008, p. 5.

[845] J.Dutheil de la Rochère, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne , Jurisclasseur Europe Traité, 2 février 2010, p. 54

indirectement, doivent également pouvoir être contestés devant le juge[846]. En d'autres termes les principes ne sont pas absolument écartés de toute justiciabilité. Les principes de la Charte, comme les droits sociaux-économiques protégés par de nombreux textes constitutionnels, doivent être « concrétisées » par des actes législatifs ou exécutifs. Cela ne signifie pas qu'ils n'ont aucun effet juridique. Ils deviendront significatifs pour l'ensemble des tribunaux lorsque ces derniers auront à interpréter ou contrôler le droit dérivé adopté par l'Union ou les mesures nationales qui relèvent du champ d'application du droit européen[847].

Le gouvernement britannique, toujours aussi méfiant à l'encontre des droits sociaux-économique, réussît à négocier l'incorporation d'un nouvel art. 52, § 6 selon lequel *« les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte.»* Cela pouvait sembler superflu puisque la plupart des droits de « solidarité » sont garantis en conformité par le droit européen et les législations et pratiques nationales. Cette réserve n'a pas grand sens puisque la Charte, par définition, peut uniquement s'appliquer aux situations soumises au droit européen, auquel cas toute disposition contraire du droit national doit être écartée. La référence aux lois et pratiques nationales paraît ne devoir qu'obliger les institutions de l'Union à les prendre formellement en compte lorsqu'il s'agit d'adopter une nouvelle législation[848]. On verra que le protocole n°30 du traité de Lisbonne sur l'application de la CHDF à la Pologne et au Royaume-Uni tente également, avec plus ou moins de bonheur, de faire obstacle à l'insociabilité en justice des principes ainsi que la demande faites par la République Tchèque au Conseil européen. Cependant, le Royaume-Uni et la Pologne restent en toute hypothèse, tenus au respect des droits et libertés protèges par la jurisprudence et sont évidemment tenus par la Convention européenne des droits de l'homme. Leurs opting-outs ne portent par conséquent que sur les droits qui ne seraient pas couverts dans ces cadres respectifs, en particulier les droits sociaux.

---

[846] Tribunal de la CJUE, 11 septembre 2002, Pfizer Animal Health SA/Conseil, aff. T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209, II, p. 3305

[847] X. Groussot et L.Pech, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne , Question d'Europe, N°173, Fondation Robert Schmuman, 14 juin 2010, p. 9.

[848] *Ibid.*

La Pologne a d'ailleurs fait une déclaration (n° 61) sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, selon laquelle « La Charte ne porte atteinte en aucune manière au droit des États membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l'intégrité humaine physique et morale ».

La situation de la République Tchèque est un peu différente. Alors qu'elle n'avait manifesté que quelques réserves à l'égard de la Charte dans la déclaration n ° 52 annexée à l'Acte final, c'est le Conseil européen des 29-30 octobre 2009, qui a dû tenir compte des objections formulées par le président tchèque à l'égard de la Charte des droits fondamentaux, le président Tchèque menaçant dans le cas contraire de ne pas ratifier le Traité.

SECTION II. Articulation de la Charte avec les textes existants.

Le système de protection des droits fondamentaux en Europe est un système de protection qui est composé de plusieurs niveaux, soit au niveau national des EM, de l'UE et du Conseil de l'Europe. Au niveau des droits fondamentaux qui lient les EM lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'UE ou lorsqu'il s'agit d'un acte national présentant d'autres éléments de rattachement avec ce dernier, une marge de manœuvre est accordée aux EM par le droit de l'UE.

Concernant les droits garantis par la CHDF, qui s'adressent aussi aux EM, uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'UE, les EM ont transféré à l'UE des compétences dans des domaines précis. Ça veut dire que l'UE ne peut pas légiférer dans les cas où elle n'a pas de compétences, puisque cela dépend des compétences des juridictions nationales et européennes et aux relations que ces derniers entretiennent entre elles. La CJUE a affirmé que les droits fondamentaux s'adressaient aux EM et s'appliquent à des réglementations nationales « dès lors qu'une telle réglementation entrait dans le champ d'application du droit communautaire. »

Compte tenu de l'intérêt croissant manifesté par le public à l'égard de la charte, il est indispensable de mieux informer les personnes du cadre d'application des droits qu'elle énonce- à savoir les actes des institutions et organes de l'UE-et de la manière de faire valoir ces droits en cas de violation. Les personnes devraient non seulement savoir vers qui se tourner pour obtenir de l'aide dans de telles situations, mais également être informées des instances auxquelles s'adresser dans les cas qui ne relèvent pas du champ d'application de la Charte, notamment lorsque les autorités nationales agissent sans mettre en œuvre le droit européen. Une information appropriée est primordiale pour qu'aucune violation ne demeure sans réelle possibilité de recours.

§ 1 Articulations la Charte avec les traités.

La mise en œuvre de la Charte suscite un vif et nombre d'intérêt d'attentes dans le public. Pourtant, cette Charte ne s'applique pas à toutes les situations dans lesquelles des droits fondamentaux sont en cause dans l'Union européenne. Dans l'UE, la protection des droits fondamentaux est garantie à la fois au niveau national par les systèmes constitutionnels des États membres, qui sont antérieures à la Charte et dont la jurisprudence est plus développé, et au niveau européen, par la Charte.

La Charte s'applique aux actes de l'ensemble des institutions et organes de l'UE. Elle vise en particulier le travail législatif du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, qui doit être en totale conformité avec elle pour respecter les exigences du droit européen. La charte s'applique également à l'action extérieure de l'Union européenne. Comme on l'a vu dans le cadre de la PESC, conformément à l'art.21 TUE, l'action de l'Union sur la scène internationale vise à promouvoir dans le reste du monde la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la Charte des Nations Unies et du droit international. Lorsqu'elle met en œuvre l'art. 21 TUE, l'UE applique la Charte, ainsi que les normes applicables des Nation unies en matière de droits de l'homme. Le rapport annuel de l'UE sur les droits de

l'homme et la démocratie dans le monde est un rapport distinct consacré à l'action de l'Union dans les pays tiers.

La Charte ne s'applique aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, elle ne s'applique pas dans les situations qui ne concernent pas ce droit et elle n'étend pas les pouvoirs de l'Union tels qu'ils sont définis dans les traités.

Lorsque la Charte ne s'applique pas, les droits fondamentaux continuent d'être garantis au niveau national par les systèmes constitutionnels nationaux. Les États membres sont dotés de règles internes détaillées sur les droits fondamentaux, dont le respect est garanti par les juridictions nationales. Il incombe aux autorités nationales, notamment aux juridictions, de faire appliquer les droits fondamentaux. En outre, tous les États membres ont pris des engagements au titre de la CEDH, indépendamment des obligations auxquelles ils sont tenus en vertu du droit européen. Par conséquent, en dernier ressort, et après avoir épuisé toutes les voies de recours dont elles disposent au niveau interne, les personnes peuvent saisir la Cour-EDH à Strasbourg en cas de violation d'un droit fondamental par la CEDH. La Charte complète donc, mais ne remplace pas, les systèmes constitutionnels nationaux ou le régime de protection des droits fondamentaux garanti par la CEDH.

La Charte protège les personnes physiques et morales contre tout acte des institutions et organes de l'UE non conforme aux droits fondamentaux. Les institutions et organes de l'Union sont donc tenus de respecter la Charte. Lorsqu'une institution ou un organe de l'UE ne s'y conforme pas, la Cour de Justice a le pouvoir de contrôler la légalité de l'acte, et la Commission a celui d'engager les poursuites correspondantes. En plus la CJUE dans l'arrêt *Ledra Advertising /Commission et BCE* s'est exprimé que la CHDF est applicable même dans le cas du Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité même dans les cas où les EM ne mettent pas en oeuvre le droit de l'UE, puisque la CHDf ne s'adresse pas à eux dans ce contexte mais la charte s'adresse aux institutions de l'Union, y compris lorsque celles-ci agissent en dehors du cadre juridique de l'Union [849].

Les autorités publiques des États membres (autorités législatives, exécutives et judiciaires) ne sont tenues de respecter la charte que lorsqu'elles mettent en œuvre le droit européen,

[849] CJUE, 20 septembre 2016, Ledra Advertising/ Commission et BCE, aff. C-8/15 P à C-10/15 P, EU:C:2016:701.

notamment lorsqu'elles appliquent des règlement ou des décisions de l'UE ou transportent des directives. Si une personne estime qu'une autorité nationale a violé la charte en mettant en œuvre le droit européen, elle peut saisir les juridictions nationales dans les pays en question. Sous la direction de la Cour de Justice, les juges nationaux sont compétents pour veiller au respect de la Charte par les États membres lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'UE. Les particuliers peuvent également porter plainte auprès de la Commission, qui a le pouvoir d'engager une procédure d'infraction contre l'État membre en question. Un dialogue renforcé entre les institutions de l'Union et les instances nationales chargées de faire appliquer les droits fondamentaux, notamment celles s'occupant des questions d'égalité, accroitra l'effectivité de la protection des citoyens.

L'art. 51 de la CHDF détermine le champ d'application de celle-ci. Il opère une distinction entre l'applicabilité de la Charte aux institutions, organes et organismes de l'Union et aux États membres. Cet article de la Charte dispose que : *« 1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États 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 à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférés dans les traités. 2. 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 nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités. »* Cette disposition a été rédigée dans le respect de l'art. 6,§2 du TUE, qui imposait à l'Union de respecter les droits fondamentaux, ainsi que du mandat donné par le Conseil européen de Cologne[850]. Comme le rappelle l' « explication », le terme d'institution est consacré par les traités qui en dressent la liste (art. 13,§ 1 TUE). Quant au termes d'organe et organisme- ce dernier ajouté par le traité de Lisbonne- ils sont couramment employés pour désigner les instances établies par les traités ou le droit dérivé. Ainsi sont inclus les organes indépendants de plus en plus nombreux désignés sous le terme générique d'agence. La charte s'applique aux institutions, organes et organismes de l'Union *« dans le respect du principe de subsidiarité »* ; cette précision, curieusement placée dans cet art. 51, § 1,

[850] F. Priollaud et D. Siritzky, Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens, *opt.cit,* p. 454.

entend probablement rappeler le souci des États membres de poser des limites à l'action des institutions. L'art. 51, §1 prévoit en outre que la charte s'applique aux États membres *« uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »*. Cette précision apporte une réponse et un apaisement à des craintes qui se sont manifestées à plusieurs reprises au cours des débats de la convention, crainte que la charte soit à l'occasion de créer de nouvelles obligations à la charge des États membres[851].

Le traité de Lisbonne prend soin de couper tout lien entre la Charte et les compétences de l'Union puisqu'il précise que les dispositions de la Charte ne peuvent étendre en aucune matière les compétences de celle-ci. Cette disposition porte témoignage d'une incompréhension qui s'est manifestée dès les premiers moments de la rédaction de la Charte et qui est loin d'avoir disparu aujourd'hui. Bien des membres de la Convention considéraient en effet qu'il devait exister une correspondance absolue entre droits fondamentaux et compétences de l'Union. Selon eux, il ne pouvait pas d'une part être fait mention de certains droit dès lors que l'Union ne possédait pas de compétences dans un domaine qui touchait au champ d'application présumé de ces droits. D'autre part, toute mention d'un droit dans la Charte risquait de donner naissance à une compétence de l'Union en rapport avec ce droit. En d'autres termes, à leurs yeux, le simple fait de mentionner dans la Charte la liberté d'expression pouvait donner compétence à l'UE pour adopter des mesures en la matière. Plus clairement encore selon eux, l'interdiction de la peine de mort ne pouvait figurer dans la Charte puisque l'Union ne pouvait prononcer une telle peine[852]. Cette vision reposait sur une méconnaissance complète tant des règles du droit de l'Union que des droits fondamentaux. S'agissant de ces derniers, leur caractère horizontal est admis depuis longtemps. Chacun sait que la législation en matière religieuse, domaine dans lequel l'Union n'a pas de compétence, n'est pas seule à pouvoir atteinte à la liberté religieuse, mais qu'une législation fiscale ou sanitaire pourrait indirectement engendrer une violation de cette liberté[853]. L'Union ne peut dans l'exercice de ses

---

851 J.Dutheil, de la Rochère, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne , Jurisclasseur Europe Traité, 2 février 2010, p.47

852 J.P.Jacqué, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne , *L'Europe des Libertés, Rev. d'actualité juridique, N° 26, 2008,*p. 4.

853 G.Cohen-Jonathan, Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté , volume I, Bruylant, Bruxelles, 2004.

compétences porter atteinte aux droits fondamentaux qu'elle garantit et la même règle s'applique aux États membres, l'obligation de respecter un droit fondamental ne donne pas naissance à une compétence aux États membres lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union européenne. En résumé, l'obligation de respecter un droit fondamental ne donne pas naissance à une compétence de l'Union, elle impose seulement à l'Union de veiller à ce que, dans l'exercice de ses compétences propres, celle-ci ne porte pas atteinte à ce droit. Les droits fondamentaux constituent dès lors une limite qui joue dans l'exercice des compétences de l'Union. L'art. 51 affirme sans ambiguïté que « *les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions organes et organismes de l'Union* ». Il résulte de cette disposition que toutes les entités de l'Union européenne, quelle que soit leur appellation, sont soumises au plein et entier respect de la Charte. Il n'y a là rien de bien étonnant dès lors que l'art.6, § 1 TUE dispose lui-même que l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte. Cette opposabilité totale de la Charte aux entités de l'Union européenne se situe par ailleurs dans le prolongement d'une jurisprudence bien établie de la CJUE soumettant au contrôle de cette dernière le respect, par l'Union et ses entités, des droits fondamentaux qui font partie des principes généraux du droit de l'Union[854]. Cependant, les méfiances politiques à l'égard du risque d'une extension des compétences étaient telles que la clause relative à la sauvegarde des compétences communautaires n'a pas seulement introduite dans la Charte, mais qu'elle figure à deux reprises à l'art. 6 du traité de Lisbonne, sans tenir compte d'une déclaration tchèque dans le même sens. Les arrêts Laval et Viking[855] de la CJUE devraient cependant rassurer les esprits. Ces affaires mettaient en cause les rapports entre libre prestation de services, liberté d'établissement et droit de grève. Or, l'ex 'art. 137 CE (art. 153 TFUE) exclut expressément le droit de grève des compétences communautaires. Cela impliquait-il

[854]A.Bailleux, S.van Drooghenbroeck et X. Delgrande, « La Charte des droits fondamentaux, Invocabilité, interprétation, application et relations avec la Convention européenne des droits de l'homme », in Les Innovations du traité de Lisbonne, Incidences pour le practicien, N.de Sadeleer, H. Dumont, P.Jadoul et S. van Drooghenbroeck (dir), Bruylant, Bruxelles, 2011, p.260

[855] CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti., aff. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 et CJUE, 18 décembre 2007, Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet, aff.C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

que la CJUE puisse faire abstraction de ce droit ? Tel n'a pas été le cas puisque la Cour rappelle que *« s'il est vrai que, dans ces domaines que ne relèvent pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire….Par conséquent, la circonstance que l'art. 137 CE ne s'applique pas ni au droit de grève ni au droit de lock-out n'est pas de nature à soustraire une action collective telle que celle en cause au principal à l'application de l'art. 43 CE* [856].» Il est vrai qu'en l'espèce, il s'agissait moins de protéger un droit fondamental que d'établir dans quelle mesure un droit fondamental pouvait limiter une des libertés établies par le traité. Mais le lien entre droit et compétence est brisé. Cette rupture n'est pas nouvelle. Elle était déjà manifeste lorsque, dans l'arrêt Grant, la Cour constatait que *« si le respect des droits fondamentaux (….) constitue une condition de la légalité des actes communautaires, ces droits ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté*[857].»

Par contre, l'existence d'un droit reconnu au niveau de l'Union n'autorise pas la Cour à appliquer celui-ci hors du champ d'application du droit de l'Union[858]. Ainsi bavant même l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour avait refusé d'appliquer le principe de non-discrimination à une situation interne belge discriminant entre Wallons et Flamands qu'elle déclarait cette même législation flamande contraire au droit communautaire dès lors qu'elle s'appliquait aux travailleurs communautaires ayant exercé leurs droits à la libre circulation[859].

---

[856] CJUE, 18 décembre 2007 , Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet, aff.C-341/05, Rec. 2007 I-11767, Voy aussi CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers'Federation, Finnish Seamen's Union/ Viking Line ABP OÜ Viking Line Eesti, aff.C-438/05, Rec. I-1079,pt. 87 et 88.

[857]CJUE, 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant /South-West Trains Ltd.,aff. C-249/96,ECLI:EU:C:1998:63, pt. 45.

[858]CJUE, 29 mai 1997, Friedrich Kremzow c. Republik Österreich, aff. C-299/95,ECLI:EU:C:1997:254

[859]CJUE, 01 avril 2007, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand, aff. C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178.

De plus, si l'art. 51, § 1, de la Charte enjoint l'Union et ses entités à *« respecter les droits, observer les principes et en promouvoir l'application »*, il souligne que ces obligations s'adressent à l'Union uniquement dans le respect du principe de subsidiarité *« et dans le respect du principe des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées »*. La raison de cet avertissement apparaît très clairement à l'art.6,§ 1, al. 2 TUE et à l'art. 51,§ 2 de la Charte : le respect de la Charte ne saurait servir de prétexte à une extension des compétences de l'Union européenne[860].

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la CJUE a été amenée à se pencher à plusieurs reprises sur la compatibilité d'un acte de droit dérivé avec une disposition de la Charte. S'il est apparu immédiatement évident que tout acte de droit dérivé de l'Union devait être interprété et appliqué en conformité avec la Charte[861], la question de l'influence de la Charte sur la validité d'un acte dérivé qui lui est antérieurs est quelque temps demeurée délicate. Les juges et leurs avocats généraux évitaient d'aborder de front cette question, l'utilisation de la Charte comme norme de contrôle d'un acte de droit dérivé antérieur étant généralement justifiée-le plus souvent implicitement-par le fait que la disposition concernée de la Charte se contente de codifier un principe général du droit de l'Union et/ou par le fait que le préambule de l'acte contrôlé proclame lui- même la conformité de ce dernier à la Charte[862].

La jurisprudence de la CJUE interprète la notion de *« mise en oeuvre »* de manière relativement large: cette notion ne couvre pas seulement les actes « directs » de mise en oeuvre (par ex. La transposition d'une directive ou la prie d'une décision administrative sur la base d'un règlement), mais aussi les réglementations qui tombent dans le champ d'application du droit de l'Union et qui doivent dès lors respecter celui-ci, ou les réglementations qui servent à mettre en oeuvre les dispositions de l'Union, y compris celles relatives à la protection juridique requise par le droit de l'UE[863]. Dans un arrêt du 9

---

[860] J.P.Jacqué, Back to Philadelphia, RMC, 2002, n° 463, p. 661

[861] CJUE. Concl. De l'AG Kokott, 06 mai 2010, Ole Andersen, aff. C-499/08, non encore publié au Recueil, note n° 58.

[862] CJCE, 27 juin 2007, Parlement. c. Conseil, aff. C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429, pt. 38.

[863] A. Épiney, Le champ d'application de la charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications, Cahiers de droit européen, 2014, N°2, p. 288.

novembre 2010, la Cour de justice semble toutefois s'être clairement prononcée en faveur d'un contrôle plein et entier des actes de droit dérivé antérieurs à l'entrée en vigueur de la Charte à l'aune de celle-ci. Soulignant qu'en vertu de l'art. 6 TUE, la Charte 2 *« a la même valeur juridique que les traités »*, la Cour en a déduit que *« la validité (...) de règlements mis en cause devant elle doit être appréciée au regard des dispositions de la charte[864].»* On ne peut qu'approuver une telle conclusion, qui répond à des conditions de bon sens et œuvre à la sécurité juridique. Dans l'arrêt *Fransson[865],* la CJUE s'exprime d'une manière toute à fait explicite que les droits fondamentaux de l'UE sont applicables dans « toutes les situations régis par le droit de l'UE » et dans les cas où on se trouve dans une situation que la réglementation nationales « entre dans le champ d'application » du droit de l'UE , elle doit respecter les droits fondamentaux de l'UE. L'article 6§1 TUE stipule que « la Charte a la même valeur juridique que les traités » et donc l'applicabilité du droit de l'UE implique celle des droits fondamentaux garantis par la CHDF[866]. La Cour avait pourtant montré, dans l'arrêt N.S[867]., que cette formulation apparemment restrictive n'était pas exclusive d'une conception extensive. En effet, dans cet arrêt, et dans une logique tout à fait comparable à celle de la jurisprudence *ERT*[868], la Cour a estimé que le fait, pour l'État, de déroger à la règle de l'État responsable de l'examen des demandes d'asile au sens du règlement « Dublin II », comme ce règlement le permet, était constitutif d'une « mise en

---

864 CJUE, 09 novembre 2010, Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert contre Land Hessen, aff. C-92/09 et C-93/09 , ECLI:EU:C:2010:662, pts. 45-46.

865CJUE, 26 février 2013, Åklagaren c/Hans Åkerberg Fransson, aff. C−617/10, ECLI:EU:C:2013:105

866 Voir, A. Épiney, Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux: L'arrêt Fransson et ses implications, Cahiers de droit européen, 2014, N° 2, p. 283-293.

867 CJUE, 21 décembre 2011, N.S , aff. jointes C−411/10 et C−493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

868R. Tinière, Application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Chronique « Droits fondamentaux, Annuaire de droit européen, année 2011, Éd. Panthéon-Assas Paris II.

œuvre » du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte[869]. Dans l'arrêt *Julian Hernandez* la Cour a tout d'abord rappelé que le seul fait qu'une mesure nationale relève d'un domaine dans lequel l'Union dispose de compétences ne saurait la placer dans le champ d'application du droit de l'Union et, donc, entraîner l'applicabilité de la charte. Elle a ensuite indiqué que, pour déterminer si une mesure nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter[870].

Si ces divers limites ne feront pas d'office obstacle à toute évolution des compétences ou du champ d'application du droit de l'Union, elles sont à tout le moins susceptibles d'inciter les institutions de l'Union à la prudence dans ce domaine. Ainsi la Commission devra veiller à ne présenter des initiatives législatives en matière de droits fondamentaux que quand le lien avec les compétences de l'Union pourra être établi sans discussion. La Cour de Justice, quant à elle, ne devrait pas faire preuve de beaucoup d'audace lorsqu'elle sera amenée à appliquer les droits fondamentaux de la charte à des situations nationales dont le lien avec le champ d'application du droit de l'Union est fort ténu. Pour rappel, la Cour avait déjà adopté une attitude prudente en refusant de se prononcer sur la légalité, au regard des droits fondamentaux, de la détention d'un citoyen autrichien dans une prison autrichienne, à l'occasion d'une question préjudicielle qui lui avait été adressée dans une affaire pénale. Dans ce cas, alors que Monsieur Kremzow avait été condamné pour meurtre, il prétendait que sa situation entrait dans le champ d'application du droit de

---

[869] S. Platon, La Charte des droits fondamentaux et la « mise en oeuvre » nationale du droit de l'Union: précisions de la Cour de Justice sur le champ d'application de la Charte. RDLF 2013, chron. n°11. http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-charte-des-droits-fondamentaux-et-la-mise-en-oeuvre-nationale-du-droit-de-lunion-precisions-de-la-cour-de-justice-sur-le-champ-dapplication-de-la-charte-commentai/

[870] CJUE, 10 juillet 2014, Julian Hernàndez, aff. C-198/13, EU:C:2014:2055, points 36, 37.

l'Union européenne dans la mesure où sa privation de liberté l'empêchait d'exercer sa liberté de circulation en tant que citoyen de l'Union[871].

En conséquence, il parait absurde d'assimiler le statut juridiquement contraignant de la Charte à une extension insidieuse des compétences de l'Union. La Charte ne peut offrir, par elle-même, une base juridique permettant à l'Union de légiférer. Le fait que certains droits énoncés par la Charte concernent des domaines dans lesquels l'Union n'a pas ou peu de compétence-par l'exemple le droit de grève- n'est pas une contradiction mais illustre plutôt la volonté des rédacteurs d'indiquer clairement que l'Union doit éviter d'interférer indirectement dans l'exercice de ces droits. En pratique, il parait, possible d'arguer, par exemple, que la Charte offre aux États membres une plus grande latitude lorsqu'ils doivent justifier des mesures nationales constituant des restrictions aux quatre libertés de l'Union, comme la libre prestation des services, qui sont motivées par le respect de droits ou principes reconnus par la Charte et sur lesquels l'Union n'a aucune compétence[872]. L'art. 51, § 1, prévoit en outre que la Charte s'applique aux États membres *« uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »*. Cette précision apporte une réponse et un apaisement à des craintes qui se sont manifestées à plusieurs reprises au cours des débats de la convention, crainte que la Charte soit l'occasion de créer de nouvelles obligations à la charge des États membres. Les rédacteurs de la Charte ont retenu la formule la plus restrictive, tout en proposant un assouplissement dans « les explications » au prix d'une certaine dérive dans le vocabulaire. Il est d'abord affirmé qu'il résulte sans ambiguïté de la jurisprudence de la Cour que l'obligation de respecter les droits fondamentaux s'impose aux États membres *« lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union »*. Sont alors cités notamment les arrêts *« Wachauf »* et *« ERT »*[873]. Selon cette

---

[871]E. Bribosia, Le traité de Lisbonne, un pas supplémentaire dans le processus de constutionnalisation des droits fondamentaux », in L'Union Européenne : la fin d'une crise , P.Magnette et A. Weeymebergh (dir), Bruxelles, Édi. de l'Univ. de Bruxelles, Bruxelles,2008, p.188

[872] X.Groussot et L.Pech, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne », Question d'Europe, N°173, Fondation Robert Schmuman, 14 juin 2010, p. 7.

[873] CJUE, 13.07.1989, Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff. 5/88,ECLI:EU:C:1989:321,pt.2609 et CJUE,18 juin1991,ERT,aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, pt..2925.

jurisprudence, le respect des droits fondamentaux s'impose également dans des hypothèses dans lesquelles les États membres dérogent à une liberté fondamentale prévue par le traité.. Mais ensuite est cité dans « les explications » un arrêt du 13 avril 2000 dans lesquels prévoit l'exigence du respect des droits fondamentaux par les États membres *« lorsqu'ils mettent en œuvre »* le droit de l'Union [874], précisant que cette mise en œuvre peut être le fait d'autorités centrales, d'instances régionales ou locales, ainsi que d'organismes publics. Quelles que soient les imperfections de rédaction de l'article de la charte et des explications, il semble que l'interprétation qui doit prévaloir est celle qui reflète la formule la plus traditionnelle utilisée par la Cour qui vise la situation où les États membres *« agissent dans le champ »* du droit de l'Union. Dans l'arrêt *Siragusa* la CJUE a ajouté que, pour déterminer si une réglementation nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si elle a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci ne poursuit pas des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter[875]. Pour ce qui est des États membres, la Cour s'est prononcée, dans le cadre de nombreuses demandes de décision préjudicielle, sur la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union », en fournissant, notamment, une liste d'éléments pouvant être pris en considération pour déterminer si une réglementation nationale relève de cette notion.

S'il ne saurait pour la Cour exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que les droits fondamentaux trouvent à s'appliquer, cette application ne doit compromettre ni le niveau de protection prévu par la Charte des droits fondamentaux, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. Cette définition du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union est corroborée par les explications relatives à l'article 51 de la Charte, lesquelles, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de la Charte, doivent être prises en considération en vue de l'interprétation de celle-ci.

---

[874] CJUE, 13 avril 2000, Kjell Karlsson, aff. C-292/97,ECLI:EU:C:2000:202.

[875] CJUE, 6 mars 2014, Siragusa, aff. C-206/13, EU:C:2014:126, points 24, 25.

Ainsi la Cour a relevé que, lorsqu'une juridiction nationale est appelée à contrôler la conformité avec les droits fondamentaux d'une disposition ou d'une mesure nationale qui, dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux. Toutefois, cette application ne doit compromettre ni le niveau de protection prévu par la Charte des droits fondamentaux, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. Cette définition du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union est corroborée par les explications relatives à l'article 51 de la Charte, lesquelles, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de la Charte, doivent être prises en considération en vue de l'interprétation de celle-ci[876].

Dans l'arrêt du 26 février 2013 Fransson, le litige opposait l'Åklagaren (ministère public suédois) à M. Åkerberg Fransson, au sujet des poursuites diligentées contre celui-ci pour fraude fiscale aggravée[877]. Le juge de renvoi s'était interrogé sur le fait de savoir si l'action intentée contre M. Åkerberg Fransson devait être rejetée au motif que, dans le cadre d'une autre procédure, il avait déjà été sanctionné pour les mêmes faits, ce qui pouvait être vu comme contrevenant à l'interdiction de la double peine, énoncée par l'article 4 du protocole no 7 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 50 de la charte. Il a donc notamment posé à la Cour la question de savoir si le principe ne bis in idem énoncé à l'article 50 de la charte s'opposait à ce que des poursuites pénales pour fraude fiscale soient diligentées contre un prévenu, dès lors que ce dernier a déjà fait l'objet d'une sanction fiscale pour les mêmes faits de fausse déclaration. La Cour a relevé, d'abord, en se référant à sa jurisprudence constante sur la portée des droits fondamentaux dans l'Union et aux explications relatives à l'article 51 de la Charte, que les droits fondamentaux garantis par celle-ci doivent être respectés lorsqu'une règlementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union. Il ne saurait donc exister de cas de figure qui relèvent

[876] Voir, en ce sens, voir l'arrêt CJUE, 22 décembre 2010, DEB, C−279/09,ECLI:EU:C:2010:811, point 32, voir aussi CJUE, 6 mars 2014,, Cruciano Siragusa contre Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo, aff C−206/13, ECLI:EU:C:2014:126.

[877] CJUE arrêt du 26 février 2013, Åkerberg Fransson ,C-617/10, EU:C:2013:105

ainsi du droit de l'Union sans que les droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux. Il s'agissait en l'occurrence des sanctions fiscales et des poursuites pénales pour fraude fiscale en raison de l'inexactitude des informations fournies en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA). La Cour a jugé que celles-ci constituent une mise en œuvre de plusieurs dispositions du droit de l'Union relatives à la TVA et à la protection des intérêts financiers de l'Union.

Ensuite, quant au principe ne bis in idem énoncé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, la Cour a relevé qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose successivement, pour les mêmes faits de fraude aux obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, une sanction fiscale et une sanction pénale, dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal. L'appréciation de la nature pénale de sanctions fiscales doit se faire à l'aune de trois critères : la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature mémé de l'infraction et la nature ainsi que le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéresse.

Dans l'arrêt de la Cour du 2 octobre 2018 Ministerio Fiscal, la Cour devait se prononcer sur l'accès des autorités publiques aux données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), et la protection de la vie privée consacré à l'article 7 de la Charte. Dans cet arrêt la Cour conclura que les infractions pénales qui ne sont pas d'une particulière gravité peuvent justifier un accès aux données à caractère personnel conservées par des fournisseurs de services de communications électroniques dès lors que cet accès ne porte pas une atteinte grave à la vie privée[878].

En revanche, la Cour rappellera qu'elle ne peut apprécier, au regard de la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l'Union. En revanche, dès lors qu'une réglementation entre dans le champ d'application de ce droit, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à

[878] CJUE, 2 octobre 2018, Ministerio Fiscal, aff. C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788. Voir aussi CJUE, 26 juillet 2017, Avis 1/15 (Accord PNR UE-Canada), du 26 juillet 2017, EU:C:2017:592, points 124 et 126.

l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect.

Ainsi la première étape de l'examen de la Cour va être de vérifier si à l'invocation d'un droit contenu dans la charte correspond bien un champ de compétence attribué dans le Traité à l'Union européenne[879].

La Charte est applicable à un litige qui concerne une personne ayant fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur la religion dans le cadre de l'accès à un emploi, consacre, à son article 47, le droit pour les justiciables à une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent du droit de l'Union[880].

Elle a jugé également que l'article 51, paragraphe 1, de la charte doit être interprété en ce sens qu'un État membre met en œuvre le droit de l'Union, au sens de cette disposition, et que, dès lors, la charte est applicable, lorsqu'il prévoit dans sa législation une sanction pécuniaire à l'égard d'un administré qui refuse de fournir des informations dans le cadre d'un échange entre autorités fiscales, fondé notamment sur les dispositions de la directive 2011/16/UE. Pour la Cour, à partir du moment où il s'agit d'une mise en œuvre du droit de l'Union car la directive 2011/16/UE impose certaines obligations aux États membres, la Charte est invocable[881].

Dans un autre arrêt, elle a considéré au regard de la situation de requérant roumains dans le cadre de l'application d'un protocole conclu en 2009 entre l'Union et la Roumanie et d'une décision du Conseil (Décision 2009/459/C), tel que cela est prévu à l'article 149 TFUE que la Charte était invocable. Elle a considéré que la Charte était applicable d'une part, parce que lorsqu'un État membre adopte des mesures dans le cadre du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par un acte du droit de l'Union, il doit être considéré comme mettant en œuvre ce droit, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la charte et d'autre part, parce que les objectifs fixés dans la décision et ceux fixés par le protocole étaient suffisamment

[879] Voir par exemple CJUE, 11 avril 2013, Edwards et et Pallikaropoulos, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221qui portait sur un problème environnemental

[880] Voir, en ce sens, arrêt CJUE, 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund, C−682/15, EU:C:2017:373, point 50, voir également CJUE, 17 avril 2018, Vera Egenberger contre Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, affaire C−414/16, EU:C:2018:257

[881] CJUE, 16 mai 2017 (grande chambre), Berlioz Investment Fund, aff. C-682/15, EU:C:2017:373, points 32-42.

détaillés et précis pour permettre de considérer que l'interdiction de cumul découlant de la loi nationale en cause visait à mettre en oeuvre ce protocole et cette décision, et, partant, le droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la charte. Par conséquent, les articles 51 et 17 (droit de propriété) étaient bien applicables au litige.

De même, dans l'arrêt du 30 avril 2014, Pfleger[882], la Cour a considéré que les jeux de hasard (machines à sous) et les législations nationales qui les réglementent, pouvaient être examinés à l'aune de la libre prestation de service et qu'à ce titre la charte étaient également invocable. Pour la Cour en effet, lorsqu'il s'avère qu'une réglementation nationale est de nature à entraver l'exercice de l'une ou de plusieurs libertés fondamentales garanties par le traité et qu'un État membre invoque des raisons impérieuses d'intérêt général pour l'expliquer, elle ne peut bénéficier des exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier cette entrave que dans la mesure où cela est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Cette obligation de conformité aux droits fondamentaux relève à l'évidence du champ d'application du droit de l'Union et, en conséquence, de celui de la charte. Par conséquent, l'emploi, par un État membre, d'exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier une entrave à une liberté fondamentale garantie par le traité doit, dès lors, être considéré comme « mettant en œuvre le droit de l'Union », au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte[883].

De même, dans deux arrêts concernant la libre circulation des personnes (article 20 TFUE) et les droits attachés à la citoyenneté européenne, la Cour a considéré que l'article 20 TFUE n'affectait pas la possibilité pour les États membres d'invoquer une exception liée, notamment, au maintien de l'ordre public et à la sauvegarde de la sécurité publique. Mais que dans la mesure où les deux situations en cause relevaient du droit de l'Union, l'appréciation, par les juridictions de renvoi, de ces situations devait tenir compte du droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est énoncé à l'article 7 de la charte, et qu'en outre, dans la mesure où il s'agissait d'enfants, cet article devait être lu en

[882] CJUE, 30 avril 2014, Pfleger e.a., aff. C-390/12, EU:C:2014:281

[883] Voir également pour le libre établissement, CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972

corrélation avec l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24, paragraphe 2, de la Charte[884].

Ne relève pas en tant que telle du champ d'application du droit de l'Union, et donc de celui de la Charte, une action en justice bien qu'elle soit destinée à obtenir l'application éventuelle du droit de l'Union. La Cour ne se considère pas compétente pour interpréter l'article 47 de la Charte relatif au droit à une protection juridictionnelle effective[885], la Cour a eu l'occasion d'apporter des précisions sur le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux dans le cadre d'un renvoi préjudiciel portant sur l'article 20 de celle-ci ainsi que sur la directive 2008/94 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Dans cet arrêt, elle a souligné que, pour qu'une règlementation nationale soit considérée comme mettant en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, un rattachement doit exister entre un acte du droit de l'Union et la mesure nationale en cause, lien qui dépasse le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre. Le seul fait qu'une mesure nationale relevé d'un domaine dans lequel l'Union dispose de compétences ne saurait la placer dans le champ d'application du droit de l'Union et, donc, entrainer l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux. Ainsi, afin de déterminer si une mesure nationale relevé de la mise en œuvre du droit de l'Union, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la règlementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette règlementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, et enfin s'il existe une règlementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter.

Dans sa réponse à plusieurs questions préjudicielle, la Cour indique que lorsque la décision de renvoi ne contenait aucun élément permettant de considérer que le litige au principal

[884] CJUE, 13 septembre 2016, Rendón Marín, aff. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675, points 74-81, 85 et arrêt CJUE, 13 septembre 2016, CS, aff. C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674, points 29-33, 36, 48.

[885] CJUE ord., 27 mars 2014, Torralbo Marcos, aff. C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187 et CJUE, 10 juillet 2014, Julian Hernández e.a., aff. C-198/13, EU:C:2014:2055.

concernait l'interprétation ou l'application d'une règle du droit de l'Union autre que celles figurant dans la charte, elle ne pouvait se considérer comme compétente pour répondre[886].

En vertu d'une jurisprudence constante, lorsqu'une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour se déclare non compétente et que les dispositions de la charte éventuellement invoquées ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence[887].

La difficulté vient moins aujourd'hui de ce relatif flou rédactionnel que de la complexité du système de répartition des compétences entre les États membres et l'Union lorsque l'on entre dans le champ de la mise en œuvre, et de l'imprévisibilité de la jurisprudence de la Cour qui peut légitiment inquiéter les États[888]. Certains on déduit de la formulation de l'art. 51 qu'elle enjoignait la CJUE à faire marche arrière et à limiter son contrôle aux seuls actes nationaux qui exécutent ou transposent une mesure de droit dérivé[889]. La plupart des auteurs, cependant, s'accordent à dire que cette formulation maladroite n'entend pas revenir sur les acquis jurisprudentiels et autorise la Cour à contrôler toute action des États membres qui se situe dans le champ d'application du droit de l'Union[890]. Confrontée à des domaines que l'on n'imaginait pas à l'origine devoir relever un jour du champ du droit de l'Union (droit de la famille, nom patronymique, etc.), la Charte peut avoir des effets imprévisibles. Une observation s'impose à propos de la rédaction de cet article dont la substance a assez facilement recueilli l'assentiment des membres de la convention. La limitation du champ d'application de la charte concernant les États aurait pu venir plus tôt (reproche formulé du gouvernement suédois) ; en effet, on égrène cinquante articles qui

---

[886] CJUE, 2 juillet 2015, Gullotta et Farmacia di Gullotta Davide & C. aff. C-497/12, EU:C:2015:436 et CJUE, 4 octobre 2012, ordon. Pelckmans Turnhout, aff. C-559/11, EU:C:2012:615 ou encore CJUE, 11 décembre 2014, ordonnance, Stylinart, C-282/14, EU:C:2014:2486.

[887] CJUE, 1er décembre 2016, Daouidi, aff. C-395/15, EU:C:2016:917, voir aussi CJUE, 21 février 2013, Ajdini, aff. C-312/12, EU:C:2013:103 ou encore CJUE, 25 février 2016, Aiudapds, aff. C-520/15, EU:C:2016:124, CJUE, 7 septembre 2017, Demarchi Gino, aff. C-177/17 et C-178/17, EU:C:2017:656.

[888] J.Dutheil de la Rochère, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Jurisclasseur Europe Traité, 2 février 2010, p. 48

[889] F.Picod, Article II-III, in Traité établissant une Constitution pour l'Europe, tome 2, L.Burgorgue-Larsen, A.Levade et F.Picod (dir.), Burylant., Bruxelles, 2005, p. 651

[890] E. Bribosia, O de schutter, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne , *J.T,* 2001, p. 283.

touchent des questions très diverses, dont certains plus proches des compétences des États membres que des compétences de l'Union, pour déclarer seulement à la fin que les États membres en sont concernés que pour autant qu'ils interviennent dans la mise en œuvre du droit de l'Union[891]. D'ailleurs dans l'arrêt *Torralbo Marcos*, concernant un requérant demandant, devant la juridiction de renvoi, l'exécution du contrat de transaction qu'il avait conclu avec la société défenderesse, qui l'avait licencié. Or, cette société défenderesse faisait l'objet d'un plan de redressement. La Cour a indiqué que le droit de l'Union ne comporte aucune réglementation spécifique en la matière ou susceptible d'affecter une telle réglementation nationale. La situation en cause ne relevant ainsi pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour s'est reconnue incompétente pour répondre à la demande de décision préjudicielle[892].

La Commission européenne développera son approche préventive en rappelant, le cas échéant, aux autorités en charge de la transposition des législations d'obligation de respecter la Charte dans la mise en œuvre de la législation concernée et en les assistant dans le cadre notamment des comités d'experts chargés de faciliter la transposition des directives[893]. Par exemple, l'importance du respect de la Charte, en particulier des droits de l'enfant, a été soulignée dans le groupe d'experts qu'elle a établi pour suivre la transposition de la directive 2008/115/CE ou encore dans le cadre du comité sur la décision-cadre 2008/919/JHA qui amende la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme.

Lorsqu'un État membre ne respecte pas les droits fondamentaux lorsqu'il met en œuvre le droit de l'Union, la Commission, en tant que gardienne des Traités, dispose de pouvoirs propres pour essayer de mettre fin à cette infraction et peut, le cas échéant, saisir la Cour de Justice (recours en manquement). Pour que la Commission puisse intervenir, la situation en cause doit présenter un élément de rattachement avec le droit de l'Union. L'existence

---

[891] J.Dutheil de la Rochère, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne , *opt.cit,* p. 49

[892] CJUE, 27 mars 2014, Torralbo Marcos, C-265/13, EU:C:2014:187, points 28-30, 32, 43 et disp .

[893] Communication de la Commission européenne, Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne, COM (2010) 573 final, Bruxelles, 19.10.2010, p.10.

d'un élément de rattachement avec le droit de l'Union dépend de chaque situation concrète en cause.

La Commission est déterminée à utiliser tout les moyens à sa disposition pour assurer le respect de la Charte par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Elle lancera chaque fois que cela est nécessaire des procédures d'infraction contre les États membres pour non respect de la Charte dans la mise en œuvre du droit de l'Union[894]. Les infractions qui soulèvent des questions de principe ou qui ont des conséquences négatives particulièrement importantes pour les citoyens feront l'objet d'un traitement prioritaire.

L'entrée en vigueur de la CHDF n'a pas fait de celle-ci une deuxième CEDH, liant les États membres dans tous leurs domaines d'action, et ne fait pas de la CJUE une seconde Cour-EDH, liant les États membres dans tous leurs domaines d'actions, à laquelle l'on pourrait via les voies de droit appropriées, s'adresser dès que semble poindre une atteinte à un droit consacré dans la Charte dans quelque matière que ce soit[895]. Si la Charte ne restreint pas le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne vis-à-vis des États membres, elle ne l'étend évidement pas non plus : les plaideurs, tant devant la CJUE que devant le juge national, se devront d'y être particulièrement attentifs.

Mais la Charte ne s'applique pas dans les situations de violations des droits fondamentaux qui ne présentent aucun élément de rattachement avec le droit de l'Union. Les États membres ont leur propres système de protection des droits fondamentaux à travers les juridictions nationales et la Charte ne les remplace pas. Il revient donc aux juridictions nationales d'assurer le respect des droits fondamentaux et aux États membres de prendre les mesures nécessaires conformément à leurs législations nationales et à leurs obligations internationales. Dans de telles situations, la Commission ne dispose pas de pouvoirs pour intervenir en tant que gardienne des Traités.

L'article 7 TUE prévoit un dispositif permettant aux institutions de l'Union d'agir lorsqu'il existe un *risque clair de violation grave ou une violation grave et persistante* par un État membre des valeurs visées à l'art. 2 TUE, qui inclut le respect des droits de l'homme.

---

[894] *Ibid.*

[895] A. Bailleux, S.van Drooghenbroeck et X. Delgrande, La Charte des droits fondamentaux, Invocabilité, interprétation, application et relations avec la Convention européenne des droits de l'homme ,*opt.cit* p. 263.

Introduit par le traité d'Amsterdam puis amélioré par le traité de Nice, le dispositif de contrôle politique du respect de certains grands principes a été repris dans le nouvel article 7 TUE, qui permet au Conseil, à la majorité des 4/5e, après approbation et non plus seulement avis du Parlement, de « constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'art. 2[896].» En cas de violation graves et persistantes, c'est le Conseil européen et non plus le Conseil réuni au plus haut niveau qui peut les constater en statuant à l'unanimité après avoir également obtenu l'approbation du PE. À la suite d'une telle constatation, il appartient au Conseil, statuant à la majorité qualifiée, de décider s'il y a lieu de *« suspendre certains droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil.»* Il s'agit d'un mécanisme politique de dernier ressort qui vise des situations à caractère exceptionnel ayant une dimension systématique et structurelle[897]. Lorsqu'il concerne l'existence d'un risque clair de violation grave de ces valeurs, ce mécanisme peut être initié par une proposition motivée d'un tiers des États membres, du PE, ou de la Commission. Mais le mécanisme mis en place est de nature politique, et non juridictionnelle. L'appréciation portée par le Conseil ou le Conseil européen sur l'existence, respectivement, d'un risque clair de violation grave et persistante des valeurs de l'Union, dont la compétence se limite au respect des seules prescriptions de procédure, ce qui permet d'assurer les droits de la défense de l'État concerné. (art. 269 TFUE). Les notions de risque clair et de violation grave sont d'ailleurs difficiles à cerner et laissent aux instances concernées une grande marge d'appréciation. Le seuil au-delà duquel une violation peut être considérée comme grave est d'application délicate. S'il ne fait guère de doute que l'art. 7 TUE n'a pas vocation à résoudre des cas individuels de violation et qu'il requiert une ou des violations à caractère systématique, les critères que la Commission a tenté de définir restent assez vagues. Selon la Commission, le fait que des couches de population vulnérables (minorités nationales, ethniques ou religieuses, ou

[896] F.Picod, Traité de Lisbonne, libertés et droits fondamentaux, *JurisClasseurs Libertés,* 01.05.2010, p.3.

[897] Communication de la Commission sur l'art. 7 du Traité de l'Union européenne. Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, Com (2003) 606 final, 15.10.2003, p. 6.

population immigrés) soient visées ou que plusieurs valeurs de l'UE soient violées devrait, par exemple, être pris en compte[898].

La CJUE s'est prononcé aussi sur l'application de la CHDF au Royaume-Uni et à la République de Pologne par rapport au Protocole N° 30 concernant l'*opt-out* de ces deux EM. Le protocole n°30 aux traités sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni restreint l'interprétation de la charte par la Cour de justice et les cours nationales de ces deux pays, en particulier en ce qui concerne les droits relatifs à la solidarité (chapitre IV). Dans ce jugement la Cour s'est exprimé que l'art. 1§1 du protocole n° 30 ne dispense pas ces deux EM des obligations qui ont envers le ChDF et leur *opt-out* n'empêche pas leurs juridictions de veiller aux respects de ces dispositions[899]. Pour conclure, le Royaume-Uni et la Pologne n'ont pas obtenu le droit de déroger à la charte. Ils ont obtenu un protocole qui obscurcit plutôt qu'il n'éclaire la manière dont doit être interprétée et appliqué la Charte. Dans cette mesure, on ne saurait totalement exclure que certaines juridictions nationales puissent avoir quelques difficultés à comprendre la portée exacte du protocole. Il convient d'espérer que la Cour de Justice clarifiera le moment venu de l'effet juridique (ou, en l'espèce, son absence) de ce texte « clarificateur ». [900]

L'art. 52, § 2, dispose que *« les droits reconnus par la présente charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites y définies. »* Les explications indiquent, que cette disposition s'applique notamment aux articles du chapitre « Citoyenneté » qui reprennent, parfois à la lettre, des dispositions du traité. L'usage de l'adverbe « notamment » conduit à penser que les droits afférents à la citoyenneté ne sont pas seuls concernés. Ce paragraphe précise que ces droits restent soumis aux conditions et limites applicables au droit de l'Union européenne sur lequel ils sont fondés et qui sont

---

[898] H. Schmitt von Sydow, "Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'art. 7 du traité UE », *RDUE, n°2/2001,*p. 295

[899] CJUE, 21 décembre 2011, N.S , aff. jointes C−411/10 et C−493/10, ECLI:EU:C:2011:865, point.116, 119, 120, 122, disp. 4.

[900]X.Groussot et L.Pech, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne , *Question d'Europe, N°173*, Fondation Robert Schmuman, 14 juin 2010, p. 10.

prévus dans les traités[901]. De fait, à lire l'ensemble des dispositions de la charte et les explications y afférentes, on y observe que les renvois au droit originaire ou dérivé de l'Union sont nombreux, précisant les sources d'inspiration, conditions de mise en œuvre et limites des droits reconnus dans la charte. Or selon les explications afférentes à l'art. 52, § 2, les droits reconnus par la charte sont soumis aux conditions et limites du droit de l'Union tel que repris dans les traités. Cela signifie en somme que c'est l'ensemble de l'acquis communautaire et du droit de l'Union qui doit être pris en considération. Il résulte clairement de cette clause de renvoi que chaque article de la Charte « répétant » des droits découlant du traité sur l'Union et du traité sur le fonctionnement de l'Union doit être lu et interprété comme subordonné à ces derniers[902]. Cette disposition, qui a parfois été décrite comme un frein au développement des droits consacrés dans la Charte, doit être considérée de manière positive comme une garantie de cohérence et d'harmonie entre les droits reconnus sur plusieurs fondements. On songe en particulier aux droits relatifs à la citoyenneté ou encore droits relatifs à l'égalité qui trouvent déjà un fondement dans les traités institutifs[903]. L'art. 52, initialement consacré à la « *portée des droits garantis* », est un de ceux qui a été le plus remanié lors de la convention chargée de l'élaboration d'une Constitution pour l'Europe. Sous le titre « *Portée et interprétation des droits et principes* », cet article d'une part des limites susceptibles d'être apportées aux droits reconnus, d'autre part de l'articulation de la charte avec les autres ressource et des conditions d'interprétation. On notera que la clause plancher de l'art. 53, relatif au niveau de protection, aborde la même question en termes de principe. L'art. 52 dans ses paragraphes 2 à 7 - les quatre derniers paragraphes ayant été ajoutés dans la version 2004 de la charte, confirmée en 2007 - retient une approche plus technique. Comme l'indiquent les explications, *« l'objet de l'article 52 et de fixer la portée des droits et des principes de la charte et d'arrêter des règles pour leur interprétation. »*

---

[901] F.X Priollaud et D.Siritzky Le traité de Lisbonne, Texte et Commentaire article par article des nouveaux traités , *opt.cit,* p. 481.

[902] A. Berramdane, "Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE,* mars 2009, p.445.

[903] F. Picod, "Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué,* Dalloz, Paris, 2010, p.542.

L'article 52 s'attache plus précisément dans deux paragraphes qui n'ont pas été modifiée par rapport à la rédaction initiale en 2000- à la question particulièrement délicate, parce que les champs matériels se recouvrent très largement, de l'articulation entre la charte et les traités (art. 52/2), de l'articulation entre la Charte et la CEDH (art. 52/3).

Concernant les droits garantis par la CHDF, qui s'adressent aussi aux EM, uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'UE, les EM ont transféré à l'UE des compétences dans des domaines précis. Ça veut dire que l'UE ne peut pas légiférer dans les cas où elle n'a pas de compétences, puisque cela dépend des compétences des juridictions nationales et européennes et aux relations que ces derniers entretiennent entre elles. La CJUE a affirmé que les droits fondamentaux s'adressaient aux EM et s'appliquent à des réglementations nationales « dès lors qu'une telle réglementation entrait dans le champ d'application du droit communautaire. »

Concernant les actes du droit de l'Union, la Cour a effectué un contrôle à l'aune des droits fondamentaux dans sa jurisprudence portant sur la validité de certains actes du droit dérivé et elle a précisé que des actes, tels que les directives du droit de l'Union, doivent nécessairement être interprétés à la lumière des droits fondamentaux. En application de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, l'Union peut accorder une « protection plus étendue » que celle résultant de la CEDH, en ce qui concerne l'ampleur et l'intensité du contrôle juridictionnel des décisions.

En ce qui concerne l'application de cet article, la Cour a jugé, dans son arrêt Melloni, que cette disposition devait être interprétée en ce sens que l'application des standards de protection des droits fondamentaux consacrés par l'ordre constitutionnel d'un État membre était exclue dès lors qu'elle compromet « la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » sur le territoire de cet État.

Dans l'arrêt de 2013 Melloni[904], la Cour a eu l'occasion, pour la première fois, de se prononcer sur l'interprétation de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux. Cette disposition prévoit que la Charte ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux reconnus, entre autres, par les Constitutions des États membres.

[904] CJUE, arrêt du 26 février 2013, Melloni affaire C-399/11, pt 17.

Dans cette affaire, qui avait son origine dans une demande de décision préjudicielle de la Cour constitutionnelle espagnole portant sur l'exécution d'un mandat d'arrêt européen en vertu de la décision-cadre 2002/584, la Cour a relevé que l'article 53 de la Charte ne permet pas à un État membre de subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par sa Constitution. Certes, ledit article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, les autorités et juridictions nationales peuvent appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte des droits fondamentaux ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. Toutefois, la décision-cadre procédé à une harmonisation des conditions d'exécution d'un mandat d'arrêt européen en cas de condamnation par défaut. Par conséquent, permettre à un État membre de se prévaloir de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux pour subordonner la remise d'une personne à une condition non prévue par-là décision-cadre aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette dernière, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles qu'elle tend à conforter et, des lors, à compromettre son effectivité[905].

De même, la Cour a précisé que l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui permet de diligenter des poursuites pénales pour omission de verser la taxe sur la valeur ajoutée, après le prononcé d'une sanction fiscale définitive pour les mêmes faits, lorsque cette sanction a été infligée à une société ayant la personnalité morale tandis que lesdites poursuites pénales sont engagées contre une personne physique[906].

De même, la Cour refuse de consacrer l'invocabilité d'exclusion d'une disposition de la Charte dans un litige horizontal, ou même l'effet combiné de la Charte (article 27) et d'une directive dans ce cadre (CJUE, arrêt de la Grande Chambre, 15 janvier 2014, aff.

---

[905] Voir également CJUE 8 septembre 2015, Taricco e.a. aff. C−105/14, EU:C:2015:555.

[906] CJUE 5 avril 2017, Procédures pénales contre Massimo Orsi et Luciano Baldetti, aff. jointes C-217/15 et C-350/15, ECLI:EU:C:2017:264.

C-176/12, Association de médiation sociale). Il s'agissait d'un litige devant la Cour de cassation française opposant un employeur, l'Association de médiation sociale (AMS), à l'Union locale des syndicats CGT ainsi qu'à une personne désignée en tant que représentant de la section syndicale créée au sein de l'AMS. Cette association avait décidé de ne pas procéder à l'élection du délégué du personnel en considérant que, conformément au code du travail français, les travailleurs titulaires de contrats de professionnalisation (« contrats aidés») devaient être exclus du calcul des effectifs pour la détermination des seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel et que, pour l'AMS, ces seuils n'étaient donc pas atteints. La Cour a jugé que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2002/14/CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale qui exclut les travailleurs titulaires de contrats aidés du calcul de ces seuils. Toutefois, elle a précisé que cette disposition, même si elle remplit les conditions requises pour produire un effet direct, ne saurait trouver application dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers, même dans une hypothèse d'exclusion du droit national (en l'occurrence incompatibilité de la loi de transposition avec la directive). Conformément à sa jurisprudence, la Cour a précisé que dans ce cas, en cas de dommage, la responsabilité de l'État pouvait être mise en cause[907].

Dans un autre arrêt, la Cour a jugé, à propos du principe de l'application de la loi pénale la plus douce, que, selon l'article 6 TUE et l'article 49 de la charte des droits fondamentaux, l'adhésion d'un État à l'Union ne faisait pas obstacle à ce qu'un autre État membre puisse infliger une sanction pénale à des personnes ayant commis, avant cette adhésion, le délit d'aide à l'immigration illégale en faveur de ressortissants du premier État. En effet, une législation pénale sanctionnant, conformément à la directive 2002/90 et la décision-cadre 2002/946 le territoire de cet État. Le simple fait que, après leur entrée illégale, ces immigrants sont devenus citoyens de l'Union n'est pas susceptible d'influencer le déroulement des procédures pénales ouvertes contre ceux qui ont apporté une aide à l'immigration illégale[908].

La Cour exige aussi ce respect des législateurs de l'Union : saisies de la constitutionnalité des lois nationales de transposition de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et

[907] CJUE, 19 novembre 1991, Francovitch et Bonifaci /Italie, C-6/90 et C-9/90, EU:C:1991:428

[908] CJUE, 6 octobre 2016, Paoletti e.a., aff. C−218/15, EU:C:2016:748

du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE (JO L 105, p. 54), les juridictions constitutionnelles irlandaise et autrichienne ont interrogé la Cour de justice sur la validité de cette directive en raison de la possibilité de conservation de certaines données personnelles qu'elle prévoit. Après avoir constaté une ingérence du législateur européen dans le respect des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux susceptible d'être justifiée par l'objectif de lutte contre la criminalité et de sécurité publique, la Grande chambre estime cette atteinte disproportionnée notamment en raison de la trop grande généralité de la possibilité de conserver ces données et d'y avoir accès. Elle rejoint ainsi bon nombre de juridictions constitutionnelles nationales qui avaient effectué le même constat à propos des lois de transpositions de cette directive[909]. L'obligation pour la Cour d'établir un équilibre entre différents intérêts en présence liés à l'application des droits fondamentaux avait déjà été examiné par la Cour[910].

La Cour met donc en balance des droits fondamentaux concurrents que les parties tirent des dispositions du traité FUE ou de la Charte et dans le cadre du contrôle qu'elle doit effectuer, elle se doit de s'assurer que le principe de proportionnalité est bien respecté.

Cette appréciation sera confirmée pour la Charte, notamment dans l'arrêt Pfleger du 30 avril 2014[911],étaient en cause quatre litiges ayant en commun le fait que, à la suite de contrôles effectués dans différents lieux en Autriche, des machines à sous, considérées comme ayant servi à l'organisation de jeux de hasard interdits, avaient été saisies à titre provisoire. En effet, ces machines auraient été exploitées sans autorisation préalable des autorités administratives, condition requise par loi fédérale autrichienne sur les jeux de hasard. La juridiction autrichienne (Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich), saisie de ces litiges, a interrogé la Cour sur la compatibilité de ce régime avec la libre prestation des services garantie par l'article 56 TFUE, ainsi qu'avec les

[909]CJUE, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland Ltd aff. C-293/12 et Kärntner Landesregierung, aff .C-293/12,ECLI:EU:C:2014:238 .

[910] Voir, en ce sens, les arrêts CJUE,12 juin 2003, Schmidberger, aff. C−112/00, EU:C:2003:333, points 77 à 80, ainsi que CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, aff. C−438/05, EU:C:2007:772, points 85 à 89

[911] CJUE, 30 avril 2014 Pfleger, aff. C-390/12, EU:C:2014:281.

articles 15 à 17, 47 et 50 de la charte. La Cour répondra tout d'abord que c'est à l'État membre cherchant à se prévaloir d'un objectif propre à légitimer l'entrave à la liberté de prestation des services qu'il incombe de fournir à la juridiction appelée à se prononcer sur cette question tous les éléments de nature à permettre à celle-ci de s'assurer que ladite mesure satisfait bien aux exigences découlant du principe de proportionnalité[912], et que si au regard de l'application de l'article 56 TFUE, les restrictions aux activités des jeux de hasard peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, telles que la protection des consommateurs et la prévention de la fraude, il doit aussi être interprété « en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui ne poursuit pas réellement l'objectif de la protection des joueurs ou de la lutte contre la criminalité » et ne répond donc pas véritablement au souci de réduire les occasions de jeu d'une manière cohérente et systématique.

Dans l'arrêt de 2018 Egenberger, la Cour précisera qu'au regard de l'effet impératif qu'il déploie, l'article 21 de la Charte ne se distingue pas, en principe, des différentes dispositions des traités fondateurs prohibant des discriminations en fonction de divers motifs, même lorsque de telles discriminations résultent de contrats conclus entre particuliers[913].

L'invocabilité horizontale de la Charte soulève un certain nombre de problèmes. Tout d'abord, l'article 51, paragraphe 1, de la Charte accorde un champ d'application limité à cette dernière puis que, comme on l'a vu, elle s'applique exclusivement aux situations qui relèvent du droit de l'Union. Ensuite, l'article 51, paragraphe 1 s'adresse exclusivement aux organes et aux institutions de l'UE et des États membres, non aux particuliers. Enfin, il découle de l'article 52, paragraphe 5, de la Charte que les « principes » peuvent être invoqués devant les tribunaux uniquement afin de faciliter l'interprétation des actes qui les ont concrétisés ou afin de permettre l'exercice du contrôle de légalité de ces actes. Pour autant, comme nous l'avons aussi étudié, il résulte d'une jurisprudence constante que les

[912] CJUE, 15 septembre 2011, Dickinger et Ömer, aff. C-347/09, EU:C:2011:582, point 54

[913] CJUE, 17 avril 2018,Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, aff. C−414/16ECLI:EU:C:2018:257voir, par analogie, CJUE, 8 avril 1976, Defrenne, aff. 43/75, EU:C:1976:56, point 39 ; du 6 juin 2000, CJUE, 6 juin 2000, Angonese, aff. C−281/98, EU:C:2000:296, points 33 à 36 ;CJUE, 3 octobre 2000, Ferlini, aff. C−411/98, EU:C:2000:530, point 50, ainsi que: CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, aff. C−438/05, EU:C:2007:772, points 57 à 61.

droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union[914].

Dans l'arrêt de la Cour Association de Médiation Sociale (AMS) v. Union locale des syndicats CGT en 2014[915], la réglementation nationale en cause constituant la mise en œuvre de la directive 2002/14, l'article 27 de la Charte (intitulé «Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise»), qui avait été invoquée par les parties avait donc vocation à être appliqué. Mais cet article (qui prévoit que les travailleurs doivent se voir garantir à différents niveaux une information et une consultation dans les cas et les conditions prévus par le droit de l'Union ainsi que par les législations nationales) devait pour être appliqué, être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. La particularité de cette affaire reposait également sur le fait qu'il s'agissait d'un litige entre particuliers, ce qui conduira la Cour à juger que « l'article 27 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, seul ou en combinaison avec les dispositions de 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, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive, telle que l'article L. 1111−3 du code du travail français, est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la Charte ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale ».

Pourtant, elle jugera aussi que lorsque le juge national est appelé à veiller au respect des articles 21 et 47 de la Charte, tout en procédant à une éventuelle mise en balance de plusieurs intérêts en présence, tels que le respect du statut des églises consacré à l'article 17 TFUE, il lui appartient de prendre en considération, notamment, l'équilibre établi entre ces intérêts par le législateur de l'Union dans la directive 2000/78, afin de déterminer les obligations résultant de la Charte dans des circonstances telles que celles en cause au

---

914 Voir CJUE, 26 février 2013, Åkerberg Fransson, aff. C−617/10, ECLI:EU:C:2013:280, point 19.

915 CJUE, 15 janvier 2014, Association de Médiation Sociale (AMS) v. Union locale des syndicats CGT , aff. C-176/, EU :C :2014 :2

principal[916]. Dans cet arrêt, elle prévient le juge national des obligations qui lui incombent, dans le cadre de l'obligation d'interprétation conforme.

Dans les hypothèses d'interprétation conforme, il est tout d'abord préférable que le droit invoqué soit invocable en tant que tel. Ainsi, les article 21 et l'article 47 de de la Charte qui ne doivent pas être précisés par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national peuvent selon la Cour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel. Dans l'arrêt Egneberger, elle remarque en effet que cette interdiction de toute discrimination fondée sur la religion ou les convictions « revêt un caractère impératif en tant que principe général de droit de l'Union. Consacrée à l'article 21, paragraphe 1, de la Charte, cette interdiction se suffit à elle-même pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel dans un litige qui les oppose dans un domaine couvert par le droit de l'Union ». On l'a vu, il n'en est pas de même pour le principe de non-discrimination en fonction de l'âge dans les relations de travail.

Ainsi, même dans l'hypothèse où il n'est pas possible de procéder à une telle interprétation conforme de la disposition nationale en cause au regard de la directive en cause, la Cour indique dans cet arrêt que l'exigence d'appartenance religieuse pour un poste au sein de l'église doit pouvoir être soumise à un contrôle juridictionnel effectif et que cette exigence doit être nécessaire et objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause et être conforme au principe de proportionnalité. La Cour constate que selon la directive, le droit à l'autonomie des églises (et des autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions), d'une part, et le droit des travailleurs à ne pas faire l'objet, notamment lors de leur recrutement, d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions, d'autre part, doivent être mis en balance pour en assurer un juste équilibre.En outre, au regard de l'effet « impératif qu'il déploie, l'article 21 de la Charte ne se distingue pas, en principe, des différentes dispositions des traités fondateurs prohibant des discriminations en fonction de divers

[916] CJUE, 17 avril 2018, affaire C−414/16, Vera Egenberger contre Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, ECLI:EU:C:2018:257, voir, par analogie, l'arrêt: CJUE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C−144/04, EU:C:2005:709, point 76, et CJUE, 23 avril 2015, ord. Commission/Vanbreda Risk & Benefits, C−35/15, EU:C:2015:275, point 31.

motifs, même lorsque de telles discriminations résultent de contrats conclus entre particulier[917].

Le système de protection des droits fondamentaux en Europe est un système de protection qui est composé de plusieurs niveaux, soit au niveau national des EM, de l'UE et du Conseil de l'Europe. Au niveau des droits fondamentaux qui lient les EM lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'UE ou lorsqu'il s'agit d'un acte national présentant d'autres éléments de rattachement avec ce dernier, une marge de manœuvre est accordée aux EM par le droit de l'UE.

II. Articulations de la Charte avec la CEDH.

La CEDH fait l'objet de nombreuses références dans le Traité de Lisbonne. En même temps, la CEDH occupe une position juridique, bien plus importante que d'autres traités (sur les droits de l'homme) alors que la Charte en tant que partie intégrante du droit de l'UE applicable dans les États membres doit avoir la priorité sur le droit de l'UE proprement dit. Ainsi, les ordres constitutionnels des États membres contiennent des sources de protection des droits fondamentaux qui, stricto sensu trouvent leur origine en-dehors de l'ordre constitutionnel national. Tout d'abord, elle demeure l'une des sources de principes généraux du droit. Ensuite, la Charte lui fait tenir la place d'un standard minimum en dessous duquel la protection des droits fondamentaux dans l'Union ne saurait aller (art.53). Mais la Charte a voulu aller plus loin et imposer la cohérence entre la Charte et la Convention afin d'assurer une interprétation identique à des droits similaires. D'où l'art. 52, § 3, qui impose qu'en présence de droits identiques, il leur soit accordé le même sens et la même portée que dans la Convention avec la réserve que la protection offerte par l'Union puisse être plus étendue. Finalement la Charte s'exprime que : *« 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 ceux que le droit de l'Union accorde*

[917] CJUE, 15 janvier 2014, Association de médiation sociale, aff. C−176/12, EU:C:2014:2, point 47

une protection plus étendue. » L'identification de ces droits n'est pas aisée. Ils existent des droits qui sont totalement identiques (art. 2 de la Charte correspond à l'art 2 de la CEDH, l'art. 4 correspond à l'art. 3 de la CEDH, l'art. 5, § 1 et 2 correspond à l'art. 4 de la CEDH, etc.), des droits ont un sens plus large que ceux garantis par la Convention et enfin des droits qui, bien qu'identiques, ont un champ d'application plus large (art.12, § 1 de la Charte, correspond à l'art. 11 de à CEDH, mais son champs d'application est plus étendu au niveau de l'UE) comme la règle *non bis in idem* ou le droit des syndicats à l'action collective[918]. La deuxième convention a ajouté dans les explications une référence à l'art. 15 de la CEDH, qui permet à tout État de suspendre la jouissance et l'exercice des droits proclamés en cas de guerre ou de danger exceptionnel menaçant la vie de la nation, conformément à leurs responsabilités reconnues dans l'art.4, § 1, du TUE et dans les art. 72 et 347 du TFUE. Par le renvoi à cet article, les auteurs des explications ont voulu souligner que les États membres conservaient leur responsabilité dès qu'il s'agit de maintien de l'ordre public et de la sécurité intérieure. Il faut cependant immédiatement ajouter que le renvoi à l'art. 15 de la CEDH implique également le renvoi à la jurisprudence nuancée de la Cour-EDH[919]. L'enjeu du débat est important puisqu'il conditionne la reprise ou non de la jurisprudence de Strasbourg par la Cour de Luxembourg. Afin d'éviter des détours de procédure et des contestations des prises de position des deux Cours, il importera de s'assurer d'une interprétation homogène des dispositions communes[920]. Il ne porte pas simplement d'ailleurs sur la définition des droits, mais également sur le régime des limitations puisque le régime prévu par l'art. 52, § 1, n'est pas identique à celui de la Convention. En effet, en cas d'identité entre les droits, le régime de limitation prévu par la Convention s'appliquera. Dans les autres cas, le régime applicable sera celui de l'art. 52 pour autant qu'il ne conduise pas à une protection inférieure à celle prévue par la Convention. La rédaction de l'art. 52 a fait, au sein de la Convention, l'objet de larges débats opposant les partisans de l'autonomie du droit communautaire aux défenseurs d'une application intégrale de la CEDH. Les premiers

---

[918] J.P.Jacqué, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne , L'Europe des Libertés, Rev. d'actualité juridique, n° 26, 2008, p. 9.

[919] J.Dutheil de la Rochère, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *opt.cit,* p. 52.

[920] F.Picod, Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne, *opt.cit*,p. 544

soutenaient que la formule du standards minimum accordé à la Convention par l'art 53 était suffisante tandis que les seconds plaidaient pour l'exercice d'un système unique de protection au niveau européen afin d'éviter que le juge national se trouve dans l'obligation d'appliquer simultanément des normes différentes à un même droit[921]. Un accord n'a pu être qu'au dernier moment. Mais, la question sera en grande partie réglée par l'adhésion de l'UE à la CEDH prévue par l'art. 6, § 2 TFUE. Dans ce cas, le statut de standard minimum de la Convention sera confirmé sous le contrôle de la Cour de Strasbourg. De la même manière, la mention de la Convention comme source des principes généraux du droit perdra son intérêt puisque le juge de Luxembourg devra appliquer directement la Convention. Dans la mesure où le droit de l'Union ne va plus loin que la Convention, le juge appliquera naturellement le droit de l'Union en prenant garde de ne pas violer la Convention. La protection plus étendue des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne ainsi permise par l'art. 52 de la Charte devra être bien comprise. Elle ne peut, être décidée qu'en vertu de conditions spécifiques à l'Union européenne qui justifient un traitement plus protecteur au moyen de textes de droit primaire ou drivé ou, le cas échéant, de la jurisprudence. Pour être durables, de telles avancées ne pourront être décidées qu'à partir d'un socle commun[922]. De sa part, la Cour-EDH s'est exclusivement fondée sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour conforter certains revirements de jurisprudence. Elle considère en effet, que la Charte a permis d'actualiser et de moderniser certains dispositions de la Convention et qu'elle atteste la encore de l'émergence d'un consensus européen nouveau lié à l'évolution de la société qui justifie une interprétation différente de celle qui était jusqu'alors retenue[923]. Ainsi dans l'affaire *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, la Cour-EDH invoque la Charte et la jurisprudence de la Cour de Justice pour modifier sa jurisprudence et appliquer les garanties de l'art. 6 de la CEDH aux mesures provisoires. Pour conforter ce revirement, la Cour renvoie en effet à la formulation très large de l'art. 47 de la Charte qui, contrairement à l'art. 6 de la Convention, ne limite pas le droit à un procès équitable aux contestations sur des « droits et

---

[921] J.P.Jacqué, Le traité de Lisbonne, Une vue cavalière, *RTDE,* 2008, p.448

[922] F.Picod, Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne , *opt.cit*,p. 544

[923] F.Benoit-Rohmer, L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne , *RTDE,* 2011, p. 155.

obligations de caractère civil » ou aux « accusations en matière pénal » et ne revoie pas non plus à des décisions relatives à de telles contestations. Elle se réfère aussi à la jurisprudence de la Cour de Justice selon laquelle les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure, notamment du droit d'être entendu[924]. De même dans l'affaire *G.N.e.a. / Italie*[925], la Cour se fonde sur la charte dont l'art. 21 interdits, entre autres, la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques ou sur un handicap, pour interpréter l'art. 14 de la CEDH et estimer que les caractéristiques génétiques constituent un facteur de discrimination prohibé entre individus. Dans une décision *Peterska/ République tchèque*, elle va plus loin et considère que la Charte peut être utilisée pour compléter la Convention et adapter la liste des motifs des discriminations interdites dressée à l'art.14 de la Convention. La Cour précise qu' *« ainsi, peuvent relever de l'art. 14 également les motifs qui figurent à l'art. 21, § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en sus de ceux énumérés dans la Convention, à savoir les origines ethniques, les caractéristiques génétiques, les conventions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle*[926]*.»* En revanche, la charte elle-même ne fait pas expressément référence à la jurisprudence passée ou à venir de la Cour-EDH. Cependant, sous la pression d'une forte minorité de la convention et des observateurs du Conseil de l'Europe, des garanties ont été donnés. Le préambule indique que la charte réaffirme *« les droits résultant notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »,* et dans l' « explication » qui figure sous l'art. 52, il est indiqué que le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de la CEDH et de ses protocoles, mais aussi par la jurisprudence de la Cour-EDH. Ces propositions doivent être comprises comme une indication renforcée à l'endroit des juges de Luxembourg de tenir compte, comme ils l'ont presque toujours fait, de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[927].

---

924 La Cour-EDH cite à cet égard l'affaire : CJUE, 21 mai 1980, Denilauler/ Couchet Frères, aff. C-125/79, ECLI:EU:C:1980:130, dans laquelle la CJUE avait indiqué que, d'après sa jurisprudence, *« les mesures provisoires rendues sans que la partie contre laquelle sont dirigées ait été appelée à comparaître ne sauraient être reconnues ».*

925 Cour-EDH, 01 décembre 2009, G.N.e.a. c. Italie Req. N° 43134/05

926 Cour-EDH, 04 mai 2010, Peterska c. Républque tchèque, Req. N° 21990/08

927 J.Dutheil de la Rochère, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *opt.cit,* p. 52.

L'art. 52 a été rédigé alors que la perspective de l'adhésion était encore fermée- il perdra de son intérêt lorsque celle-ci sera réalisée. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme devrait conduire à soumettre les différents acteurs de l'Union européenne et des États membres à un double standard de protection, celui du droit de l'Union européenne marqué par une certaine spécificité et celui de la CEDH auquel le premier devrait être conforme. C'est dans un tel rapport de conformité permettant de conférer aux standards de protection de l'Union européenne une légitimité supplémentaire que les droits fondamentaux pourront un « développement durable[928]. »

Ainsi, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union vit avec un système écrit de protection des droits fondamentaux. Cette circonstance ne devrait pas à court terme soulever de grandes difficultés quant au contenu des droits déjà reconnus par la Cour. Par contre, l'apport de la jurisprudence sera important pour clarifier des questions comme celles du champ d'application, du régime applicable aux principes par rapport aux droits, de la portée du protocole d' opting out britannique et polonais ou des rapports avec la CEDH notamment en ce qui concerne le régime des limitations.

Ainsi une lecture combinée de ses articles 52 §3 et 53 suggère en effet qu'indépendamment du contrôle externe et de l'adhésion, la Cour de justice est déjà en vertu du droit primaire de répercuter dans son propre ordre juridique le sens et la portée conférés aux dispositions de la Convention, pour assumer ou maintenir une équivalence des niveaux de protection[929].

Toutefois la CJUE n'est pas restée toujours fidèle à la règle que concernant les dispositions qui sont communes à la CHDF et à la CEDH aussi leur interprétation doit correspondre. Dans l'arrêt *Sky Österreich* [930] la Cour de justice ne prend pas en considération le droit de propriété qui figure dans l'article 17 CHDF et sans aucune référence à l'art.1 Protocole 1 CEDH, mais selon un raisonnement juridique probablement différent que celui qui aurait suivi la Cour-EDH. Ensuite dans l'arrêt *Toshiba Corporation* la Cour a considéré, dans des

[928] F.Picod, Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne, *opt.cit*,p. 544

[929] C. Picheral, Concurrence et parasitisme des standards de protection, dans Questions choisies à la lumière de lavis 2/13 sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1, p.86

[930] CJUE, 22 février 2013, Sky Österreich GmbH contre Österreichischer Rundfunk, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28.

affaires relevant du droit de la concurrence, que l'application du principe ne bis in idem était soumise à la triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé et qu'il y a lieu, dans l'affaire au principal, de constater que, en tout état de cause, l'une des conditions ainsi posées, à savoir l'identité des faits, fait défaut[931], alors que rien laissait présumer que la Cour-EDH pourrait être tenté de minorer la protection des justiciables dans ce domaine-là. Dans ce cas la la CJUE a pu contourner la *« prééminence fonctionnelle [932]»* avec la quelle la CHDF en faisant appel à d'autres sources de protection des droits fondamentaux composant le système de protection du droit de l'Union européenne. La CJUE a du se prononcer suite à l'arrêt *Melloni*[933] sur le niveau de la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE dans le cadre du mandat d'arrêt européen. Le risque de contradiction avec l'art 53 CHDF protégeant le bénéfice du niveau de protection le plus élevé était probable au terme d'un questionnement en trois temps mêlant interprétation du droit primaire et dérivé et appréciation de validité de ce dernier[934]. La Cour de justice a estimé que la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, donne un schéma exhaustif des cas de non-exécution du mandant d'arrêt européen, qui sont examinés uniquement par rapport au niveau de protection requis par la CHDF. Comme dans l'arrêt *Akerberg Fransson* la CJUE a jugé que les droits protégées par la CHDF sont mis en oeuvre strictement que dans le cadre des domaines où s'applique le droit de l'UE. Si le constat d' *« une convergence entre les deux juridictions (...) sur les modalités d'application du principe ne bis in idem en matières fiscales et pénale[935] »* a le mérite de faire pièce à la prétention de certains gouvernements de se retrancher derrière le droit de l'Union pour limiter la portée de l'article 4 Protocole 7

---

[931] CJUE, 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. contre Úřad pro ochranu hospodářské soutěže., aff. C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72, points 97-98.

[932] F. Picod, La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE, in La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne- Entre évolution et permanence, sous la direct. de C. Vial, R. Tinière, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 43 et 55.

[933] CJUE, 26 février 2013, Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal, aff. C−399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

[934] E. Dubout, Le niveau e protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitariste constitutif versus pluralisme constitutionnel, Cahiers de droit européen, N°2, 2013,p.297.

[935] Cour-EDH, 30 avril 2015, Kapetanios/ Grèce, Req. n° 3453/12, 42941/12, 9028/13, point 78.

de la CEDH, il néglige toutefois que ce même arrêt *Åkerberg Fransson* rend la condamnation d'un tel cumul au regard d'un standard national de protection tributaire de l'exigence supplémentaire que « les sanctions restantes soient effectives, dissuasives et prortionnées.[936] »[937]

Partant, la « mission » de formule un standard minimal commun d'applicabilité générale dans tout les États membres, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, ne peut être assumée par le droit de l'Union, elle incombe aujourd'hui à la CEDH et à la Cour-EDH. Par ailleurs tout les États membres connaissent des droits fondamentaux dans leurs ordres juridiques respectifs (et ils y sont tenus, puisqu'ils doivent respecter les valeurs énoncées à l'art. 2 TUE, en vertu de l'art. 49 TUE.[938])

On peut même constater que après l'année 2015 il y a une stabilisation de l'utilisation de la CHDF par la CJUE mais qui semble laisser plus de place au droit de la CEDH que durant les années précédentes. Dans l'arrêt *WebMindLicenses*[939] dans le cadre de la protection des droit des données personnelles la CJUE a souligné que les interceptions de télécommunications ainsi que les saisies de courriels électroniques constituent des ingérences dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, si bien qu'elles doivent être prévues par la loi et mises en œuvre dans le respect du principe de proportionnalité. Dans ce sens la CJUE estime que *« les interceptions de télécommunications constituent des ingérences dans l'exercice du droit garanti par l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH (...) elles constituent également une limitation de l'exercice du droit correspondant consacré à l'article 7 de la Charte.* [940]» Or, c'est notamment sur ce terrain de la protection des données à caractère personnel que la doctrine

---

[936] CJUE, 7 mai 2013, Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10 REC, ECLI:EU:C:2012:340, point 36.

[937] C. Picheral, Concurrence et parasitisme des standards de protection, dans Questions choisies de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau,R.A.E-L.E.A 2015/1,p.87

[938] A. Épinay, Le champ d'application de la charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications,Cahiers de droit européen, 2014, N°2, p. 283.

[939] CJUE, 17 décembre 2015, WebMindLicenses Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832.

[940] *Ibid.* point 71.

avait pu relever à propos des arrêts *Digital Rights Ireland*[941] et *Google Spain* que la Cour développait une conception autonome de ce droit. Visiblement le discours de la CJUE sur son autonomie peut subir des fluctuations.[942]

À la fin de ce chapitre on peut conclure que la Charte des droits fondamentaux reconnaît un ensemble de droits personnels, civils, politiques, économiques et sociaux aux citoyens de l'UE et les inscrit dans la législation de l'UE.

La charte est applicable aux institutions européennes dans le respect du principe de subsidiarité et en aucun cas elle ne peut étendre les compétences et les tâches que les traités leur confèrent. Elle est également applicable aux pays de l'UE lorsqu'ils mettent en œuvre la législation de l'UE.

La signification et le champ d'application de tout droit qui correspond aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme doivent être conformes à ceux définis par celle-ci. À noter que la législation de l'UE peut prévoir une protection plus étendue. Tout droit dérivé des traditions constitutionnelles communes des pays de l'UE doit être interprété conformément à ces traditions.

---

[941] CJUE, 8 avril 2014. Digital Rights Ireland, aff. joint. C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 et CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

[942] R. Tinière, Le rôle de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'avis 2/13: vers un lotus vivendi avec le droit de le Convention? , Rev. De l'Union européenne, N° 600, juillet-août 2016, p. 404.

SECONDE PARTIE

L'ÉLABORATION D'UN SYSTÈME DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX À L'EFFICACITÉ RELATIVE AU NOM DE L'AUTONOMIE.

Les droits de l'homme en général et la CEDH en particulier ont toujours été confrontés à des défis liés aux inévitables contradictions découlant de la nécessité d'imposer des principes mais aussi de tenir compte de la réalité.

Le système de la protection des droits de l'homme suscite certaines difficultés qui mettent en lumière à la fois sa part d'ombre-qui est fort heureusement marginale- et de lumière. Ces difficultés tiennent au système en lui-même, indépendamment de tous facteurs extérieurs: sans doute de tels facteurs ne sont-ils pas totalement neutres, mais ils sont d'avantage un un révélateur que la source. C'est bien en soi que le système génère ces difficultés qui sont donc intrinsèques au mécanisme de protection[943]. On connait les acquis jurisprudentiels, particulièrement important dans ce domaine mais il faut le reconnaître, cette proposition n'a pas l'avantage de l'évidence puisque comme on l'a vu la CEDH n'a pas était la norme prééminente pour la CJUE, d'une intégration explicite dans l'ordre juridique de l'UE. Ce qui peut être analysé comme un facteur de souplesse, a également pour conséquence le développement de jurisprudence contrastée, voire divergente, entre deux Cours européennes qui mettent pourtant en oeuvre la même Convention européenne[944].

Ces préoccupations ne se situent pas véritablement sur un même plan. D'une part, certaines difficultés pourraient être considérées, *a priori*, comme un motif de satisfaction même si des solutions doivent être trouvées pour éviter un dysfonctionnement grave du système: il s'agit de maitriser le succès du système européen de protection afin qu'il puisse durablement donner satisfaction à l'ensemble des citoyens européens. D'autre part, plus inquiétant, il existe en Europe de véritable zones de non-droit: cet état de fait est

---

[943] J-F. Renucci, Traité de droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 58.

[944] J.M Larralde, Convention européenne, des droits de l'homme et jurisprudence communautaire, in L'Union européenne et les droits fondamentaux, Ed. S. Leclerc, J.F Akandji-Kombé et M.J Redor, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.121.

particulièrement inadmissible et des solutions efficaces doivent être rapidement trouvées. Ce sont là des défis majeurs qui sont lancés au droit européen des droits de l'homme[945]. Suite à ces explications on va voir les difficultés à mettre en place l'efficacité d'un système de protection des droits fondamentaux pourvue d'une nature spécifique juridique (1) et les limites d'application de l'efficacité du même système au niveau de l'autonomie procédurale (2).

TITRE I : Le refus de mettre en place un système complet de protection des droits fondamentaux et la nature juridique spécifique de l'Union européenne.

Dès lors, l'Union semble bien avoir vocation, au moins à terme, à protéger les droits de l'homme au même titre et même davantage que les États membres. Pourtant, malgré l'extension progressive de ses compétences, l'UE n'a toujours pas de compétence normative générale en matière de droits de l'homme et le problème posé par la Cour constitutionnelle allemande dans les années 60 n'est pas définitivement résolu, d'une part parce que le droit interne est souvent plus favorable aux droits fondamentaux que ne l'est le droit européen, d'autre part parce que le développement de la coopération intergouvernementale aggrave les failles qui existaient déjà dans le contrôle parlementaire sur les actes qui sont issus des institutions européennes[946]. On peut donc avoir quelques doutes quant à la réalité de cette vocation. Ces doutes proviennent essentiellement de deux séries d'éléments:

Le traité de Lisbonne prévoit une base juridique pour l'adhésion de l'UE à la CEDH qui permettra à la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg de contrôler la conformité des actes de l'Union avec la CEDH. Cela contribuera aussi au renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union. Avec le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009, l'Union européenne, suivant le

[945] J-F. Renucci, Traité de droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 58.

[946] M-J. Redor, La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux, in L'Union européenne et les droits fondamentaux, Ed. S. Leclerc, J.F Akandji-Kombé et M.J Redor, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 21-22.

modèle de la Constitution européenne, a placé les droits de l'homme au cœur de son système. Le traité insiste sur le fait que l'Union est fondée sur des valeurs politiques partagées par les États membres, valeurs qui constituent un patrimoine commun qu'ils désirent affirmer et promouvoir. Ces valeurs sont affirmées dès le préambule du traité et explicitées à l'art. 2 du traité de l'Union européenne qui préconise qu'elles doivent s'incarner dans les politiques de l'Union et être respectées tant dans l'action menée par les institutions que dans celle des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Le traité ne donne pas une simple portée rhétorique à l'énumération des valeurs de l'Union puisque le respect et la promotion de ces valeurs est une condition de l'adhésion des nouveaux États membres (art.49 TUE) et que leur méconnaissance peut entrainer les sanctions politiques prévues à l'art. 7 TUE.

Le traité de Lisbonne renforce également le système de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. L'art.6 confère à la Charte la même valeur juridique que les traités en même temps qu'il prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme. Il mentionne également que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Ceux-ci subsistent en tant que source complémentaire pour permettre à la Cour de faire évaluer la protection des droits fondamentaux en tenant compte des changements sociaux au-delà même de ce que prévoit la Charte. Nn même temps qu'il rend possible l'adhésion en lui donnant une base juridique dans les Traités, le Traité de Lisbonne a renforcé la protection des droits fondamentaux qu'assurait la jurisprudence que la Cour de depuis ses arrêts de 1969-1970 du caractère juridiquement contraignant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il ne s'agit pas d'une compétence générale de l'UE en matière de droits fondamentaux, parce que les États membres ont en effet exclu tout impact de l'adhésion sur l'allocation des compétences au sein de l'Ut il ne s'agit pas non plus d'une obligation d'adhésion au sens d'un obligation de résultat (nul n'est tenu à l'impossible, en effet), mais uniquement d'une obligation de

négocier une adhésion qui soit conforme aux caractéristiques spécifiques du droit de l'UE[947].

Mais au moment de l'arrivée de la mise en oeuvre de l'adhésion de l'UE à la CEDH on va voir que l'attitude de la CJUE va poser problème par rapport à l'adhésion concernant l'autonomie du droit de l'UE et la sauvegarde de sa primauté au détriment d'un plus haut niveau de protection des droits fondamentaux au sein de l'UE.

De ce qui précède, on peut déduire qu'un accord entre l'Union et une autre organisation internationale, tel que l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention, ne doit pas affecter la répartition interne des compétences ou la répartition des compétences de l'UE. D'une part, cela signifie qu'une juridiction internationale ne doit pas s'immiscer dans la division interne des compétences entre l'Union et ses États membres et, d'autre part, et ce qui est plus pertinent dans le contexte de cette thèse, pour Luxembourg ne souffrira pas qu'une cour internationale, telle que la Cour de Strasbourg, pourrait empiéter sur le droit le plus profond de la CJUE à observer le droit dans l'interprétation et l'application correctes des traités, et ainsi affecter la répartition externe des compétences en les transférant à une autre organisation internationale. Cependant, ce livre a également montré que la relation entre Luxembourg et Strasbourg était une interaction différente et, en quelque sorte, oxymore, comme le suggère le titre de cette section. Dans sa quête d'un catalogue codifié de droits fondamentaux, la CJUE a dû emprunter des droits fondamentaux à la Convention en recourant à ses dispositions explicites et à la jurisprudence de Strasbourg. Cela prouve que la CJUE avait tendance à accepter la Convention comme un instrument à part entière dans le domaine des droits de l'homme, contrairement à son attitude défensive vis-à-vis des autres accords et cours internationales. En revanche, la Cour de Strasbourg a agi avec la plus grande prudence dans le traitement des violations des droits de l'homme relevant du droit de l'Union européenne en accordant à l'Union des privilèges sous la forme de la formule du "Bosphore" de "protection équivalente ». Il reste à voir si cette forme concrète de coopération judiciaire et le respect entre Luxembourg et Strasbourg seront maintenues à l'avenir. En outre, la partie II de ce

[947] S. Besson, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015, 2015 p.432.

livre a montré que le conflit entre l'autonomie juridique de l'UE et la protection effective des droits de l'homme individuels pose essentiellement la question de savoir qui sera le gardien ultime des droits de l'homme au sein de l'Union européenne après l'adhésion. Avec scepticisme, on pourrait également se demander si la Cour de Luxembourg sera subordonnée à la Cour de Strasbourg et si, de ce fait, elle perdra sa compétence de la part de Strasbourg de manière implicite ou même explicite, lesquelles revêtent une importance capitale pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et son intégration simultanée dans le système de protection de la convention. En résumé, les exigences strictes imposées par Luxembourg en matière de droit international et de juridictions internationales eu égard à l'autonomie juridique de l'Union européenne laissent l'autonomie entre l'Union européenne et la CJUE d'un côté et les autres tribunaux internationaux de l'autre avec les quatre impératifs suivants:

-une cour ou un tribunal international ne doit pas avoir le pouvoir de statuer sur la répartition interne des compétences entre l'UE et les États membres.
-les décisions d'une cour ou d'un tribunal international ne doivent pas lier de manière interne la CJUE et les autres institutions de l'Union.
-un accord international ne doit pas altérer le caractère fonctionnel des institutions de l'UE.
-un accord international ne doit pas contenir d'amendements cachés aux traités de l'Union[948].
Si l'un ou plusieurs de ces principes sont enfreints, l'autonomie juridique de l'Union européenne est inévitablement violée.

Ainsi, conformément à l'article 19, paragraphe 1,TUE, à l'article 344 TFUE et à sa jurisprudence respective, la CJUE protégera avec vigilance à la fois l'autonomie juridique de l'Union et sa propre juridiction exclusive contre toute ingérence extérieure. À cette fin, la Cour de Luxembourg vise à limiter le choix et l'utilisation d'autres cours et tribunaux internationaux par les États membres de l'UE et à limiter leurs compétences respectives. Pour cette raison on va étudier d'un côté facteurs d'une efficacité relative du système de protection des droits fondamentaux (1) et d'autre côté le respect des caractéristiques spécifiques de l'UE (2).

---

[948] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, p. 263.

CHAPITRE I. Les facteurs d'une efficacité relative du système de protection des droits fondamentaux.

L'efficacité d'un système de protection des droits fondamentaux dépend non seulement de l'existence d'un catalogue des droits mais aussi des moyens de contrôle – notamment juridictionnels- qui permettent d'assurer le respect de ces droits. Le système de protection dépend d'abord de l'étendue de la juridictionnalisation. La protection dépend de l'existence et de la nature des votes de droit. Il n'existe pas dans l'Union européenne de voies de droit spécifiques pour la protection des droits fondamentaux. La création des voies de droit spécifiques a parfois été envisagée mais jamais été retenue. C'est donc par le biais des voies de droit ordinaires que la protection des droits fondamentaux peut être assurée. La Cour de justice est chargée d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application de chaque traité constitutif[949]. Elle est ainsi investie du monopole de l'interprétation authentique du droit de l'Union européenne qu'elle exerce dans le cadre des différends voies de droit ouvertes devant elle.

En l'absence d'un système particulier de recours pour la protection des droits fondamentaux, celle-ci est conditionnée par l'étendue de la juridictionnalisation de l'Union européenne et par le jeu des différentes voies de droit permettant au juge.[950] Le traité de Lisbonne améliore la protection par l'extension de la juridictionnalisation. Dans la mesure où la Charte est juridiquement contraignante, la Cour de Justice de l'Union européenne veillera à son respect. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. De même dans le cadre de ses relations extérieures, l'Union a pour objectif de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et les principes du droit international. Cet objectif vaut ainsi pour l'ensemble de l'action extérieure de l'Union. Le traité de Lisbonne a prévu une base juridique pour l'adhésion de l'UE à la CEDH qui permettra à la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg

---

[949] J.Rideau et F.Picod, Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne , Litec, Paris, 2e édition, 2002,p. 143

[950] J. Rideau, Accès aux juridictions de l'Union européenne, J-cl. Libertés, 2007, fasc. 400, 402, 404.

de contrôler la conformité des actes de l'Union avec la CEDH. Cela contribuera aussi au renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union. Il a introduit des modifications limitées des voies de droit actuelles[951]. Lorsque le processus d'adhésion se terminera et que l'adhésion deviendra effective, le droit européen des droits de l'homme se trouvera unifier sous l'égide de la Cour européenne des droits de l'homme, qui sera la plus haute juridiction européenne en matière de droits fondamentaux[952].

La question est de savoir s'il faut comprendre la délimitation du champ de protection comme étant le produit du système de l'Union, ou plutôt comme une contrainte externe qui s'impose à lui[953]. Les lacunes du système juridictionnel de l'Union ont déjà été abondamment mises en évidence par la doctrine. La première concerne l'inefficacité des mécanismes de sanctions au sein de l'UE (I) et en second le rejet de l'avis 2/13, où la CJUE s'est exprimé contre l'adhésion de l'UE à la CEDH, au nom du respect de l'autonomie de l'UE et la spécificité de l'ordre juridique de l'UE (II).

SECTION I. Les mécanismes de sanctions en cas de violation des droits de l'homme.

L'État de droit est l'une des valeurs fondamentales sur lesquelles l'UE est fondée selon l'article 2 TUE. *«Le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de la primauté du droit et du respect des droits de l'homme, y compris les droits des personnes appartenant à des minorités»*, sont les valeurs communes des États membres, consacrés à l'article 2 du TUE, sur lequel l'UE est fondé. L'article se réfère

951 J. Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne, R.A.E-L.E.A 2007-2008/2, p. 199-200.

952 A.I Tidjani, L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. De la nécessité au casse-tête, Éd; universitaires européennes, 2017.,p.13

953 E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, Cahiers de droit européen, 2015, N°1,p.107

également à *«une société dans laquelle le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes prévalent».* Le respect et l'engagement envers ces principes sont une condition pour devenir membre de l'Union européenne, conformément à l'article 49 TUE. Mais il n'existe pas dans l'ordre juridique de l'Union, un régime particulier de protection des droits fondamentaux.

Le 9 mai 1950, la déclaration Schuman invitait tous les États européens libres à se joindre au projet d'unification, ce qui impliquait le respect de l'État de droit, un système de gouvernement démocratique et une économie de marché. Les versions initiales des traités présumaient que les États membres se conformaient à ces principes, ce qui est désormais reflété dans l'article 2 du traité UE. L'application de la conformité était néanmoins strictement limitée au champ d'application de la loi de l'UE via les articles 258 et 259 du TFUE, renforcés par l'article 260 TFUE, laissant ainsi le respect des valeurs fondamentales de l'UE presque exclusivement aux soins des systèmes constitutionnels des États membres. Le premier virage vers un rôle plus actif de l'UE à cet égard a eu lieu en 1978 lorsque la Commission a envisagé une proposition de mécanisme de sanctions possible dans le contexte de l'adhésion grecque à venir.

Quelques années plus tard, le projet de traité européen de 1984 du Parlement européen contenait un tel mécanisme pour la première fois. Ce dispositif s'inspire des procédures de suspension – mais pouvant aller jusqu'à l'expulsion -existant dans d'autres organisations internationales, telles que le Conseil de l'Europe[954] ou l'ONU[955]. Une première version en avait été proposée par le Parlement européen dès 1984, dans le projet Spinelli[956].

L'idée de référendum constitutionnel des droits de l'homme qui avait vu le jour de la CIG de 1996-1997 n'a pas abouti. Il en résulte que le contrôle en la matière relève des juridictions européennes ordinaires et selon les voies de droit générales. Cependant, le

---

[954] Art.8 du statut du Conseil de l'Europe.

[955] Art.5 (en cas d'action préventive ou coercitive du Conseil de sécurité contre l'État membre concerné) et 19 (en cas de retard de paiement de sa contribution) de la Charte de l'ONU. L'art.6 permet également l'exclusion en cas de violation persistante des principes de la Charte des Nations unies.

[956] Art. 4.4 et 44 du projet de traité du Parlement européen sur l'Union européenne du 1' février 1984.

traité d'Amsterdam, issu de cette CIG, à défaut à l'époque d'avoir accepté l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, s'est rallié à un dispositif dit « politique »[957] de protection des droits fondamentaux, amélioré ensuite par le traité de Lisbonne. Ultérieurement, mais dans un tout autre objet et pour pallier en partie les lenteurs de l'entrée en vigueur du traité constitutionnel et de la pleine consécration juridique de la CHDF, a été instituée une agence européenne spécialisée dans la question des droits de l'homme.

Au début, l'article 7 du TUE a été incorporé dans le droit de l'UE par le traité d'Amsterdam en tant que mécanisme de sanction (actuel article 7§2 TUE) en cas de violation des principes de l'UE[958]. À l'époque, la perspective d'un élargissement imminent aux pays d'Europe centrale et orientale[959] a joué un rôle important en raison d'une certaine méfiance envers les institutions de l'UE et les États membres concernant les engagements de ces pays aux principes des droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit. En outre, il était prévu de créer un outil pour intervenir chaque fois que les valeurs démocratiques sont menacées par l'un de ses EM[960]. Plus tard, suite à l'affaire Haider en Autriche, le traité de Nice a étendu les dispositions de l'article 7 TUE à des situations présentant un risque manifeste d'atteinte grave, par un EM, aux valeurs de l'UE[961]. Ce mécanisme préventif a été ajouté pour répondre à la nécessité d'une intervention de l'UE avant que les violations ne se produisent (article actuel 7§1 TUE). Enfin, le traité de Lisbonne vient d'introduire certaines modifications à la procédure.

Par la suite, l'UE a systématiquement inclus les «clauses relatives aux droits de l'homme» dans tous les accords d'association et de coopération («Europe») avec les États d'Europe centrale et orientale et les a incorporées dans le cadre de la conditionnalité

---

[957] C.Blumann, L.Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne,LexisNexis,4 éd.Paris,2010,p.143.

[958]La référence aux «valeurs communes» dans le TUE actuel de l'article 2 a été définie comme «principes et droits fondamentaux» dans le traité d'Amsterdam (article 6 [ex-article F]). Le concept de «valeurs communes» est apparu pour la première fois dans le traité de Lisbonne.

[959]W. Sadurski, Adding a Bite to a Bark? A story of article7, the EU enlargement and Jörg Haider». The University of Sydney. Sydney Law School. Legal Studies Research Paper, nr. 1 , 2010,p.2-3.

[960]Idem.p.12

[961]Ibid.

politique de pré-adhésion dans le domaine de la démocratie ,de l'État de droit et les droits de l'homme. Ce changement a été fait pour permettre à l'UE d'intervenir dans une situation similaire à celle de l'Autriche suite à la formation d'une coalition gouvernementale impliquant le parti d'extrême droite de Jorg Haider.

Le traité de Nice a modifié l'article 7 du traité UE permettant à l'Union de réagir face à une menace de violation grave par un État membre des principes énoncés par le paragraphe 1 de l'article 6 TUE[962]. Le traité de Nice a pris acte de ce problème et introduit dans l'article 7 un paragraphe premier nouveau censé faire face à des situations de risque ou de menace et non « d'infractions » établies. Il s'agit d'une procédure simplifiée, qui doit permettre de constater officiellement *« un risque clair de violation grave par un État membre de principes énoncés à l'article 6 »* et le cas échéant de lui adresser, non sans que celui-ci ait pu présenter sa défense, des recommandations. À l'évidence à ce stade, il ne saurait s'agir de mesures contraignantes, non seulement en raison de l'emploi du terme recommandation, de l'absence également de faits avérés, mais aussi en raison de la dissociation opérée par le texte du paragraphe 1 de l'article 7 TUE avec le reste du dispositif. Sur le modèle du précédent autrichien, il peut être demandé à des personnalités indépendantes de présenter un *rapport « dans un délais raisonnable ...sur la situation dans l'État membre en question »*[963]. L'ensemble de ces mesures est adopté par le Conseil statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres sur proposition d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission et après avis conforme du Parlement européen. Dans l'affaire des prisonniers politiques détenus par le gouvernement américain dans des établissements situés dans certains États membres de l'Union, des parlementaires européens ont évoqué l'applicabilité de cette procédure, mais sans suite tangible. Le traité de Nice a en outre étendu la compétence de la Cour à l'article 7 TUE permettant à l'Union européenne de réagir en cas de violation par un État membre des principes énoncés par l'article 6, paragraphe 1, TUE ou de risques de violation graves de ces principes. La Cour peut se prononcer sur les prescriptions de procédure, à la demande

---

[962] J. Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspective ouvertes par le traité de Lisbonne.,R.A.E-L.E.A. 2007-2008/2, p.187.

[963] L'article 7 TUE,§ 1 dans sa version issue du traité de Lisbonne ne reconduit pas cette éventualité.

de l'État membre concerné, dans un délais d'un mois à compter de la date de la constatation du Conseil prévue par ledit article[964].

Ce mécanisme de surveillance et de sanction, conçu à l'origine comme symbolique et surtout destiné aux nouveaux États membres, a pris un aspect plus opérationnel depuis le précédent autrichien[965]. Son déclenchement éventuel à l'encontre de l'Italie de Silvio Berlusconi, un moment évoqué au Parlement européen en 2004, a montré qu'il pourrait aussi toucher les États membres « historiques ».

L'article 7 TUE du traité de Lisbonne reprend l'ex-article 7 TUE et l'art.309 TCE, sans lui apporter de modifications substantielles. Il est quasiment similaire (sous réserve du renvoie des modalités de vote à l'art .354 TFUE) à l'art.I-59 du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce mécanisme de suspension des droits d'un État membre a été introduit par le traité d'Amsterdam. Il démontre que l'obligation de respecter les valeurs de l'Union –dont la définition figurant à l'art.2 TUE est plus large que celle de l'ex-art.6§1 TUE –ne s'arrête pas avec l'adhésion. Elle constitue une obligation permanente, dont la violation peut être sanctionnée (sans aller jusqu'à l'expulsion) au terme d'une procédure complexe et strictement encadrée. Comme ça s'ajoute aux contrôles intérieures un contrôle politique exercé par la Commission, le Conseil et le Parlement. Il s'agit de permettre au Conseil sur proposition de la Commission et après avis du Parlement, de suspendre l'application de certains droits tirés des traités (dont les droits de vote) pour un État membre auteur d'une violation grave et persistante des principes visés par l'article 6 §1 TUE: liberté, démocratie, respect des droits et des libertés fondamentales et État de droit[966]. La question se pose de savoir si les valeurs additionnelles citées au sein

[964] J. Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspective ouvertes par le traité de Lisbonne.,*opt.cit* p.189.

[965] A la suite des élections législatives d'octobre 1999, les conservateurs de l'ÖVP ont formé une coalition de gouvernement avec le parti dirigé par Jörg Haider, le FPÖ. L'arrivée en pouvoir de cette formation populiste a conduit les quatorze autres États membres à suspendre, en février 2000, leurs relations bilatérales (l'ex-art.7 TUE étant inapplicable) avec Vienne. Ces mesures ont été levées le 12 septembre 2000, à la suite du rapport des « trois sages ». Voir F. Fines, De l'influence de la crise autrichienne sur l'avenir de l'Union européenne, in Mélanges en hommage à Guy Isaac, Presses de l'université des sciences sociales, 2004, .105 et s.

[966]J. Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspective ouvertes par le traité de Lisbonne.,R.A.E-L.E.A. 2007-2008/2, p.186

de la seconde phrase de l'article 2, à savoir le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes, sont à considérer comme des valeurs dont la violation (ou le risque de violation) justifie le recours au mécanisme de l'article 7. Une réponse négative semble s'imposer, la normativité de ces valeurs étant, pour la plupart, nulle[967].

Se pose également un problème d'applicabilité. Nombre d'observateurs y ont vu essentiellement une maladroite manœuvre de dissuasion à l'encontre des futurs entrants dans l'Union européenne qui n'auraient pas encore compris toute l'importance que l'Union attache à ses principes démocratiques et philosophiques. La réalité a rapidement démenti ces prévisions. L'arrivée au pouvoir en Autriche d'une nouvelle coalition à laquelle participait un parti d'extrême-droite a fait ressurgir des craintes enfouies dans la conscience collective des peuples européens. Ce gouvernement a fait l'objet de diverses mesures de mise ne garde, telle la limitation de certaines réunions avec des officiels autrichiens. Cependant les sanctions de l'article 7 semblaient disproportionnées. Après diverses péripéties, un comité d'experts indépendants, d'ailleurs constitué dans le cadre du Conseil de l'Europe, a constaté la non-dangerosité en l'état du gouvernement autrichien[968].

À la lumière de cet épisode et d'autres facteurs explorés[969] , la Commission européenne a jugé utile d'adopter en 2014 une procédure pré-article 7 pour lutter contre les menaces systémiques pesant sur l'État de droit dans l'UE. En réponse à la demande expresse des gouvernements de l'UE-28 en 2013[970], les États membres devaient

---

[967] F. Kauff-Gazin, Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne: un bilan contrasté, Dossier-Le traité de Lisbonne:oui, non, mais à quoi?, Europe, N°7, Juillet 2008, p. 43.

[968] F. Fines, De l'influence de la crise autrichienne sur l'avenir de l'Union européenne, dans Cinquante ans de droit communautaire : Mélanges en hommage à G. Isaac, Presses de l'Université de Toulouse, 2004, p.105.

[969] D.Kochenov et L.Pech, « From bad to worse? On the Commission and the Council's rule of law initiatives.", 19 Janvier 2015, http://eulawanalysis.blogspot.fr/2015/01/from-bad-to-wor Conclusions du Conseil sur les droits fondamentaux et l'État de droit et sur le rapport 2012 de la Commission sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se-on-commission-and.html

[970] Conseil de l'Union européenne, Réunion du Conseil Justice et Affaires Intérieures, Conclusions du Conseil sur les droits fondamentaux et l'État de droit et sur le rapport 2012 de la Commission sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Luxembourg, 6 et 7 Juin 2013.

«poursuivre le débat conformément aux traités sur la nécessité et la forme éventuelle d'une méthode collaborative et systématique pour lutter contre la récidive de l'État de droit» (c'est la raison pour laquelle il est à craindre que certains gouvernements nationaux de l'UE se plaignent maintenant que la Commission prenne enfin au sérieux cette question existentielle). Face à ce qui a été décrit comme un nombre croissant de «crises de l'État de droit» [971], un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit a été présenté par la Commission[972]. Ce faisant, la Commission visait à aborder plus efficacement toute situation où «il existe une menace systémique pour l'État de droit» au sein d'un État membre.

Il faut assumer que suggérer que l'introduction d'un nouveau mécanisme suppose implicitement que la «boîte à outils»[973] actuelle de l'UE n'est pas suffisante pour répondre aux défis décrits précédemment. En effet, l'ancien président de la Commission européenne lui-même a appelé à un «ensemble d'instruments mieux développés»[974] qui comblerait l'espace qui existe actuellement entre les pouvoirs d'infraction de la Commission énoncés aux articles 258 à 260 TFUE et l' " option nucléaire "[975] prévue à l'article 7 du TUE. Cette déclaration inutilement alarmiste a été critiqué dans la littérature parce que sa mise en oeuvre ne risquerait pas d'entraîner la disparition de l'Union mais manifestement uniquement la détermination des autres États membres de ne pas tolérer parmi eux un État qui bafoue des valeurs qu'ils considérèrent comme fondamentales pour leur

---

[971] J. Barroso, State of the Union 2012 Address, European Parliament, 12 September 2012, Speech/12/596; V. Reding, 'The EU and the Rule of Law – What next?', 4 September 2013, Speech/13/677. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_en.htm?locale=FR

[972] Commission européenne, Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit, COM(2014) 158 final Strasbourg, 11.3.2014 http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0011.01/DOC_1&format=PDF

[973] D. Kochenov et L. Pech, « Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction ", Fondation Robert Schuman, European Issues, N. 356, 12 Mai 2015.
https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-356-en.pdf

[974] J.Barrosso, Discours sur l'état de l'Union, Parlement européen, 11 septembre 2013
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35437/RSCAS_2015_24.pdf

[975] Ibid.

collaboration[976]. En effet, comme cela sera montré ci-dessous, les deux procédures présentent un certain nombre de défauts, de sorte que l'article 7 TUE n'a jamais été utilisé alors que les pouvoirs d'infraction de la Commission se sont avérés inefficaces pour remédier aux violations systémiques des valeurs de l'UE.

La nouvelle procédure pré-article 7 a été activée pour la toute première fois en janvier 2016 suite au non-respect par les autorités polonaises des décisions importantes de la Cour constitutionnelle polonaise et à l'adoption de nouvelles règles concernant les radiodiffuseurs de service public. Comme ça avait été prédit[977], tout dialogue mou avec les autorités qui cherchaient à saper, voire à complètement démanteler, tous les freins et contrepoids devait échouer et c'est effectivement ce qui s'est passé pour la Pologne. Il devait aussi créer plus d'espace dans lequel les autocrates déterminés du parti au pouvoir polonais auraient plus de temps pour consolider leur pouvoir incontrôlé dans une paix relative. Quoi qu'il en soit, ayant enfin accepté le caractère totalement stérile du dialogue soi-disant constructif avec les autorités polonaises, la Commission européenne a finalement décidé, «avec un cœur lourd», d'activer l'article 7 §1.

Par ailleurs, dans son célèbre Avis 2/13, la Cour de justice a insisté sur le fait que la structure de l'Union *« repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnait que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique te justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les Etats membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les mets en oeuvre [978]».*

Tous ces éléments clés indiquent les difficultés à mettre en œuvre ce mécanisme de sanction dans le droit de l'UE à partir de : son champs d'application (1§), l'efficacité

---

[976] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire? , Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p. 315.

[977] D.Kochenov et L.Pech, « From bad to worse? On the Commission and the Council's rule of law initiatives.", 19 Janvier 2015, http://eulawanalysis.blogspot.fr/2015/01/from-bad-to-wor Conclusions du Conseil sur les droits fondamentaux et l'État de droit et sur le rapport 2012 de la Commission sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se-on-commission-and.html

[978] CJUE, 18 déc 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point. 168.

limitée du mécanisme à produire les effets voulus envers les EM fautifs (2§) et les tentatives de son application en cas de violation grave et non-respect du principe de l'État de droit (3§).

1§. Le champ d'application de l'art 7 TUE.

L'article 7 TUE introduit un mécanisme garantissant la protection de l'UE des valeurs consacrées par l'article 2 TUE avec la mise en place d'un système d'alerte précoce en cas de risque de violation et un mécanisme de sanctions en cas de violation réelle par un EM. Pour activer l'article 7 du TUE, les critères suivants doivent être respectés[979] :

- Pour le mécanisme de prévention: risque manifeste d'atteinte grave aux valeurs mentionnées à l'article 2 TUE.
- Pour le mécanisme de pénalité: une violation grave et persistante des valeurs mentionnées à l'article 2 TUE. Dans ce cas, le risque s'est effectivement concrétisé.

Le manque de précision de la notion de « persistante » n'est pas sans poser problème. Comme l'ont indiqué Bribosia et autres[980], l'on peut s'inspirer de l'arrêt *Commission/ France (fraises espagnoles)*[981]. Dans cet arrêt il s'agit de l'abstention de prendre des mesures suffisantes et appropriées pour empêcher les actes de violence des agriculteurs français contre des camions important des marchandises agricole d'Espagne. La CJUE a décidé que la France était en violation de l'art. 34 TFUE et de l'art 4 §3 TUE parce qu'il y avait une inaction « manifeste et persistante » de sa part pour empêcher les acte d'une telle

[979]Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union européenne. Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, COM (2003) 606 final, Bruxelles, 15.10.2003 http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/FR/ 1-2003-606-FR-F1-1.Pdf

[980] E. Bribosia, O De schutter, T. Ronse et A. Weyembergh, Le contrôle par l'Union européenne du respect de la démocratie et des droits de l'homme par ses États membres: à propos de l'Autriche , J.D.E, 2000/3, p. 62.

[981] CJUE, 9 décembre 1997, Commission des Communautés européennes c. République française, aff. C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595

nature. Par contre dans notre cas, il ne s'en suit pas, qu'une violation de l'art 2 doive durer plus de dix ans pour être considérée comme « persistante »[982].
Deux procédures distinctes sont prévues : la première, à caractère préventif, permet de constater l'existence d'un risque clair de violation grave des valeurs de l'Union ; la seconde vise les situations dans lesquelles une violation grave de ces valeurs est avérée, et peut conduire jusqu'à la suspension des droits d'un État membre.

Encore faut-il que l'on soit en présence d'une violation *« grave et persistante »,* ce qui implique l'entrée intentionnelle et durable de l'État fautif dans une situation de non-droit. Les droits fondamentaux au demeurant n'ont peut-être pas le monopole de cette procédure. L'art.6, §1 recouvre aussi les principes de l'État de droit. Des atteintes graves à l'ordre juridique de l'UE pourraient ainsi justifier le recours aux sanctions. Le non-respect d'arrêts de la CJUE, indépendamment même de la procédure de manquement sur manquement et des sanctions financières sur lesquelles elle peut déboucher, pourrait aussi relever du champ d'application de l'art.7 TUE.

Les sanctions sont prononcées au terme d'une procédure très lourde qui se décompose en deux temps. D'abord, le Conseil réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement, sur proposition de la Commission ou d'un tiers des États membres et après avis conforme du Parlement européen, statue à l'unanimité –moins bien sûr l'État fautif- sur le principe de la condamnation. Ensuite, la prise des sanctions proprement dites, relève du seul Conseil, en formation ordinaire, statuant à la majorité qualifiée, le décompte des voix étant établi sans tenir compte de l'État fautif. Selon la même procédure le Conseil peut modifier, alléger ces sanctions, voire même y mettre fin, sans dans ce dernier cas que le principe du parallélisme des formes ne soit exigé. Les mesures « punitives » consistent en suspension de certains droits découlant de l'application du traité, ce qui peut viser des prestations dues à l'État dans le cadre de la PAC, de la cohésion ou d'autres politiques structurelles. Néanmoins, la sanction suprême réside dans la suspension du droit de vote de l'État au sein du Conseil. Il n'est nul besoin d'insister sur la gravité d'une telle mesure puisque l'État se trouve ainsi complètement isolé et marginalisé au sein de l'Union. Il ne peut plus peser sur les décisions et doit s'en remettre au bon vouloir de ses partenaires. Per

[982] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire?, Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p.315.

contre, l'État en rupture de ban reste tenu par toutes ses obligations, notamment sur le plan financier. Les citoyens européens ne sont pas non plus oubliés puisque le Conseil doit tenir compte des conséquences de telles mesures « sur les droits et obligations des personnes physiques et morales ».

Les deux mécanismes coexistent, mais l'activation précédente du premier n'est pas nécessaire pour l'application de ce dernier. Le champ d'application de l'article 7 TUE ne se limite pas aux domaines couverts par le droit de l'UE. Face à la non-conformité, l'UE pourrait également agir en cas de violation dans le domaine où les États membres agissent au niveau national. Il serait contradictoire de limiter les possibilités d'action de l'UE et de permettre à l'UE d'ignorer les violations graves qui peuvent se produire sur le terrain dans l'EM[983]. Ces violations font parties des facteurs qui impliquent le déclenchement de l'art 7 TUE (A.) et ont servies de base pour les nouveaux éléments proposée par la Commission européenne pour l'activation de l'article 7 TUE (B.)

[983] Idem.

A. Les facteurs du déclenchement de l'art. 7 TUE.

La communication présentée par la Commission européenne en 2003[984] a contribué au débat sur l'article 7 TUE, en tant qu'outil de respect et de promotion des valeurs sur lesquelles l'UE est basée. Mais la Commission n'approche l'article 7 TUE que dans une perspective préventive et, malheureusement, elle n'étudie pas les formes possibles de correction ou de sanctions qui peuvent être mises à la disposition du Conseil contre un EM qui est en violation des valeurs de l'UE. Toutefois, la communication prévoit une clarification et une définition des concepts essentiels pour une application éventuelle et effective de l'article 7 TUE:

- Un risque clair représente un signal d'avertissement à un EM non conforme avant que le risque ne se produise. Ensuite, *«les institutions doivent surveiller la situation et contrôler si le risque évolue dans une politique particulière qui peut entraîner des infractions graves».*

- Une violation grave nécessite le risque de se concrétiser réellement. Il pourrait également fournir des arguments plus solides pour l'application de l'article 7 TUE, en cas de répétitions systématiques de violations individuelles ou si un EM a été condamné plusieurs fois pour le même type de violation par un tribunal international et n'a pas eu l'intention de prendre une mesure active de correction".

En outre, la Commission européenne pour la démocratie du Conseil de l'Europe, appelée «Commission de Venise», a fourni un cadre conceptuel largement reconnu pour le respect du principe de l'État de droit en Europe[985] .

---

[984] Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union européenne. Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, COM (2003) 606 final, Bruxelles, 15.10.2003 http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/FR/ 1-2003-606-FR-F1-1.Pdf

[985]Commission européenne, V. Reding, Vice-présidente et commissaire à la justice, aux droits fondamentaux et à la citoyenneté, The EU and the Rule of Law – What next? SPEECH/13/677, 4 septembre 2013, p.4.

Cette première procédure, à caractère préventif, a été ajoutée au dispositif d'Amsterdam par le traité de Nice. Elle tire les enseignements de la crise autrichienne, en permettant de constater qu' un État risque de violer les valeurs de l'Union.

Dans le cas autrichien, l'Union n'était pas en présence d'une violation grave et persistante de ses principes, mais craignait qu'il puisse y être porté atteinte par la coalition gouvernementale au pouvoir à Vienne[986]. L'inadaptation de l'ex-art.7 TUE, dans sa rédaction issue du traité d'Amsterdam (qui ne permettait d'agir, *a posteriori*, que si la violation était avérée), avait alors contraint les quatorze autres États membres à adopter de mesures bilatérales. Cette lacune a conduit les rédacteurs du traité de Nice à retenir la recommandation formulée par les « trois Sages » (désignés par le président de la Cour européenne des droits de l'homme pour présenter un rapport sur la situation politique en Autriche), visant à introduire un mécanisme concerné. »[987] L'audition de l'État membre concerné et la possibilité de lui adresser des recommandations avant la constatation à ce dialogue[988].

Le droit d'initiative de cette procédure d'alerte est plus largement reconnu que pour la constatation d'une violation grave et persistante, puisqu'il est accordé, outre à la Commission et à un tiers des États membres, au Parlement européen. La Commission devrait jouer, en tant que gardienne des traités, un rôle de premier plan dans le déclenchement éventuel de ce mécanisme. Le Parlement européen a également montré, dans plusieurs résolutions relatives notamment à l'utilisation de pays européens par la CIA

---

[986] F.X. Priollaud et D.Siritzky, Le Traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE) , La documentation Française, Paris, 2008, p.50.

[987] Rapport de MM.Ahtisaari, Frowein et Oreja sur certains aspects de la situation politique en Autriche, 8 sept 2000, Paris, p.34.

[988] La référence à la possibilité, pour le Conseil, de demander à des personnalités indépendantes de présenter un rapport sur la situation dans un État membre concerné a été supprimé, mais il va de soi que le Conseil peut décider d'y avoir recours.

pour le transport et la détention illégale de prisonniers[989], qu'il entend tenir un rôle actif dans le cadre.

La constatation opérée par le Conseil (et non par le Conseil européen, dans un souci de dédramatisation par rapport à la procédure visée au paragraphe suivant) doit être soumise à l'approbation du Parlement européen. Les majorités requises au Conseil (quatre cinquièmes des États membres, soit 22 États dans une Union à 28 bientôt 27) comme au Parlement européen (majorité des deux tiers des suffrages exprimés représentant la majorité de ses membres) devraient conserver à cette procédure son caractère exceptionnel et avant tout dissuasif. La possibilité qu'une initiative citoyenne (art.11 §4 TUE) puisse demander à la Commission de déclencher cette procédure à l'alinéa suivant, pourrait cependant en faire une arme politique (la Commission pourrait difficilement éviter, dans cette situation, de procéder à un examen de la situation dans l'État concerné).

Ce dispositif requiert un suivi régulier du respect des valeurs communes dans l'Union. Plusieurs initiatives ont déjà été prises à ce sujet, comme les rapports annuels présentés par le Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union ou la création d'un réseau d'experts indépendants sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne par la Commission. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, créée en 2007 et issue de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes[990] , pourrait sans doute être consultée par le Conseil dans le cadre d'une éventuelle procédure au titre du présent article, mais n'a pas le droit d'effectuer un suivi systématique et régulier de la situation des droits fondamentaux dans les États membres à cette fin.

Cette procédure est indépendante de la précédente, et il n'y a pas d'obligation de constatation préalable d'un risque de violation grave pour qu'elle puisse être mise en œuvre.

---

[989] Résolution du Parlement européen sur les risques de violation, dans l'Union européenne et particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information, 22 avril 2004, spéc. §83. Résolution du Parlement européen sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, 14 février 2007, par. 232.

[990] Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Elle ne peut être déclenchée par le Parlement européen, qui détient cependant un droit de veto, son approbation étant requise pour l'adoption de la décision européenne opérant le constat. La gravité de la situation est marquée par une plus grande solennité, que traduisent l'intervention du Conseil européen et le recours à l'unanimité (le vote de l'État membre concerné et les abstentions n'étant pas cependant pas prises en compte)[991].

Ses conséquences sont plus importantes, puisqu'elles peuvent conduire à la suspension de certains droits de l'État membre concerné. Le texte mentionne, à titre d'exemple, les droits de vote de l'État membre. La présidence des formations du Conseil ou le droit de proposer des initiatives en matière pénale ou de politique étrangère pourraient également être visés. Ces sanctions ont pour objet de faire revenir cet État membre aux principes démocratiques, et d'éviter qu'il puisse influer sur le processus décisionnel de l'Union[992]. Le Conseil doit s'efforcer d'éviter qu'elles ne portent atteinte aux droits des personnes physiques et morales. Il statue à la majorité qualifiée[993] (l'approbation du Parlement européen n'est, à ce stade, plus requise) et peut ensuite modifier ou abroger ces mesures selon la même procédure.

Dans le cadre de l'ensemble de cet article, le vote de l'État membre concerné n'est évidemment pas pris en compte pour le calcul des majorités requises au Conseil européen et au Conseil. En revanche, tous les membres de la Commission et du Parlement européen prennent part au vote, compte tenu de leur indépendance à l'égard des États membres.

Un dispositif similaire à celui du présent article est prévu dans le cadre de l'Euroatom (art.204 CEEA).

L'initiative visant à activer le processus de l'article 7 du TUE peut provenir de la Commission Européenne, du PE ou d'un tiers des États membres, comme indiqué dans le mécanisme de prévention énoncé à l'article 7§1 TUE. Il est pertinent de constater que

---

[991] L'unanimité pourrait poser des sérieuses difficultés, en dépit de ces assouplissements, si deux États membres étaient susceptibles, au même moment, de faire l'objet de cette procédure, puisqu'ils pourraient alors se soutenir mutuellement.

[992] F.X.Priollaud et D.Siritzky, opt.cit, p.51

[993] Soit à compter du 1er novembre 2014, au moins 72% des membres du Conseil représentant les États membres participants, réunissant au moins 65% de la population de ces États, puisque cette décision européenne n'est pas prise sur proposition de la Commission.

l'article 7 du traité UE confère un pouvoir discrétionnaire au Conseil et au Conseil européen pour déterminer s'il existe une violation grave ou un risque de violation grave des valeurs communes de l'UE. Ces pouvoirs étendus du Conseil et du Conseil européen soulignent le caractère politique de ces mécanismes et permettent une solution «diplomatique» en cas de confirmation d'une violation grave.

Le cas de violation grave nécessite l'unanimité au sein du Conseil européen. Dans le deuxième cas, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres, peut déterminer qu'il existe un risque de violation grave. Conformément à l'article 7§2 TUE, le Conseil statuant à la majorité qualifiée peut également décider d'appliquer des sanctions, telles que la suspension des droits de vote du représentant du gouvernement de ces États membres au Conseil. Ces pouvoirs du Conseil et du Conseil européen sont soumis au contrôle démocratique par le Parlement européen, qui doit consentir à ces décisions.

La raison d'être du nouveau mécanisme de la Commission est que le cadre juridique actuel de l'UE est mal conçu lorsqu'il s'agit de remédier aux menaces internes et systémiques à l'État de droit et plus généralement aux valeurs de l'UE. Cela est devenu une question importante dans la mesure où les crises liées à l'État de droit semblent avoir gagné à la fois sur l'intensité et la régularité au cours de la dernière décennie.

Dans un discours bien connu le 4 septembre 2013, Viviane Reding, ancienne commissaire européenne à la justice, a marqué une parallèle intéressante entre la crise économique et financière de l'Europe et ce qu'elle considérait comme un nombre croissant de «crise de l'État de droit» révélant des problèmes de nature systémique[994]. Trois exemples concrets avaient été mentionnés dans son discours:

- La tentative du gouvernement français à l'été 2010 de mettre en œuvre secrètement une politique d'expulsion collective destinée aux citoyens roms de l'Union, malgré les assurances contraires à la Commission selon lesquelles les Roms n'étaient pas identifiés;

[994]V. Reding, The EU and the Rule of Law – What next?, Centre for European Policy Studies/Brussels, 4 septembre 2013 http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_fr.htm

- La tentative du gouvernement hongrois en 2011 de compromettre l'indépendance de la magistrature en mettant en œuvre une politique de départ anticipée obligatoire;
- L'omission du gouvernement roumain de se conformer aux arrêts clés de la Cour constitutionnelle nationale en 2012.

Ensemble, ces épisodes ont souvent été compris comme démontrant le nombre croissant de cas où les autorités nationales sapaient les valeurs clés de l'UE telles que l'État de droit. Pour donner un exemple unique mais représentatif, dans son discours sur l'état de l'Union de 2012, José Manuel Barroso, alors président de la Commission européenne, a parlé d'inquiétudes sur les menaces pour le tissu juridique et démocratique dans certains des Etats européens qui ont besoin d'être supervisé[995].

Il serait faux de penser que ces préoccupations se limitaient aux fonctionnaires de l'UE. Un certain nombre de gouvernements européens ont également été préoccupés par ce qui peut être plus généralement qualifié de rétablissement de l'État de droit. Cela a conduit, parmi de nombreuses autres initiatives, onze ministres des Affaires étrangères, à l'initiative du ministre allemand des Affaires étrangères Westerwelle, à plaider l'introduction d'un nouveau mécanisme «léger» qui permettrait à la Commission de faire des recommandations ou de faire rapport au Conseil dans des cas concrets et violations graves de valeurs ou de principes fondamentaux tels que l'État de droit[996].

Avant de décrire comment le nouveau «dialogue sur l'État de droit» est censé fonctionner en pratique, il faut noter l'accent mis par la communication sur la notion de «menace systémique». Cela signifie que la Commission ne cherche pas à obtenir un nouveau pouvoir d'examiner les violations individuelles des droits fondamentaux ou des fausses couches[997] de la justice. Au contraire, la Commission confirme son intérêt à obtenir un

[995] J. Barroso, State of the Union 2012 Address, opt.cit.

[996] Voir le Rapport final du groupe Future of Europe (connu sous le nom de rapport Westerwelle), 17 septembre 2012, par. II (d) intitulé «Renforcer l'UE en tant que communauté de valeurs». http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2012/09/future-of-europe-asselborn/index.html

[997] D. Kochenov et L. Pech, Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction, Fondation Robert Schuman, European Issues, N. 356, 12 Mai 2015.

nouvel outil pour remédier aux menaces pesant sur l'État de droit «de nature systémique»[998].

À titre préliminaire, la Commission essaie de proposer une définition fonctionnelle de la notion de l'État de droit. De manière similaire à une étude précédemment adoptée par la Commission de Venise[999], la communication de la Commission européenne reflète l'opinion qu'il existe maintenant un consensus sur le sens principal de l'État de droit et que ce concept implique essentiellement le respect des six principes juridiques suivants[1000]:

1) La légalité, qui implique un processus transparent, responsable, démocratique et pluraliste pour la promulgation des lois
2) Sécurité juridique;
3) Interdiction de l'arbitraire des pouvoirs exécutifs;
4) Cours indépendantes et impartiales;
5) Examen judiciaire efficace, y compris le respect des droits fondamentaux;
6) L'égalité devant la loi.

Alors que la Commission européenne a accepté que *«le contenu précis des principes et des normes découlant du principe d'État de droit peut varier au niveau national, selon le système constitutionnel de chaque État membre»*[1001], elle a également suggéré à juste titre que les six éléments précédemment énumérés proviennent des traditions constitutionnelles communes à la plupart des systèmes juridiques européens et peuvent être considérés comme définissant le sens principal de l'État de droit dans le cadre de l'ordre juridique de l'UE.

Cela ne veut pas dire que certaines critiques mineures ne sont pas justifiées. Par exemple, il est difficile de comprendre pourquoi le principe de l'égalité devant la loi se distingue de la

---

[998] Ibid at 7.

[999] Report on the Rule of Law, Study No. 512/2009, CDL-AD(2011)003rev, Strasbourg, 4 Avril 2011, para 35. http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-f

[1000] Commission's Communication at 4.

[1001] Id.

notion plus large de droits fondamentaux, qui peut sembler l'inclure nécessairement. Trois autres sous-composantes supplémentaires sont sans doute manquantes dans la liste de la Commission: le principe de l'accessibilité de la loi, qui exige que la loi soit intelligible, claire, prévisible et publiée, le principe de la protection de la confiance légitime et le principe de proportionnalité[1002]. Le principe de légalité peut cependant être compris comme englobant l'exigence d'accès à la loi et la protection de la confiance légitime est étroitement liée au principe de sécurité juridique. En ce qui concerne le principe de proportionnalité, son utilisation limitée dans le droit administratif anglais peut avoir conduit à son exclusion de ce qui a été présenté comme une liste consensuelle.

Quoi qu'il en soit, deux points importants supplémentaires sont faits par la Commission européenne: l'État de droit doit être compris comme un *«principe constitutionnel avec des composantes formelles et substantielles»*, qui est intrinsèquement lié au respect de la démocratie et des droits fondamentaux[1003]. Il est soutenu que l'évaluation de la Commission reflète fidèlement la compréhension dominante de l'État de droit en Europe et que ces deux aspects pourraient être considérés comme les caractéristiques essentielles de *«l'approche de l'Europe en matière de droit de l'homme»*. En d'autres termes, la plupart des systèmes juridiques nationaux en Europe révèlent une conception large de l'État de droit, qui exige le respect des normes formelles / procédurales et matérielles / matérielles[1004]. L'UE et le Conseil de l'Europe favorisent également une conception qui n'est pas indifférente au contenu ou aux objectifs de fond de la loi et englobe les éléments de la morale politique tels que la démocratie et les droits individuels substantiels[1005].

Bien que la compréhension par la Commission de la notion de l'État de droit soit clairement définie et devrait aider d'autres institutions de l'UE quand et si elles doivent

---

[1002] D. Kochenov, L. Pech, Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction,opt.cit.p.4

[1003] Communication de la Commission pg. 4.

[1004] L. Pech, The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union, Jean Monnet Working Paper No. 04/09.

[1005] L. Pech, Promoting the Rule of Law Abroad: On the EU's limited contribution to the shaping of an international understanding of the rule of law in F. Amtenbrink and D. Kochenov (eds), The EU's Shaping of the International Legal Order , Cambridge University Press, 2013, 108.

décider de l'importance d'une violation nationale dans ce domaine, la notion de menace d'une *«nature systémique»*[1006] n'est pas particulièrement claire. Il est seulement indiqué que ce type de menaces peut résulter de *«l'adoption de nouvelles mesures ou de pratiques répandues des autorités publiques et l'absence de recours interne»*[1007]. Dans ce contexte, les références de la communication de la Commission à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme sont inutiles et largement hors de propos[1008]. Il existe également une certaine confusion entre les notions de menace systémique et de violation systémique, ce qui est crucial dans le contexte de la proposition. Il est difficile de comprendre si ce nouveau recours à la notion de menace systémique est destiné à signaler un test de fond différent ou s'il doit simplement être compris comme étant globalement synonyme *de «violation grave et persistante»* mentionnée actuellement par l'article 7 TUE. Il s'agit d'une question importante, car le mécanisme proposé par la Commission a été décrit comme une nouvelle procédure préalable au titre de l'article 7, comme il sera indiqué ci-dessous.

On peut enfin constater que, malgré l'appel de Barroso pour faire face à des menaces sérieuses et systémiques à l'égard de l'État de droit[1009], la communication de la Commission ne mentionne pas explicitement «sérieux» comme critère pour déclencher le nouveau mécanisme proposé. De même, il n'y a aucun signe des repères prédéfinis promis par Barroso avant la publication de la communication de la Commission et sur la base duquel ce nouveau mécanisme devait être déclenché[1010].

[1006] Commission's Communication at 7.

[1007] Id.

[1008] Par exemple, la notion de problème systémique ou structurel de la CEDH semble plus large et de nature différente que la notion de menace systémique. Pour prendre un seul exemple, le système d'asile de la Grèce peut révéler un problème systémique, mais cela ne constitue pas une menace systémique en l'absence d'une tentative délibérée de saper l'État de droit et peut refléter plus prosaïquement un échec général de l'Etat pour gérer correctement ses ressources et appliquer les politiques nationales et européennes.

[1009] J. Barroso, Discours de l'Union européenne 2013, Parlement européen, 11 septembre 2013, Discours / 13/684: Le nouveau cadre «devrait être fondé sur le principe de l'égalité entre les États membres, activé uniquement dans les situations où il existe un grave problème, Risque systémique pour la règle de droit et déclenché par des repères prédéfinis ».

[1010] Id.

B. Une nouvelle procédure pré- article 7 TUE.

La soi-disant «option nucléaire» se trouve à l'article 7 du TUE. Cette disposition, qui a d'abord été insérée dans les traités de l'UE par le traité d'Amsterdam, confère au Conseil de l'UE le pouvoir de sanctionner tout État membre déclaré «coupable» d'une violation grave et persistante des valeurs de l'UE énoncée à l'article 2 du TUE. Par exemple, le Conseil pourrait priver l'État membre concerné de certains des droits qu'il tire des traités de l'UE, y compris le droit de vote sur les actes juridiques de l'UE soumis au Conseil pour adoption. Avec le traité de Nice, l'article 7 du TUE a été révisé pour permettre à l'UE d'adopter des sanctions préventives dans la situation où il existe un *«risque manifeste de violation grave des valeurs de l'UE par un État membre»*[1011].

Les deux scénarios prévus par l'article 7 du TUE ne sont pas formellement liés les uns aux autres: les sanctions préventives ne doivent pas nécessairement venir en premier et le même État membre pourrait être théoriquement sanctionné pour un risque clair de violation grave et / ou d'une violation grave et persistante. En outre, différentes exigences procédurales régissent les deux scénarios. Dans les deux cas, cependant, ces exigences procédurales sont particulièrement exigeantes. Par exemple, dans le Conseil européen, l'unanimité est nécessaire pour déterminer l'existence d'une violation grave et persistante alors que la majorité des quatre cinquièmes des membres du Conseil et le consentement du Parlement européen sont tenus de déterminer qu'il existe un risque clair de grave violation[1012].

Sans surprise, bien qu'il y ait eu de nombreux appels pour l'activation de l'article 7 TUE, notamment lorsqu'il a été révélé que plusieurs États membres de l'UE et certains pays

---

1011 Pour une analyse plus approfondie, voir la communication de la Commission européenne sur l'article 7 du traité sur l'Union européenne. Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, COM (2003) 606 final, 15 octobre 2003. http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/FR/1-2003-606-FR-F1-1.Pdf

1012 D. Kochenov, L. Pech, Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction,Fondation Robert Schuman, European Issues n°356, 12 Mai 2015,p.2
https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-356-en.pdf

candidats étaient associés dans le cadre de prisons secrètes de la CIA après le 11/9[1013] cette disposition n'a jamais été utilisée essentiellement Deux raisons: les seuils d'activation sont pratiquement impossibles à satisfaire et l'existence d'une convention politique par laquelle il serait politiquement contre-productif de le faire. Sur le plan crucial, la provision n'a même pas été utilisée dans le cas de la crise autrichienne qui a suivi l'élévation au gouvernement du parti FPÖ d'extrême droite il y a dix ans[1014].

À la seule exception du mécanisme de principe de droit original mis en place pour la Roumanie et la Bulgarie, qui doit sa spécificité au contexte de préadhésion de la préparation de ces pays à l'adhésion à l'UE[1015]. Cela signifie que la Commission européenne s'est principalement basée sur la pression politique et son pouvoir bien établi pour intenter des poursuites contre la Cour de justice de l'UE afin de rechercher des changements dans les pays qui ne respectent pas les valeurs de l'UE. Les contrôles constitutionnels européens permettent l'exportation de la dissidence vers un arbitre externe ou un forum politique. Bien que ce processus puisse être lu comme une caractéristique du constitutionnalisme multicouche, une autre lecture est que cette exportation crée des univers constitutionnels parallèles: un national où les vrais patriotes jouent avec les plans du gouvernement et un européen où les dissidents attaquent le gouvernement. Le gouvernement national moins véritablement coopératif devient un dialogue avec les

---

1013 Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment trouvé contre la Pologne, l'un des principaux coupables, d'avoir sciemment encouragé l'emprisonnement illégal de prisonniers détenus à Guantánamo dans une prison secrète menée par la CIA en 2002-2003: *Al Nashiri v Pologne*, App n. 28761/11 (2014). C'est la première fois qu'un État membre de l'UE a violé la CEDH pour permettre aux autorités américaines de soumettre les individus à la torture et aux mauvais traitements sur son territoire.

1014 D. Kochenov, L. Pech, "Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction",opt.cit.p.2

1015 À la seule exception du mécanisme de principe du respect de l'État de droit mis en place pour la Roumanie et la Bulgarie, qui doit sa spécificité au contexte de pré-adhésion de la préparation de ces pays à l'adhésion à l'UE. Cela signifie que la Commission européenne s'est principalement basée sur la pression politique et son pouvoir bien établi pour intenter des poursuites contre la Cour de justice de l'UE afin de rechercher des changements dans les pays qui ne respectent pas les valeurs de l'UE.

acteurs constitutionnels européens, plus ces deux couches sont déconnectées de la tension entre les deux couches[1016].

Il est toutefois important de noter que le lien entre la couche nationale et la couche européenne peut également être perdu en raison du manque de résonance des préoccupations et des orientations européennes au niveau national. Comme le montre la récente réforme de l'administration judiciaire en Bulgarie, le respect des réformes constitutionnelles imposées par l'UE peut avoir lieu dans un univers parallèle, même sur le plan politique national, même avec un gouvernement coopératif. Alors que le parlement bulgare s'efforçait d'adopter un amendement constitutionnel visant à séparer l'administration du pouvoir judiciaire et la poursuite du Conseil national suprême de la magistrature sous la pression de la Commission, le Conseil supérieur de la magistrature s'est trébuché d'un scandale hautement médiatisé. Les scandales impliquaient des escroqueries illégales de manifestants anti-gouvernementaux contre le gouvernement précédent, et plus tard l'accent a été mis sur la fuite d'écoutes téléphoniques de provenance inconnue entre les juges supérieurs, en discutant de l'ingérence politique dans les affaires judiciaires. À la hauteur du scandale en janvier 2016, le Premier ministre a pris l'assaut de la réunion du Conseil supérieur de la magistrature après avoir reçu un message texte d'un de ses membres pour dire que sa participation est discutée lors de la réunion. Des mesures politiques punitives contre le Conseil suprême de la magistrature ont été suivies en temps voulu.

En bref, le nouveau cadre de la Commission pour renforcer l'État de droit prend la forme d'un outil d'alerte précoce dont l'objectif premier est de permettre à la Commission d'engager un dialogue structuré avec l'État membre concerné pour prévenir l'escalade des menaces systémiques à l'État de droit. Cette procédure est censée précéder le déclenchement éventuel de l'option dite nucléaire prévue à l'article 7 TUE. La Commission a également précisé que son cadre proposé ne devrait pas être compris comme empêchant le lancement simultané de mesures d'infraction contre l'État membre concerné où des violations spécifiques du droit de l'UE peuvent être identifiées.

[1016] R Uitz, "Poland, Hungary and Europe : Pre- article 7 Hopes and Concerns",Verfassungblog on Constitutional Matters, 14 mars 2016 http://verfassungsblog.de/poland-hungary-and-europe-pre-article-7-hopes-and-concerns/

En ce qui concerne la mécanique de ce que le Commissaire européenne à la justice a qualifié de «procédure antérieure à l'article 7»[1017], il est important de distinguer trois étapes principales de la procédure, qui sont censées être régies par trois principes clés.

Les trois étapes de la procédure peuvent être décrites comme suit:

i. Évaluation de la Commission: la Commission devra d'abord déterminer s'il existe des indices clairs et préliminaires d'une menace systémique à l'État de droit dans un État membre particulier et envoyer un «avis sur l'État de droit» au gouvernement de cet État membre s'il est de l'avis qu'il existe;

ii. Recommandation de la Commission: dans le cas où aucune mesure appropriée n'est prise, une «recommandation sur l'État de droit» peut être adressée aux autorités de ce pays, avec la possibilité d'inclure des indications spécifiques sur les moyens et les mesures pour résoudre la situation dans un délai prescrit;

iii. Suivi: enfin, la Commission est censée surveiller la manière dont l'État membre concerné met en œuvre la recommandation mentionnée ci-dessus. S'il n'y a pas de mise en œuvre satisfaisante, la Commission aurait alors la possibilité de déclencher l'application de l'article 7 du TUE.

Le mécanisme pré-article 7 de la Commission repose en outre sur trois principes fondamentaux:

i. Seules les menaces systémiques ou les violations de l'État de droit peuvent déclencher l'activation de ce nouveau mécanisme, pas des violations mineures ou individuelles;

ii. Contrairement à l'outil de surveillance actuel développé spécifiquement pour la Roumanie et la Bulgarie, cette nouvelle procédure s'appliquerait également à tous les États membres, quelle que soit leur date d'entrée dans l'UE, leur superficie, etc.

[1017] V. Reding, 'A new Rule of Law initiative', Press Conference, European Parliament, Strasbourg, 11 March 2014.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-237_fr.htm

iii. Bien que la Commission continue de rester la gardienne des valeurs de l'UE, une expertise par un tiers et / ou externe peut être recherchée si nécessaire. L'Agence des droits fondamentaux de l'UE, le Conseil de l'Europe (en particulier la Commission de Venise) et les réseaux judiciaires tels que le Réseau des présidents des tribunaux judiciaires suprêmes de l'UE pourraient donc être invités à fournir des connaissances spécialisées, notamment lors de la phase d'évaluation[1018].

Kochenov, Pech et Platon ont accueilli d'une manière positive ce « nouveau cadre » parce que d'abord il donne une définition en détail du principe de l'État de droit , mais en plus parce que la Commission a *« joué son rôle de gardienne des traités en proposant un cadre qui permet de rendre enfin l'article 2 TUE un peu plus opérationnel[1019]. »*

Dans ce contexte l'UE doit promouvoir une discussion sérieuse et large pour améliorer une approche plus systématique et plus proactive pour protéger les principes démocratiques» [1020]. Il est légitime que l'UE interfère avec les États membres pour s'attaquer aux pratiques et aux tendances antidémocratiques existantes. *«Le fait que les problèmes persistaient encore pourrait indiquer que l'UE échoue à utiliser les mécanismes existants, mais aussi que ces instruments pourraient ne pas être les plus efficaces»*[1021]. Les instruments légaux et politiques disponibles pour faire pression sur les États membres peuvent fonctionner, mais il est également nécessaire de créer de nouveaux mécanismes[1022] pour faire face à des pratiques susceptibles de porter atteinte à la démocratie au sein des États membres de

---

[1018] D. Kochenov, L. Pech, "Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction",opt.cit.p.6.

[1019] D. Kochenov, L. Pech et S. Platon , « Ni panacée ni gadget: le nouveau cadre de l'Union européenne pour renforcer l' État de droit », RTD Eur, 689, 2015, p. 709.

[1020] **C.** Stratulat, Corina et P.Ivan, «Romania's democracy inreverse gear – en garde, EU!,opt.cit, p. 2.

[1021] Ibid,p. 2.

[1022]Les cinq éléments qu'une clause démocratique contiennent selon Theodore Piccone sont: «l'incorporation des normes démocratiques dans la mission principale de l'organisation; La nomination d'un comité d'experts chargé de surveiller le respect des principes démocratiques; La clarification des conséquences en cas de violation des valeurs démocratiques; L'institution de sanctions économiques, commerciales et financières dans de tels cas et l'établissement d'un calendrier dans lequel le gouvernement concerné devrait restaurer la démocratie » .J.TH Piccone, «International mechanisms for protecting democracy». Democracy Coalition Project, 2004, p31.

l'UE[1023]. Cependant, le fait que certaines nouvelles mesures pourraient être juridiquement contraignantes peut rendre les EM réticents à les mettre en œuvre. Comme mentionné précédemment, il n'y a pas d'acteur juridique ou politique clair pour avertir les autres institutions d'un risque possible de violation de la démocratie et de l'État de droit au sein d'un EM[1024]. Ceci est fondamentalement parce que la procédure actuelle nécessite une forte volonté politique et un engagement réel à sa mise en œuvre effective. Dans certaines de ses propositions, JW Müller [1025] en ce sens explique que : *«l'article 7 du TUE devrait être laissé en place, avec tous les outils existants restant à la disposition des acteurs concernés, mais aussi être étendue [1026]».*

Au cours des conversations constitutionnelles européennes du type prévu par le processus pré-article 7, le langage de l'identité constitutionnelle nationale est le plus susceptible d'être opposé à l'identité constitutionnelle européenne. L'identité constitutionnelle nationale contre l'intervention de l'UE peut ressembler à la mission la plus légitime. Tels que les acteurs constitutionnels nationaux, les acteurs constitutionnels européens trouvent également ce défi intriguant, car un argument d'identité est difficile à résister. Cependant, comme ces conversations portent autant sur l'avenir du projet constitutionnel européen que sur les aspirations constitutionnelles et politiques nationales, il est très important de distinguer les réclamations nuisibles de celles authentiques[1027].

Par exemple, en réponse à des références constitutionnelles comparatives visant à placer la loi fondamentale hongroise parmi les constitutions démocratiques de la variété du jardin, la Commission de Venise a souligné dans son avis sur la nouvelle loi fondamentale que cette Constitution contient un certain nombre de variations particulières des garanties européennes qui peuvent se trouver en partie dans un nombre limité de constitutions européennes. La plupart d'entre eux sont liés aux traditions et à l'identité nationale. Ceux-ci

---

[1023] C. Stratulat, Corina et P.Ivan, «Romania's democracy inreverse gear – en garde, EU!»,opt.cit,p.2.

[1024] J W.Müller, «Safegurading democracy inside the EU, opt.cit,p.23.

[1025] Idem.

[1026] Ibid.p.25.

[1027] R Uitz, " Poland, Hungary and Europe : Pre- article 7 Hopes and Concerns",Verfassungblog on Constitutional Matters, 14 mars 2016 http:// verfassungsblog.de/poland-hungary-and-europe-pre-article-7-hopes-and-concerns/

sont considérés comme un facteur important dans le droit de l'Union européenne (article 6 du TUE) et sont également acceptés dans le cadre de la CEDH Si un certain nombre de ces garanties spéciales peuvent être considérées comme faisant partie de l'autonomie constitutionnelle nationale, d'autres garanties doivent être analysées à la lumière des normes européennes, surtout la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'UE *«devrait établir de nouveaux outils pour exercer une pression sur les États membres, mais dont l'emploi n'a pas besoin d'un accord de la majorité ou de la grande majorité des États membres du Conseil européen ou du Conseil»*[1028]. Ces nouveaux outils pourraient être établis conformément aux traités actuels et ne nécessiteraient pas une réforme majeure des traités.

Parmi ces nouvelles procédures pour les mécanismes préventifs, le plus pertinent pourrait être:

- Un suivi continu de la Commission européenne pourrait être exercé uniformément dans tous les États membres, ce qui évite une surveillance visant un seule EM. Cependant, la politisation croissante de la Commission européenne[1029] pourrait également entraîner un manque ou une érosion de l'indépendance requise, conformément à l'article 17 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

- Suivi exercé par des institutions externes, telles que «l'Agence des droits fondamentaux» ou une nouvelle comme la «Commission de Copenhague» ou le «Mécanisme de Copenhague» proposée par différentes institutions[1030] et auteurs. Cette institution pourrait être similaire à la «Commission de Venise» et devrait être investie d'un mandat clair pour offrir des jugements politiques complets et cohérents et avoir une visibilité et une

---

[1028]Ibid,p.24.

[1029] Ibid,p.24.

[1030]Le Parlement européen, dans son rapport du 24.06.2013, fait appel à la mise en place d'un nouveau mécanisme pour assurer le respect par les États membres de l'article 2 du TUE et la continuité des «critères de Copenhague». «Ce mécanisme pourrait prendre la forme d'une« Commission de Copenhague », ou d'un groupe de haut niveau, d'un« groupe d'hommes sages »ou d'une évaluation de l'article 70 du TFUE et de renforcer la réforme et le renforcement du mandat de l'Union européenne Agence pour les droits fondamentaux, et sur le cadre d'un dialogue renforcé entre le Conseil et le Parlement européen et les États membres sur les mesures à prendre ».

autonomisation suffisantes pour être efficace pour alerter les situations critiques qui peuvent se produire. Ce corps devrait être autorisé à mener ses propres enquêtes, à élever les alarmes et à imposer une gamme limitée de sanctions. Le «Rapport des« trois sages » est pertinent ici car il favorise l'introduction de« dispositions préventives et de suivi dans l'article 7 du TUE pour surveiller et évaluer le rendement des États membres dans le respect des valeurs communes de l'UE ».

Le «mécanisme de Copenhague» serait un nouveau mécanisme de contrôle, fondé sur l'article 7 du TUE, couvrant la relation triangulaire entre l'État de droit, la démocratie et les droits fondamentaux. Il devrait être axé sur le développement des phases avant les outils de prévention et de pénalité[1031]. Il pourrait également fournir un nouvel outil, comme une sorte de tableau de bord pour évaluer et renforcer la coordination entre les États membres, parallèlement aux dispositions de l'article 7 du traité UE[1032]. L'établissement d'un tableau de bord ne nécessiterait aucun amendement du traité. Le bras de prévention du «mécanisme de Copenhague» devrait pouvoir geler les pratiques de MS en cas de violations présumées ou imminentes des valeurs de l'UE. Cette procédure pourrait également conduire à une infraction accélérée à l'encontre d'un État membre et à une procédure accélérée similaire à la procédure préjudicielle antérieure[1033] devant la CJUE.

Selon la Commission elle-même, ce nouveau cadre repose sur les compétences actuelles prévues par les traités existants de l'UE[1034] et ne fait que compléter les instruments existants, notamment la procédure prévue à l'article 7 et la procédure d'infraction prévue à l'article 258 TFUE. Cette évaluation n'est cependant pas partagée à l'unanimité. Pour donner un seul exemple, le service juridique du Conseil a exprimé son opposition à la

---

[1031] Parlement Européen, «The triangular relationship between Fundamental Rights, Democracy and Rule of Law in the EU –Towards an EU Copenhagen Mechanism». Etude demandée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures au Parlement Européen, Auteurs: Dr. Sergio Carrera, Prof. Elspeth Guild, Mr. Nicholas Hernanz, Octobre 2013,p.5.

[1032] Ibid,p. 6.

[1033]Un exemple pertinent d'une «décision préliminaire» est le «Thomas Pringle contre le gouvernement d'Irlande» (affaire C-370/12), où la Cour a traité une procédure accélérée (Armstrong, 2012).

[1034] Commission Communication, opt. cit, at 9.

proposition de la Commission, alléguant, pour simplifier, une prise de pouvoir illégale par la Commission[1035]. Comme on le verra plus loin, ce n'est que l'un des arguments qui ont été soulevés contre le cadre de l'État de droit proposé par Commission, dont le plus important sera examiné ci-dessous.

2. L'efficacité limitée du mécanisme de sanctions dans l'UE.

Conformément aux règles énoncées à l'article 258 TFUE, la Commission peut engager une action en contrefaçon contre tout État membre qui n'a pas respecté ses obligations de l'UE et peut saisir la Cour de justice si l'État membre concerné ne respecte pas la recommandation de la Commission. Tout État membre qui n'a pas respecté l'arrêt de la Cour peut être renvoyé devant la Cour de justice qui, en l'espèce, a le pouvoir additionnel d'imposer des sanctions financières.

La procédure d'infraction a permis à la Commission de marquer un certain nombre de succès: la politique française concernant la déportation des Roms a été modifiée après que la Commission a menacé d'engager une procédure d'infraction; la Hongrie a examiné sa législation suite à sa défaite devant la Cour de justice (mais, de manière cruciale, les juges hongrois touchés par la législation controversée n'ont jamais été réintégrés)[1036], et le conflit constitutionnel roumain mentionné dans le discours de Reding a pris fin. Toutefois, les développements récents continuent de montrer les limites de la procédure d'infraction pour contrôler efficacement et sanctionner les États membres qui ont l'intention de porter atteinte à l'article 2 TUE.

Pour donner un exemple inquiétant, le Premier ministre hongrois a récemment préconisé la création d'un «État illibéral» et s'est référé à la Russie de Poutine et à la Chine communiste

---

[1035] Council of the European Union, Opinion of the Legal Service 10296/14, 14 May 2014.

[1036] CJUE, 2 novembre 2012 , Commission c. Hongrie, aff. C- 286 / 12 , ECLI:EU:C:2012:687 (L'abaissement radical de l'âge de la retraite des juges hongrois constitue une discrimination injustifiée fondée sur l'âge). Plus récemment, on a constaté que la Hongrie avait violé la législation de l'UE en mettant prématurément à terme le mandat de son contrôleur de la protection des données: CJUE, 8 avril 2014, Commission/ Hongrie, aff C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237

comme deux modèles possibles à suivre[1037]. L'appel à un régime illibéral - qui n'est pas une pure rhétorique dans le contexte de l'Etat hongrois contemporain[1038] - fait clairement face à l'article 2 du TUE et, pourtant, la Commission ne peut engager aucune action contre la Hongrie sur cette seule base. Dans un discours tristement célèbre prononcé en juillet 2014, Orbán a même déclaré que le moment était venu de passer à la démocratie « illibérale » (c.-à-d. une « démocratie » controlée par un État autoritaire à la Poutine) la démocratie libérale étant à ses yeux un système de gouvernement moins compétitif[1039].

En bref, la Commission ne peut engager une action en contrefaçon contre un État membre pour une violation spécifique du droit de l'UE. Et tandis que l'article 2 TUE est une disposition juridiquement contraignante et ne doit pas être interprété comme une simple déclaration politique - les traités de l'UE précisent que non seulement les institutions de l'UE, mais tous les États membres doivent respecter et promouvoir les valeurs de l'Union[1040] - il ne peut pas être une cause d'une action judiciaire en soi. En d'autres termes, le caractère relativement ouvert des valeurs énoncées à l'article 2 TUE signifie qu'aucune institution de l'UE, ou une partie privée, ne peut intenter une action en justice contre un État membre sur cette seule base devant les tribunaux nationaux ou européens[1041].

La Commission est ainsi laissée à la poursuite de cas individuels où les autorités nationales ne mettent pas en œuvre ou appliquent correctement des dispositions spécifiques du droit de l'UE. Aucune action en contrefaçon ne serait possible en ce qui concerne les domaines

---

[1037] Voir EUObserver, 'Orban veut construire un état illibéral', disponible sur : https://euobserver.com/political/125128

[1038] Voir K. L. Scheppele, The Unconstitutional Constitution, New York Times, 2 janvier 2012
https://krugman.blogs.nytimes.com/2012/01/02/the-unconstitutional-constitution/
et pour un article au-delà de la Hongrie, voir J-W. Müller, Eastern Europe Goes South. Disappearing Democracy in the EU's Newest Members, Foreign Affairs Magazine, March-April 2014.
https://www.foreignaffairs.com/issues/2014/93/2

[1039] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire?, Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p.306.

[1040] Voir les articles 3 (1) et 13 TUE en ce qui concerne l'UE et les articles 4 (3) et 7 TUE en ce qui concerne les États membres.

[1041] D. Kochenov, L.Pech, Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure as a Timid Step in the Right Direction",opt.cit.p.3

non réglementés par le droit de l'UE. En l'absence de toute compétence générale en matière de législation de l'UE sur l'indépendance et l'impartialité des magistrats nationaux, la Commission n'avait d'autre choix que de se fier au principe de non-discrimination de l'UE en raison de l'âge pour contester la législation de la Hongrie concernant la retraite obligatoire des juges . Toutefois, cela n'a pas permis à la Commission d'imposer des recours effectifs qui auraient empêché l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire hongrois par le gouvernement national[1042]. Et bien que le champ d'application de l'article 7 TUE ne se limite pas aux domaines réglementés par le droit de l'UE, mais permet également à l'Union d'agir en cas de violation dans laquelle les États membres agissent de manière autonome, dans leur domaine exclusif de compétence, comme précédemment noté, a été compris comme une «option nucléaire» qui est là pour dissuader et ne pas être utilisé, sauf une situation extrême telle qu'un coup d'Etat[1043].

Cela laisse l'UE avec un ensemble d'outils juridiques extrêmement limités pour traiter les violations systémiques des valeurs de l'UE au niveau national. Ceci est particulièrement problématique pour un certain nombre de raisons importantes, dont on peut résumer comme suit: lorsqu'un pays connaît une «capture constitutionnelle» par des forces illibérales[1044], c'est-à-dire un affaiblissement systématique des contrôles et des pouvoirs par un gouvernement, ou est régi par des élus dont le programme officiel est le démantèlement général de l'État démocratique libéral, ces violations des valeurs de l'UE n'influent pas

---

[1042] Seuls une poignée de juges à la retraite ont été rétablis en fonction, aucun pour obtenir le poste administratif au sein de la structure judiciaire précédemment détenue, et la plupart ont simplement reçu une compensation financière. Voir K.L. Scheppele, Making Infringement Procedures More Effectiv', EUTopia Law, 29 avril 2014, disponible sur eutopialaw.com
https://eutopialaw.com/2014/04/29/making-infringement-procedures-more-effective-a-comment-on-commission-v-hungary-case-c-28812-8-april-2014-grand-chamber/

[1043] D. Kochenov et L. Pech, « Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction ", Fondation Robert Schuman, European Issues, N. 356, 12 Mai 2015.

[1044] Voir J.-W. Müller, Safeguarding Democracy inside the EU. Brussels and the Future of the Liberal Order, Washington DC: Transatlantic Academy Paper Series, 2013. http://www.transatlanticacademy.org/sites/default/files/publications/Muller_SafeguardingDemocracy_Feb13_web.pdf

seulement sur les citoyens de l'État membre concerné[1045]. Ils affectent également automatiquement les citoyens de l'UE résidant dans ce pays, mais aussi tous les citoyens de l'UE grâce à la participation de ce pays au processus décisionnel de l'UE et à l'adoption de normes qui lient tous dans l'UE. L'espace interconnecté réglementaire et judiciaire européenne repose également sur le principe de la confiance mutuelle et une exigence absolue de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, qui ne peuvent survivre que lorsqu'un système national cesse d'être régi par l'État de droit[1046]. En plus de ces externalités négatives, tout pays qui ne tient pas compte du principe de l'État de droit menace l'exercice des droits accordés à tous les citoyens de l'UE, quel que soit leur lieu de résidence dans l'UE. Enfin, la légitimité et la crédibilité de l'UE sont toutes deux compromises quand elle cesse de pouvoir garantir le respect interne des valeurs qu'elle a cherché à maintenir et à promouvoir dans ses relations extérieures[1047].

La Commission a donc souligné que *«la confiance de tous les citoyens et autorités nationales de l'UE dans les systèmes juridiques de tous les autres États membres est vitale pour le fonctionnement de l'ensemble de l'UE»*[1048]. Cela pourrait justifier à son tour une surveillance accrue et le maintien de l'ordre de ses États membres et l'adoption d'un nouveau cadre pour sauvegarder plus efficacement l'État de droit au sein de l'UE.

Cependant, maintenant on va analyser les points faibles de ce mécanisme de sanctions à savoir : son caractère politique (A.) et les limites des compétences de la CJUE dans ce domaine (B.).

[1045] C. Closa, D. Kochenov, J.H.H. Weiler, 'Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union', EUI Working Papers RSCAS 2014/25.
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/30117/RSCAS_2014_25_FINAL.pdf?sequence=3

[1046] D.Kochenov,L.Pech, "Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction",opt.cit.p.4.

[1047] Pour une analyse détaillée de ces options et d'autres, voir C. Closa, 'Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and Procedural Limitations', dans C. Closa and D. Kochenov (ed.), Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union Cambridge: CUP, 2015.

[1048] Communiqué de la Commission, p. 4

A. Le caractère politique du mécanisme de sanctions de l'UE.

Plusieurs années après l'entrée en vigueur des traités d'Amsterdam et de Nice, l'article 7 du TUE demeure loin d'être utilisé. On va maintenant expliquer les raisons pour lesquelles on pense que cela est essentiellement dû à une volonté politique claire d'activer ses procédures[1049].

Le mécanisme mis en place est de nature politique, et non juridictionnelle. L'appréciation portée par le Conseil ou le Conseil européen sur l'existence, respectivement, d'un risque clair de violation grave ou d'une violation grave et persistante des valeurs de l'Union, est discrétionnaire. Elle ne peut faire l'objet d'un contrôle de la part de la CJUE, dont la compétence se limite au respect des seules prescriptions de procédure, ce qui permet d'assurer les droits de la défense de l'État concerné. (art.269 TFUE).

Ce régime est dit politique car son application ne relève pas – du moins en priorité – des instances juridictionnelles, mais d'instances politiques au demeurant essentiellement intergouvernementales. Il vise à sanctionner les États membres qui transgressent leurs obligations en matière de respect des droits de l'homme (art.7 TUE)[1050]. Son activation dépend *« d'une violation grave et persistante par un État membre des principes énoncés à l'art.6, §1 »*. Or et il y a là un premier étonnement, ces principes –liberté, démocratie, respect des droits de l'homme, État de droit – ne sont nullement spécifiques au droit de l'Union. D'où il faut comprendre que la violation « abstraite » [1051]de ces principes, même en dehors de tout lien avec l'activité de l'Union, peut provoquer des sanctions. En clair, l'Union ne peut accepter que de tels agissements demeurent impunis.

[1049] C. Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond. Foundation for European progressive studies (FEPS), 25 Septembre 2012, p. 5.

[1050] P.Y Monjal, Le traite d'Amsterdam et la procédure de constatation politique de manquement aux principes de l'Union, RMUE 3/1998, p.68.

[1051] C. Blumann, L. Dubouis, « Droit institutionnel de l'Union européenne », op.cit. , p.143.

Un tel dispositif « politique », reconduit quasiment en l'état par le traité de Lisbonne (Art.7 TUE[1052]) ne manque pas de susciter l'étonnement dans la mesure où concomitamment ou presque, le Conseil de l'Europe tourne le dos à l'intervention directe des organes politiques dans la sanction de la violation des droits de l'homme. Le mécanisme imaginé en 1950 laisse place après l'entrée en vigueur le 1er janvier 1998 du protocole n°11[1053], à un véritable monopole de la CEDH. Le comité des ministres ne reste pas compétent qu'en cas de non-respect des arrêts de la Cour et pour un rôle de surveillance générale.

Les notions de risque clair et de violation grave sont d'ailleurs difficiles à cerner et laissent aux instances concernées une grande marge d'appréciation. Le seuil au-delà duquel une violation peut être considérée comme grave est d'application délicate. S'il ne fait guère de doute que l'art7 TUE n'a pas de vocation à résoudre des cas individuels de violation et qu'il requiert une ou des violations à caractère systématiques, les critères que la Commission a tenté de définir (objet et résultat de la violation) restent assez vagues[1054]. La question est de savoir si la violation d'une seule des valeurs de l'Union est suffisante n'est pas non plus très claire (le texte emploie le pluriel, mail il ne serait pas acceptable qu'une violation d'une valeur de l'Union soit tolérée[1055]).

Seules les valeurs figurant dans la première phrase de l'art.2 TUE sont visées. Elles doivent être respectées par les États membres aussi bien dans leurs champs d'action autonome que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (à la différence de la CHDF).

[1052] Le Conseil européen se substitue néanmoins au Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement et le Parlement européen doit donner son approbation et non plus un avis conforme.

[1053] P. Wachsmann (dir), Le Protocole n°11 à la CEDH, Brussel, Bruylant, 1995.

[1054] Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen sur l'art.7 du Traité UE du 15 octobre 2003 (COM [2003] 606 final). Selon la Commission, le fait que des couches de population vulnérables (minorités nationales, ethniques ou religieuses, ou populations immigrées) soient visées ou que plusieurs valeurs de l'Union soient violées devrait, par exemple, être pris en compte. En ce sens également : Helmut Schmitt von Sydow, « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'article 7 du Traité UE », Revue du Droit de l'Union européenne, n°2/2001, p.295 et s.

[1055] En pratique, une violation d'une seule valeur est de toute façon difficile à concevoir (une violation de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'État de droit ou des droits des personnes appartenant à des minorités porterait également atteinte aux droits de l'homme.)

L'article 7 TUE confère des pouvoirs exclusivement aux institutions politiques et, par conséquent, les critères d'application sont ouverts à l'interprétation par les politiciens[1056]. C'est la raison principale pour laquelle ces mécanismes n'ont jamais été utilisés efficacement. La réticence politique à engager ces mécanismes est-elle encore plus forte que le souci de violations graves des valeurs communes?[1057] . En outre, le manque de définitions claires, précises et convenues de ce qui peut être considéré comme un risque ou une violation grave des valeurs communes laisse une large portée à toutes sortes d'interprétations politiques[1058] .

L'exigence de certaines majorités au sein du Conseil et du Parlement représente des obstacles institutionnels à la mise en œuvre effective de ces outils. Plus particulièrement, il convient de noter qu'une suspension hypothétique des droits d'adhésion est uniquement basée sur des décisions intergouvernementales. Pour cette raison, il est compréhensible que les États membres et, par conséquent, le Conseil européen et le Conseil, composés de représentants des États membres, sont très réticents à commencer ces procédures et à les considérer comme un dernier recours. En outre, les EM ne sont pas disposés à activer le mécanisme de prévention et de sanction en raison des inquiétudes selon lesquelles l'article 7 TUE pourrait à son tour être utilisé contre eux. La position de la Commission Européenne est également très prudente quant à l'application de l'article 7 TUE, probablement pour éviter les conflits avec les États membres. Comme nous l'avons vu dans les cas étudiés, la Commission Européenne a adopté une interprétation restrictive de l'article 7 TUE, invoquant des mesures de rechange dans chaque cas et excluant l'article 7 TUE en tant qu'option nucléaire.

[1056]V. van Hüllen et Börzel, Tanja A. The EU's Governance Transfer. From External Promotion to Internal Protection?. SFB-Governance Working Paper Series, nr. 56 ,Juin 2013,p.19.

[1057] C. Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of the Treaty of the European Union and Beyond. Foundation for European progressive studies (FEPS), 25 Septembre 2012, p. 6.

[1058]V. van Hüllen et Börzel, Tanja A. «The EU's Governance Transfer. From External Promotion to Internal Protection?». SFB-Governance Working Paper Series, nr. 56 , Juin 2013,p.22.

En outre, en tant qu'acteurs nationaux impliqués dans les métiers de l'ingénierie constitutionnelle créative, les gouvernements des EM ont appris avec un grand soulagement que les conversations politiques, juridiques et économiques sont disjointes (incohérentes) dans l'UE. La condamnation politique n'est pratiquement pas transformée en sanctions légales. Une fois que les sanctions sont dépensées, leur mise en œuvre s'inscrit évidemment dans la coopération du gouvernement national. Le manque de coopération dans un secteur n'entraîne pas de conséquences dans une autre arène. Ce manque de connexion réduit la volonté des gouvernements nationaux de coopérer en matière constitutionnelle nationale qu'ils trouvent symbolique. Pourquoi s'efforcer de jouer lorsque des conséquences difficiles (par exemple, un gel des dépenses) ne suivent-elles pas[1059]? Dans la réforme constitutionnelle hongroise, la Commission européenne a entamé des procédures d'infraction, mais dans d'autres cas, telles que les expulsions roms en France, elle menaçait simplement de lancer des procédures d'infraction, mais en fait, elle n'avait jamais l'intention de le faire. Le PE a sérieusement débattu sur l'application de l'article 7 du TUE, mais a échoué dans la tentative de former la majorité requise pour son activation.

En fait, la capacité du PE à agir dans un cas particulier est plus liée à son appartenance politique qu'à un réel intérêt à protéger la démocratie et l'État de droit. Son action dépend de la composition ou de l'environnement politique actuel au sein du PE. Cependant, le PE, dans son «Document de travail sur la situation des droits fondamentaux dans l'UE 2012», a souligné que l'heure actuelle était marquée par une crise démocratique dans plusieurs États membres de l'UE et que certains députés se plaignaient du manque de volonté politique d'activer l'article 7 TUE et réitéré la nécessité de créer un nouveau mécanisme pour assurer le respect des valeurs de l'UE. En outre, l'article 7 TUE ne prévoit pas que la CJUE examine les procédures ou l'accomplissement de critères pour activer ce mécanisme. En outre, les pouvoirs de surveillance et d'exécution n'ont pas été affectés à la Commission européenne ou à la CJUE mais aux EM et au PE. En ce sens, *«l'UE manque d'un mécanisme de suivi systématique et la protection judiciaire ne s'est développé que lentement»* [1060].

[1059] R Uitz, Poland, Hungary and Europe : Pre- article 7 Hopes and Concerns,Verfassungblog on Constitutional Matters, 14 mars 2016 http:// verfassungsblog.de/poland-hungary-and-europe-pre-article-7-hopes-and-concerns/

[1060] Ibid.p.19.

Compte tenu des positions des institutions européennes, il est possible que seules les EM peu ou impuissants soient réellement soumis à l'intervention de l'UE. Cette approche pourrait être considérée comme une sorte d'«hypocrisie de l'UE» qui délégitime les institutions de l'UE à la fois dans les États concernés et éventuellement dans l'ensemble de l'UE »[1061].

La leçon tirée dans l'affaire Haider a montré les risques du caractère exclusivement intergouvernemental de la décision puisqu'ils ont faussé le sens des sanctions, ce qui les fait apparaître comme le simple outil d'intérêts nationaux. Il est évident que les institutions doivent réformer en profondeur les mécanismes existants afin d'empêcher les États membres de commettre des infractions graves à des valeurs communes. Compte tenu des tentatives d'appliquer l'article 7 TUE, il est essentiel d'introduire des mesures juridiquement contraignantes pour compléter et améliorer les mécanismes actuels. Il faut également considérer que l'imposition de l'article 7 TUE, en particulier dans le cas de sanctions, peut causer un préjudice aux citoyens européens; «Un problème majeur est que de telles mesures tendent à punir davantage les citoyens plutôt que les gouvernements»[1062]. Les États membres pourraient s'opposer à l'application de l'article 7 TUE sur la base de l'article 4§2 TUE appelant le respect de leurs «identités nationales» de l'UE. À cet égard, la question se pose de savoir si le respect des identités nationales pourrait légitimer les États membres pour déroger aux principes de l'article 2 TUE[1063] ». À cet égard, il faut considérer que «les valeurs de l'article 2 TUE affectent l'identité nationale et européenne». Ainsi, l'article 2 TUE est compatible avec le «respect des identités nationales» dans la mesure où ces principes consistent dans l'organisation interne et dans les fonctions principales des

---

[1061] C.Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond, opt.cit, p. 6.;J W.Müller, Safegurading democracy inside the EU, opt.cit,p.1.

[1062] C.Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond.opt.cit,p. 8.;J W.Müller, Safegurading democracy inside the EU, opt.cit,p.25.

[1063] C.Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond,opt. cit,p.7 ; E. De Capitani, European Union and Hungary: towards a new Haider case?. The Fundamental Rights European Experts Group (FREE Group), 15 Janvier 2012, p.4.

États membres, comme mentionné à l'article 4.2 TUE »[1064]. «La co-extension entre les valeurs fondatrices de l'UE et celles de la EM correspond donc à celle entre la citoyenneté européenne et la nationalité»[1065].

S'agissant d'un dialogue constitutionnel ou politique ou d'un litige, il reste que les réponses des acteurs constitutionnels européens atteignent la scène nationale par un retard considérable. Les mauvaises idées d'antan sont longuement oubliées dans les capitales nationales au moment où les acteurs européens en parlent. Les acteurs constitutionnels nationaux qui s'écartent des normes constitutionnelles européennes sont de plus en plus conscients de ce retard et peuvent se tourner vers leur propre avantage politique. Les mesures d'attrait populiste recueillent leurs fruits traduits au soutien populaire aujourd'hui et demain, alors que l'amende devra être payée dans les années à partir de maintenant.

En outre, alors que les réponses européennes (en particulier de l'UE) aux expériences constitutionnelles nationales sont souvent rendues dans des termes hautement techniques et fragmentés, lorsqu'elles atteignent la sphère nationale, elles font moins de bruit que la violation initiale. À moins qu'un gouvernement national ne crie au loup et lance des crises de colère dramatiques pour protester contre la violation de sa souveraineté, voire encore, de l'identité constitutionnelle, il faut beaucoup de compétences et d'efforts pour remanier la question dans le discours politique national en termes constitutionnels. Ce travail relève souvent d'une opposition politique faible, de ses partisans et de ses organisations de la société civile, et même si ces derniers réussissent à (ré) capturer le message, ils doivent encore expliquer le point de réchauffer un débat longtemps oublié. Cet exercice politique devient d'autant plus difficile si un État membre décide de contraindre les activités de ces organismes de surveillance dans un milieu de travail contrôlé[1066].

[1064] C.Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond.opt.cit,p. 8.

[1065] Ibid.p .8.

[1066] R Uitz, Poland, Hungary and Europe : Pre- article 7 Hopes and Concerns,Verfassungblog on Constitutional Matters, 14 mars 2016 http://verfassungsblog.de/poland-hungary-and-europe-pre-article-7-hopes-and-concerns/

B. L'intervention et le rôle limité de la CJUE.

Quelle place la CJUE occupe-t-elle dans un tel système ? Initialement, l'article 7 UE échappait à la compétence de la Cour de Justice. Cependant, si les agissements de l'État membre concerné entraient dans le champ d'application du droit de l'UE, la compétence de la Cour de Justice au titre du recours en manquement étatique des articles 226—228 CE demeurait entière. Les mêmes faits pouvaient donc relever des deux procédures différentes. Encore que l'on imagine volontiers que les deux procédures ne poursuivaient pas le même objet ; de plus, et sur le terrain même du dispositif politique, l'article 7 TUE devait se lire en liaison avec l'ex-article 309 CE, qui prévoyait les retombés dans le pilier communautaire des sanctions prises au niveau de l'Union. Or cet article 309 était incontestablement justiciable de la Cour de Justice.

Toutefois, face au reproche de déficit judiciaire, le traité de Nice a en partie « juridictionnalisé » la procédure de sanction. Selon l'ex-article 46 point *e* du TUE, l'État membre incriminé et lui seul, peut agir devant la Cour dans un délai d'un mois à compter de la constatation de la violation effectuée par le Conseil. Cependant, seules les prescriptions de procédure de l'article 7 peuvent faire l'objet d'un contrôle. Ce faisant, on aboutissait à une dissociation entre l'acte de condamnation d'un État au titre de l'article 7, qui révélait du contentieux spécifique de l'article 7 UE et les mesures coercitives prises au titre de l'article 309 CE soumises, elles, au droit du contentieux de l'UE.

Le traité de Lisbonne laisse sur une impression d'incertitude quant à la réduction de ces solutions[1067]. On peut en douter. L'article 309, qui avait pour objet de tirer dans le pilier communautaire les conséquences de mesures prises dans le cadre du traité sur l'Union, disparaît en raison de la suppression de la structure des piliers. Son successeur dans le TFUE –l'article 354 –n'évoque en réalité dans des questions liées aux règles de vote du Conseil européen, du Conseil et du Parlement européen.

En revanche, l'article 269 TFUE, placé parmi les dispositions relatives aux recours devant la CJUE, reprend la substance de l'article 46, point *e* ancien du traité sur l'Union.

[1067] J.Verhoeven, Commentaire de l'article I-59, in L.Bugorgue-Larsen, A.Levade et F.Picod (dir.), Traité établissant une Constitution pour l'Europe- Commentaire article per article; Brussel, Bruylant,2007,p.207 et s.

En même temps, il étend la compétence spécifique de la CJUE aux actes adoptés par le Conseil européen ou le Conseil. Or, selon l'article 7 nouveau du TUE, les actes du Conseil sont principalement ceux qui concernent les mesures coercitives. Il faut en déduire que la justiciabilité réduite du dispositif de sanctions politiques s'étend dorénavant non seulement à l'acte de condamnation mais également aux mesures concrètes. Si cette interprétation devait se révéler exacte, on serait peut-être en présence d'un recul du traité de Lisbonne sur le plan de la jusiticiabilité du mécanisme des sanctions.

Une autre question qui se pose est le rôle de la CJUE c'est que les mécanismes prévus à l'article 7 TUE ne donnent aucun rôle à la CJUE. Malheureusement, et malgré les suggestions formulées par la Commission Européenne au cours des conférences intergouvernementales avant les traités d'Amsterdam et de Nice, *«le traité actuel n'accorde pas le pouvoir de contrôle judiciaire de la décision de la CJUE pour déterminer l'existence d'un grave et persistante violation des valeurs communes ou un risque manifeste d'une telle violation »*. En outre, le Traité de Lisbonne a abrogé l'article 46 (e)TUE en vertu du Traité de Nice, qui a permis à la CJUE de réviser «des dispositions purement procédurales à l'article 7 TUE et a permis de respecter les droits de l'État».

Néanmoins, cela ne signifie pas l'exclusion totale de la CJUE en cas de violation des valeurs de l'UE par un EM. La CJUE peut intervenir conformément à la procédure d'infraction prévue aux articles 258 à 260 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). La Commission européenne, en tant que gardienne des traités, pose généralement la question devant la CJUE[1068]. La CJUE peut également agir si l'État membre sanctionné soumet une demande d'annulation de la décision du Conseil. La Cour pourrait évaluer la légalité des sanctions imposées, et plus particulièrement, elle pourrait décider si une des valeurs communes était violée et sur la notion de violation grave et persistante. Cependant, il appartient aux institutions impliquées dans les mécanismes de définir l'existence, la gravité et la persistance de la violation susmentionnée. À cet égard, il convient de noter que la jurisprudence de la CJUE existe déjà - dans plusieurs résolutions - avec une appréciation du concept de violation grave et persistante. De même, la CJUE a également statué sur d'autres questions pertinentes, telles que la notion d'«État» en cas de

[1068]C.Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond. Foundation for European progressive studies (FEPS), 25 septembre 2012, p. 10.

violation s'est produite[1069]. À cet égard, la CJUE a considéré, dans plusieurs arrêts, que la violation pourrait provenir des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ainsi que des autorités centrales, fédérales, locales et décentralisées[1070]. Conformément à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la CJUE est également compétente[1071] en ce qui concerne les dispositions de la Charte, mais *«ces dispositions sont adressées aux États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union».*

Comme indiqué précédemment, la CJUE peut agir conformément à la procédure d'infraction prévue aux articles 258 à 260 TFUE, dans le cas où un État membre ne respecte pas la législation de l'UE. La Commission Européenne, après la phase administrative préliminaire, peut renvoyer l'affaire à la CJUE[1072]. Un exemple est l'affaire hongroise dans laquelle la Commission a interjeté l'appel de procédures d'infraction en vertu de l'article 258 TFUE [1073] ou de l'affaire rom en France [1074], mais à cette occasion, la Commission européenne n'a jamais engagé la procédure.

K. L. Scheppele propose une approche nouvelle et intéressante, consistant à étendre la procédure d'infraction aux «plaintes systémiques» au titre de l'article 2TUE. *«Trouver une violation systémique de l'article 2 de la TUE permettrait à la CJUE d'élaborer une jurisprudence sur cette question et d'orienter les États membres et les institutions de l'UE*

[1069]G. Budó, EU Common Values at Stake: is Article 7 TEU an Effective Protection Mechanism?, opt.cit,p.3.

[1070] E.Bribosia; O. de Schutter,; Th.Ronse, et A. Weyembergh, Le contrôle par l'Union européenne du respect de la démocratie et les droits de l'homme par ses Etats membres: à propos de l'Autriche. *Journal des tribunaux, Droit européen*, nr. 3, 2000 ,p.2.

[1071]Sauf pour la Pologne et le Royaume-Uni. Voir «Protocole (n ° 30) sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en Pologne et au Royaume-Uni ».

[1072] C. Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond,opt.cit,p.10.

[1073] La Commission européenne clôt une procédure d'infractionsur la retraite forcée des juges hongrois. Communiqué de presse IP / 13/1112, Commission européenne, 20 novembre 2013.

[1074] Déclaration sur les derniers développements sur la situation rom, Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne chargée de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté.SPEECH 10/428, 14 septembre 2010.

sur le sens des valeurs fondamentales de l'UE[1075]*»*. Elle suggère que si un EM persiste à ne pas répondre à une violation des valeurs de l'UE, une approche plus forte est nécessaire[1076]. La question est d'évaluer *«si l'ensemble équivaut à plus que la somme des parties ou si tout ou partie des infractions présumées individuelles devraient être confirmées par elles-mêmes»*[1077] . Le cas de la Hongrie est un exemple à analyser ici, car la Commission européenne n'a apporté à la CJUE que «la retraite anticipée forcée des juges supérieurs», mais la CJUE ne pouvait pas entrer dans d'autres questions telles que les réformes judiciaires et l'indépendance judiciaire en Hongrie, parce que ces aspects n'ont pas été suffisamment élevés[1078]. Avec une «action de contrefaçon systémique», la Commission Européenne pourrait démontrer qu'un problème spécifique est lié à un cadre plus large[1079] .

Il faut faire également référence à la proposition de mesures ou de sanctions efficaces, qui pourraient être prises contre les États membres contrevenants. Ces sanctions devraient avoir une dimension européenne pour souligner que la violation concerne l'UE dans son ensemble[1080] , et peut consister en des compressions dans les fonds de l'UE, des amendes importantes ou, comme prévu actuellement par l'article 7§3 TUE, la suspension de certains droits, y compris les droits de vote de ces États membres au Conseil.
En ce qui concerne ces sanctions, Scheppele considère que, au lieu de payer une amende du budget intérieur des EM, «La CE et la CJUE pourraient insister pour que les contrevenants systémiques persistants perdent leurs fonds ou voient leurs fonds européens suspendus tant que la violation persiste»[1081]. Dans une lettre récente des ministres des

[1075] K.L Scheppele, What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The case for Systemic Infringement Actions .Princenton University, Novembre 2013.

[1076] Ibid,p .5.

[1077] Ibid,p.6.

[1078] Ibid,p.8.

[1079] Ibid,p.4.

[1080] J.W, Müller, Safegurading democracy inside the EU.Brussels and the future liberal order .opt.cit, p.24.

[1081] K.L Scheppele, What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The case for Systemic Infringement Actions .Princenton University, Novembre 2013.

Affaires étrangères de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Finlande et du Danemark à la Commission, ils ont appelé *«Un nouveau mécanisme pour sauvegarder les valeurs fondamentales vers l'UE (mars 2013) en priorité»*. Ils ont déclaré que *«il est essentiel que les valeurs fondamentales consacrées dans les traités européens soient vigoureusement protégées (...) L'UE doit pouvoir réagir rapidement et efficacement pour assurer le respect de ses principes les plus fondamentaux»*. Dans cette lettre, ils ont considéré la suspension des fonds de l'UE en dernier recours.

Scheppele pense que le processus consistant à déterminer si un EM a violé les traités devrait être traité comme une question juridique plutôt que politique: *«Si la sanction implique un élément d'appartenance politique, comme le prévoient les sanctions de l'article 7 TUE, un processus politique est approprié. Mais, si la question est de savoir si un EM a systématiquement violé ses obligations du Traité par ses propres pratiques de droit, comme le prétend une action systémique d'infraction, il s'agit avant tout d'une question juridique »*[1082]. Ensuite, si la CJUE a jugé qu'il y avait une violation systémique de la législation de l'UE et établi une amende, la Commission Européenne pourrait directement déduire les fonds de l'UE précédemment attribués à cet Etat[1083] ou garder un certain pourcentage de ces fonds jusqu'à ce que l'EM rencontre les critères de l'article 2 TUE[1084] .

D'autres mesures peuvent être proposées, ce qui nécessiterait une modification des traités actuels. Le pouvoir du Conseil dans le cadre de l'article 7 TUE devrait être plus équilibré et soumis à une responsabilisation accrue par le PE à toutes les étapes, en particulier lorsqu'il décide s'il existe une violation claire ou grave des valeurs de l'UE et en cas de sanctions[1085] .

Enfin, on peut considérer que, dans des cas extrêmes, de nouveaux mécanismes pourraient être mis en place, ce qui pourrait nécessiter une réforme profonde des traités, comme la

---

[1082] Ibid.

[1083] Ibid,p.6.

[1084] Ibid,p.12.

[1085] Parlement Européen, «The triangular relationship between Fundamental Rights, Democracy and Rule of Law in the EU –Towards an EU Copenhaguen Mechanism». Etude demandée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires interieures au Parlement Européen, Auteurs: Dr. Sergio Carrera, Prof. Elspeth Guild, Mr. Nicholas Hernanz, Octobere 2013,p.53.

possibilité d'expulser complètement un EM[1086] ou une suspension temporaire[1087] jusqu'à la restauration des normes démocratiques[1088]. La possibilité d'exclusion pourrait être conçue comme un dernier recours et une forme de dissuasion envers l'EM pour éviter l'humiliation d'être expulsé[1089].

3§. Les tentatives de l'application de l'Art. 7 TUE.

L'UE a tenté d'appliquer à plusieurs reprises les mécanismes de l'article 7TUE. Les exemples les plus pertinents sont le *«cas Haider»* en Autriche (A.), les expulsions des Roms en France (B.) la lutte politique entre le président Basescu et le Premier ministre Ponta en Roumanie (C.), la réforme constitutionnelle en Hongrie (D.) ainsi que les attaques contre l'État de droit en Pologne (E.).

[1086]Le traité actuel ne contient aucune disposition pour l'exclusion, l'expulsion ou la suspension de l'adhésion à l'UE. Le traité de Lisbonne prévoyait, pour la première fois, à l'article 50 TUE, la possibilité pour les États membres de se retirer volontairement de l'UE. Au Conseil de l'Europe, il existe une disposition sur la suspension de l'adhésion.

[1087]Le Conseil de l'Europe dispose d'une disposition similaire à l'article 8 de son Statut qui stipule que, en cas de violation de l'article 3 – État de droit ou de droits fondamentaux - l'Etat peut être suspendu de ses droits de représentation et si l'EM ne se conforme pas toujours, le Comité peut décider qu'il a cessé d'être membre jusqu'à ce que la décision du Comité soit prise. Par exemple, à la fin des années 60, concernant les violations de la règle de droit et des libertés fondamentales par le gouvernement grec: «En décembre 1969, la Grèce s'est retirée du Conseil de l'Europe pour éviter l'humiliation d'être expulsée» Voir la Résolution (70) 34.

[1088] C.Pinelli, «Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond», opt.cit,p16;E. Bribosia; O. De Schutter; Th. Ronse, et A. Weyembergh Anne. Le contrôle par l'Union européenne du respect de la démocratie et les droits de l'homme par ses Etats membres: à propos de l'Autriche.opt.cit,p.2.

[1089]C.Pinelli, Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond,opt.cit,p.16

A. L'affaire Haider en Autriche: vers une amélioration du mécanisme.

En octobre 1999, le Parti de la Liberté d'Autriche (FPÖ) a obtenu 27% des voix lors des élections législatives (chambre basse). Le FPÖ a été largement considéré par les pays de l'UE et par le Parlement européen comme un parti d'extrême droite, avec des exemples de propagande xénophobe et des doutes sur son caractère démocratique[1090]. Les 14 États membres de l'UE, après l'alerte du Premier ministre du Portugal qui présidait alors la présidence du Conseil, ont annoncé qu'ils appliqueraient des sanctions contre tout gouvernement autrichien, y compris le FPÖ[1091]. Plusieurs autres gouvernements ayant réagi de manière tout aussi ferme, la présidence portugaise du Conseil des ministres communiqua à l'Autriche la décision des quatorze autres États membres de l'époque de lui imposer certaines sanctions diplomatiques[1092].

L'objectif de ces sanctions concernait d'abord directement le sanctionné : il s'agit d'abord d'appuyer d'une mesure concrète la condamnation d'un comportement. Mais cette fonction punitive se double d'un objectif d'amendement : le changement de comportement de la cible du fait de la pression[1093]. Et deuxièmement l'objectif des sanctions doit s'envisager par rapport à ce que recherche le sanctionnant vis-à-vis de lui-même. En adoptant des mesures restrictives à l'égard de l'Autriche, les Quatorze se sont d'abord attachés à réaffirmer la dimension politique de l'intégration européenne : l'Union scelle une communauté de des- tin des États membres, comme il a été d'emblée signalé.
Mais, en fait, ces sanctions avaient un caractère diplomatique et bilatéral et n'étaient pas fondées sur des dispositions de l'UE. Les mesures principales prises contre l'Autriche étaient: le manque de soutien pour les autrichiens à la recherche de postes dans des

[1090] P. Cramér, et P. Wrange, The Haider Affarir, Law and European Integration. *Europarättslig tidscrift*, nr. 28, 2000, p. 28.

[1091] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire?, Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p. 302.

[1092] E. Bribosia, O de Schutter, T.Ronse et A. Weyembergh, Le contrôle par l'Union européenne du respect de la démocratie et des droits de l'homme par ses États membres: à propos de l'Autriche., J.D.E, 2000/3,p.61.

[1093] T. De Wilde d'Eetmael , Les sanctions contre l'Autriche : motifs, objectifs, issues, Critique internationale, vol. 8. 2000. Diversité du capitalisme mondialisé. p. 8-19

organisations internationales ou la reconnaissance des ambassadeurs uniquement au niveau technique. En réalité, les 14 EM ont agi au nom des principes européens, mais pas au nom de l'UE[1094]. Il est également pertinent que le gouvernement autrichien a affirmé que l'action de l'UE «violait » les principes juridiques fondamentaux et l'esprit des traités européens », y compris la reconnaissance d'un gouvernement démocratique engagé dans l'État de droit» [1095].

À la suite d'un plan rédigé par la présidence portugaise, les 14 États membres ont conclu un accord pour créer un comité de «Trois hommes sages»[1096] pour faire rapport sur l'engagement du gouvernement autrichien à l'égard des valeurs communes, en particulier en ce qui concerne les droits des minorités, des réfugiés et des immigrants et ils ont convenu de suivre l'évolution du caractère politique du FPÖ[1097]

Le rapport établit que les droits mentionnés étaient respectés et, en ce qui concerne la protection des minorités, les normes étaient garanties dans une mesure encore plus grande que dans de nombreux autres États membres de l'UE. Le rapport a même mentionné expressément que l'Autriche était le seul membre de l'UE à accorder un rang constitutionnel complet à la CEDH. En somme, l'Autriche n'a pas violé aucun texte juridique contraignant dans le domaine des droits de l'homme, qui comprenait également le Traité sur l'Union européenne. Le rapport recommandait que les mesures prises par les 14

[1094] W.Sadurski, Adding a Bite to a Bark? A story of article7, the EU enlargement and Jörg Haider. The University of Sydney. Sydney Law School. Legal Studies Research Paper, nr.1, 2010,p .2.

[1095]«Action Programme of the Federal Government for the lifting of Sanctions» (5th May 2000).
A. Duxbury, Austria and the European Union – The report of the «three wise men». Melbourne Journal of European Law, vol. 1 (December 2000), p. 169-174.

[1096]Le Premier ministre du Portugal, Antonio Guterres, a demandé au Président de la Cour des droits de l'homme, Luzius Wildhaber, de nommer trois personnes pour ce Comité. Les «Trois sages» nommés étaient: Martti Ahtisaari, ancien président de la Finlande; Jochen Frowein, Directeur de l'Institut Max Planck pour le droit public comparé et le droit international, ancien membre et vice-président de la Commission européenne des droits de l'homme, et Marcelino Oreja, ancien ministre espagnol des Affaires étrangères, ancien secrétaire général du Conseil de l'Europe et ancien membre de la Commission européenne.

[1097] Report of Martti Ahtisaari, Jochen Frowein and Marcelino Oreja. Adopté à Paris le 8 septembre 2000, p.23. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/HOSI-1.pdf

États membres de l'Union européenne soient levées car *«elles pourraient devenir contre-productives car elles avaient déjà suscité des sentiments nationalistes dans le pays»*[1098] .

Ces sanctions diplomatiques ont été levées lorsque le rapport du « comité de sages » chargé d'enquêter sur la situation politique et des droits de l'homme en Autriche a conclu que l'engagement de l'Autriche aux valeurs communes européennes, y compris les droits des minorités, les réfugiés et des immigrés au moment de la rédaction du rapport, étaient satisfaits: les sanctions illégales résultant du résultat des élections ne seraient donc pas non plus justifiées au regard de l'article 7 modifié. On peut noter à cet égard que les temps ont changé lorsque l'inclusion du Parti de la Liberté d'Autriche (FPÖ) dans un gouvernement de coalition en Autriche suites aux dernières élections est passée presque totalement inaperçue cette fois-ci. Il est toutefois sage que l'UE ne réagisse pas de manière excessive aux résultats des élections, mais qu'elle réagisse plutôt aux violations réelles des valeurs communes à l'UE et à ses États membres.

Par conséquent, on pourrait considérer que les sanctions à l'égard de l'Autriche étaient dirigées contre l'idéologie particulière du FPÖ et non sur une action concrète de son gouvernement et dépendaient essentiellement de l'intérêt politique des 14 États membres[1099]. Il convient également de noter que, à l'époque, les partis extrémistes et populistes étaient à la hausse dans d'autres États membres, comme en Belgique (VB-Vlaams Blok), aux Pays-Bas (PVV-Partij Voor the Vrijheid), en France (Front National) et l'Italie (Alleanza Nazionale). Des politiciens comme Jacques Chirac et Guy Verhofstadt ont profité de cette situation pour envoyer un message d'avertissement à leurs propres pays sur les conséquences négatives éventuelles du soutien croissant aux partis extrémistes. Étant donné que l'Autriche n'a pas violé aucun des principes communs, le mécanisme de sanctions de l'article 7 TUE- le seul existant à l'époque - ne pouvait être appliqué. La notion de principes de l'UE n'était qu'un outil utile pour que les États membres légitiment leur action. Le fait que les sanctions contre l'Autriche n'aient pas été prises au niveau de

---

1098 A. Duxbury, Austria and the European Union – The report of the «three wise men». Melbourne Journal of European Law, vol. 1 (December 2000), p. 164.

1099 A. Szczodrowska,. In search of thresholds for activating article 7 of the Lisbon Treaty. The cases of Austria and Hungary. Budapest, Hungary: Central European University, CEU eTD Collection, 2013,p. 22.

l'UE est aujourd'hui considéré comme un échec. En conclusion, l'incapacité d'appliquer les outils de l'UE et le Rapport des« trois sages » ont favorisé l'introduction d'un mécanisme de prévention visant à progresser dans une approche réactive simple. Ce mécanisme a été introduit plus tard par le traité de Nice et correspond à l'actuel article 7§1 TUE.

L'expérience autrichienne a donc servi à « institutionnaliser » la technique des comités d'experts indépendants. Il sera en effet désormais possible au Conseil, pour établir son jugement, de solliciter l'opinion de *« personnalités indépendantes »* sur les risques de violation des principes de l'art.6§TUE. C'est là une tendance que l'on a pu rencontrer dans les droits nationaux, avec la prolifération des autorités indépendantes, et dont on constate aussi l'apparition dans le champ communautaire. Le phénomène des « agences communautaires décentralisées » en est un premier exemple. Et on se souvient que la démission de la Commission Santer, intervenue en 1999, a été provoquée non pas par le vote d'une motion de censure parlementaire, mais par les conclusions d'un comité d'experts indépendants, mandaté par la Commission et le Parlement européen, aux conclusions duquel la Commission avait accepté par avance de lier son sort collectif[1100].

B. Les expulsions roms en France.

L'affaire des Roms en France a débuté au cours de l'été 2010, avec l'expulsion par le gouvernement français de près de 1.000 ressortissants roumains et bulgares d'origine rom vivant en France[1101]. Le 21 juillet 2010, le président Sarkozy a prononcé la Déclaration sur la Sécurité suite à la violence et au conflit qui ont terni sa popularité[1102]. Il avait annoncé la nécessité de futures réformes sur la sécurité intérieure et l'immigration, ainsi que sur les règles de citoyenneté. Il avait également souligné, en tant que priorité politique, la lutte

[1100] V. Constantinesco, Les sanctions politiques contre les États membres, in Les sanctions contre les États en droit communautaire, sous la direct. de I. Pingel et D. Rosenberg, éd. A. Pedone, Paris, 2006, p.51

[1101] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire? , Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p. 303.

[1102] S. Carrera et A. Faure Atger. L'Affaire des Roms: A Challenge to the EU's Area of Freedom, Security and Justice. CEPS, 29 septembre 2010, p. 1.

contre la criminalité et son intention de lancer une «véritable guerre contre les trafiquants et les délinquants». À la suite d'une réunion ministérielle, un ensemble de mesures a été proposé pour démanteler les colonies roms irrégulières et éjecter leurs habitants de la France, tels que [1103] :

- Démantèlement systématique des camps illégaux. Le gouvernement a dû procéder, dans un délai de trois mois, à l'évacuation de 200 camps illégaux, considérés par le gouvernement français, des sources de trafic illicite, des conditions de vie hautement dangereuses et de l'exploitation d'enfants pour la mendicité, la prostitution ou la criminalité. Des réformes législatives ont été annoncées pour rendre cette évacuation plus efficace et le gouvernement était tenu de procéder à la déportation de ressortissants d'Europe de l'Est résidant illégalement en France.
- Réforme de la législation sur l'immigration. Une réforme du droit de l'immigration a été annoncée, y compris des mesures visant à expulser les Roms de la France pour des raisons d'ordre public.
- Coopération entre la France et la Roumanie. Il a favorisé une coopération plus large entre les autorités françaises et roumaines pour lutter contre la traite et permettre le retour des ressortissants roumains dans les meilleures conditions. La ratification d'un traité entre la France et la Roumanie sur le retour des mineurs roumains non accompagnés a également été autorisée[1104].

Plus tard, en raison des préoccupations exprimées au niveau de l'UE par la Commission et le PE, le 13 septembre 2010, le ministère français de l'Intérieur a adopté une nouvelle «révision» réaffirmant l'objectif global, mais évitant toute référence directe aux Roms[1105]. Le fait que ces personnes sont des citoyens européens de l'UE qui sont expulsés est très important au niveau de l'UE. En 2007, la Roumanie et la Bulgarie ont rejoint l'UE et leurs ressortissants, en tant que citoyens de l'UE, ont bénéficié des mêmes droits de citoyenneté

[1103] S.Carrera, et A. Faure Atger, «L'Affaire des Roms:A Challenge to the EU's Area of Freedom, Security and Justice». CEPS, 29 septembre 2010.p.4 ; Elysée. Présidence de la République. «Communiqué faisant suite à la réunion ministérielle de ce jour sur la situation des gens du voyage et des Roms. Communiqué de Presse, 29 juillet 2010.

[1104] Glòria Budó, EU Common Values at Stake: is Article 7 TEU an Effective Protection Mechanism? opt.cit.p.6.

[1105] S.Carrera, et A. Faure Atger, «L'Affaire des Roms: A Challenge to the EU's Area of Freedom, Security and Justice». CEPS, 29 septembre 2010.p.5.

que les autres Européens. Ces mesures françaises ont été condamnées à différents niveaux par le «Comité des Nations Unies pour l'élimination du racisme et la discrimination», le Conseil de l'Europe, plusieurs ONG internationales et organisations de la société civile, ainsi que par l'Église catholique[1106]. Néanmoins, la première réaction formelle de l'UE a dû attendre le 25 août 2010 pour une *«Déclaration écrite de la vice-présidente Viviane Reding»* sur la situation rom en Europe »[1107]. Elle a exprimé ses inquiétudes au sujet de la situation et a annoncé que le gouvernement français avait donné des garanties politiques de compatibilité de leurs pratiques avec la législation de l'UE. De plus, elle a suggéré que, si nécessaire, la Commission pourrait agir en tant que courtier entre les États membres et pourrait également surveiller et évaluer tous les progrès. Le 1er septembre 2010, trois commissaires - Viviane Reding, László Andor et Cecilia Malsmtröm - ont publié une note commune d'information pour clarifier la situation et ont souligné que d'autres informations étaient encore nécessaires. Quelques jours plus tard, le PE a adopté une Résolution pour exiger la suspension immédiate des expulsions en France. Le PE a exhorté la Commission, le Conseil et les États membres à intervenir dans leur demande aux autorités françaises de *«suspendre immédiatement toutes les expulsions de Roms»* et a exprimé des inquiétudes quant à la réponse tardive et limitée de la Commission en tant que gardienne des traités pour la nécessité de vérifier la cohérence des actions de l'EM avec le droit primaire de l'UE et la législation de l'UE. À cette occasion, *«la réponse de l'UE était donc rapide, efficace et d'une portée à l'échelle de l'UE»*[1108] .

La vice-présidente Reding a également évoqué, pour la première fois, l'intention de la Commission Européenne d'engager des procédures d'infraction contre la France pour une demande discriminatoire et le manque de transposition des garanties de la directive 2004/38 sur la libre circulation[1109] . Ses commentaires ont été extrêmement controversés puisqu'elle a déclaré que ce genre de situation «[elle avait pensé] que l'Europe n'aurait pas à assister à nouveau après la Seconde Guerre mondiale». Elle a décrit l'affaire comme une

---

[1106] Ibid, p.10.

[1107] Ibid, p;10.

[1108] Carrera et Faure, opt.cit,p. 11.

[1109] Commission européenne, V. Reding, "Déclaration sur l'évolution de la situation concernant les Roms », Speech 10/428, 14 septembre 2010. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-428_fr.htm

honte parce que *«la discrimination fondée sur l'origine ethnique ou la race n'a pas sa place en Europe et est incompatible avec les valeurs sur lesquelles l'Union européenne est fondée»*. Le président Sarkozy a considéré les mots de la vice-présidente Reding comme une «insulte» pour la comparaison de sa politique avec celle du régime nazi qui a exterminé des centaines de milliers de Roms pendant la Seconde Guerre mondiale et a amené les autorités françaises à remettre en question le rôle de la Commission en tant que gardienne des traités. En outre, Reding a rappelé que *«aucun EM ne peut s'attendre à un traitement spécial, en particulier pas lorsque des valeurs fondamentales et des lois européennes sont en jeu»*. Cette affaire a révélé des tensions institutionnelles profondes au niveau de l'UE entre le gouvernement français et la Commission Européenne et le PE. Néanmoins, la Commission a décidé finalement de ne pas lancer de procédures d'infraction contre la France[1110].

Les expulsions ont même augmenté tout au long de 2011, 2012 et au premier semestre de 2013. Contrairement aux attentes, le gouvernement de François Hollande a maintenu ces pratiques [1111]. La Commission européenne a estimé que la responsabilité des règles en matière de citoyenneté incombait aux autorités nationales et a exprimé le manque de compétence sur ces questions intérieures, telles que les expulsions et le droit de résider dans un autre État membre. Cela a conduit à une coopération bilatérale entre certains États concernés concernant la réinsertion des Roms.

«Ces politiques contredisent le principe et le droit fondamental de la non-discrimination fondée sur l'origine ethnique et le droit de quitter l'état d'origine et de résider dans d'autres États membres prévus dans le droit de la citoyenneté de l'UE»[1112]. Avec cette approche, la Commission a négligé d'encadrer cette affaire du point de vue de la non-discrimination, de la citoyenneté et des droits fondamentaux[1113] et du respect des valeurs de l'UE. À cet égard, l' «Affaire française sur les Roms» a encore démontré les limites des

---

[1110]Glòria Budó, EU Common Values at Stake: is Article 7 TEU an Effective Protection Mechanism?, opt.cit.p.6.

[1111] S. Carrera, Shifting Responsibilities for EU Roma Citizens.The 2010 French affair on Roma evictions and expulsions continued. *CEPS*, nr. 55 (Juin 2013)p .1.

[1112] Ibid,p.4.

[1113] Ibid,p.2.

mécanismes de l'UE et l'incapacité de l'UE à réagir contre des mesures nationales contraires aux valeurs de l'UE et aux droits fondamentaux.

Les exemples présentés rappellent que la politique menée vis-à-vis des populations roms et des gens du voyage ainsi que le droit qui leur est appliqué doivent être compatibles avec les obligations internationales, entre autres européennes, de la France. Cette politique et ses règles doivent également respecter les normes nationales et ont pu sur ce fondement donner lieu à des contrôles juridictionnels notamment de constitutionnalité.[1114]

C. La démocratie et l'État de droit en Roumanie.

En mai 2012, Victor Ponta a été désigné comme le nouveau Premier ministre de la Roumanie après un vote de non-confiance au Parlement remporté par une coalition dirigée par son parti, l'Union sociale libérale (USL), contre le gouvernement de l'époque. Ponta a été le principal adversaire politique du président Traian Basescu, et cette situation a entraîné un certain nombre de litiges[1115] . L'USL a lancé une série d'attaques contre plusieurs institutions de l'État, en particulier le pouvoir judiciaire et la Constitution, afin de mettre en accusation le Président. Ensuite, Basescu et Ponta ont entamé des poursuites devant la Cour constitutionnelle sur la représentation de la Roumanie au sein du Conseil européen. En réponse à une déclaration du Parlement roumain désignant Ponta, le Président Basescu a demandé une décision de la Cour constitutionnelle, qui a ensuite décidé que le Président devrait représenter le pays au Conseil européen. Le Premier ministre Ponta a ignoré la décision de la Cour[1116]. Le coprésident de l'USL, Crin Antonescu, a ensuite demandé le licenciement de certains juges, bien que la Constitution roumaine ne prévoie pas leur renvoi. La CJUE a constaté que le gouvernement était en violation de la Constitution et a demandé l'appui de la Commission de Venise. En réponse,

---

[1114] C. Nivard, La situation des Roms et des gens du voyage en France saisie par le Conseil de l'Europe, RDLF 2013, chron. n°25 (www.revuedlf.com)

[1115] C. Stratulat et P.Ivan, Romania's democracy inreverse gear – en garde, EU!. *European Policy Center Commentary*, 6 juillet 2012, p. 1.

[1116] Idem

le gouvernement a promulgué une ordonnance d'urgence empêchant la Cour d'examiner les décisions parlementaires, bien que la Constitution n'intervienne pas dans les institutions étatiques fondamentales par des décrets d'urgence. Le conflit s'est aggravé lorsque l'USL a remplacé deux membres parlementaires de l'opposition et l'Ombudsman. En outre, le Parlement a entamé la procédure de suspension du président Basescu, affirmant qu'il avait violé la compétence du Premier ministre[1117]. Parmi les autres problèmes pertinents, mentionnons le changement de loi sur les référendums, la politisation de la télévision publique et d'autres organes importants. Tous ces événements ont conduit à des litiges et des préoccupations concernant le respect de la démocratie et de l'État de droit dans l'UE. Cependant, les réactions des institutions européennes étaient plutôt faibles et limitées. Le 6 juillet 2012, la Commission européenne a mis en garde le gouvernement roumain de ne pas compromettre l'État de droit dans les conflits politiques intérieurs et a déclaré que le gouvernement devait respecter l'indépendance totale de la magistrature, rétablir les pouvoirs de la Cour constitutionnelle et veiller à ce que ses décisions soient respectées , nommer un Ombudsman bénéficiant du soutien total de toutes les parties et garantir une nouvelle procédure ouverte et transparente pour la nomination d'un procureur général et d'un directeur de la Direction de la lutte contre la corruption[1118]. En outre, l'intégrité politique doit être considérée comme une priorité. La Commission européenne, après avoir exprimé ses graves préoccupations au sujet de ces événements et soulignant que les contrôles et les équilibres doivent être garantis dans un système démocratique, a obligé le gouvernement roumain à mettre en place une liste de tâches à 11 points pour restaurer l'État de droit dans le pays[1119]. Toutefois, le gouvernement a minimisé l'urgence de cette liste de mesures, et le président intérimaire, Crin Antonescu, a rappelé à la Commission européenne que «la Roumanie est un État souverain et que le président de la Roumanie, même le président intérimaire, ne prend pas d'ordres (...) de n'importe qui, sauf le Parlement et le peuple roumain »[1120]. Pour sa part, Ponta a écrit une lettre à la Commission

---

[1117] Idem.

[1118] G. Budó, EU Common Values at Stake: is Article 7 TEU an Effective Protection Mechanism?, opt.cit.p.5.

[1119] European Commission. «Statement by the European Commission on Romania». MEMO 12/575, 17 juillet 2012.

[1120] «Romanian government downplays EU to-do list». *EU Observer*, (16 juillet 2012).

soulignant que les pouvoirs de la Cour constitutionnelle ont été rétablis conformément aux directives de l'UE et tous les points demandés par la Commission Européenne avaient déjà été remplis. La menace de l'application de l'article 7 TUE a été soulevée à plusieurs reprises, et la possibilité de sanctions a également été examinée. La commissaire Viviane Reding a noté que si *«le rapport annuel ne montre aucun changement réel, l'article 7 TUE est la seule option».* Pendant ce temps, certains eurodéputés tels que Markus Ferber, Elmar Brok, Alain Lamassoure et Joseph Daul semblaient plus concernés. Ils ont appelé à la démission du Premier ministre Ponta et ont menacé d'activer le mécanisme de l'article 7 TUE et de suspendre les droits de vote de la Roumanie au sein du Conseil de l'UE. Néanmoins, encore une fois, le processus n'a jamais été activé. Près de deux ans après le début de l'affaire, lors d'une récente réunion, Barroso s'était félicité des dernières avancées[1121], mais avait encore signalé certaines préoccupations concernant l'indépendance de la magistrature et la mise en œuvre de mesures anti-corruption.

D. Réforme constitutionnelle en Hongrie.

En avril 2010 après les élections à l'Assemblée nationale en Hongrie, le Parti Hongrois Fidesz a rejoint le Parlement. Le gouvernement Fidesz sous Victor Orban avait pour but d'approuver une réforme constitutionnelle majeure en Hongrie[1122]. Cette nouvelle constitution est entrée en vigueur le 1er janvier 2012[1123]. Une fois que la constitution a été adoptée, de nombreuses instances de l'UE ont lancé de fortes critiques contre la Hongrie et ont déclaré leur intention de commencer la procédure de l'article 7 TUE. Des réactions ont également émergé des principales institutions européennes telles que le Parlement européen, la Commission européenne et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union

---

[1121] Commission Européenne , J.M. Barrosio, «Remarks by President Barroso following his meeting with the President of Romania, Traian Băsescu». SPEECH/14/132, 14 février 2014.
http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-132_en.htm

[1122] Ibid. p.16.

[1123] E. De Capitani, European Union and Hungary: towards a new Haider case?. The Fundamental Rights European Experts Group (FREE Group), 15 janvier 2012, p.3.

européenne[1124]. Les principales préoccupations des changements constitutionnels étaient liées aux questions suivantes: le manque de consultations, avec l'opposition et la société civile; la rapidité, le manque de transparence et de supervision adéquates pendant le processus de réforme; l'incompatibilité avec les valeurs européennes et les règles internationales contraignantes en matière de protection des droits de l'homme; l'indépendance de la magistrature; la banque centrale et l'autorité de protection des données; conditions équitables pour la compétition politique et l'alternance politique; et la pluralité des médias[1125].

La première institution européenne qui exprime des doutes sur la compatibilité de la nouvelle Constitution hongroise avec les valeurs de l'UE a été la Commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe, qui a demandé à la Commission de Venise[1126] d'analyser le projet de Constitution. La Commission de Venise a identifié plusieurs faiblesses juridiques dans le nouveau texte[1127].

Au niveau de l'UE, le 17 janvier 2012, la Commission européenne a décidé d'engager des procédures d'infraction contre la Hongrie en ce qui concerne l'indépendance de la banque centrale, l'abaissement de l'âge obligatoire de la retraite des juges de 70 à 62 ans et l'indépendance de l'autorité de protection des données. La Commission a également demandé au gouvernement hongrois d'obtenir de plus amples informations sur l'indépendance de la magistrature[1128]. Tout dialogue européen en plusieurs étapes du type

---

[1124] Ibid,p. 24.

[1125]G. Budó, EU Common Values at Stake: is Article 7 TEU an Effective Protection Mechanism??opt.cot, p.4.

[1126]La Commission européenne pour la démocratie par le droit - plus connue sous le nom de Commission de Venise telle qu'elle se réunit à Venise - est l'organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles. Son rôle est de fournir des conseils juridiques à ses États membres et, en particulier, d'aider les États souhaitant à aligner leurs structures juridiques et institutionnelles sur les normes européennes et l'expérience internationale dans les domaines de la démocratie, des droits de l'homme et de la loi.

[1127] Commission de Venise, Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie adopté par la Commission de Venise lors de sa 87e session plénière (Venise, 17-18 Juin 2011), Avis N° 621/2011, Strasbourg le 20 juin 2011.
http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-f

[1128] Commission européenne, Communiqué de Presse, La Commission européenne clôt la procédure d'infraction pour mise à la retraite forcée de juges hongrois, Bruxelles, 20 novembre 2013.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1112_fr.htm

prévu par la Commission prend du temps et suppose la coopération du gouvernement national concerné. Bien que le tact et les prémisses fondatrices de l'Union puissent faire appel à une approche aussi graduelle et diplomatique, l'expérience montre que l'engagement des gouvernements nationaux avec un acteur constitutionnel européen n'est pas nécessairement motivé par l'esprit de coopération. Par conséquent, il convient de réfléchir à ce que le dialogue constitutionnel européen prévu vise à atteindre.

Le dialogue doit viser autre chose que faire comprendre au gouvernement national la norme constitutionnelle européenne applicable. Par temps, les gouvernements deviennent meilleurs dans l'art du dialogue avec la Commission sans faire de sérieuses avancées pour régner leurs politiques dans le repli de l'UE. Beaucoup ont déploré les conversations douces par les gouvernements nationaux à part, les gouvernements peu disposés facilement et également à capitaliser à la fois sur les procédures techniques de légalité (familier des procès d'accusation) et sur les soucis diplomatiques des conseils et des recommandations des acteurs constitutionnels européens[1129].

Dans ce dernier cas, une importante leçon des échanges multiples de la Commission de Venise avec le gouvernement hongrois est l'importance de la clarté lors de l'orientation des acteurs nationaux égarés. Dans ses premières opinions sur les idées de la réforme constitutionnelle hongroise, la Commission de Venise était plutôt circonspecte, décrivant les principes généraux et puis - en soulignant les objections éventuelles dans les remarques secondaires - comme post-pensées. Dans ses communications, le gouvernement a insisté sur le fait que la Commission de Venise «dans l'ensemble» a salué les plans du gouvernement, en omettant de mentionner ces remarques mineures. Au cours de leurs échanges, les opinions de la Commission de Venise sont devenues plus nettes en réponse au défi du gouvernement à ses recommandations (notamment en matière d'administration judiciaire).

La nouvelle Constitution hongroise a également été une source de débats et suscité de nombreuses préoccupations au sein du Parlement européen. Selon une suggestion et un débat lancés par l'Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe (ALDE), le

[1129] R. Uitz, Poland, Hungary and Europe :Pre-article 7 Hopes and Concerns,14 mars 2016 http://verfassungsblog.de/poland-hungary-and-europe-pre-article-7-hopes-and-concerns/

Parlement européen a adopté une résolution[1130] qui appelle les *«autorités hongroises à se conformer aux recommandations, aux objections et aux demandes de la Commission européenne, du Conseil De l'Europe et la Commission de Venise et modifient les lois concernées, en respectant les valeurs et les normes fondamentales de l'UE »*. Le PE a exprimé sa *«préoccupation sérieuse à l'égard de la Hongrie en ce qui concerne l'exercice de la démocratie, de la loi, de la protection des droits de l'homme et des droits sociaux, du système des contraintes et de l'égalité et de la non-discrimination»*. Les députés ont également chargé la Conférence des présidents[1131] d'examiner s'il convient d'activer les mesures nécessaires, y compris l'article 7§1 TUE. En outre, le PE, dans une résolution de juillet 2013[1132], a appelé la Hongrie à réformer sa Constitution pour la mettre en conformité avec les normes et les valeurs de l'UE. Le PE a souligné sa volonté d'activer le mécanisme de prévention de l'article 7 TUE si le gouvernement hongrois n'a pas pris de mesures pour rétablir l'État de droit en Hongrie et se conformer aux valeurs de l'Union. Il est également à noter que, pour la première fois, le président du Parlement européen, Martin Schultz, et la vice-présidente de la Commission Européenne, Viviane Reding, ont invoqué l'application de l'article 7 TUE. Cependant, le Conseil européen a gardé le silence sur la question. Néanmoins, même après l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution hongroise, l'article 7 TUE demeure inutilisée.

La proposition de la Commission pour ce mécanisme pré-article 7 a été adoptée en partie à la demande du Parlement européen à la lumière des développements constitutionnels en Hongrie. L'existence même de la procédure est une reconnaissance que le mécanisme de l'article 7 (dénommé «l'option nucléaire») n'est politiquement pas important d'invoquer même à la lumière de violations relativement simples des fondements constitutionnels de l'Union. Il peut également être considéré comme une admission selon laquelle les procédures d'infraction ne peuvent pas traiter les violations systémiques des locaux

---

1130 PE, Résolution du Parlement européen du 16 février 2012 sur les développements politiques récents en Hongrie. Résolution du PE, 16 février 2012.

1131 Conference of presidents: EP President and leaders of the political groups.

1132 PE, Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux: normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012) (2012/2130(INI)), Strasbourg, 3 juillet 2013. http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0315+0+DOC+XML+V0//FR

fondateurs du constitutionnalisme européen. La proposition de la Commission de cette nouvelle procédure visant à imposer des limitations européennes aux options constitutionnelles des États membres est une étape importante pour l'UE (à moins d'amendement du traité), malgré sa douceur. Il est moins robuste que la Commission de Copenhague que le Parlement de l'UE espérait voir, pourtant, plus grave que la solution privilégiée du Conseil sous la forme d'un dialogue annuel sur l'État de droit.

Il est suggéré par une grande partie de la doctrine de soumettre la Pologne au dialogue préalable à l'article 7 qui ne suffirait qu'à peu: au minimum, pour que la nouvelle procédure soit prise au sérieux, la Hongrie devrait également être incluse dans les efforts de la Commission. Après tout, le Premier ministre de cette dernière est dans l'affaire de la construction d'une démocratie illibérale, qui vise à être un état de travail et non un État-providence[1133]. Ces objectifs ne sont guère compatibles avec les prémisses constitutionnelles fondamentales de l'Union telles qu'elles sont énoncées à l'article 2 TUE. Comme on le sait, malgré les critiques répandues, le gouvernement hongrois n'a toujours pas été rayé par l'UE jusqu'à présent. Les quelques procédures d'infraction qui ont pris fin avec la CJUE considérant la Hongrie en violation du droit de l'UE (dans le cas de la retraite anticipée forcée des juges et la suppression de la protection des données, de l'ombudsman en raison de la transformation constitutionnelle) n'ont pas été décidées en tant que cas constitutionnels : Au lieu de cela, la CJUE a souligné les violations du droit de l'UE secondaire malgré la règle de droit dominante concernant ces cas soulevés. La Hongrie bénéficie toujours du financement de l'UE et est devenue une voix politiquement saillante dans la crise la plus récente de l'Union face à la crise des migrations et des réfugiés[1134].

D'une part, il est clair que les réponses des acteurs constitutionnels européens aux développements constitutionnels nationaux sont de plus en plus entrelacées. Les avis de la Commission de Venise s'appuient sur un large éventail d'instruments du Conseil de

---

[1133] R Uitz, Poland, Hungary and Europe :Pre-article 7 Hopes and Concerns , Verfassungblog on Constitutional Matters, 14 mars 2016 http://verfassungsblog.de/poland-hungary-and-europe-pre-article-7-hopes-and-concerns/

[1134] R Uitz, Poland, Hungary and Europe : Pre- article 7 Hopes and Concerns,Verfassungblog on Constitutional Matters, 14 mars 2016 http://verfassungsblog.de/poland-hungary-and-europe-pre-article-7-hopes-and-concerns/

l'Europe et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Le Parlement européen dans son célèbre rapport Tavares sur la Hongrie[1135] s'appuie largement sur les conseils de la Commission de Venise ainsi que sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est dans ce contexte qu'il reste à voir comment fonctionne le processus pré-article 7 dans la pratique. Comme le nouveau mécanisme est déjà soumis à des critiques répandues, il convient de rappeler certaines des préoccupations soulevées, de formuler des remarques critiques et des réserves dans leur perspective constitutionnelle, comparative et politique plus large.

Pour rappeler: le gouvernement hongrois a demandé un seul avis de la Commission de Venise. L'examen de la loi fondamentale nouvellement adoptée a été demandé non pas par le gouvernement hongrois, mais par le Comité de suivi de l'Assemblée parlementaire (PACE). Bien que l'avis de la Commission de Venise sur la loi sur la réforme de la magistrature ait été lancé par le ministre des Affaires étrangères (et pas par le ministre de la Justice), cette demande a été faite en réponse à une lettre du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe , Par la suite, la loi judiciaire modifiée a de nouveau été renvoyée à la Commission de Venise par le président du comité de suivi de l'Assemblée parlementaire et non par des acteurs hongrois. La loi sur la Cour constitutionnelle également n'a pas été renvoyée par la partie hongroise, mais par le président du comité de suivi de PACE. Enfin, le quatrième amendement a été renvoyé à la Commission de Venise par le secrétaire général du Conseil de l'Europe, un jour avant que le ministre hongrois des affaires étrangères n'ait fait une demande pour le même effet.

Certes, le gouvernement hongrois semble souvent savoir quelle norme minimale européenne est en train d'être violée: en cas de pression, ils tentent de minimiser les retombées en prenant des mesures précipitées pour se conformer à ce que l'on peut attendre des acteurs constitutionnels européens. Cela était évident dans le cas où une amende était imposée aux députés pour une conduite désordonnée au Parlement. La loi ne permettait pas un recours contre l'amende. Peu de temps après que la Cour européenne des droits de l'homme a communiqué la demande au gouvernement (et avant le jugement), la loi a été

[1135] PE, Projet de Rapport sur la situation en matière de droits fondamentaux ; normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012 (2012/2130(INI)), Bruxelles, 2 mai 2013.
http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/pr/935/935253/935253fr.pdf

modifiée pour inclure un recours. (Note: l'affaire est actuellement pendante devant la Grande Chambre).

Bien que la Commission de Venise puisse être alertée des développements constitutionnels nationaux par les organismes de contrôle, les citoyens concernés ou l'opposition politique supprimée, ces derniers en eux-mêmes ne peuvent pas déclencher l'intervention de la Commission de Venise, même si les événements nationaux alarmants apparaissent déjà à première vue avec les premières tentatives de réforme du gouvernement polonais actuel de la première ministre Beata Szydlo, ciblant le Tribunal constitutionnel.

Un incident particulièrement grave, qui a défrayé la chronique au printemps 2017, concerne la loi visant à priver de licence la Central European University, devenu la bête noire du gouvernement en raison de sa lutte pour les valeurs démocratiques en Europe centrale et orientale et de sa défense des réfugies[1136]. La Commission a lancé une procédure d'infraction comme réponse, en ce qui concerne la loi de l'enseignement , qu'elle juge de contraire à a CHDF sur la liberté académique, droit d'éducation et liberté d'entreprise[1137]). Parmis les autres politiques du gouvernement hongrois qui entravent le respect du principe de l'État de droit sont le protectionnisme favorisant les militants du Fidesz, la liberté de réligion, la discrimination contre les minorités et une xénophobie et homophobie exacerbées[1138].

Vis-à-vis de la Hongrie, la Commission n'a même pas mis en oeuvre son « nouveau cadre », alors qu'elle y était invitée par le PE et qu'on est en présence d'une « violation grave et persistante »? Cette mansuétude est consternante: il en résulte que le gouvernement hongrois bafoue sans relâche l'État de droit depuis beaucoup d'années en toute impunité[1139]. Par contre il est vrai que le gouvernement hongrois il a été plus subtile par rapport à la Pologne (comme on va le voir dans la prochaine section) à plusieurs

[1136] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire? , Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p. 305.

[1137] Commission européenne, Communiqué de Presse, 13 juillet 2017 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1952_fr.htm

[1138] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire? , Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p. 305.

[1139] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire? , Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p. 325.

égards. Par exemple la constitution hongroise a été modifiée en respectant la procédure afin de réduire l'indépendance des juges et les droits de l'homme, alors que le gouvernement polonais n'a même pas pris la peine de respecter sa propre constitution pour le faire. Même si la désinvolture du gouvernement polonais vis-à-vis de sa constitution est un élément aggravant, elle n'enlève rien à la gravité de l'atteinte à l'État de droit commise par son homologue hongrois depuis le printemps 2010[1140].

E. Les attaques contre l'État de droit en Pologne.

La Commission européenne a réagi à la détérioration continue de la situation de l'État de droit en Pologne : (i) en publiant une quatrième recommandation sur l'État de droit, qui complète trois recommandations précédentes, adoptées les 27 juillet 2016, 21 décembre 2016 et 27 juillet 2017 ; (ii) soumettant une proposition motivée de décision du Conseil sur la détermination d'un risque clair de violation grave de l'État de droit par la Pologne en vertu de l'article 7 §1 TUE et (iii) le renvoi de la loi polonaise sur les tribunaux ordinaires à la Cour de justice de l'Union européenne en vertu de l'article 258 TFUE et dans le cadre de laquelle la Commission soulève pour la première fois (à notre connaissance) une violation de l'article 19, paragraphe 1, TUE combiné avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE par la Pologne dans la mesure où le ministre de la Justice a un pouvoir discrétionnaire pour prolonger le mandat des juges ayant atteint l'âge de la retraite (une combinaison similaire a été soulevée dans la première étape d'une action en Décembre 2015 en ce qui concerne les questions d'immigration, mais cette formulation a été abandonnée au moment où elle est parvenue à la Cour de justice).

Si les autorités polonaises décidaient finalement de mettre en œuvre les recommandations de la Commission dans un délai de trois mois, la Commission a indiqué qu'elle était disposée à réexaminer sa proposition au titre de l'article 7§1 (paragraphe 50 de la quatrième recommandation de la Commission).

L'intensité et la nature répétée des attaques du parti au pouvoir contre les principes les plus élémentaires de l'État de droit sont sans précédent et en violation flagrante de la

[1140] Idem.p. 329.

Constitution polonaise qui, à notre avis, justifie l'action de la Commission (ceci ne veut pas dire que l'art 7 §1 ne devrait pas être également activé contre la Hongrie comme ça a été discuté avant par différents auteurs[1141]). En effet, comme l'a noté à juste titre la Commission, les autorités polonaises ont adopté sur une période de deux ans *« pas moins de 13 lois affectant toute la structure de la justice en Pologne, affectant le Tribunal constitutionnel, la Cour suprême, les tribunaux ordinaires, le Conseil national pour le pouvoir judiciaire, le ministère public et l'École nationale de la magistrature »*. Il était donc temps pour la Commission de défendre l'indépendance des systèmes judiciaires des États membres et l'État de droit (comme le dit si bien Maximilian Steinbeis[1142], *«les tribunaux polonais sont nos tribunaux»*, c'est-à-dire *«si le système juridique d'un État membre est brisé, le système juridique dans l'ensemble de l'UE est brisé »*).

Jusqu'à présent, les médias se sont presque exclusivement concentrés sur la première invocation de ce que l'on appelle souvent *«l'option nucléaire»* de l'UE, qui, comme l'a correctement souligné Frans Timmermans lors de sa conférence de presse annonçant les actions de la Commission, est un abus[1143]. Le premier vice-président de la Commission, Frans Timmermans, a interrogé une salle de presse emballée après la réunion du Collège, où les dernières tentatives du gouvernement polonais ultra-conservateur pour subordonner le pouvoir judiciaire ont été discutées. Timmermans a déclaré que les développements récents avaient "largement amplifié la menace à l'État de droit"[1144]. Il a déclaré que les mesures législatives en cours d'adoption visaient à mettre le pouvoir judiciaire sous le

---

[1141] D.Kochenov et L.Pech, Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation, JCMS Symposium 2016: The Great Rule of Law Debate in the EU ed. D. Kochenov, A. Magen et L. Pech, Volume 54, Nr. 5, September 2016 ,pages 1062–1074.

[1142] M. Steinbeis, Polish Courts are Our Courts, 15 juillet 2007, http://verfassungsblog.de/polish-courts-are-our-courts/

[1143] D. Kochenov et L.Pech, Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality, European Constitutional Law Review, Volume 11, Nr.3, décembre 2015, p. 512-540. https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/article/monitoring-and-enforcement-of-the-rule-of-law-in-the-eu-rhetoric-and-reality/4A1C86E2BB85C6190697702B61D27194

[1144] Georgi Gotev, Timmermans dangles Article 7, makes appeal to the Poles, Euractiv,19 juillet 2017
http://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/timmermans-dangles-article-7-makes-appeal-to-the-poles/

contrôle total du gouvernement. Interrogé s'il est convaincu qu'il pourrait rassembler la majorité qualifiée des Etats membres pour avoir déclenché l'article 7, comme l'exige la procédure, Timmermans a déclaré que lorsque le Conseil a discuté de l'état de droit en Pologne en mai, il y avait déjà une écrasante majorité d'Etats membres à l'appui de la position de la Commission[1145]. Certes, si cette constatation avait miraculeusement lieu, les éventuelles sanctions, impliquant la suspension de certains droits attachés à la qualité d'État membre, y compris la suspension des droits de vote au sein du Conseil, pourraient être prises à la majorité qualifiée, mais l'exigence de majorité renforcée ou d'unanimité pour la « constatation » préalable de la violation grave rend illusoire la mise en oeuvre de l'article 7 TUE, ne serait qu'en raison des prises de position du Premier ministre hongrois, qui a annoncé que la Hongrie s'opposerait à toute sanction à l'égard de la Pologne, et de la convergence probable entre les pays du groupe de Visegrad (Hongrie, Pologne, République tchèque, Slovaquie[1146]). Les autorités polonaises, en réaction à la procédure enclenchée par la Commission, ont régulièrement mis en cause la compétence de la Commission pour contrôler le respect de l'Etat de droit dans un Etat membre. C'est probablement ce qu'il faut déduire de l'affirmation de plusieurs membres de l'exécutif, notamment le ministre des Affaires étrangères, Witold Waszczykowsk, et le président polonais, Andrzej Duda, selon qui la Commission européenne aurait outrepassé ses pouvoirs.[1147]

Pour résumer, l'article 7 TUE prévoit deux mécanismes principaux: un mécanisme préventif en cas de «risque clair de violation grave» des valeurs communes à l'UE et à ses États membres et un mécanisme de sanction où «un risque grave et persistant violation des

[1145] G. Gotev, "Timmermans dangles Article 7, makes appeal to the Poles", 19 juillet 2017, EURactiv. https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/timmermans-dangles-article-7-makes-appeal-to-the-poles/

[1146] D. Simon, L'État de Droit en Pologne: que peut faire l'Europe? , Europe, Février 2016, p. 2.

[1147] L. Pech et S. Platon, Menace systémique envers l'État de droit en Pologne: entre action et procrastination. Fondation Robert Schuman, Question d'Europe N°451 ,13 novembre 2017 , p. 3.

mêmes valeurs s'est matérialisée (pour des commentaires plus détaillés sur les mécanismes de l'article 7 voir ici[1148] et ici[1149]).

La Commission a simplement initié le mécanisme préventif alors que l'on pourrait raisonnablement affirmer que nous sommes déjà bien au-delà du stade du «risque clair» et que nous sommes entrés dans un territoire de «violation grave et persistante» suite à la capture du Tribunal constitutionnel polonais en violation flagrante à la fois de la Constitution polonaise et des première et deuxième recommandations de la Commission sur l'État de droit[1150]. Toutefois, avant de donner plus de détails sur la situation en Pologne, il serait peut-être utile d'offrir un bref aperçu de la genèse de l'article 7.

Tout d'abord, nous sommes tout à fait d'accord avec Frans Timmermans lorsqu'il a déclaré plus tôt cette semaine que le «modèle commun» de tous les changements législatifs visant le pouvoir judiciaire en Pologne est que les pouvoirs exécutif ou législatif sont maintenant établis de telle sorte que la majorité au pouvoir peut systématiquement, politiquement interférer avec la composition, les pouvoirs, l'administration et le fonctionnement de ces autorités, rendant ainsi l'indépendance de la magistrature complètement théorique. Nous partageons également le point de vue récemment exprimé[1151] par Vera Jourova et selon lequel *«si un système judiciaire national est brisé, le système de l'UE est brisé»*.

Un compte rendu complet des mesures prises pour supprimer les freins et contrepoids prendrait plus de place que nous n'en avons ici, de sorte que nous ne pouvons que donner une idée des soi-disant «réformes» conçues par le parti au pouvoir en Pologne et qui ont été critiquées publiquement (un point que le gouvernement polonais a tendance à oublier).

[1148] L.Besselink, The Bite, the Bark, and the Howl, Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives, in A. Jakab et D.Kochenov , The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance, Oxford University Press, Mai 2017.

[1149] D. Kochenov, Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU , European University Institute Working Papers, Department of Law, Octobre 2017, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/46345/LAW_2017_10.pdf?sequence=1

[1150] Voir L.Pech et K. Lane Scheppele, Poland and the European Commission, Part I: A Dialogue of the Deaf?, 3 Janvier 2017, http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-i-a-dialogue-of-the-deaf/ .

[1151]Speech of Commissioner Jourova at the High level seminar: Finland 100 years – Finnish and European perspectives to the Rule of Law https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/jourova/announcements/speech-commissioner-jourova-high-level-seminar-finland-100-years-finnish-and-european-perspectives_en

Ce n'est pas seulement la Commission européenne qui a critiqué à plusieurs reprises les réformes polonaises, mais aussi le Parlement européen[1152], les organes clés du Conseil de l'Europe tels que la Commission de Venise, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies[1153], le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme ainsi que des représentants de la magistrature à travers l'Europe, y compris le Réseau des Présidents des Cours Suprêmes Judiciaires de l'Union Européenne[1154] et le Réseau Européen des Conseils de la Justice[1155]. De nombreuses organisations de la société civile telles qu'Amnesty International[1156] et Human Rights Watch[1157] ont également exprimé leurs préoccupations et des dizaines de milliers de Polonais sont descendus dans la rue pour protester contre les attaques contre leur propre système judiciaire.

À la lumière de la visite en Pologne du Premier ministre britannique et de son échec à critiquer publiquement et sans ambiguïté la descente dans l'autoritarisme du pays (Interrogée sur l'activation de l'article 7 §1 par la Commission, Theresa May[1158] a déclaré: Ces questions constitutionnelles sont normalement, et devrait être principalement du

[1152] Communiqué de presse, Session plénière, 15-11-2017, L'État de droit et la démocratie menacés en Pologne: le Parlement prêt pour les prochaines étapes,

[1153]Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Pologne, CCPR/C/POL/CO/7, 23 Novembre 2016, http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5975bfc84

[1154] Réseau des Présidents des Cours Suprêmes Judiciaires de l'Union Européenne, Déclaration du Réseau des présidents de Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne sur la situation en Pologne. http://network-presidents.eu/sites/default/files/DeclarationPologne.pdf

[1155] Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, 24 juillet, 2017, Indépendance de la justice en Pologne : Le Réseau européen des conseils de la justice exprime son mécontentement à l'égard de l'ingérence du gouvernement,

[1156] https://www.amnesty.org/fr/countries/europe-and-central-asia/poland/report-poland/

[1157] https://www.hrw.org/fr/news/2017/10/24/pologne-demantelement-des-protections-fondamentales

[1158] Marcin Goclowski, Britain's, « Madame Brexit » tells Poland: Your constitution is your own matter. "21 décembre 2017, https://www.reuters.com/article/us-eu-poland-britain/britains-madame-brexit-tells-poland-your-constitution-is-your-own-matter-idUSKBN1EF212

ressort de chaque pays concerné »), il convient également de rappeler qu'un certain nombre d'organismes britanniques ont également exprimé leurs vives préoccupations concernant la situation en Pologne.

Par exemple, en juillet dernier[1159], le Comité des Droits de l'Homme d'Angleterre et du Pays de Galles a appelé *« le président, le gouvernement et le parlement polonais à rejeter ces projets de loi et à retirer et abroger toutes les mesures qui menacent gravement l'indépendance de la justice et l'État de droit en Pologne »*. Auparavant, l'organe qui représente les juges indépendants en Angleterre et au Pays de Galles a publié un communiqué de presse[1160] pour clarifier ses préoccupations *«concernant la situation proposée en Pologne et tout impact sur l'indépendance judiciaire»*.

Dernier point, mais non des moindres, n'oublions pas l'intervention[1161] récente et significative de la Cour de justice dans l'affaire de la forêt de Białowieża dans le cadre de laquelle la Cour a décidé que la Pologne devrait recevoir une astreinte d'au moins 100 000 euros par jour s'il y avait constatation qu'il y a violation de l'ordre de la Cour. Ils l'ont fait parce que les autorités polonaises ont déclaré qu'elles ne tiendraient pas compte d'un ordre antérieur adopté par le vice-président de la Cour à cet effet. Ce fut un autre facteur qui a conduit le Parlement européen à adopter une résolution[1162] le 15 novembre 2017 dans laquelle le Parlement décrit la situation actuelle de l'État de droit en Pologne comme représentant *«un risque clair de violation grave des valeurs visées à l'article 2 de la TEU »*

[1159] Bar Human Rights Committee of England and Wales, "Bar Human Rights Committee: grave concern at threats to the independence of the judiciary and the rule of law in Poland", 21 Juillet 2017
http://www.barhumanrights.org.uk/wp-content/uploads/2017/07/Poland-Judiciary-Statement.pdf

[1160] Courts and Tribunals Judiciary, « Statement of the Judges' Council of England and Wales on the situation in Poland concerning judges: Media release ", 8 Mai 2017
https://www.judiciary.gov.uk/announcements/statement-of-the-judges-council-of-england-and-wales-on-the-situation-in-poland-concerning-judges/

[1161] CJUE, 20 novembre 2017, Communiqué de Presse Nr. 122/17, Ordonnance de la Cour de justice dans l'affaire CJUE: 17 avril 2018,, Commission c. Pologne, aff. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2018:255: Sauf cas exceptionnel et strictement nécessaire pour assurer la sécurité publique, la Pologne doit cesser immédiatement les opérations de gestion forestière active dans la forêt de Białowieża.

[1162] PE,15 novembre 2017, Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2017 sur la situation de l'État de droit et de la démocratie en Pologne, (2017/2931(RSP), Strasbourg .
http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0442+0+DOC+XML+V0//FR

et dans laquelle le Parlement a également déploré à juste titre *«le refus du gouvernement polonais de mettre en œuvre l'ordonnance de la Cour de justice de l'UE relative à l'exploitation de la forêt de Białowieża».* Mais le gouvernement polonais ne s'est pas incliné; au contraire, les militants qui avaient tenté de s'opposer aux travaux feraient actuellement l'objet de poursuites pénales. Si cette infraction ne constitue pas en soi une atteinte à l'État de droit ni aux droits fondamentaux, le refus du gouvernement polonais d'arrêter les travaux est, lui, un défi à l'ordre juridique européen[1163].

D'ailleurs la Cour de justice a souligné récemment dans un arrêt de grande chambre du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*[1164], l'importance qu'elle attache à l'indépendance des membres des juridictions nationales. Elle répondait à une question préjudicielle adressée par la Cour administrative Suprême du Portugal concernant la réduction temporaire du montant de la rémunération des juges. Aussi le respect de l'obligation d'assurer une protection juridictionnelle effective inclut l'exigence de respecter l'indépendance des juges. Cette obligation s'impose aussi bien à l'Union qu'à ses membresSur cette base, la principale caractéristique de l'indépendance d'une juridiction réside dans son autonomie ce qui exclut toute subordination à une instance extérieure. En ne respectant pas l'indépendance de la magistrature, un État membre ne viole pas seulement les valeurs consacrées à l'article 2 TUE ce qui l'expose à la procédure de sanction prévue à l'article 7 TUE, mais commet une violation du droit de l'Union justifiable d'une procédure de manquement[1165].

La Commission européenne n'est donc pas la seule à critiquer les attaques répétées du parti au pouvoir polonais contre l'État de droit, malgré la prétention ridicule du gouvernement polonais répétée *ad* [1166] que ces attaques sont motivées par des considérations politiques.

[1163] M. Waelbroek et P. Oliver, La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire? , Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2, p. 310.

[1164] CJUE,27 février 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas, aff. C−64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

[1165] J.P Jacqué, La Cour et la situation en Pologne, http://www.droit-union-europeenne.be/439010200

[1166] D. Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, 23 décembre 2017 **https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html**

Trois exemples peuvent aussi suffire à démontrer que ce que le parti au pouvoir appelle les «réformes» ne sont rien d'autre qu'un ensemble de changements anticonstitutionnels et autocratiques visant à assujettir complètement le pouvoir judiciaire à la volonté du parti au pouvoir sous le couvert de la volonté du peuple, peu importe à quel point ces changements sont manifestement incompatibles avec la Constitution polonaise et les obligations internationales de la Pologne[1167].

Frans Timmermans avait tout à fait raison de souligner que la constitutionnalité de la législation en Pologne est plus garantie après la saisie réussie mais anticonstitutionnelle du Tribunal constitutionnel polonais par la nomination illégale de «juges» idéologiquement compatibles et l'installation précipitée, en violation d'une demande de la Commission, d'un nouveau président de la Cour constitutionnelle polonaise en décembre 2016[1168].

La situation est maintenant tellement incontrôlée que les décisions cruciales de la Cour constitutionnelle qui ont été prises avant d'être saisies *«ont été retirées du registre du Tribunal accessible depuis son site Internet»* tandis que d'autres jugements qui n'étaient pas encore publiés au moment de l'adoption de la Recommandation du 21 décembre 2016 ont été publiés en revanche au Journal des Lois le 29 décembre 2016[1169].

[1167] Idem

[1168] Pour une analyse plus approfondie, voir les publications 2017 de Pech et Scheppele: L.Pech et K. L. Scheppele, « Poland and the European Commission, Part I: A Dialogue of the Deaf ? » 3 Janvier 2017, Verfassungblog on Constitutional Matters
http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-i-a-dialogue-of-the-deaf/
L.Pech et K. L. Scheppele, Poland and the European Commission, Part II : Hearing the Siren Song of the Rule of Law , 6 Janvier 2017, Verfassungblog on Constitutional Matters
http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-ii-hearing-the-siren-song-of-the-rule-of-law/
L.Pech et K. L. Scheppele, Poland and the European Commission, Part III: Requiem for the Rule of Law, 3 Mars 2017, Verfassungblog on Constitutional Matters
http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-iii-requiem-for-the-rule-of-law/

[1169] JO L 228, 2 septembre 2017, Recommandation (UE) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374 et (UE) 2017/146, C/2017/5320, paragraphe 5, p.19-32.
http://eur-lex.europa.eu/legal content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L .2017.228.01.0019.01.FRA&toc=OJ:L:2017:228:TOC

Nous sommes ici en territoire *orwellien*[1170] et sans précédent pour un pays appartenant à l'UE et l'espace exclut toute analyse de l'utilisation sans précédent (encore à notre connaissance) des dispositions de droit pénal destinées à protéger les institutions de l'Etat par le président illégalement nommé du Tribunal constitutionnel polonais pour faire taire ses critiques[1171].

Deuxièmement, les autorités polonaises n'hésitent jamais à qualifier leur destruction du système judiciaire polonais comme conforme aux normes européennes ou, à défaut, comme une question de souveraineté nationale: deux points absurdes, comme l'explique une étude co-rédigée par les professeurs : Pech et Platon[1172].

Prenons par exemple la prochaine «réforme» de la Cour suprême. Ce n'est rien de moins qu'une purge totale de ses membres actuels, qui devrait prendre de deux à trois ans. Comme l'a noté la Commission[1173], en abaissant l'âge de la retraite et en l'appliquant aux juges actuels de la Cour suprême, la décision polonaise vise à retirer immédiatement «près de 40% des juges actuels de la Cour suprême» avec un pouvoir discrétionnaire supplémentaire accordé au Président de la République "de prolonger le mandat des juges de la Cour suprême avec tous les nouveaux juges de la Cour suprême qui seront nommés" par le Président sur la recommandation du Conseil national de la magistrature nouvellement composé, qui sera largement dominé par des représentants politiques ". On notera au passage que le ministre de la Justice, sur la base d'un autre ensemble de dispositions, a déjà obtenu le pouvoir «de nommer et de révoquer tous les présidents des tribunaux sans critères concrets, sans obligation de motivation et sans contrôle

---

[1170] D.Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, EU Law Analysis, 23 décembre 2017 **https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html**

[1171] Voir l'analyse de D. Bychawska-Siniarska, Criticizing the new President of the new Polish Constitutional Court: A Crime against the State?, Verfassungblog on Constitutional Matters, 6 décembre 2017, http://verfassungsblog.de/criticizing-the-new-president-of-the-polish-constitutional-court-a-crime-against-the-state/

[1172] L. Pech et S.Platon, Menace systémique envers l'Etat de droit en Pologne : entre action et procrastination. Fondation Robert Schuman, Question d'Europe N°451, 13 novembre 2017. https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0451-menace-systemique-envers-l-etat-de-droit-en-pologne-entre-action-et-procrastination

[1173] Idem.

judiciaire» ... Cela s'avérera sans doute utile lors des prochaines élections législatives car la Cour suprême est compétente pour la validation des résultats des élections (le parti au pouvoir polonais a déjà entamé le processus de modification des règles électorales[1174] avec, sans aucun doute, l'objectif de s'assurer ne pas être en mesure de les perdre à jamais, et un processus qu'ils essaieront sans doute de défendre comme une autre «réforme» nécessaire ...).

Pour aggraver encore les choses, le nouveau processus de «révision extraordinaire» des jugements définitifs prévu par la loi sur la Cour suprême, que la Commission de Venise a décrit comme ayant beaucoup de similitudes avec le *«vieux système soviétique»* et comme mettant en péril *« la stabilité de l'ordre juridique polonais »* dans son dernier avis[1175] sur la Pologne. En effet, comme l'a noté la Commission de Venise, dans le cadre de ce nouveau processus, il sera possible de rouvrir toute affaire décidée dans le pays au cours des 20 dernières années, pour pratiquement n'importe quel motif. De plus, dans le système proposé, les nouveaux jugements, adoptés après la réouverture, seront également susceptibles de faire l'objet d'un réexamen extraordinaire. Cela signifie qu'aucun jugement dans le système polonais ne sera plus «définitif»[1176]. C'est à couper le souffle comme c'est sans précédent pour un pays membre de l'UE et nous partageons à cet égard la conclusion de la Commission de Venise selon laquelle certains aspects de la *«réforme»* judiciaire polonaise ciblant sa Cour suprême ressemblent de manière frappante aux institutions qui existaient en Union soviétique et ses satellites[1177].

Vu sous cet angle, on peut penser que la Commission européenne aurait dû passer immédiatement à la section des sanctions de l'article 7 TUE en introduisant l'article 7 §2

[1174] A. Rakowska-Trela, Next Stop on the Way to Constitutional Disarray in Poland: Electoral Law Reform., Verfassungblog on Constitutional Matters, 18 décembre 2017. http://verfassungsblog.de/next-stop-on-the-way-to-constitutional-disarray-in-poland-electoral-law-reform/

[1175] Conseil de l'Europe, La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis N° 904/ 2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017) (English only) CDL-AD(2017)031, Strasbourg, 11 décembre 2017 http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)031-e

[1176] Idem. point 58, p.13.

[1177] Idem, point 89, p.19.

TUE plutôt que l'article 7 §1 TUE. Avec son approche néo-soviétique de la division des pouvoirs, la Pologne est déjà plus proche de la Biélorussie dans la structure de ses institutions que de tout autre Etat européen[1178]. Mais, comme le meilleur est parfois l'ennemi du bien, nous pouvons comprendre pourquoi la Commission européenne préférerait procéder d'abord à la section préventive de l'article 7. En effet, se rendre directement au Conseil européen signifierait devoir obtenir une décision unanime concernant «l'existence d'une violation grave et persistante» en Pologne avant la suspension éventuelle de «certains des droits découlant de l'application» des traités de l'UE à convenir dans le cadre d'une procédure plus légère prévue à l'article 7, paragraphe 3, du traité UE (la majorité qualifiée au Conseil est alors requise). Il est important de noter que la Commission n'a eu aucune obligation légale de commencer par le paragraphe 7 §1du TUE, puisque l'article 7 § 2 du TUE - constatation unanime du Conseil européen de l'existence de la violation des valeurs peut incontestablement servir de point d'entrée dans la palette de ce que l'article 7 TUE a à offrir.

Tout en saluant la décision de la Commission de soumettre une proposition motivée au Conseil, il a conclu à juste titre qu'il existait un "risque évident de violation grave par la République de Pologne de l'État de droit visé à l'article 2 du traité UE" (paragraphe 127 de la proposition motivée), le déclenchement de cette disposition est en retard et, comme nous l'avons déjà soutenu en octobre 2016, le bon moment pour le faire était novembre 2016[1179] avant la saisie anticonstitutionnelle trop prévisible du Tribunal constitutionnel polonais qui s'est passé à la fin de décembre 2016. La foi persistante et déplacée dans un «dialogue» avec un gouvernement si clairement suivant le plan autocratique d'Orban a signifié que le parti au pouvoir polonais a pu saper, voire annihiler, presque tous les freins et contrepoids un an avant que la Commission agisse à exercer son devoir en tant que gardienne des traités.

[1178] D. Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, EU Law Analysis, 23 décembre 2017 **https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html**

[1179] L.Pech, Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: What should the Commission do? , 31 octobre 2016, Verfassungblog on Constitutional Matters, http://verfassungsblog.de/systemic-threat-to-the-rule-of-law-in-poland-what-should-the-commission-do-next/

On peut également reprocher à la Commission de ne pas avoir déclenché beaucoup plus tôt l'article 7, paragraphe 1, contre "la Pologne et la Hongrie, même si la raison fondamentale est que l'article 7 TUE est déjoué par deux, « États hors-la-loi [1180]» agissant de concert si des sanctions sont prises contre eux, un à la fois ». A cet égard, les sceptiques pourraient argumenter que le déclenchement de l'article 7 est voué à l'échec car, finalement, les «États hors-la-loi » se protégeraient si la Commission (ou un tiers des États membres) décidait d'activer le mécanisme de sanction prévu dans cette disposition. Bien que ce point de vue soit minoritaire, nous partageons l'argument d'abord défendu par l'un des auteurs actuels selon lequel « l'article 7 §1 est invoqué contre la Hongrie et la Pologne en même temps, aucun des deux ne devrait pouvoir voter si l'article 7 §2 ... est invoqué contre l'un d'entre eux[1181]. » Nous croyons que cette interprétation peut être justifiée sur la base de la doctrine de l'effet utile - corollaire de la méthode téléologique d'interprétation et qui peut être décrite comme une *«forme d'interprétation des traités et autres instruments dérivés du droit administratif français qui regarde (examine) l'objet et le but d'un traité, ainsi que le contexte, pour rendre le traité plus efficace[1182] »*

La récente décision[1183] de la Cour de justice dans l'affaire de la violation de la forêt de Bialowieza pourrait renforcer la réclamation du professeur Scheppele. En effet, en l'absence de toute référence explicite à l'éventuelle imposition de sanctions financières dans le cadre des décisions de référé (mesures provisoires) en vertu de l'article 279

[1180] D.Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, EU Law Analysis, 23 décembre 2017 **https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html**

[1181] K. L. Scheppele, Can Poland be sanctioned by the EU? Not unless Hungary is sanctioned too. Vefassungblog on Constitutional Matters, 24 octobre 2016, http://verfassungsblog.de/can-poland-be-sanctioned-by-the-eu-not-unless-hungary-is-sanctioned-too/

[1182] J. P. Grant et J. Craig Barker," Encyclopaedic Dictionary of International Law (3 ed.)", Oxford University Press, 2009 http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195389777.001.0001/acref-9780195389777?btog=chap&hide=true&page=70&pageSize=10&skipEditions=true&sort=titlesort&source=%2F10.1093%2Facref%2F9780195389777.001.0001%2Facref-9780195389777

[1183] CJUE, 20 novembre 2017 , Commission/ Pologne, aff. C- 441 / 17 R, ECLI:EU:C:2018:255.

TFUE[1184], la Cour, à notre avis, en se référant à l'article 260 TFUE, mais aussi et de manière significative par référence à l'application effective du droit de l'Union au nom du principe de l'État de droit consacré par l'article 2 TUE, a jugé que l'article 279 TFUE lui confère le pouvoir de prévoir une astreinte pour prévenir la non-conformité:

> *« L'objectif consistant à veiller à ce qu'un État membre se conforme aux mesures provisoires adoptées par le Tribunal saisi d'une demande de telles mesures en prévoyant l'imposition d'une astreinte en cas de non-respect de ces mesures est de garantir l'application effective du droit de l'UE, une telle application étant un élément essentiel de l'État de droit, une valeur inscrite à l'article 2 du TUE et sur laquelle l'Union européenne est fondée. »*

Quoi qu'il en soit, nous sommes également d'accord avec Frans Timmermans lorsqu'il a déclaré que «les faits ne laissent [à la Commission] d'autre choix que d'initier l'article 7 ». Comme l'ont écrit deux des auteurs précédents, il était plus que temps d'obliger les gouvernements nationaux à assumer leurs propres responsabilités pour maintenir les valeurs européennes au centre des traités[1185]. La question restante, bien sûr, est de savoir pourquoi cet argument a été utilisé dans le contexte de l'Art.7 §1 par opposition à l'Art. 7 § 2 étant donné que la situation sur le terrain en Pologne est clairement - de l'avis de la Commission, de la Commission de Venise et d'innombrables autres acteurs - une violation manifeste et persistante des valeurs, par opposition à une menace de celle-ci.

L'explication peut aller au-delà de la simple difficulté des exigences procédurales liées à la phase de sanction. Même si l'article 7 TUE, paragraphe 1, n'est qu'un avertissement sans aucune sanction directe, les effets indirects du déclenchement de l'article 7, paragraphe 1,

---

1184 Pour une analyse plus approfondie, voir le post du professeur Sarmiento : D. Sarmiento, Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law. , Verfassungblog of Constitutional Matters, 24 novembre 2017. http://verfassungsblog.de/provisional-and-extraordinary-measures-in-the-name-of-the-rule-of-law/

1185 L.Pech et K.L. Scheppele, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU.,Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge , Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol.19, décembre 2017, p.3-47. https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/illiberalism-within-rule-of-law-backsliding-in-the-eu/BCC592F6AA3CC1E0642F9B9F05371CB5

ne devraient pas être sous-estimés. Pour ne citer que quelques effets possibles[1186], l'activation de l'article 7 §1 couplée à la future soumission totale des tribunaux polonais aux caprices et aux intérêts du parti au pouvoir polonais peut conduire la Cour de la Justice d'écarter le principe de la confiance mutuelle et / ou de ne plus reconnaître les tribunaux polonais en tant que tribunaux au sens du droit de l'Union (la procédure d'infraction en cours et sans doute insuffisamment remarquée concernant la loi polonaise sur les tribunaux ordinaires obligera la Cour de justice à traiter, pour la première fois à notre connaissance, de l'indépendance de tout le pouvoir judiciaire d'un État membre). Cela ne laisserait à la Commission européenne d'autre choix que de suspendre le financement de l'UE en faveur de la Pologne, option qui, selon Israël Butler[1187], est déjà disponible pour la Commission[1188].

Un système judiciaire fonctionnel n'est pas seulement nécessaire pour maintenir un gouvernement constitutionnel; il est également nécessaire de maintenir une économie de marché. L'impact sur l'arbitrage commercial impliquant des entreprises polonaises, sinon les marchés financiers, peut également être trop important pour être ignoré par les autorités polonaises. Et alors que Capital Economics[1189] a récemment noté que l'expérience de la Hongrie suggère que les *«disputes récurrentes»* avec l'UE *«n'ont pas tendance à avoir beaucoup d'impact sur la croissance à court terme»*, l'impact potentiel sur les perspectives de croissance de la Pologne à moyen terme *"pourrait éventuellement devenir important pour une économie qui dépend non seulement fortement du financement de l'UE mais aussi des Investissements Directs Étrangers (IDE). »*

[1186]Pour d'autres analyses et références voir ici: L.Pech et K.L. Scheppele, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU.,Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge , Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol.19, décembre 2017, p.3-47.
https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/illiberalism-within-rule-of-law-backsliding-in-the-eu/BCC592F6AA3CC1E0642F9B9F05371CB5

[1187] I. Butler, To Halt Poland's PiS, Go for the Euros. 2 août 2017
https://www.liberties.eu/en/news/to-halt-polands-pis-go-for-euros/12723

[1188] Voir également un rapport récent sur le sujet : J.Šelih, I. Bond et C.Dodan, Can EU Funds Promote the Rule of Law in Europe ? , Centre for European Reform, 21 novembre 2017.
http://www.cer.eu/publications/archive/policy-brief/2017/can-eu-funds-promote-rule-law-europe

[1189] Capital Economics, « Emerging Europe Economics Update, EC triggers Article 7 against Poland: what next?"20 décembre 2017
https://research.cdn.capitaleconomics.com/0fca6a/ec-triggers-article-7-against-poland-what-next.pdf

Au-delà de la loi et de l'économie de l'article 7, il est difficile de prédire comment la politique de l'article 7 pourrait se jouer. Nous ne pensons pas que le précédent autrichien signifie qu'une réaction nationaliste est nécessairement tenue de matérialiser et de saper les tentatives de la Commission d'arrêter la descente de la Pologne dans l'autoritarisme. Dans le cas de l'Autriche en 2000, un certain nombre de pays de l'UE ont réagi de manière excessive en adoptant des sanctions diplomatiques avant tout signe de tentative systémique de saper des principes tels que l'État de droit ou le respect des droits de l'homme. Et alors que le gel des relations bilatérales a pu conduire à une montée des sentiments nationalistes en Autriche, ce qui n'était pas surprenant étant donné que des sanctions diplomatiques ont été adoptées avant qu'une violation des valeurs de l'article 2 dans le pays puisse être documentée, en utilisant « le précèdent autrichien » pour justifier l'inaction contre la Pologne et la Hongrie n'a aucun sens (juridique). Dans ces deux pays, nous avons des antécédents durables et de nombreuses preuves de violations systématiques, répétées et systématiques de l'État de droit dans ces deux pays à partir de 2011 dans le cas de la Hongrie et à partir de 2015 dans le cas de la Pologne.

En tout état de cause, la Commission, en tant que gardienne des traités, ne devrait pas chercher à faire respecter l'État de droit face à une constellation politique facile. Toutes les institutions européennes, mais aussi les gouvernements nationaux, devraient évaluer soigneusement les coûts à long terme de l'apaisement ou de l'inaction et cesser d'accorder la priorité aux forces autocratiques ou nativistes pour privilégier les intérêts plus larges des citoyens européens, dont les droits et obligations peuvent malheureusement *« être définis en partie, par «régimes illibéraux» via leur participation aux processus décisionnel de l'UE* [1190]*».*

[1190] D. Kochenov et L. Pech, Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation, JCMS Symposium 2016: The Great Rule of Law Debate in the EU edited by Dimitry Kochenov, Amichai Magen and Laurent Pech, Volume 54, Nr. 5, September 2016 ,pages 1062–1074 http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jcms.12401/abstract

Le Parlement européen a souligné[1191] en décembre 2015 que la Hongrie était *"un test pour l'UE pour prouver sa capacité et sa volonté politique à réagir aux menaces et aux violations de ses propres valeurs fondatrices par un Etat membre"* et considère que *« la passivité de l'Union pourrait avoir contribué à de telles évolutions, qui révèlent, comme en Hongrie, des symptômes inquiétants d'atteintes à l'État de droit; »* étant miné ailleurs dans l'UE. La passivité de l'Union à l'égard de l'Etat mafieux[1192] d'Orban (en grande partie du fait que le Parti Populaire Européen a maintes fois fait passer des considérations politiques[1193] à court terme sur les principes supposés de ce parti) a sans aucun doute encouragé le parti au pouvoir. Ils se donnent la peine d'épater la galerie pendant qu'ils détruisent sans répit toutes les institutions de l'État de droit et préparent les bases de l'établissement de facto d'un État à parti unique[1194].

Pour conclure cependant sur une note optimiste, on peut se référer aux effets politiques apparemment bénéfiques de la décision de la Commission d'introduire l'article 7§1 en Roumanie, un pays où la situation de l'État de droit s'est sérieusement détériorée[1195] ces derniers mois malgré le fait que le pays soit soumis à un mécanisme spécial d'État de droit

---

[1191] P.E, Situation en Hongrie: suivi de la résolution du Parlement européen du 10 juin 2015**,** Résolution du Parlement européen du 16 décembre 2015 sur la situation en Hongrie, (2015 /2935 (RSP), 16 décembre 2015, Strasbourg.
http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0461+0+DOC+XML+V0//FR

[1192] B. Magyar, « The EU's Mafia State », Project Syndicate, The World's Opinion Page, 21 Juin 2017,
https://www.project-syndicate.org/commentary/orban-hungary-mafia-state-by-balint-magyar-2017-06?barrier=accessreg

[1193] R. Daniel Kelemen, EPP-Orban, Leading figures in the European People's Party are sheltering the Orbán regime in the name of partisan politics., Politico, 18 juillet 2015.
https://www.politico.eu/article/epp-defends-hungary-orban-against-criticism/

[1194] D.Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, EU Law Analysis, 23 décembre 2017
https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html

[1195] C. Lacatus, « Is Romania at risk of backsliding over corruption and the rule of law? ", The London School of Economics and Political Science, 27 novembre 2017.
http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2017/11/27/is-romania-at-risk-of-backsliding-over-corruption-and-the-rule-of-law/

[1196]depuis 2007. En référence à la décision de la Commission, le président roumain a averti la coalition au pouvoir que le pays pourrait être le prochain si la coalition au pouvoir continuait à avancer avec ses changements controversés dans le système juridique roumain.

La proposition de la Commission au titre de l'article 7, paragraphe 1, a été publiée en même temps que la quatrième recommandation de la Commission sur l'État de droit. Cette recommandation donne à la Pologne trois mois pour résoudre les problèmes identifiés dans la recommandation. Cela suggère que le Conseil ne cherchera pas à organiser l'audition de la Pologne et à obtenir le consentement du Parlement européen avant la fin du mois de mars 2018. Il n'y a aucun signe que le gouvernement polonais ait tendance à s'engager de bonne foi et à coopérer entre-temps. Sur cette base, on pourrait prévoir le calendrier suivant pour la mise en œuvre des prochaines étapes du processus de l'article 7:

i) Le Conseil organiserait une audition conformément à la procédure prévue à l'article 7 §1 du TUE en avril / mai 2018;

ii) Le consentement du Parlement serait alors sollicité en mai / juin 2018 (l'article 354 du traité FUE prévoit que le Parlement européen statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées, représentant la majorité des membres qui le composent);

iii) En supposant que ce consentement soit donné, le Conseil peut alors tenter d'adopter en juin / juillet une décision à la majorité des quatre cinquièmes (22 des 27 membres du Conseil devront être d'accord avec la Pologne pour ne pas participer à ce vote) pour déterminer formellement l'existence d'un *«risque évident de violation grave de la règle de droit par la République de Pologne.[1197]»*

1196 Commission européenne, Mécanisme de coopération et de vérification pour la Bulgarie et la Roumanie. https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/cooperation-and-verification-mechanism-bulgaria-and-romania_fr

1197 Voir l'article 1 de la proposition motivée de la Commission pour une décision du Conseil au titre de l'article 7 (1) loi en Pologne : Commission européenne, Communiqué de Presse, Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland, Bruxelles, 20 décembre 2017. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_en.htm?locale=FR

iv) En supposant que cette décision soit adoptée (à ce stade, on ne sait toujours pas si 22 des 27 membres du Conseil sont prêts à censurer de facto le parti au pouvoir), le Conseil adresserait alors probablement des recommandations à la Pologne agissant conformément à la même procédure de vote. (le texte de l'article 7, paragraphe 1, prévoit que le Conseil peut adresser des recommandations à la Pologne avant de prendre une telle décision, mais la proposition motivée de la Commission suggère qu'une décision unique pourrait être adoptée par le Conseil pour déterminer simultanément l'existence d'un risque clair de violation grave de l'État de droit et adoption de recommandations);

v) Si la Pologne ne se conformait pas aux recommandations du Conseil dans le délai de trois mois après l'adoption de la décision du Conseil au titre de l'article 7 §1 TUE, on s'attendrait à ce que ce problème soit transmis au Conseil européen avant la fin de décembre 2018, mais cela ne serait pas une conséquence automatique de l'incapacité de la Pologne à se conformer à une éventuelle décision de l'article 7, paragraphe 1 TUE, du Conseil.[1198]

Il est intéressant de noter que le Parlement européen devrait organiser un vote en plénière sur l'opportunité d'engager une procédure en vertu de l'article 7 §1 TUE contre la Hongrie en septembre 2018, auquel cas le Conseil européen pourrait décider à l'unanimité de l'existence d'un cas de violation grave, nous pourrions soumettre à la fois la Pologne de Kaczynski et la Hongrie d'Orban à une procédure en vertu de l'article 7 TUE, auquel cas, si l'on accepte notre interprétation de l'article 7 TUE, les deux devraient perdre leur droit de vote. Ce serait en effet une construction tout à fait absurde de l'article 7 TUE si son effet dissuasif disparaissait simplement lorsqu'un État membre paria (état hors-la-loi) était rejoint par un second.

Au-delà de l'article 7 et comme indiqué précédemment, nous ne pouvons que déplorer que l'UE n'ait pas empêché et sanctionné la régression de l'État de droit avant d'avoir émergé en Hongrie et puis s'étendre en Pologne. Face à deux États membres qui violent les valeurs

---

[1198] D. Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, EU Law Analysis, 23 décembre 2017 https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html

européennes, le moyen le plus efficace de résoudre le problème pourrait être de couper le financement de l'UE. Nous craignons que cela ne se produise pas non plus en l'absence d'une décision «nucléaire» de la Cour de justice, ce qui signifie une décision conduisant à la suspension du principe de confiance mutuelle en ce qui concerne la Pologne[1199]. L'impact de la pression diplomatique bilatérale sinon le gel des relations diplomatiques serait également très probablement efficace, mais la nécessité pour l'UE27 de rester unie dans le cadre des négociations sur le Brexit signifie que cette option n'est pas envisageable.

Réfléchissant sur le long terme : l'Europe à plusieurs vitesses pourrait bien résoudre non seulement la volonté inégale des États d'évoluer vers une coopération plus étroite, mais aussi offrir l'occasion idéale de laisser derrière eux des États qui ne sont pas disposés à adhérer pleinement aux principes fondamentaux. Si l'UE s'avère incapable de freiner les autocrates autrement, l'intégration de techniques de conditionnalité dans le contrôle de chacun des cercles concentriques de l'intégration est susceptible de devenir un élément nécessaire de l'édifice[1200]. À mesure que la vitesse et les vecteurs de l'intégration évoluent, la Pologne et ceux comme la Pologne pourraient se retrouver hors de portée d'une activité significative – *« derrière la porte de la cuisine de l'intégration[1201]. »* Avec la pression croissante sur les valeurs de l'Union d'un certain nombre de pays, cela pourrait être la voie la plus réaliste pour préserver l'UE en tant qu'Union de valeur à long terme, tout en restant suffisamment ouverte aux Etats détournés par les forces autocratiques et ploutocratiques[1202] .

[1199] Voir l'analyse complémentaire ici : L.Pech et K.L. Scheppele, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU.,Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge , Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol.19, décembre 2017, p.3-47.

[1200] D. Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, 23 décembre 2017
https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html

[1201] Idem.

[1202] D.Kochenov, L. Pech et K. L. Scheppele, The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, EU Law Analysis, 23 décembre 2017
https://eulawanalysis.blogspot.fr/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html

Parallèlement à d'autres commentateurs, la section a démontré que l'analyse de la Commission conduisant à diagnostiquer l'un des problèmes clés de l'UE en cours comme celle de la faiblesse des instruments d'application de l'État de droit dans l'Union est absolument correcte. Dans cette optique, il est logique que les institutions, les universitaires et les États membres intéressés par le bon fonctionnement de l'Union - impossible sans l'adhésion totale de tous les États membres à l'État de droit et aux autres valeurs exprimées à l'article 2 du TUE - s'efforcent de mettre en place un mécanisme de fonctionnement du contrôle de l'État de droit, ce qui résoudrait les problèmes exceptionnels au moins jusqu'à un certain degré. Approchée à cet égard, la «proposition pré-article 7» analysée dans ce document est sans aucun doute un succès: elle fournit une définition fiable et large de l'État de droit et établit les moyens de relâcher les limites innées de l'article 7 TUE. Comme le montre le document, la proposition de la Commission est pratiquement impeccable également lorsqu'elle est abordée du côté procédural: les critiques sévères qui découlent du service juridique du Conseil laissent beaucoup à désirer. Dans le même temps, une fois que la probabilité de l'efficacité probable de la proposition examinée sont pleinement prises en compte, il semble que les espoirs que le pré-article 7 applique la conformité sont plus naïfs que bien fondés. C'est la présomption des effets positifs du dialogue avec l'État membre en infraction, qui est probablement le côté le plus faible d'une proposition autrement pensée: un état idéologiquement illibéral aura donc probablement abusé de la nouvelle procédure pour retarder le recours éventuel de ses homologues et les institutions de l'UE aux parties de l'article 7 qui mordent. Ainsi, au lieu d'être résolu, le problème du non-respect des valeurs de l'article 2 pourrait même être exacerbé en conséquence. On peut en dire autant de l'initiative du Conseil, qui sera probablement moins efficace que celle de la Commission. Dans l'ensemble, alors que la procédure pré-article 7 est certainement un pas dans la bonne direction, les attentes quant aux fruits qu'elle pourrait apporter devraient être du côté très modeste, a révélé cette étude.

Tout pays européen souhaitant adhérer à l'Union européenne doit remplir les «Critères de Copenhague»[1203] et plus précisément respecter et s'engager dans les valeurs démocratiques établies à l'article 2 TUE sur lequel repose l'UE: *«respect de la dignité humaine et des droits de l'homme, la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État du droit ».* Cependant, il semble qu'il n'y ait aucun critère équivalent liant les EM actuels. Ensuite, que se passerait-il si ces valeurs ont changé dans un pays qui est déjà membre de l'UE? Ce serait une grande contradiction si ces critères ne devaient être satisfaits que pour les pays candidats. À cet égard, les États membres de l'UE ont été critiqués pour «double standard».

Alors qu'ils exigent un respect très strict des valeurs démocratiques par les pays candidats et les pays tiers, ils sont également réticents à permettre aux institutions de l'UE d'interférer avec leurs propres institutions domestiques[1204] . La Commission, en tant que gardienne des traités, devrait veiller à ce que les États membres soient conformes aux engagements qu'ils ont pris lors de leur adhésion à l'UE[1205] .

L'évolution récente dans certains pays de l'UE - premièrement en Autriche, plus tard en Hongrie et récemment en Roumanie et en France et puis la Pologne- a mis ces défis dans l'ordre du jour de l'UE. Outre ces cas spécifiques, il y a une marée montante de partis radicaux, populistes et eurosceptiques dans plusieurs États membres, tels que le Front national en France, le Parti néerlandais pour la liberté aux Pays-Bas, Golden Dawn en Grèce et Jobbik en Hongrie, parmi autres. Les résultats pour le PE lors des prochaines élections, et en particulier en cas de soutien élevé pour ces parties, il faudrait peut-être examiner les mécanismes existants pour protéger les valeurs communes de l'UE. Probablement, l'UE et les États-Unis ont supposé que la consolidation de la démocratie au sein de l'UE était irréversible. Mais, qu'arriverait-il si une EM adopte un régime lointain des principes démocratiques? Est-il possible de concevoir un régime dictatorial à l'intérieur

---

[1203] L'élargissement de l'UE au 1er mai 2004 a entraîné la formulation du concept « critères de Copenhague » ,qui sert à définir les conditions que les États candidats doivent respecter pour devenir membres de l'UE. Ils ont été créés dans les conclusions de la présidence Copenhague, du 21 au 22 juin 1993.

[1204] V. van Hüllen and Börzel, Tanja A. «The EU's Governance Transfer. From External Promotion to Internal Protection?»opt.cit,p.8.

[1205] K.LScheppele, What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The case for Systemic Infringement Actions ,opt.cit,p. 13.

de l'UE?[1206]. Comment l'UE - qui considère-t-elle ses valeurs fondamentales comme la démocratie, l'État du droit et le respect des droits de l'homme - justifie-t-elle que certains de ses États membres adoptent des mesures et des politiques contraires à ces principes? Quelles mesures l'UE devrait-elle prendre contre les politiques et les attitudes des EM qui tolèrent le racisme et la xénophobie? Le rapport des «trois hommes sages» est particulièrement pertinent de nos jours, alors que les craintes des groupes extrémistes se développent dans de nombreux États membres de l'UE, car il s'agit d'un avertissement que de tels groupes ne seront pas tolérés dans le gouvernement[1207] .

À mon avis, et selon les raisons susmentionnées, il est urgent pour l'UE de lancer un dialogue interne et public avec tous les acteurs concernés afin d'établir une réforme afin d'assurer une protection efficace des valeurs communes et des droits fondamentaux et de prévenir les infractions par les États membres tant dans le domaine interne que dans le cadre de l'application de la législation de l'UE. Une option peut être d'entreprendre un dialogue régulier entre les institutions européennes, la société civile et en particulier avec les ONG responsables de la protection et de la promotion des droits fondamentaux. En outre, la Commission Européenne considère qu'il est important de travailler en contact plus étroit avec le Conseil de l'Europe et en particulier avec le Commissaire aux droits de l'homme. Dans son rapport annuel, la Commission Européenne insiste également sur le rôle du réseau d'experts indépendants sur les droits fondamentaux, qui a été intégré à l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, mis en place en 2007.

Compte tenu des leçons apprises, il faut considérer que les instruments mis à la disposition de l'UE pour faire pression sur les EM ont été révélés insuffisants et inefficaces dans les cas étudiés, notamment en raison de leur caractère politique. D'une part, la décision finale ne devrait pas être laissée entièrement au Conseil et au Conseil européen et, de même, la CJUE devrait être confiée à des compétences réelles et élargies au sein de ces processus. Si les traités conféraient des compétences claires à la CJUE dans le cadre des mécanismes disponibles au titre de l'article 7 TUE, cela faciliterait certainement le caractère juridique et contraignant des mesures prises pour faire face aux éventuelles violations des valeurs

[1206]J-W.Müller, Safegurading democracy inside the EU. Brussels and the future liberal order»,opt.cit,p.3.

[1207] A.Duxbury, Austria and the European Union – The report of the «three wise men. opt.cit, p.4.

communes de l'UE par les États membres. À cet égard, les acteurs de l'UE doivent promouvoir une réforme des instruments existants sans délai.

La manière la plus simple serait de créer un nouvel organe indépendant ou d'habiliter une personne existante capable de prévenir et de contrôler les infractions possibles aux valeurs démocratiques de l'UE.

Dans une deuxième étape, il faut que les acteurs de l'UE évaluent sérieusement la possibilité d'introduire une nouvelle disposition réglementant un éventuel mécanisme de suspension, comme le Conseil de l'Europe ou le Commonwealth. Une autre option à étudier peut être l'exclusion d'un EM de l'UE. Bien sûr, les critères d'activation d'une telle disposition devraient être très précis et avec des garanties juridiques complètes, l'empêchant d'être «corrompus» par des intérêts purement politiques et pris avec toutes les mesures nécessaires pour protéger les citoyens européens. La création de ces dispositions ne signifie pas qu'elles devraient être automatiquement activées une fois en vigueur, mais l'UE devrait disposer de tous les instruments potentiellement nécessaires en cas de détresse extrême ou éloignée de la démocratie[1208] dans un EM de l'UE. Si l'UE pourrait décider d'établir un *«mécanisme similaire, il faudra élaborer une liste complète des normes sur lesquelles les membres peuvent être surveillés, de sorte que les décisions de suspension des membres sont transparentes. Étant donné que les avantages de l'adhésion à l'UE sont considérables, la menace de suspension pourrait constituer une arme importante dans la lutte pour protéger les droits de l'homme »*[1209].

Même si tous les acteurs ont soutenu la consolidation de la démocratie, et bien sûr, c'est l'idéal attendu, l'UE doit être prête et tous les mécanismes disponibles en cas de crise inattendue. Comme l'avait déclaré le président Barroso dans l'adresse «État de l'Union 2012», *«les institutions, inquiètes après certaines menaces pour le tissu juridique et démocratique dans certaines États membres, ont pris conscience de la nécessité d'un ensemble d'instruments mieux développés - pas seulement l'alternative entre le «soft power» de la persuasion politique et l'option nucléaire de l'article 7 TEU- ».* Et en 2013, Barroso est allé plus loin et a déclaré: «L'expérience a confirmé l'utilité du rôle de la

---

[1208] J-W.Müller, Safegurading democracy inside the EU. Brussels and the future liberal order ,opt.cit,p.23.

[1209] A. Duxbury, Austria and the European Union – The report of the «three wise men». opt.cit, p.5.

Commission en tant qu'arbitre indépendant et objectif (...) Il devrait être (...) activé uniquement dans les situations où il existe un risque sérieux et systémique pour l'État de droit et déclenchée par des références prédéfinies ».

Le processus d'intégration européenne évolue continuellement, bien que lentement en raison de la complexité politique de la conclusion d'accords entre 27 EM. Il est évident qu'il existe plusieurs «vides juridiques»[1210] dans le droit de l'UE qui sont source de controverse entre les institutions et les États membres. Je pense qu'il serait très positif pour l'UE d'anticiper ces situations et d'être prête à faire face aux différents défis qui pourraient survenir. On peut espérer que les institutions européennes et les États membres continuent d'être conscients - comme l'ont indiqué leurs déclarations sur cette question - de l'urgence d'établir des mécanismes efficaces pour protéger ces valeurs, comme signe de notre identité en tant qu'Européens. On va terminer avec une déclaration de M. Sadurski qui semble être une conclusion appropriée à ce sujet: «Si l'UE ne recourt pas à ces mesures maintenant, personne ne les prendra au sérieux à l'avenir et l'UE descendra à son double standard lamentable: difficile pour les États candidats, sans dents à l'égard des membres. Si pas maintenant, quand? Que peut-il se passer d'autre dans un Etat membre, qui peut être considéré à juste titre comme «un risque clair de violation grave» des principes de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit? »[1211] ».

[1210]Par exemple: 1) Retrait de l'UE. Étant donné que le traité de Lisbonne ne prévoit pas le retrait d'un État membre de l'UE. L'article 50 TUE ne fournit qu'un mécanisme volontaire. 2) Sécession d'une partie d'une EM ou dissolution d'un MS. Il n'y a pas de dispositions pour ces cas, qui sont à l'origine d'un débat controversé au sein de l'UE. 3) Sortir de la zone euro. Les traités de l'UE n'interdisent pas expressément une EM quittant volontairement la zone euro, mais il est discutable s'ils fournissent un mécanisme efficace pour une telle possibilité (article 352 du TFUE). Il est également défendable que, si un MS devait sortir de l'euro, il faudrait également quitter l'UE elle-même.

[1211] W. Sadurski, Adding a Bite to a Bark? A story of article 7, the EU enlargement and Jörg Haider.opt.cit,

SECTION II. Le refus de l'adhésion à la CEDH au nom de l'autonomie de l'Union européenne.

La Cour a déclaré incompatible avec les Traités et notamment, avec ses principes fondamentaux, l'article 6, paragraphe 2, TUE et le Protocole n°8 UE, l'accord portant adhésion de l'Union à la CEDH du juin 2013[1212]. A y regarder de plus près, deux principes semblent jouer un rôle déterminant : le « vieux » principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, reconnu déjà depuis plus de cinquante années[1213], trouve une affirmation renforcée et encadrée par d'autres principes du droit de l'Union. Et un nouveau principe constitutionnel voit le jour : le principe de la confiance mutuelle entre les EM de l'UE.

Dans son avis 2/13, la CJUE prend beaucoup de soin pour baser son avis sur des affirmations particulièrement vives et parfois répétitives de principes de sa jurisprudence antérieure, ou de certaines assomptions implicites telles que :

- le caractère non étatique de l'Union européenne[1214]
- « les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, également leurs ressortissants [1215]»

[1212] Rapport final du CDDH du 10 juin 2013 sur la cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, doc. 47+1(2013) 008rev2.

[1213] I.Pernice, Autonomy of the European Legal Order-Fifty Years after Van Gend & Loos in A.Tizzano. J.Kokott et S.Prechal (eds.),50e Anniverssaire de l'arrêt,50th anniversary of the judgment in Van Gen den Loos,, 1963-2013, Actes du Colloque Luxembourg, 13 mai 2013-Conférence proceedings Luxembourg,13 May 2013,Luxembourg 2014,p.55-80.

[1214] CJUE.18 déc 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point .156.

[1215] Ibid.para.157.

- le « genre nouveau » et la « nature spécifique » de l'ordre juridique de l'Union[1216]
- la qualité des traités en tant que « la charte constitutionnelle de base de l'Union »[1217]
- les « caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit », parmi lesquelles « figurent celles relatives à la structure constitutionnelle de l'Union qui se reflète dans les principe d'attribution des compétences »[1218].
- les « caractéristiques spécifiques tenant à la nature même du droit de l'Union », tels que « le droit de l'Union se caractérise par le fait d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres…ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes[1219] »

L'autonomie, la primauté et l'effet direct, fondés sur, et expliquées par, le genre nouveau et la nature spécifique de l'ordre juridique de l'Union dont la base est une charte constitutionnelle et dont le sujets sont les États et leurs ressortissants, l'autonomie d'un ordre au profil duquel les États membres ont limités leurs droits souverains et dont la structure constitutionnelle se reflète dans le principe d'attribution des compétences d'une Union qui n'est pourtant pas un État-toutes ces affirmations d'une jurisprudence constante de la Cour ne semblent pas apporter de grandes nouveautés. Toutefois, cette autonomie constitutionnelle devient le critère-clef des problèmes auxquels se heurte, suivant la Cour, le projet d'accord d'adhésion. Par un résumé remarquable des principes constitutionnels de l'ordre juridique de l'Union, la Cour rassemble ainsi ses armes pour fonder le « non » à l'adhésion. C'est ce qu'elle exprime dans le paragraphe 158 de l'avis :

> *« la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement*

[1216] Ibid.para158.

[1217] Ibid.para163.

[1218] Ibid.para165.

[1219] CJUE.18 déc 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 166, pour autonomie, voy.égal. point 176.

élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement, entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d'une adhésion à la CEDH » ;

Ce qui est nouveau, toutefois, c'est que la Cour insiste, à plusieurs reprises et plus clairement que dans sa jurisprudence antérieure, sur le caractère « constitutionnel », de la nature et de la structure de l'ordre juridique de l'Union, comme base de son autonomie. On pourrait donc parler d'une autonomie constitutionnelle du droit de l'Union. Maintenant on va analyser le Projet d'accord d'adhésion (PDA) en soi-même (I) et les effets de « non » de la CJUE à cette conception de l'adhésion de l'UE à la CEDH (II).

1§. Le Projet d'accord portant l'adhésion de l'UE.

Cette section est un aperçu relativement bref du processus de négociation et ne constitue pas une analyse détaillée des questions de fond soulevées dans ce qui s'est avéré être un ensemble de négociations assez long et complexe. Ici, on soulignera néanmoins un certain nombre de «traits choisis» de l'Accord d'Adhésion qui ne seront sans doute pas scrupuleusement examinés par d'autres contributeurs à ce livre. Dans ces remarques finales, on ne fera qu'identifier l'état actuel des choses et indiquer quelles mesures doivent encore être prises avant l'entrée en vigueur de l'Accord d'adhésion.

Pour la première fois, une entité - l'UE - qui n'est pas un (État) membre du Conseil de l'Europe doit devenir partie à la CEDH. Alors que la Cour de justice des Communautés européennes, prédécesseur de la Cour de justice de l'Union européenne, a estimé, en 1996, qu'il n'existait pas de base juridique solide pour l'adhésion au droit communautaire[1220], la situation est maintenant clarifiée. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009 et du protocole n ° 14 à la CEDH en juin 2010 a créé les conditions juridiques nécessaires à l'adhésion à l'UE. L'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne fournit une base juridique sans équivoque à l'adhésion, à laquelle tous les États membres

[1220] CJUE, 28 mars 1996, Avis 2/94 Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ECLI:EU:C:1996:140 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61994CV0002&from=FR

de l'UE sont tenus: « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités[1221]. » Et l'article 59 de la CEDH, tel que modifié par le Protocole n ° 14, précise que: «L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention[1222]. »

L'intérêt récent pour la "vieille"[1223] idée de l'adhésion de l'UE à la CEDH, qui a abouti à la signature officielle du traité de Lisbonne le 13 décembre 2007, peut probablement être imputé à l'impulsion donnée, principalement par l'Allemagne à la fin des années 1990, l'idée de rédiger une "déclaration des droits" pour l'UE, qui a abouti à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en 2000. Des discussions sérieuses sur l'adhésion se sont ensuite intensifiées avant et lors du Conseil européen de Laeken de décembre 2001, ce qui a conduit à la tentative avortée par la suite de rédiger une Constitution européenne dans laquelle ce sujet a été abordé sous diverses formes[1224]. En juin 2002, le Comité directeur intergouvernemental du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), a adopté une étude relativement approfondie sur les questions juridiques et techniques qui ont été abordées lors de l'événement pour éventuelle

---

[1221] Cela dit, l'article 218, paragraphe 6, (a),(ii) et (8), du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose qu'une procédure de ratification assez lourde doit être suivie: il faut un consentement du Parlement européen, ainsi que l'unanimité du Conseil européen, puis l'approbation de tous les États membres de l'UE conformément à leurs exigences constitutionnelles. Les détails relatifs à la procédure d'adhésion sont énoncés dans le protocole n ° 8 du traité de Lisbonne; voir également les déclarations annexées à l'Acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le Traité de Lisbonne.

[1222] L'article 17 du protocole n ° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention disponible à l'adresse suivante: https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194

[1223] A. Drzemczewski, EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process, in The EU Accession to the ECHR, V.Kosta, N.Skoutaris et V.P. Tzevelekos, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 17-28.

[1224] Pour un aperçu récent, voir R.Lawson, A 21st Century Procession of Echternach : The Accession of the EU to the European Convention on Human Rights in F. Dorssemont, K.Lörcher et I.Schömann (eds), The European Convention on Human Rights and the Employement Relations, Oxford, Hart Publishing, 2014, p.47-59.

adhésion[1225], et que cette analyse a été transmise, à l'époque, aux rédacteurs de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Ce faisant, le CDDH avait avancé deux modalités principales d'accession: soit par un protocole d'amendement à la Convention, soit par un traité d'adhésion à conclure entre l'UE et les Etats membres du Conseil de l'Europe.

Comme c'est souvent le cas dans les négociations internationales, des contacts informels ont été établis entre les deux organisations à la fin de 2009 et au début de 2010 - lors de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne - afin de déterminer la meilleure façon de structurer les négociations[1226].En effet, il était clair dès le départ que l'adhésion à la Convention, telle qu'elle existe actuellement, n'aurait pas été possible sans un certain nombre d'adaptations, et qu'un accord entre les 47 Hautes Parties contractantes et l'UE à cet effet était requis . Il est entendu que, dans un premier temps, les services juridiques de la Commission européenne ont indiqué une préférence pour les négociations «bilatérales», la Commission négociant et votant au nom de l'UE et de ses États membres. Quoi qu'il en soit, un format de négociation quelque peu hybride a finalement été retenu, qui, alors que les négociations étaient en cours, a été adapté en fonction de l'évolution des circonstances, c'est-à-dire à un moment où les négociations s'étaient arrêtées.

Du côté de l'UE, peu de temps après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Commission a présenté au Conseil une recommandation d'ouverture de négociations le 17 mars 2010. Le débat sur la définition des directives de négociation a pris relativement peu de temps et une décision autorisant la Commission européenne à négocier un accord pour l'adhésion de l'UE à la Convention a été adoptée par le Conseil « Justice et Affaires intérieures » le 4 juin 2010. La Commission, en tant que négociatrice de l'UE, a mené les négociations jusqu'au printemps 2013, en consultation étroite avec le Groupe de travail du

---

[1225] Étude des questions techniques et juridiques d'une éventuelle adhésion CE / UE à la Convention européenne des droits de l'homme https://www.coe.int/T/F/Com/Dossiers/Evenements/2002-09-Symposium-Juges/CDDH2002_010.asp

[1226] Bien que le Protocole n ° 14 à la Convention ne soit pas encore entré en vigueur, cela ne semble pas être un obstacle à l'ouverture de discussions sérieuses sur le sujet. En outre, il existait des indicateurs solides indiquant que la Russie, État qui bloquait l'entrée en vigueur du Protocole pour des raisons indépendantes de l'idée d'adhésion, était sur le point de le faire.

Conseil européen "Droits fondamentaux, droits des citoyens et libre circulation des personnes", qui faisait rapport régulièrement à cette dernière[1227].

Du côté du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres (l'organe exécutif de l'organisation) devait décider laquelle de ces deux approches serait la meilleure; L'une consiste à confier au Secrétaire Général, seul ou avec une petite équipe, la conduite de négociations bilatérales avec l'UE, puis à en soumettre les résultats au Comité des Ministres. L'autre option consistait à confier à un comité intergouvernemental d'experts au sein du Conseil de l'Europe, tel que le CDDH, le mandat de rédiger les instruments juridiques nécessaires selon des procédures établies depuis longtemps, avec les adoptions nécessaires pour assurer la pleine l'implication de l'UE dans le processus. Le souhait d'assurer la participation et l'expertise du système de la Convention des représentants des Etats membres du Conseil de l'Europe parties à la Convention dans le processus de négociation a probablement fait pencher la balance en faveur de la seconde approche[1228], qui était l'option choisie. Le 26 mai 2010, le Comité des Ministres a ensuite adopté un mandat occasionel pour le CDDH à fin d'élaborer, en coopération avec des représentants de l'UE, un ou plusieurs instruments juridiques définissant les modalités d'adhésion de l'UE à la CEDH, notamment sa participation au système de la Convention[1229].

L'identification des négociateurs n'était cependant pas suffisante, car il était nécessaire d'identifier un format de négociation qui respecterait les prérogatives institutionnelles et les règles des deux organisations.

[1227] L'article 4, paragraphe 3, du traité UE précise que les États membres de l'Union européenne soutiennent le négociateur dans l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées.

[1228] Voir à cet égard la Résolution Res (2005) 47 du Comité des Ministres, concernant les comités et les organes subordonnés, leur mandat et leurs méthodes de travail ; «Les comités et les organes subordonnés, leur mandat et leurs méthodes de travail» sur le fonctionnement des procédures intergouvernementales du Conseil de l'Europe.

[1229] 1085e Réunion des Délégués des Ministres : – Comité des Ministres : Projet de mandat occasionnel au Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) pour élaborer un instrument juridique établissant les modalités d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 26 Mai 2010. (Décision n° CM/ 882/26052010 - Mandat occasionnel du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) pour élaborer un instrument juridique établissant les modalités d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme) https:// search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016805cee07

D'un point de vue structurel, on peut distinguer deux phases distinctes dans les négociations: une première phase «informelle», dite «7 + 7», où l'accent était principalement mis sur les questions techniques et - suite à l '«échec» de cette phase[1230] - une seconde phase beaucoup plus "formelle", dite "47 + 1".

Dans ce nouveau cadre, le CDDH a d'abord confié les négociations à un groupe informel (CDDH-UE, le «groupe 7 + 7») de 14 membres (sept nommés par les États membres de l'UE) choisis en fonction de leur expertise et leur capacité individuelle[1231].

Entre juillet 2010 et juin 2011, le groupe de travail informel a tenu au total huit réunions avec la Commission européenne. Au cours de cette période, il a élaboré et transmis au CDDH un Projet d'Accord d'Accession, son Rapport Explicatif et un projet de règle à ajouter au Règlement du Comité des Ministres pour le contrôle de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables.

Plusieurs des dernières caractéristiques du projet d'accord d'adhésion ont déjà été définies - et dans certains cas déjà approuvées - durant cette phase, telles que l'introduction d'un mécanisme de codéfendeur, les modalités de participation de l'UE devant la Cour de Strasbourg, la participation du Parlement européen dans les procédures de l'Assemblée parlementaire pour l'élection des juges, ainsi que les arrangements financiers. En outre, les négociateurs ont été assez chanceux pour obtenir, pour ainsi dire, l'aide d'une partie inattendue par rapport à une question assez difficile qui a été traitée pendant les négociations[1232]. En janvier 2011, les Présidents des Tribunaux de Strasbourg et du Luxembourg ont publié une déclaration commune exprimant leur soutien à l'idée d'introduire une procédure de «participation préalable» dans les cas où l'UE serait un codéfendeur: *« une procédure souple susceptible de garantir que la CJUE puisse effectuer*

[1230] Les négociations ont été suspendues pendant plusieurs mois en raison des différences internes entre les États membres de l'UE.

[1231] Les 14 Membres (« 7+7 ») étaient l'Albanie (remplacée par le Monténégro), l'Arménie, la Croatie, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Lettonie, le Pays-Bas, la Norvège (présidant le groupe), la Roumanie, la Fédération Russe, la Suisse, la Turquie et le Royaume Uni.

[1232] Comme l'indiquait à juste titre : voir R.Lawson, A 21st Century Procession of Echternach : The Accession of the EU to the European Convention on Human Rights in F.Dorssemont, K.Lörcher et I.Schömann (eds), The European Convention on Human Rights and the Employement Relations, Oxford, Hart Publishing, 2014, p.47-59.

un contrôle interne avant que n'intervienne le contrôle externe exercé par la Cour-EDH[1233]*. »*

En outre, un organe officieux conjoint (instance informelle conjointe) composé de parlementaires de l'Assemblée parlementaire et du Parlement européen s'est réuni en mars et juin 2011 et a défini les modalités de la « représentativité » de ce dernier au sein de l'Assemblée lorsqu'il élit des juges à la Cour de Strasbourg.

En octobre 2011, le CDDH a tenu une réunion extraordinaire afin d'approuver le projet d'accord d'adhésion et de le soumettre au Comité des Ministres. Cependant, certains États membres de l'UE ont eu un certain nombre de difficultés avec les projets et, par conséquent, l'UE et ses États membres ne pouvaient pas soutenir à l'unanimité – (comme l'exigent les règles internes applicables de l'UE) - les projets de textes[1234]. Compte tenu des implications politiques de certains des problèmes en suspens, le CDDH n'a donc pas pu adopter de textes et les a transmis au Comité des Ministres uniquement en annexe d'un rapport sur les travaux menés jusqu'à ce temps-là, en demandant des instructions supplémentaires.

La transmission des projets à la Commission des Ministres en octobre 2011 a marqué le début d'une longue phase de négociations au sein de l'UE afin de mieux définir les problèmes qui ont conduit à l'impossibilité de parvenir à un consensus et d'identifier des solutions de compromis acceptables pour tous les États membres de l'UE. Les négociations au Conseil de l'Europe ont ensuite été suspendues pendant plusieurs mois en raison de divergences internes entre les États membres de l'UE. Ces discussions ont eu lieu principalement, mais pas exclusivement, à huis clos au sein du groupe de travail Groupe "Droits fondamentaux, droits des citoyens et libre circulation des personnes" (FREMP) du

---

[1233] Déclaration commune des présidents de la CEDH et de la CJUE sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 24 Janvier 2011 http://www.echr.coe.int/Documents/UE_Communication_Costa_Skouris_FRA.pdf : (2011) 31 Human Rights Law journal 236.

[1234] CDDH, Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights., para 11.

Conseil[1235]. La nécessité de l'unanimité a conduit à un compromis sur le plus petit dénominateur commun possible, qui a finalement été atteint et communiqué au Conseil de l'Europe.

Sur la base de ces informations, la deuxième phase des négociations pouvait commencer. Le 13 juin 2012, le Comité des Ministres a décidé de reprendre les négociations et a donné un nouveau mandat au CDDH pour poursuivre les négociations avec l'UE dans un nouveau groupe de négociation ad hoc ("47 + 1"), en vue de finaliser les instruments juridiques définissant les modalités d'adhésion. Le format choisi pour cette deuxième phase était plus traditionnel et formel, avec la participation des experts gouvernementaux du CDDH représentant les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe.

Ce groupe de négociation a tenu au total cinq réunions avec la Commission européenne. Entre la quatrième et la cinquième réunion, un effort de coordination sans précédent entre la quasi-totalité des États non membres de l'UE a conduit à la présentation d'un document de négociation commun qui a donné un nouvel élan aux négociations et contribué à une rupture décisive dans les négociations[1236]. À la suite de la cinquième réunion de négociation, qui a abouti à un consensus entre les parties négociantes, le groupe 47 + 1 a envoyé un rapport final au CDDH auquel était joint un «paquet» d'instruments nécessaires à l'adhésion de l'UE à la CEDH[1237]. Lors de sa réunion de juin 2013, le CDDH a convenu d'envoyer le rapport final du groupe de négociation au Comité des Ministres pour information, y compris les projets d'instruments approuvés par le groupe de négociation. Ce "paquet" d'instruments d'adhésion comprend le projet d'accord lui-même, un projet de déclaration de l'UE, un projet de règle à ajouter au Règlement du Comité des Ministres pour le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg et du termes des règlements amiables dans les affaires auxquelles l'UE est partie, un projet de modèle de

---

[1235] Council of European Union, Accession of the Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms –State of Play, 6 December 2011, paras 5-9.

[1236] Voir en particulier, Working Documents 47+1 (2013) pt 3 et 6

[1237] Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.

mémorandum d'accord et un projet de rapport explicatif à l'accord d'adhésion[1238]. En d'autres termes, le CDDH a soumis au Comité des Ministres un rapport intérimaire - mais pas nécessairement définitif - contenant ce «paquet» d'instruments d'information, dont le Comité des Ministres a pris note lors de sa réunion du 11 septembre 2013. Le projet d'accord tel qu'adopté en 2013 doit être considéré comme un accord international qui réunit deux instruments en un seul, comme l'explique le Rapport explicatif. Premièrement, il modifie la CEDH (comme un protocole d'amendement) et deuxièmement, il constitue l'acte d'adhésion de l'UE à la CEDH, ainsi qu'aux Protocoles additionnels 1 et 6[1239]. La définition du champ d'application de l'accord d'adhésion dépend également de dispositions qui clarifient le sens des termes utilisés dans la CEDH et adaptent ces derniers au cas particulier de l'Union où l'expression « toute personne relevant de leur juridiction », figurant à l'article 1er de la Convention, se réfère à des personnes se trouvant su le territoire d'une Haute Partie contractante, cette expression est comprise comme se référant, en ce qui concerne l'Union européenne, aux personnes se trouvant sur les territoires de ses États membres auxquels les traités de l'Union européenne s'appliquent[1240].

En ce qui concerne la participation d'autres acteurs au processus de négociation, au sein du CDDH-UE (groupe 7 + 7) et du groupe 47 + 1, la participation des observateurs était limitée au greffe de la Cour européenne des droits de l'homme et au Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe. Cela dit, la consultation de la société civile a été assurée en invitant les représentants à des échanges de vues et pratiquement tous les documents de travail et rapports de réunion ont été publiés, en anglais et français, sur le site internet du Conseil de l'Europe peu après chaque réunion. Les sections qui suivent présenteront une esquisse des éléments clés du

---

[1238] A. Drzemczewski, EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process, in The EU Accession to the ECHR, V.Kosta, N.Skoutaris et V.P. Tzevelekos, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 17-28.

[1239] S. Besson, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015) 2015 p. 434.

[1240] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux, Revue du Droit de l'Union européenne 3/4-2016,p.522

PDA (A) et le lien entre ce projet d'adhésion à une organisation internationale comme CEDH et les procédures internes à l'UE concernant les conclusions des accords internationaux (B).

A. Les éléments clés du projet d'adhésion de l'UE à la CEDH.

Le projet d'accord d'adhésion contient 12 articles, 5 annexes à l'accord, dont le rapport explicatif[1241]. La plupart des articles du PDA révisent directement la Convention ou, du moins, donnent des significations plus explicites - désormais juridiquement contraignantes - pour certaines des dispositions fondamentales de la Convention. Ils établissent également de nouveaux mécanismes qui auraient dû être introduits avec de nouvelles dispositions pour faire partie de la Convention une fois que le PDA serait entré en vigueur. Quatre des cinq annexes abordent la question des déclarations de l'UE sur l'utilisation du mécanisme de co-défendeur, la procédure d'intervention d'une partie tiers lorsque le destinataire est un État non membre de l'UE et la supervision des règlements amiables par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. L'Annexe 5, qui est le plus important, est appelé Rapport explicatif du PDA de l'UE à la CEDH. Il est donc très important d'examiner ici la nature du rapport explicatif. Il est fondamentalement soutenu que le paquet du PDA a été interprété dans un langage plutôt général afin d'offrir une espace pour la protection de l'autonomie juridique de l'UE[1242].

A noter que le Rapport explicatif fournit des éclaircissements supplémentaires sur le PDA, montrant comment l'interpréter du point de vue de la Cour de Strasbourg et de la Cour de Luxembourg, et précise le cadre sur lequel l'UE et le Conseil de l'Europe concluent le PDA. La plupart des explications du Rapport explicatif montrent non

---

[1241] T.Lock, End of an Epic? The Draft Accession Agreement on the EU's accession to the ECHR. Yearb Eur Law31 (1) :p.162-197.

[1242] Sur ce dernier voir : K. Raba, The Accession of the European Union to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms- overview of the accession agreement. ERA Forum 14, p.557-572.

seulement l'intention pour laquelle la plupart des dispositions du PDA ont été établies - quelque chose qui sera ensuite utilisé pour les interprétations téléologiques des deux Cours - mais donne également des indications sur la façon d'interpréter systématiquement le jugement pratique des cas impliquant la genèse du droit de l'UE devant la Cour de Strasbourg[1243].D'un autre côté, le Rapport explicatif présente des arguments sur la raison pour laquelle certains des mécanismes sont censés être efficaces sur le plan judiciaire et contribuer à améliorer l'administration de la justice. Ces concepts clarifiés font avancer une position argumentative plus approfondie que la Cour de Luxembourg doit également se repositionner devant la Cour de Strasbourg. Comme le rapport explicatif de PDA explique dans une version plus détaillée, la signification et les moyens d'utiliser plusieurs des mécanismes nouvellement introduits du PDA, on devrait se demander si le rapport explicatif est juridiquement contraignant, s'il fait partie de PDA lui-même et s'il peut être interprété comme complétant le PDA. Pour apporter une réponse à cette question, le rapport explicatif lui-même établit que :

> *Le présent rapport explicatif fait partie d'un ensemble d'instruments préparés par le groupe de négociation qui font tous partie du contexte sous-jacent à l'adhésion de l'UE à la Convention. Des rapports explicatifs ont été utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme comme moyens d'interprétation[1244].*

En outre, cela a été également soutenu par le document par lequel le rapport final au CDDH a été officiellement soumis aux institutions concernées, qui mentionne le fait que:

> *Les participants conviennent de recommander au Comité des Ministres, lorsqu'il prendra note de l'ensemble des instruments, de souligner l'importance de tous les*

1243 Par exemple. En ce qui concerne les éventuels conflits supposés exister entre la législation de l'UE et la CEDH, on peut prendre l'exemple de la conformité du règlement Dublin II avec la CEDH, cette dernière garantissant certainement des normes plus élevées par rapport à cet acte de l'UE. J. Lenart , « Fortress Europe » : compliance of the Dublin II Regulation with the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, 2012, Utrecht J int Eur Law 28 (75):, p. 9 et suiv.

1244 Projet de rapport explicatif à l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

instruments élaborés, y compris le rapport explicatif, qui font tous partie du contexte sous-jacent l'adhésion de l'UE à la Convention[1245].

Par conséquent, il est soutenu que le rapport explicatif est censé être le fondement sur lequel s'appuie le PDA, ayant une nature juridique en termes d'interprétation du PDA de toutes les parties contractantes. Cette nature juridique du Rapport explicatif ne reflète pas son applicabilité directe ou son effet direct, mais fournit plutôt un cadre institutionnel qui est obligatoire pour les parties contractantes. Une telle obligation peut aller aussi loin que le PDA lui-même le pourra, car les parties contractantes de cette dernière ont «approuvé» et «ratifié» le PDA simplement sur la base de ses annexes, la plus importante étant le rapport explicatif. Par conséquent, même si le Rapport explicatif ne fait pas partie du PDA dans le texte, il en fait partie dans le sens légal et factuel. À noter ici, le PDA avec ses cinq annexes est destinée à servir d'instrument d'accord en tant que tel, rendant la boîte juridique globale de l'adhésion de l'UE à la CEDH plus juridiquement que le texte strict de PDA per se.

Dans son préambule, le PDA fait référence à l'article 59 (2) de la CEDH qui prévoit que l'UE peut adhérer à la CEDH - que le Protocole 14 de la CEDH prévoyait déjà[1246] - indiquant la base juridique sur laquelle repose l'adhésion de l'UE à la CEDH. Dans le préambule, le PDA part de l'hypothèse légale qu'il ne peut entrer en vigueur que si les parties contractantes actuelles de la CEDH et l'Union européenne le ratifient conformément à leurs propres procédures constitutionnelles. Il est postulé que l'UE, à la lumière du préambule, se présente comme une partie indépendante avec sa propre personnalité juridique (quelque chose que l'Avis 2/13 cherche à modifier), bien que ses États membres

---

[1245] Cinquième Réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport final au CDDH., à Strasbourg 3-5 Avril 2013, Conseil de l'Europe, Doc.47+1(2013)008rev2

[1246] T.Joris et J.Vandenberghe, The Council of Europe and the European Union: natural partners or uneasy bedfellows?, 2008-2009,Columbia J Eur Law 15, p.36. Voir aussi M. R Ribble, I Don't Trust Your Judgment: the European Convention on Human Rights meets the European Union on new grounds?, 2010-2011, Pa State Int Law Rev 29 (1), p.225. J.Martin et P. De Nanclares, The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue. Working Papers on European Law and Regional Integration WP IDEIR no 15.2013 Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense, p.5 dans Fisnik Korenica, opt.cit p. 110.

(qui sont déjà parties à la CEDH) doivent également donner leur approbation à l'adhésion de l'UE par la ratification du PDA. Ainsi, logiquement, les États membres de l'UE qui sont simultanément parties contractantes à la CEDH avec l'acte de ratification du PDA donnent également leur assentiment à l'adhésion de l'UE à la CEDH. En outre, ces États membres transfèrent à l'UE des parties de leur propre responsabilité envers la CEDH, même pour des actes ou des omissions de l'UE qu'ils ont détenue seuls à ce jour (pratiques Bosphorus ou M.S.S[1247]). *«Un tribunal d'un État membre devrait-il accepter une interprétation de la CEDH par la Cour de justice qui, à son avis, porterait atteinte à sa compétence en violation d'une obligation internationale de premier ordre, risque que la CJCE n'a pas? [1248]»* Une telle question ne serait plus un problème après l'adhésion.

Bien que le préambule ne nécessite pas d'analyse plus approfondie, il est important de noter qu'il mentionne que l'adhésion de l'UE à la CEDH est entreprise pour assurer deux objectifs de portée générale: premièrement, pour établir davantage le fait que l'UE est fondée sur le respect des droits de l'homme, en tant que valeur découlant des traités de l'UE, et la cohérence de la protection des droits de l'homme en Europe[1249], ce qui signifie un mécanisme international de soumission et d'interaction entre les Cours de Luxembourg

---

[1247] E. Nanopoulos, Trust issues and the European Common Asylum System: finding the right balance, Camb Law J 72 (2), 2013:p. 277/7 et suiv.

[1248] Editorial, Huamn Rights: Member State, EU and ECHR levels of protection;P.S. Catalonia; why does it take so long for my article to be published? In this issue: human rights: Member State, EU and ECHR levels of protection. Eur J Int Law 24, 2013, p. 473;

[1249] O. Quirico, Substantive and procedural issues raised by the accession of the EU to the ECHR. Italian Yearb Int Law 2010, p. 33; Voir aussi: K.Lenaerts et E. de Smijter, The Charter and the role of the European Courts. Maastricht J Eur Comp Law: p. 100. ; J. Odermatt, "The Eu's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. "Working Paper No.136, p.12-13; S.White,"The EU's accession to the convention on human rights: a new era of closer cooperation between the Council of Europe and the EU? New J Eur Crim Law 1 (4 (2010)): p. 435; F. Tulkens, "EU accession to the European Convention on Human Rights. National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP)-Krakow , Pologne, Vendredi 1 Mars 2013, p.16.

et Strasbourg[1250].Une telle cohérence: argumente Callewaert, aura un effet à la fois formel et substantif[1251]. Ce dernier peut finalement concrétiser la proposition de «confiance mutuelle» de White entre les deux cours[1252]. Cependant, il semble qu'aucune de ces deux intentions ne puisse être considérée comme le seul résultat de l'adhésion de l'UE à la CEDH, car le principal argument contre les droits de l'homme serait que l'adhésion est en train de modifier la position de l'UE, d'un paysage isolé de protection des droits de l'homme à une organisation des droits de l'homme contrôlée de l'extérieur[1253]. Il convient de noter que, pour revenir au deuxième point, la notion de «cohérence des droits de l'homme» ne signifie pas nécessairement (stricto sensu) une cohérence totale mais plutôt une cohérence sur les normes minimales[1254], car même après l'adhésion, la Charte continuera de permettre à l'UE d'offrir une protection plus large des droits de l'homme par

---

[1250] Qui ont eu des moments de dialogue mais aussi de compétition, à: S.Peers, « Bosphorus-European Court of human rights, » Eur Const Law Rev 2 (3) : p. 443 ; Sur le renforcement de la protection des droits de l'homme après l'adhésion, voir également:.X.Groussot, T.Lock et L.Pech, Adhésion de l'union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 , Questions d'Europe n°218, Fondation Robert Schuman, 7 novembre 2011, p.17. ; Voir aussi une autre déclaration intéressante sur ce sujet, à:CA Miller, «Fundamental rights in multi-level legal systems : recent developments in European human rights practice. , Interdiscip J Hum Rights Law 2: p. 34, ("... tant qu'une" Cour internationale des droits de l'homme "n'est pas en place et tant que l'UE n'est pas membre de la CEDH, une grande incertitude et un manque de recours judiciaire pourraient subsister.").

[1251] J.Callawaert, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2014, p.9-10.

[1252] S.White,The EU's accession to the convention on human rights: a new era of closer cooperation between the Council of Europe and the EU? New J Eur Crim Law, 2010, : p.433.

[1253] Sur ce sujet voir, par ex: R.A Garcia,The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union. Eur Law J, p. 501; Sur la soumission du Luxembourg à la Cour de Strasbourg, voir par ex : J. Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights : an international law perspective. Leuven Center for Global Governance studies. Working Paper No.136, p. 5. Voir aussi une note générale sur ceci, à: F. Tulkens, "EU accession to the European Convention on Human Rights., National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP)-Krakow (Pologne), Vendredi 1 Mars 2013, p.9.

[1254] Voir un argument similaire, à: J.Callewaert, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights., Conseil de l'Europe, Strasbourg, p.19.

rapport au système de la Convention. Un autre point du préambule, rédigé de façon plutôt convoitée, mentionne le fait que l'adhésion de l'UE à la CEDH permettra à des parties privées d'accéder à la Cour de Strasbourg pour déposer des requêtes contre l'UE pour ses actes ou omissions qui auraient pu violer la Convention. En réalité, l'importance factuelle et juridique de l'adhésion de l'UE à la CEDH peut présenter ce seul avantage, car la protection des droits de l'homme dans l'UE peut ne pas être entièrement possible si l'UE est isolée du contrôle des Cours du droit international des droits de l'homme[1255]. Ryngaert soutient à juste titre que *«l'adhésion devrait signifier un passage de l'application d'une norme de protection des droits équivalents à une norme de protection des droits identiques[1256]»*, ce dernier représentant le souhait de tous les avocats des droits de l'homme. Néanmoins, d'un autre point de vue, comme il existe des régimes de droits de l'homme à plusieurs niveaux en Europe, "il est inévitable que ces différentes couches de gouvernance se frottent parfois les unes contre les autres, produisant une*" irritation entre les couches[1257]."* Faire face à ces irritations apparaîtrait comme le problème le plus problématique auquel le PDA devrait s'attaquer avec efficacité et prudence. Dans cette mesure, il faut ajouter que le PDA ne prévoit pas de mécanisme explicite pour résoudre les éventuels conflits conventionnels entre la CEDH et les traités de l'UE (par exemple le conflit entre l'autonomie juridique de l'UE et la protection des droits de l'homme), bien que ce dernier insiste fortement sur son autonomie. On peut utiliser l'exemple de la Charte des Nations Unies qui, à l'Art. 103 indique :

[1255] E.Muir, The fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges. Common Market Law Review, 2014, p. 219, affirmant que l'adhésion renforcera les poursuites en matière de droits de l'homme dans l'UE; Voir aussi : X.Grussot et autres, « EU accession to the European Convention on Human Rights : a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011. Fondation Robert Schuman/European Issues No 218/7 Novembre 2011, p.1.

[1256] C. Ryngaert, The European Court of Human Rights approach to the responsibility of Member States in connection with acts of international organizations. Int Comp Law Q 60 (4), 2011, p. 1016.

[1257] C. O'Cinneide, Human rights and within multi-layered systems of constitutional governance: rights cosmopolitanism and domestic particularism in tension. UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper No.12/2009, p.1.

« En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »

La Charte des Nations Unies semblait fournir elle-même une position primaire intentionnelle dans la hiérarchie du droit international[1258]. Le PDA, au contraire, semble négliger la question d'un conflit potentiel des traités entre la CEDH et de l'UE, mais aussi établir une relation consensuelle avec les traités de l'UE, ce qui ne déclencherait pas d'aversion pour l'ordre juridique européen[1259]. L'absence d'un mécanisme explicite de conflit de traités au sein du PDA - cependant - laisse cette question aux principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un dernier point à noter dans le préambule est l'affirmation du PDA selon laquelle l'adhésion devrait aboutir à un résultat qui respecte et n'affecte pas la nature spécifique de l'ordre juridique de l'UE. Comme Thym le dit - d'une manière équilibrée - *«l'objectif est évident: soutenir le contrôle du droit européen par la [... Cour de Strasbourg ...], tout en empêchant que Strasbourg n'intervienne à la place du Luxembourg[1260]. »* Cette mention fait principalement référence à l'autonomie du droit de l'UE, en tant que la nature très spécifique de l'ordre juridique de l'UE, mais reflète également la nécessité de protéger le droit de l'UE en tant que source indépendante de droit. Cette intention figurant dans le préambule est en fait la seule préoccupation du PDA,

---

[1258] Sur un examen général de cette question, voir aussi: J.Pauwelyn, Conflict of norms in public international law, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p.99 et suiv. En outre, par exemple, la Cour de Luxembourg a statué dans *The Queen ex parte Centro-Com* que le droit communautaire ne peut empêcher les États membres de l'UE de mettre en œuvre la législation de l'ONU.CJUE, 14 janvier 1997, The Queen ex parte Centro-Com contre HM Treasury, aff. C-124/95, ECRI-81, point 61.

[1259] On peut rappeler que le Tribunal de Première Instance a accepté dans Yusuf la primauté du droit international face au droit de l'UE, demandant à l'UE de désapprouver le droit de l'UE si celui-ci est en contradiction avec le droit international. Cependant, cette approche a été ultérieurement modifiée par la Cour de justice européenne agissant en tant que seconde instance / appel dans cette affaire. CJUE,21 septembre 2005, Yusuf c. Conseil et Commission, aff. T-306/01, ECLI:EU:T:2005:331, points 234-240.

[1260] D.Thym, A Trojan Horse? Challenges to the primacy of EU law in the Draft Agreement on accession to the ECHR. Verfassung blog, 11 septembre 2013, http://verfassungsblog.de/a-trojan-horse-challenges-to-the-primacy-of-eu-law-in-the-draft-agreement-on-accession-to-the-echr/

ce qui va dans le sens de l'avis 2/94 sur la compétence de l'UE à adhérer à la CEDH[1261], combiné avec l'avis 1/91 et l'avis 1/00. Ceci étant une intention institutionnelle de l'UE plutôt qu'une nécessité de mieux protéger les droits de l'homme dans l'UE, le PDA vise généralement à refléter une approche plutôt protectrice pour garantir que les caractéristiques du droit européen soient protégées de toute ingérence de la Cour de Strasbourg ou le régime de la CEDH en général. Préserver les caractéristiques du droit de l'UE, telles que son autonomie, peut également être interprété comme limitant la compétence de la Cour de Strasbourg à l'égard de l'UE en tant que Haute Partie contractante. On peut utiliser à juste titre l'affaire Hilaire c. Trinité-et-Tobago de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, où la Cour - en refusant une réserve de la Trinité-et-Tobago sur la limitation de sa compétence - a statué que: *«[...] la restriction présumée concerne la "reconnaissance" par l'Etat de la juridiction obligatoire de la Cour, afin que ses jugements ne "portent atteinte, créent ou abolissent aucun droit ou devoir existant d'un particulier[1262]"*. Encore une fois, bien que le sens précis de cette condition ne soit pas clair, il ne peut sans doute pas être utilisé dans le but de supprimer la compétence de la Cour d'entendre et de trancher une demande relative à une violation alléguée des obligations conventionnelles de l'Etat [...]. La norme introduite dans Hilaire v. Trinidad-et-Tobago pourrait bien servir à informer les adversaires de l'adhésion face à l'efficacité de la Convention. La question qui doit être posée dès le début est donc de savoir si la protection des particularités du droit de l'UE pourrait être assurée sans enfreindre l'intention proclamée d'appliquer un système de droits de l'homme semblable à celui de Strasbourg à l'UE sur un pied d'égalité avec les autres hautes parties contractantes. C'est quelque chose que cette thèse abordera dans les chapitres suivants en profondeur - ajoutant que Luxembourg et Strasbourg peuvent être vus comme chantant la chanson 'je t'aime moi non

---

1261 Voir : E.Muir, The fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges. Common Market Law Review 51 (1), 2014, p. 243, affirmant que la Cour de l'UE maintient que l'UE n'a pas compétence pour adhérer, ce qui doit être compris comme cette compétence reste aux États membres, ces derniers étant compétents pour en décider autrement; Voir aussi : Analysis, The European Community cannot accede to the European Convention on Human Rights. Eur Law Rev I, 1997, p. 235 et suiv. O.Quirico, Substantive and procedural issues raised by the accession of the EU to the ECHR. Italian Yearb Int Law 20, 2010, p.31/2.

1262Cour Interamericaine des droits de l'homme, 21 Juin 2002, Hilaire, Constantine and Benjamin et autres contre Trinité-et-Tobago, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_94_ing.pdf

plus?[1263]'. L'article 1 du PDA aborde le champ d'application de l'adhésion de l'UE à la CEDH et à ses protocoles[1264]. La portée de l'adhésion est une question assez importante, car elle fixe les limites du contrôle que le système de Strasbourg a sur le droit de l'UE[1265]. Comme on le sait, il existe à ce jour 14 protocoles annexés à la CEDH, dont beaucoup ne sont plus en vigueur. Par conséquent, avec l'adhésion de l'UE à la CEDH, et en devenant un segment du cadre institutionnel de la Convention, l'UE ne deviendrait pas automatiquement partie aux protocoles de la CEDH car l'adhésion à ces protocoles pourrait ensuite entraîner un processus séparé[1266].L'article 1 établit que l'UE adhère à la CEDH et au Protocole de la CEDH (qui régit le droit à la protection de la propriété, le droit à des élections libres et le droit à l'éducation) et le Protocole 6 de la CEDH, qui abolit la peine de mort. Ce sont les seuls protocoles auxquels tous les États membres de l'UE ont adhéré. L'adhésion à ces deux protocoles seulement, selon Gragl, signifie que l'UE suit *«le plus petit dénominateur commun»* des droits de l'homme en termes de l'ensemble des protocoles[1267].Quatre autres protocoles restent en vigueur dans lesquels l'UE pourrait adhérer, et la procédure pour rejoindre ces protocoles est abordée par ces protocoles eux-mêmes (séparément et en dehors du PDA). Cela signifie que des procédures d'adhésion spécifiques et distinctes doivent être suivies par l'UE si elle souhaite adhérer à ces protocoles. Il faut dire ici que, indispensable du fait que l'UE limite la possibilité d'adhérer au système de la Convention en n'accédant pas aux protocoles restants, cette portée étroite de l'adhésion ne porte pas de pré-jugement *per se* à la position de l'UE en tant que véritable Haute Partie contractante au système institutionnel et juridique de la Convention. Lors du processus de négociation, il a été soutenu qu'il ne serait pas approprié de permettre à l'UE

[1263] EM de Rivery et E Chassaing, « EU accession to the ECHR : bringing about an aggionamento for EU case law? Overview of ECHR and EU case law. E-Competitions No 61327, 2013, p.1.

[1264] Le Conseil a proposé il y a deux décennies que la Communauté Européenne aurait dû adhérer à tous les protocoles auxquels toutes les parties contractantes à la Convention ont également adhéré.

[1265] J.P Jacqué, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental Freedoms., Common Market Law Rev 48 (4),p. 1002.

[1266] Le Parlement européen a proposé que l'UE adhère uniquement aux protocoles incluant la Charte des droits fondamentaux.

[1267] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.94.

d'adhérer à tous les protocoles, car cela pourrait donner à l'UE des compétences supplémentaires par rapport aux compétences déjà transférées par les traités.(argument qui pourrait être utilisé pour le PDA aussi bien[1268]). L'option choisie d'adhérer uniquement à ces protocoles (et non à tous les autres) a donc été faite pour *"rassurer les États membres qui craignent que les protocoles qu'ils n'ont pas ratifiés deviennent applicables dans leur ordre juridique national par le biais du droit européen[1269]"*. Selon Gragl, cela signifie essentiellement que l'UE maintiendra le principe de la neutralité vis-à-vis du positionnement des États membres face aux protocoles restants[1270]. Une question légitime serait donc de savoir si la Cour de Luxembourg continuera à examiner les protocoles dans lesquels l'UE n'a pas adhéré en tant que principes généraux du droit de l'UE et si la Cour de Strasbourg continuerait à appliquer la formule *Bosphorus* aux actions des États membres. (originaire du droit de l'UE) violant un protocole non-adhéré[1271]. Ces avantages peuvent être vus dans la pratique, mais une partie de celui-ci peut être répondue en référence à l'affaire *Fransson* où la Cour de Luxembourg a refusé de s'appuyer sur un protocole de la

---

[1268] X.Grussot et autres, EU accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011. Fondation Robert Schuman/European Issues No 218/7 Novembre 2011, p.4.

[1269] J.P Jacqué, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental Freedoms. Common Market Law Rev 48 (4), p.1004-1005 ; Ce dernier fait cependant valoir qu'une telle résistance des États membres semblerait irréalisable dans la mesure où tous les États membres sont déjà soumis à la Charte des droits fondamentaux, qui est effectivement beaucoup plus large que tous les protocoles de la Convention. Voir aussi : J. Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights : an international law perspective. Leuven Center for Global Governance studies. Working Paper No.136, p.94.

[1270] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxofrod, p.94.

[1271] J.P Jacqué, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental Freedoms. Common Market Law Rev 48 (4), p.1004-1005 ; Voir aussi : P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.95.

Convention auquel tous les États membres de l'UE n'ont pas adhéré[1272]. Il convient également de mentionner le point de vue de Gragl selon lequel les droits des protocoles restants sont déjà garantis par la Charte de l'UE[1273], de sorte que l'ensemble des droits fondamentaux de l'UE ne souffrira pas de cette dérive dans le contexte interne. Gragl s'interroge également à juste titre sur l'application de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit de la Charte qui correspond aux protocoles de la CEDH non soumis à l'UE. Il soutient essentiellement que la Cour de Luxembourg peut soit choisir de faire preuve d'activisme judiciaire et considérer l'article 52 (3) de la Charte comme couvrant les droits des protocoles de la CEDH non approuvés par l'UE dans la même ligne que les protocoles acceptés ou simplement considérer leurs droits en tant que principes généraux du droit à la lumière de l'article 6, paragraphe 3, du traité UE. Les deux points de Gragl semblent valables[1274].

En plus d'aborder la portée de l'adhésion, l'article 1 du PDA établit également que le PDA fait légalement partie de la Convention, ayant ainsi le même rang juridique que la Convention elle-même. L'article 1 décrit également l'attribution de compétence entre l'UE et ses États membres face à la CEDH. En plus de faire cette répartition des responsabilités au moins en théorie, l'article 1 modifie également la CEDH pour appliquer des concepts

---

[1272] En examinant le fait que le demandeur s'appuyait sur un protocole de la CEDH auquel tous les États membres de l'UE n'avaient pas adhéré, AG Cruz Villalon soutenait que : Cependant, il s'avère que tous les États membres n'ont pas ratifié cette disposition, puisqu'ils ont introduit, dans certains cas, des réserves ou des déclarations interprétatives à ce sujet. Il s'ensuit que l'obligation d'interpréter la charte à la lumière de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (article 52, paragraphe 3, de la charte) devient en quelque sorte asymétrique en ce qu'elle pose de gros problèmes dans son application au cas particulier. » ; Voir CJUE, 12 Juin 2012, Conclusions de l'AG Villalon, Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, EU:C:2012:340, point 70. Bien que AG Cruz Villalon et le tribunal luxembourgeois de Fransson n'aient pas suggéré explicitement comment aborder ces protocoles, leur argument de base était que tant que l'UE n'a pas adhéré à la CEDH et à ces protocoles, la Cour de l'UE pourrait ne pas aborder cette question, et si c'est le cas, cela signifierait qu'elle règle la relation entre la Convention et ses États membres. La Cour et AG Cruz Villalon semblent suggérer que cette question devrait rester en dehors de la réponse de la Cour de l'UE, ce qui signifie pratiquement que de tels protocoles n'ont aucune valeur dans l'ordre juridique de l'UE.

[1273] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxoford, p.94

[1274] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxoford, p.95.

tels que «État» ou «État partie» à l'UE en tant que partie non-étatique à la CEDH et ayant le même statut juridique comme partie contractante avec toutes les autres parties contractantes. L'interprétation de ces termes est faite pour s'assurer que l'UE trouve une place fonctionnelle en tant que Haute Partie Contractante à la Convention, permettant à l'UE de se présenter comme au moins une partie contractante égale. L'article 1 établit un modèle juridictionnel qui permet aux individus d'être soumis à la Convention sur la base du territoire de leur État membre[1275]. En tant que tel, l'article 1 (sur l'espace juridique de l'UE) stipule que: *«toute personne relevant de sa compétence»* figurant à l'article 1 de la Convention désigne les personnes se trouvant sur le territoire d'une Haute Partie contractante, il doit être entendu, à l'égard de l'Union européenne, en ce qui concerne les personnes se trouvant sur le territoire des États membres de l'Union européenne auxquelles s'appliquent le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Ce modèle juridictionnel de l'application de la Convention aux territoires des États membres de l'UE établit un lien direct entre les territoires des États membres de l'UE et l'application territoriale des traités européens, ajoutant que l'article 355 TFUE[1276] définit la portée territoriale des traités de l'UE sur ses États membres. . Cette définition territoriale de l'UE garantit que l'autonomie juridique de l'UE est mieux protégée aux fins de la Convention, excluant ainsi la possibilité que la compétence territoriale soit déterminée par la loi de niveau inférieur appliquée à l'individu dont les droits sont en jeu devant la Cour de Strasbourg. Cette dernière approche ascendante aurait permis à la Cour de Strasbourg d'intervenir dans l'autonomie de la législation de l'UE, de sorte qu'elle aurait été considérée comme inopportune. Bien que l'on puisse légitimement proposer l'argument selon lequel même le modèle actuel de compétence de l'UE en vertu de la Convention pourrait permettre à la Cour de Strasbourg d'entrer dans le droit des traités avec l'intention de vérifier si un certain demandeur a été soumis à l'application du TUE ou du TFUE, affirmant ainsi que l'affaire relève de la compétence de l'UE.

[1275] O.Quirico, Substantive and procedural issues raised by the accession of the EU to the ECHR.Italian, Yearb Int Law 20, 2010, p.40.

[1276] J. Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance studies. Working Paper No.136, p.33.

L'article 2 réglemente la question des réserves à la CEDH et à ses protocoles. Cela étant, l'article 2 établit simplement que l'UE peut formuler des réserves conformément à l'article 57 de la CEDH, qui est un espace normal prévu pour chaque Haute Partie contractante. L'UE ne peut être une exception, bien qu'il ne soit normalement pas habituel de faire des réserves à la Convention. Permettre à l'UE de faire des réserves est toutefois conditionné par l'art. 10 du PDA qui, en lui-même, ne fait aucune réserve à la Convention[1277]. Toutefois, permettre à l'UE de faire des réserves, cependant, c'est subordonné par l'article 10 du PDA qui ne fait en soi aucune réserve à la Convention. Si, comme on le voit ci-dessous, le PDA ne fait aucune réserve - comme interdire l'ingérence dans l'autonomie de la loi de l'UE, le Protocole 8 aux traités de l'UE prévoit que l'article 2 et l'art. 10 ne posent pas une limite sur le territoire juridictionnel habituel de Strasbourg et donc laissent place à de telles interférences potentielles dans l'autonomie du droit de l'UE (même si l'UE, pour son usage interne, a le Protocole juridiquement valable n ° 8)[1278]. L'article 3 traite de la question de la répartition des responsabilités entre l'UE et ses États membres pour les violations de la Convention qui peuvent avoir été commises par les États membres de l'UE, ou vice versa dans des cas très exceptionnels[1279]. En construisant, le mécanisme de codéfendeur[1280], examiné ci-dessous, l'article 3 vise à atteindre deux

---

[1277] Analysis,The European Community cannot accede to the European Convention on Human Rights. Eur Law Rev I, 1997, p.238.

[1278] M.R Ribble, I dont' Trust Your Judgment: the European Convention on Human Rights meets the European Union on new grounds? Pa State Int Law Rev 29 (1), 2010-2011, p.226; P. Gragl, , The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxoford, p.130, qui, en se référant à un arrêt du CIJ, arrive à la conclusion qu'une réserve, par exemple pour exclure le droit primaire de l'UE de la juridiction de Strasbourg irait à l'encontre de l'art.19 b de la convention de Vienne sur le droit des traités (en vue des termes de l'art.2 (2) du PDA).

[1279] Il convient de noter que bien que l'UE ait des compétences clairement établies, il existe des tendances habituelles à reconnaître les limites de ces compétences, qui peuvent parfois arriver à une position où l'UE prend le relais pour garantir des droits, lesquels par leur nature dépassent ce que l'UE peut posséder en termes de compétences ; Voir sur cette question : R. Lööf, « Shooting from the hip : proposed minimum rights in criminal proceedings through-out the EU. » Eur Law J 12 (3), 2006, p.426.

[1280] Il est noté que le mécanisme de codéfendeur et la procédure d'implication préalable ont été influencés par la déclaration conjointe des deux présidents des Cours européennes. Voir sur cette question: N.O'Meara, A More Secure Europe of Rights?, The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU accession to the ECHR. German Law J 12 (10), 2011, p.1814.

objectifs fondamentaux: premièrement, permettre au système de la Convention de fonctionner également sur les types de responsabilité multiniveaux des États membres en matière des droits de l'homme, dans lesquels l'UE et les États membres peuvent être individuellement ou solidairement responsables de certaines violations des droits de l'homme, et le plus important pour la législation européenne elle-même, préserver l'autonomie de la législation interne mais surtout l'autonomie externe de l'UE vis-à-vis du régime juridique de Strasbourg[1281]. L'article 3 établit donc non seulement le mécanisme de codéfendeur comme moyen pour le tribunal de Strasbourg d'attribuer simultanément la responsabilité des violations de la Convention à l'UE et à ses États membres, mais empêche également l'exercice de toute compétence juridictionnelle pour laquelle la Cour de Luxembourg possède une autorité exclusive. L'article 3 introduit également le mécanisme d'implication préalable, qui permet à la Cour de Luxembourg de juger une affaire impliquant une violation présumée - supposée provenir du droit de l'UE - si elle parvient à la Cour de Strasbourg sans avoir la possibilité d'être jugée directement ou indirectement par le Luxembourg d'abord. Ces deux mécanismes relevant du PDA semblent privilégier l'UE par rapport aux autres Hautes Parties contractantes à la Convention. Ceci étant, l'auteur du livre présente l'affaire Pfunders de Strasbourg, dans laquelle la Cour a statué que:

> *« L'obligation contractée par les Hautes Parties contractantes dans la Convention européenne est essentiellement de caractère objectif, car elle vise plutôt à protéger les droits fondamentaux des individus contre les violations par l'une quelconque des Hautes Parties Contractantes que de créer des droits subjectifs et réciproques pour le Haut Parties contractantes elles-mêmes.[1282] »*

Le même argument trouve un appui dans l'avis consultatif OC-2/82 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans lequel la Cour a statué que:

[1281] Concernant l'autonomie extérieure, S.Besson, European Legal pluralism after Kadi., Eur Const Law Rev 5 (2), p.240. Sur la question de savoir si la compétence des tribunaux internationaux s'étend aux affaires qui appartenaient auparavant à la notion d'État, voir : N.Lavranos, Regulating competing jurisdiction among international courts and tribunals. ZaöRV 68, p.575-621.

[1282] Cour-EDH, 11 janvier 1969, Autriche c. Italie, Req. N° 788/60 , point 19.

« En concluant des traités [...] relatifs aux droits de l'homme, les États peuvent être considérés comme se soumettant à un ordre juridique dans lequel ils assument, pour le bien commun, diverses obligations non vis-à-vis d'autres États mais envers tous les individus relevant de leur compétence[1283]*. »*

Cela dit, il est soutenu que *Pfunders* interdit à l'UE d'obtenir des droits subjectivement privilégiés dans le système de la Convention, comme le codéfendeur et le mécanisme d'implication préalable, car la Convention n'est qu'un système objectif de protection des droits de l'homme et ne pas être utilisée à d'autres fins. Cet auteur considère donc que ces deux mécanismes semblent déconstruire une norme très importante sur laquelle la Convention devrait être mesurée - ce qui prouve plutôt problématique de faire valoir que le PDA prévoit un processus d'adhésion avec des intentions objectives en matière de droits de l'homme pour l'UE. En résumé, l'article 3 du projet d'accord d'adhésion est un segment largement important du PDA et probablement le mécanisme le plus inquiétant et le plus critiqué auquel ce livre s'attaquera. On fait valoir aussi que cet article semble assez précis et de nature intrépide[1284]. L'article 4 traite du mécanisme inter-étatique de la Convention et révise la compréhension juridique actuelle de l'article 33 de la CEDH pour que le mécanisme entre Parties soit applicable à l'UE, résolvant ainsi les conflits juridiques qui existaient entre les traités de l'UE (art. 344 TFUE) et la Convention à cet égard. À cette fin, l'article 4 modifie le titre de l'article 33, qui va des «affaires inter-étatiques» aux «affaires des parties contractantes», en accueillant ainsi l'UE comme partie possible (à la fois la partie plaignante et la partie défenderesse). En outre, l'article 5 dispose que les procédures devant la Cour de Luxembourg doivent être considérées comme ne constituant ni des procédures d'enquête internationale ou de règlement au sens de l'article 23, paragraphe 2.b de la CEDH, ni des moyens de règlement des différends au sens de l'article 55 de la Convention. L'article 4 garantit donc que l'UE ne soit pas empêchée de contester une Haute Partie contractante - en utilisant l'article 33 CEDH - devant la Cour de Strasbourg, ce qui

---

[1283] Inter-American Court of Human Rights, (The effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts.74 and 75), Advisory Opinion OC-2/82 of 24 September 1982, Inter-American Court of Human Rights (Ser.A, no.2) (1982), para.29.

[1284] Voir K. Raba, The accession of the European Union to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms – overview of the accession agreement., ERA Forum 14, p.563.

permet également à d'autres Hautes Parties contractantes de contester un acte ou des omissions (mesures prises) de l'UE devant la Cour inter se. L'article 4 assurera donc une position égale de l'UE vis-à-vis des autres Hautes Parties contractantes en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 33 CEDH, améliorant ainsi le caractère distinctif de la Convention en tant qu'instrument d'égalité de traitement non seulement pour l'UE par rapport aux autres Hautes Parties contractantes mais aussi vice versa[1285]. Enfin, il est important de noter qu'en modifiant l'article 4, la Convention devient une arène possible pour les communications des entre les Hautes Parties Contractantes dans lesquelles une organisation internationale est autorisée à engager des poursuites pour violation des droits de l'homme contre les Etats parties et vice versa, introduire clairement une nouvelle norme dans le droit international des droits de l'homme et réviser le modèle conventionnel du droit des droits de l'homme purement centré sur les États.

Afin de garantir l'intégration à part entière de l'UE dans le système de la CEDH, le PDA aborde non seulement les questions juridiques relatives à la soumission et au jugement des affaires devant la Cour de Strasbourg, mais intègre également l'UE dans la norme base des structures institutionnelles de la Convention[1286]. Cela produira une double représentation, dans laquelle l'UE et ses États membres participeront chacun de leur côté[1287]. En tant que

---

[1285] Sur la nécessité d'une position égale de l'UE et des États membres, voir également: B. Conforti, Comments on the accession of the European Union to the ECHR., Italian Yearb Int Law 20, 2010, p.83.

[1286] T.Joris et J.Vandenbarghe, The Council of Europe and the European Union: natural partners or uneasy bedfellows?, Columbia J Eur Law 15, 2008-2009, p.41. (La participation à ces structures de la Convention / Conseil de l'Europe [...] pourrait aboutir à une meilleure répartition des tâches et des activités et permettrait à l'UE de s'exprimer au sein des organes du Conseil de l'Europe sur toutes les questions qui touchent ses intérêts et qui relèvent de sa compétence.) : Voir aussi : K. Raba, The accession of the European Union to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms – overview of the accession agreement. ERA Forum 14, p. 559.

[1287] J. R.Wetzel, Improving fundamental rights protection in the European Union: resolving the conflict and confusion between the Luxembourg and Strasbourg Courts., Fordham Law rev 71, 2003 p. 2849. ; J.Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.15. (Dans ce cas, on est confronté à la question de savoir comment concilier le fait que, d'une part, l'UE est une entité juridique distincte qui devrait avoir prima facie le droit de vote, et le fait que l'UE est constituée par les autres États membres qui conservent leur droit de vote. »)

point de digression (parenthèse), cette position est assez différente d'autres organisations internationales, telles que l'Organisation mondiale du commerce, dans laquelle l'UE n'a pas de droits de vote simultanés à côté de ses États membres[1288]. Pour en revenir à la question de la double représentation dans la structure institutionnelle de la Convention[1289], il est important de noter que les États membres pourraient être contraints de coopérer de manière sincère[1290] pour coordonner leurs positions tout en participant avec l'UE aux organes statutaires de la Convention, bien sûr seulement dans le cadre d'une obligation liée à l'UE[1291]. Une position similaire a été décidée dans une affaire concernant l'arrangement entre l'UE et ses États membres au sein de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). En ce qui concerne le point d'entrée de la participation de l'UE aux organes statutaires du Conseil de l'Europe, l'article 6 (en conjonction avec l'article 20 de la CEDH) permet à l'UE d'avoir son propre juge à la Cour de Strasbourg comme pour les Hautes

---

[1288] L' Art.9 (1) de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce dispose : « Dans les cas où les Communautés européennes exerceront leur droit de vote, elles disposeront d'un nombre de voix égal au nombre de leurs Etats membres(2) qui sont Membres de l'OMC. » https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm#articleIX ; Un exemple similaire est le statut de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables, qui dispose: « Dans le cas d'une organisation intergouvernementale d'intégration économique régionale, l'organisation et ses États membres définissent leurs attributions respectives concernant le respect de leurs obligations en vertu des présents Statuts. L'organisation et ses États membres ne peuvent exercer simultanément leurs droits en vertu des Statuts, y compris leur droit de vote. » Décision du Conseil du 24 juin 2010 portant conclusion des statuts de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA) par l'Union européenne (2010/385), Art.6 (C).

[1289] J. Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective., Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.21, qui soutient qu'une des raisons pour permettre la double représentation avec le PDA est qu'il ne serait pas possible et faisable de définir la répartition des compétences entre l'UE et les États membres en ce qui concerne la Convention.

[1290] Sur le devoir de coopération loyale dans la pratique internationale du point de vue de l'avis 1/94 voir : Editorial Comments, The aftermath of Opinion 1/94 or how to ensure the Unity of Representation for Joint Competences , Common Market Law Rev 32, 1995, p. 385 et suiv. ; Voir aussi à ce sujet un cas intéressant à: CJUE, 14 Janvier 1997, The Queen, ex parte Centro-Com Srl v HM Treasury and Bank of England, aff. C-124/95, ECLI:EU:C:1997:8, point.127.

[1291] C. Eckes, EU accession to the ECHR: between autonomy and adaption. Modern Law Rev 76, 2013, p. 273.

Parties contractantes[1292], et mentionne la procédure de nomination à suivre. Le juge de l'UE serait notamment considéré comme la personne connaissant les particularités de l'UE[1293] - à laquelle le PDA se réfère - lorsque l'UE est la partie accusée devant la Cour de Strasbourg. Cependant, un tel juge de l'UE ne représentera pas l'UE dans le cadre de la procédure devant la Cour de Strasbourg, car le juge de ce dernier agira en toute indépendance. Le juge de l'UE agira donc sur un pied d'égalité avec les juges des autres parties contractantes[1294]. En outre, l'article 6 énonce la méthode sur la base de laquelle le Parlement européen - en tant qu'organe législatif supposé de l'UE - participerait à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe lorsque cette dernière exercerait sa fonction d'élire les juges de la Cour de Strasbourg. Pour instituer cette procédure, l'article 6 établit que: *« La délégation du Parlement européen a le même nombre de représentants que la délégation de l'Etat qui a le nombre le plus élevé de représentants conformément à l'article 26 du Statut du Conseil de l'Europe[1295]. »* Bien qu'elle ne soit pas entièrement

---

[1292] T.Lock, EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg. Eur Law Rev 35 (6), 2010, p. 777. Voir aussi: X.Grussot et autres , EU accession to the European Convention on Human Rights : a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th December 2011. Fondation Robert Schumann/European Issues No 218/7, Novembre 2011, p.7-8.; B. Conforti, "Comments on the accession of the European Union to the ECHR." Italian Yearb Int Law 20 ,2010, p. 86; M.R Ribble, I Don't Trust Your Judgement: the European Convention on Human Rights meets the European Union on new grounds?, PA State Int Law Rev 29 (1), 2010-2011, p.224 ('[…]avoir un juge de l'UE pour participer aux affaires de la CEDH concernant l'UE peut contribuer à atténuer les tensions entre les différentes interprétations de la Convention en ce qui concerne le droit de l'UE.'.)

[1293] J. Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.18. ("L'idée d'avoir un juge à l'égard de l'UE est quelque peu nouvelle et n'apparaît pas dans d'autres conventions où l'UE est partie. »)

[1294] J.Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective., Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.19.

[1295] Voir aussi. J.P Jacqué, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Common Market Law Review 48 (4), 2011, p. 1009; N O'Meara "A More Secure Europe of Rights?" The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU accession to the ECHR. German Law J 12 (10), 2011, p. 1827; J. Martin et P. De Nanclares, The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue. Working Papers on European Law and Region Integration WP IDEIR no 15. Insituto de Derecho Europeo e Integracion Regional (IDEIR), Universidad Complutense, 2013, p.7-8.

égale aux autres parties contractantes, l'UE obtiendra l'égalité et un noyau de représentation à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe lorsqu'elle élira les juges de la Cour de Strasbourg. La simple existence d'une présence de l'UE dans l'Assemblée parlementaire dans ces cas suffira à ce que l'UE exerce une influence sur les structures institutionnelles du Conseil de l'Europe en ce qui concerne l'élection des juges du système de la Convention. Il faut ajouter ici que la position de l'UE en tant que Haute Partie Contractante à la CEDH ne peut être vue ailleurs avec ce statut d'avantagé / favorisé (bien que, ironiquement, cela ne soit pas mentionné dans l'Avis 2/13); Un exemple est la participation accrue de l'UE à l'Assemblée générale des Nations Unies, où l'on peut voir que «l'UE [...] n'est pas [...] considérée comme un participant sur un pied d'égalité avec les États membres de l'ONU[1296]». La position égale de l'UE vis-à-vis des Etats dans le système de la Convention doit donc être considérée comme une opportunité pour sa participation à part entière aux organisations internationales.

L'article 7 établit la procédure de participation de l'UE aux réunions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans le cadre du système de la Convention[1297], étant donné que la Commission concernée est l'institution responsable du suivi de l'exécution de

[1296] J. Odermatt, "The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective." Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.8.

[1297] J.W Hart, The European human rights system. Law Libr J 102, 2010, p.551.; J. Martin et P. De Nanclares, The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue. Working Papers on European Law and Region Integration WP IDEIR no 15. Insituto de Derecho Europeo e Integracion Regional (IDEIR), Universidad Complutense, 2013, p.7-8.; C. Jones, "State watch analysis: the EU's accession to the European Convention on Human Rights: a cause for celebration or concern?"2012, Dispnible sur http://www.statewatch.org/analyses/no-187-echr.pdf p.4; Sur la participation institutionnelle de l'UE à d'autres organisations internationales et organes de traités, voir par ex. F. Hoffmeister, Outsider or frontrunner ? Recent developments under international and European law on the status of the European Union in international organizations and treaty bodies. Common Market Law Rev 44, 2007,p. 41 et suiv. Voir aussi: X.Grussot et autres , EU accession to the European Convention on Human Rights : a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th December 2011. Fondation Robert Schumann/ European Issues No 218/7, Novembre 2011, p.8, et,; B. Conforti, "Comments on the accession of the European Union to the ECHR." Italian Yearb Int Law 20, 2010, p.86.

l'arrêt dela Cour de Strasbourg[1298]. Le droit de vote de l'UE sera parallèle à celui de ses États membres dans les affaires impliquant des questions européennes relevant de la Convention. Cela dit, à l'origine, le Comité des Ministres est un organe du Conseil de l'Europe - tel que défini par le Statut du Conseil de l'Europe - qui dispose également d'autorisations spécifiques au titre de la Convention. Par conséquent, l'article 7 se contente de traiter de la participation de l'UE au Comité des Ministres lorsqu'il s'acquitte de son devoir de remplir les fonctions de la Convention, mais rien de plus. Par l'article 7, l'UE devient membre du Comité des Ministres conformément à l'art. 54 CEDH des fonctions du Comité, et a un droit de vote dans les cas où le Comité décide sur les questions de l'Art.26 (2) CEDH, Art. 39 (4) CEDH, art.46 (2-5) CEDH, art. 47 et 54 (1) CEDH. La participation de l'UE au sein du Comité des Ministres[1299] est toutefois définie comme ne pouvant porter préjudice aux compétences que le Comité tire des statuts du Conseil de l'Europe, car cela pourrait créer un *«risque de déséquilibre interne[1300]»* en faveur de l'UE. En revanche, l'article 7 précise que la participation de l'UE au Comité des Ministres lorsque celui-ci se

---

[1298] En tant qu'organe statutaire principal du Conseil de l'Europe, voir par exemple: T.Joris et J. Vanderberghe, « The Council of Europe and the European Union : natural partners or uneasy bedfellows ? » Columbia J Eur Int Law 15, 2008-2009 p.5. Voir aussi : K. Raba, « The accession of the European Union to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms-overview of the accession agreement." 2013, ERA Forum 14, p. 569.

[1299] T.Lock, EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg. Eur Law Rev 35 (6), 2010, p.777. Voir aussi: O. Quirico, Substantive and procedural issues raised by the accession of the EU to the ECHR., Italian Yearb Int Law 20, 2010, p.52; J.P Jacqué, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Common Market Law Rev 48 (4), 2011, p. 1010 en faisant valoir que l'UE devrait faire une déclaration à l'engagement du PDA de ne pas coordonner les décisions avec ses États membres au sein du Comité des Ministres si la question implique un État non membre. Il fait également valoir qu'avec la partie UE du Comité, l'UE et les États membres peuvent pratiquement dominer les travaux du Comité ; F.Tulkens, EU accession to the European on Human Rights., National School of Judicairy and Public Prosecution (KSSIP)- Cracovie, Pologne, Vendredi 1er Mars 2013,p. 15 qui soutient néanmoins que la position de l'UE au sein du Comité des Ministres serait au moins importante pour les «jeux de pouvoir symboliques entre l'UE et ses États membres d'une part et les États non membres d'autre part».

[1300] J. Martin et P. De Nanclares, "The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue." Working Papers on European Law and Region Integration WP IDEIR no 15. Insituto de Derecho Europeo e Integracion Regional (IDEIR), Universidad Complutense, 2013, p.8.

prononce sur des questions relatives à la surveillance de l'exécution des arrêts et des règlements amiables en ce qui concerne l'article 39 CEDH et l'article 49 de la CEDH ne peut porter préjudice à l'exercice effectif et fonctionnel des fonctions de surveillance du Comité. Là encore, l'article 7 indique clairement que l'UE et ses États membres doivent prendre des décisions «coordonnées[1301]» sur les questions pour lesquelles le Comité doit superviser la mise en œuvre d'un arrêt relatif à l'UE et à ses États membres pour assurer la conclusion de l'affaire- devant être interdit, car cela pourrait nuire à l'exercice effectif des fonctions de surveillance du Comité. Cela peut être considéré comme la question la plus "épineuse[1302]", car le fait qu'un groupe de 28 parties bientôt (y compris l'UE et ses États membres) "agisse" dans une seule direction risque fort de ruiner le concept même de la

---

[1301] Un exemple de «position coordonnée» entre l'UE et ses États membres en ce qui concerne la participation à la création d'un traité international peut être trouvé à l'adresse suivante: Accord interne entre les représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, relatif au financement et à la gestion des aides de la Communauté dans le cadre du protocole financier de l'accord de partenariat entre les États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté européenne et ses États membres, signé à Cotonou (Bénin) le 23 juin 2000, et à l'affectation des aides financières destinées aux pays et territoires d'outre-mer auxquels s'appliquent les dispositions de la quatrième partie du traité CE (2000/770/CE). *Journal officiel n° L 317 du 15/12/2000 p. 0355 – 0357 ;* Voir à cet égard une décision de la Cour de Luxembourg en matière de droits de vote entre l'UE et ses États membres à la FAO, à : CJUE, 19 mars 1996, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne. OAA, aff. C-25/94, ECLI:EU:C:1996:114.

[1302] J. Martin et P. De Nanclares, The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue., Working Papers on European Law and Region Integration WP IDEIR no 15. Insituto de Derecho Europeo e Integracion Regional (IDEIR), Universidad Complutense, 2013, p.8 ; J. Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.8 et 20, fait valoir qu'il est normal que les États non membres de l'UE considèrent la double représentation de l'UE dans les organisations internationales comme une pratique risquée, puisque l'UE pourrait encourager le vote par bloc avec ses États membres.

fonction initiale du Comité[1303]. Par conséquent, l'article 7 tend à garantir que le droit de vote de l'UE au sein du Comité des Ministres ne devrait pas influencer ou conditionner les votes des États membres de l'UE- même si la question de l'exécution des décisions pourrait être substantielle. Une telle pratique affaiblirait sérieusement la possibilité pour le Comité des Ministres de se présenter comme un organe de contrôle des arrêts auxquels le droit primaire et secondaire de l'UE est soumis. Aucun lien ou accord préalable entre l'UE et ses Etats membres ne peut être autorisé dans le cadre des votes du Comité des Ministres, l'article 7 semble établir - bien que cela puisse entrer en conflit avec l'insistance du Luxembourg de voir l'UE et ses Etats membres ayant une représentation unitaire à la scène internationale[1304]. L'interdiction analysée ci-dessus, pourrait-on soutenir, peut facilement être considérée par la Cour de Luxembourg comme une violation du principe de la coopération loyale en vertu des traités de l'UE[1305]. L'article 8 réglemente la question de la contribution financière de l'UE au Conseil de l'Europe pour maintenir le fonctionnement du système de la Convention. L'article 8 prévoit donc une contribution de l'UE au Conseil de l'Europe *« égale à 34% du montant le plus élevé versé par l'État au budget ordinaire du*

[1303] P.J Kuiper, The conclusion and implementation of the Uruguay Round results by the European Community. Eur J Int Law 6 (1) 1995, p. 243-244, qui suggère qu'il est souhaitable d'adopter un code de conduite pour réglementer la coordination entre l'UE et ses États membres lorsqu'ils participent aux mécanismes de l'OMC - pour respecter le devoir de coopération loyale. Bien que l'opportunité de tels mécanismes puisse sembler légitime pour des raisons techniques, elle compromettrait sérieusement l'indépendance externe des États membres de l'UE lorsqu'ils participent à des organisations internationales le long de l'UE.

[1304] CJUE, 19 mars 1993, Avis 2/91,ECLI:EU:C:1993:106, point 36.

[1305] CJUE, 19 mars 1993, Avis 2/91, ECLI:EU:C:1993:106, point 36-38.

Conseil de l'Europe au cours de l'année précédente[1306]. » La contribution de l'UE au système de la Convention aurait toutefois dû être de plus en plus élevée, car la Cour de Strasbourg aurait à supporter des coûts supplémentaires lorsqu'elle traiterait des procédures plus longues et des retards centrés sur l'UE pour lesquels le PDA laisse une marge.

Les relations de l'UE et du PDA avec les autres accords auxquels le système de la Convention se réfère habituellement sont régies par l'article 9. L'article 9, à cet effet, établit que l'UE respectera - au lieu de se lier internationalement - les articles 1 à 6 de l'Accord européen relatif aux personnes participant aux procédures de la Cour européenne des droits de l'homme[1307]. L'article 9, à cet effet, établit que l'UE respectera – plutôt que d'être internationalement lié à – l'Art.1 à 6 de l'Accord européen relatif aux personnes participant aux procédures de la Cour européenne des droits de l'homme, Art 1 à 19 de l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe[1308] et les Art.1 à 6 du Protocole 6 à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe[1309]. En outre, l'article 9 dispose que : *« Aux fins de l'application de chacun des accords et protocoles mentionnés au paragraphe 1, leurs Parties contractantes s'engagent à traiter*

[1306] Art8 (1) PDA ; Une note générale sur la règle de la participation forfaitaire aux dépenses à laquelle l'UE devrait adhérer, voir: J.P Jacqué, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Common Market Law Rev 48 (4), 2011, p.1010 ; Voir aussi : J. Martin et P. De Nanclares, The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue.Working Papers on European Law and Region Integration WP IDEIR no 15. Insituto de Derecho Europeo e Integracion Regional (IDEIR), Universidad Complutense, 2013, p.13. ("La contribution d'environ 9,34 millions d'euros aux finances fragiles du Conseil de l'Europe pourrait permettre de surmonter les réticences que manifestent encore certains États parties à la CEDH mais non membres de l'UE. ») ; J.Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.21.

[1307] Conseil de l'Europe, 5 Mars 1996, Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série des traités européens -n° 161 https://rm.coe.int/168007cdbd

[1308] Conseil de l'Europe, 2 septembre 1949, Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, Paris, Série des traités européens n° 2 https://rm.coe.int/168006372a

[1309] Conseil de l'Europe, 5 Mars 1996, l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe., Strasbourg, Série des traités européens -n° 162, https://rm.coe.int/168007cdbe

l'Union européenne comme une Partie contractante audit accord ou protocole[1310]*. »* Il semble que l'article 9 tend à «adhérer» à l'UE aux instruments susmentionnés sans que l'UE ait procédé à ses procédures de ratification (ou agisse comme si l'UE avait adhéré). En d'autres termes, l'UE s'engage unilatéralement devant le droit international à respecter ces accords[1311] comme s'ils étaient séparés. En outre, l'article 9 tend à faire prendre conscience de ce que la Convention et le Conseil de l'Europe «devraient» tenir pour acquis que l'UE respectera ces instruments comme si elle était effectivement leur partie. Cette situation est similaire à l'argument illustré dans l'affaire du Plateau Continental de la mer du Nord de la CIJ[1312], où la CIJ a accepté le fait qu'une entité de droit international peut unilatéralement accepter une obligation sans n'avoir contracté aucune obligation contractuelle correspondante. Ce modèle de réception unilatérale semble être lu objectivement comme une obligation au regard du droit international, bien qu'il ne soit pas conclu dans un format normal avec une autre entité. Bien que l'article 9 semble aller à l'encontre de la substance et de l'objet réel du PDA, il prévoit l'idée que l'UE devienne une partie à part entière de la Convention et des instruments centrés sur la Convention. L'article 10 réglemente la signature, la ratification et l'entrée en vigueur du PDA[1313], un moment où l'UE deviendra une Haute Partie Contractante à la Convention, le Protocole à la Convention et le Protocole 6 à la Convention. Certes, les moyens par lesquels l'UE va ratifier le PDA ne sont pas établis ici, puisqu'il s'agit d'une question de compétence exclusive régie par l'article 218 du TFUE. Pour que le PDA soit ratifiée et entre en vigueur, elle devra être examinée par chacune des Hautes Parties contractantes actuelles et par l'UE en tant que nouvelle[1314] Haute Partie contractante à la Convention, conformément à leurs procédures constitutionnelles internes et respecter les prescriptions spécifiées conformément à la

---

[1310] Art.9 (2) PDA

[1311] J.Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.23.

[1312] CIJ,20 février 1969, aff. du Plateau Continental de la mer du Nord, Rep. Fed. d'Allemagne vs ; Danemark, Rec. des arrêts 1969, point 27.

[1313] Art.11(2), Art 14 & Art.15 Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales

[1314] O.Quirico, Substantive and procedural issues raised by the accession of the EU to the ECHR. Italian Yearb Int Law 20, 2010, p.32.

Convention de Vienne sur le droit des traités (art.1 (b)). Cela devrait prendre beaucoup de temps à se conclure de toutes les parties[1315].

L'article 11 réglemente la question des réserves adressées au PDA par l'une quelconque des parties contractantes[1316], mais il mentionne qu'aucune réserve n'a été soumise au PDA par aucune des parties[1317]. Être basé dans l'art. 2.1.d CVLDT- la disposition spécifique qui régit les réserves- L'expression «réserve» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat.

Autrement, il ne semble pas y avoir de raison juridique positiviste pour l'UE de s'abstenir d'insérer explicitement une telle réserve dans le PDA. Est-il possible que l'UE n'ait pas formulé de réserves intentionnellement car cela aurait exigé le consentement de toutes les parties contractantes à la Convention? Cet auteur argumente que cela pourrait ne pas être le cas, car la CVDLT permet à l'UE de faire seule la réserve concernée, comme l'exprime concrètement Art.20.1 CVDLT: Une réserve expressément autorisée par un traité n'a pas à être ultérieurement acceptée par les autres Etats contractants, à moins que le traité ne le prévoie[1318]. D'un autre côté, on peut légitimement se demander si l'absence de réserves de

---

[1315] J. Martin et P. De Nanclares, The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue. Working Papers on European Law and Region Integration WP IDEIR no 15. Insituto de Derecho Europeo e Integracion Regional (IDEIR), Universidad Complutense, 2013, p.7.

[1316] Art.19, Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales.

[1317] J. Martin et P. De Nanclares, The accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue. Working Papers on European Law and Region Integration WP IDEIR no 15. Insituto de Derecho Europeo e Integracion Regional (IDEIR), Universidad Complutense, 2013, p.7

[1318] Cour Inter américaine des droits de l'homme, 24 Septembre 1984, Avis Consultatif OC-2/82, Serie A, No.2, point 34 (Un traité qui attache une telle importance à la protection de l'individu qu'il rend obligatoire le droit de recours individuel au moment de la ratification, ne peut guère être considéré comme ayant pour but de retarder l'entrée en vigueur du traité tant qu'au moins un autre Etat n'est disposé à accepter l'Etat réservataire en tant que partie.) ; International Law Commission, (« The unity or diversity of the juridical regime for reservations ».), Preliminary Conclusions of 1997, para 1('the object and purpose of the treaty is the most important of the criteria for determining the admissibility of reservations'.)

la part de l'UE affecte les réserves individuelles des États membres de l'UE en ce qui concerne la Convention. Le Secrétariat de la Convention européenne, faisant une observation sur cette question, a fait valoir que: les réserves faites par les différents États membres à l'égard de la CEDH et des protocoles additionnels, ainsi que leur droit de prendre des mesures dérogatoires (article 15 de la CEDH), ne seraient de toute façon pas affectés par l'adhésion puisqu'ils concernent leur droit interne alors que l'adhésion de l'Union ne produirait d'effet juridique que dans la mesure où le droit de l'Union est concerné[1319]. Malheureusement, cet argument n'a pas non plus été compris par l'Avis 2/13 (point 227). Par conséquent, en ce qui concerne ce dernier argument, tout ce qui a trait aux réserves du PDA ne devrait pas en pratique affecter la position individuelle des États membres de l'UE par rapport à la Convention.

L'article 12, en revanche, en tant que disposition très définitive du PDA, précise les parties qui devraient être notifiées par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les instruments de ratification ou d'approbation et d'autres questions importantes relatives au PDA. Ce dernier est conforme à Art.11.2 Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales, qui prescrit que : « *Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, un acte de confirmation formelle, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu*[1320]. » Après l'entrée en vigueur du PDA, chaque nouvel Etat du Conseil de l'Europe sera donc lié, non seulement par la Convention et les Protocoles amendés, mais aussi par l'Accord d'adhésion, qui aura un *"lien explicite"* avec la Convention[1321].

[1319] La Convention Européenne, Le Secrétariat,Rapport final du Groupe de travail II, CONV 354/02, «Incorporation de la Charte//adhésion à la CEDH », 22 octobre 2002, Bruxelles, p.15

[1320] Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales

[1321] J.Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014a p.31.

Avant de conclure ce chapitre, on peut envisager un bref point de discussion supplémentaire. D'après le tableau général des stipulations d'adhésion, - Lixinski[1322] pense que le PDA envisage l'adhésion comme un produit à caractère juridictionnel et ne reflète pas une intégration plus large dans le sens du pluralisme juridique en Europe. Mais on ne peut pas être entièrement d'accord avec Lixinski pour deux raisons fondamentales. Premièrement, le PDA ne rassemble pas les éléments de l'adhésion dans le seul contexte de la relation entre les deux Cours. Il couvre de nombreuses autres questions relatives aux mécanismes généraux qui permettront aux deux régimes de se conformer dans un certain cadre juridique, tels que la portée de l'adhésion, la nature de l'obligation de l'UE, les moyens de délimiter les droits de l'homme entre les deux ordres, etc. Il n'y a rien de très spécial en ce qui concerne la manière dont les autres Hautes Parties contractantes sont définies dans le cadre du même processus d'accession. Deuxièmement, bien que Lixinski ait peut-être raison de dire que la plupart des mécanismes établis par le PDA se rapportent aux méthodes de coopération entre les deux cours, cet argument ne va peut-être pas jusqu'à être interprété dans un langage aussi technique. Tout d'abord, le pluralisme juridique en Europe reflète principalement les relations entre les deux tribunaux, car ils ont joué un rôle fondamental dans le renforcement de la crédibilité, de la substance et de la politique de coopération de leurs régimes. Par conséquent, en désaccord avec Lixinski, on soutient que la DAA contribue à l'institutionnalisation du pluralisme juridique en Europe en établissant une méthode qualifiée de coopération et de concurrence entre les deux régimes juridiques, la plupart de ces derniers étant contextualisés par la corrélation juridictionnelle liant les deux Cours. Enfin, en tant que point général sur la nature de l'égalité du PDA, Harmsen estime à juste titre[1323] que l'adhésion de l'UE à la CEDH ne doit pas être considérée comme un objectif isolé, mais comme le principal moyen de réarticuler le rôle de Strasbourg dans le cadre de la protection dans le nouveau débat constitutionnel en Europe, tout en augmentant la légitimité démocratique du paysage pan-européen des droits de l'homme. Si

---

[1322] L. Lixinski, Taming the fragmentation monster through human rights? International constitutionalism, 'Pluralism Lite', and the common territory of the two European Legal Orders. In V.Kosta et autres (eds) The EU accession to the ECHR, Hart Publishing, 2014, p.232

[1323] R.Harmsen, The (geo-) politics of EU accession to the ECHR: democracy and distrust in the wider Europe. in V.Kosta et autres (eds, The EU accession to the ECHR, Hart Publishing, Oxford, 2014,p.216.

l'adhésion conduit à privilégier l'UE en tant que Haute Partie contractante au détriment de l'égalité des droits de l'homme au sein de l'UE, cela ne devrait pas faire partie du débat. Il faut noter que l'adhésion en tant que telle n'aurait aucune valeur si l'UE devenait privilégiée au point de porter atteinte aux objectifs normaux du système de la Convention vis-à-vis de ses parties contractantes. Cependant, il est généralement admis que la mesure dans laquelle le système de la Convention privilégie l'UE n'est pas de cette ampleur, de sorte que le système de la Convention ne soit pas fonctionnel dans l'UE; néanmoins, le simple fait que des éléments de concession existent entrave l'objectif réel du processus d'adhésion.

B. La relation entre le projet d'accord d'adhésion et les procédures internes de l'UE.

Les avis les plus récent rendus par la Cour sur le fondement de l'article 218 §11 TFUE, s'inscrivent dans la continuité de ceux qui les ont précédés sur le plan de l'examen de l'admissibilité. Comme le met en lumière la présente contribution, ces avis sont aussi porteurs d'un certain nombre de précisions importantes concernant le concept d'accord envisagé et, par extension, la portée de l'examen de compatibilité ou de compétence que la Cour opère à ce titre. Ils confirment la poursuite par la Cour d'un double objectif dans ce cadre. D'une part, il s'agit de promouvoir l'effectivité de la procédure d'avis, qui s'avère être un outil utile en vue de prévenir les complications que ne manquerait pas d'occasionner, sur le plan international une mise en cause de la validité de l'acte à l'origine de la conclusion de l'accord concerné. D'autre part, l'exigence d'équilibre institutionnel apparaît régulièrement en filigrane de l'analyse d'admissibilité, la Cour se montrant sensible au risque d'empiètement sur les prérogatives des institutions politiques qu'emporte à cet égard l'exercice d'une fonction juridique préventive.

Dans le même temps, l'avis 1/09 et, davantage encore, l'avis 2/13 témoignent une nouvelle fois de l'intensité du contrôle de compatibilité qu'est susceptible d'opérer la Cour lorsqu'elle déclare une demande d'avis admissible. Ces avis confirment ainsi la fonction structurante de cette procédure pour le développement du droit des relations extérieures de l'Union.

La procédure de négociation et d'adoption des accords internationaux se base de l'art 207 à l'art 218 TFUE. Toutes les 3 institutions principales de l'UE, c'est-à-dire La Commission, le Conseil et le Parlement jouent un rôle important de la procédure, de l'octroi du mandat de négociation à la Commission à la signature de l'accord au nom de l'UE et à l'adoption de la décision finale qui transposera cet accord dans la législation de l'UE. Le rôle essentiel du Conseil est préservé : c'est lui qui autorise l'ouverture des négociations[1324]. La Commission en tant que gardienne des traités, représente l'UE durant les négociations et présente ses recommandations au Conseil, le quel adopte ensuite une décision autorisant l'ouverture des négociations. Pendant ces négociations la Commission rend régulièrement compte de l'état d'avancement des négociations à ce comité et au Parlement européen. Pour les accords portant sur des domaines pour lesquels la compétence est partagée avec les États membres de l'UE, les représentants des gouvernements des États membres doivent aussi donner un mandat de négociation. Cela concerne notamment la plupart des accords ayant trait à la politique étrangère et les grands accords commerciaux. Dans son avis, la Cour a estimé que l'UE exerçait une compétence exclusive sur la majeure partie de l'Accord de libre-échange UE-Singapour et des compétences partagées en matière d'investissement non direct et de règlement des différends entre investisseurs et États. En dépit du fait que l'UE était ainsi compétente pour conclure l'ALEUES, la CEJ est parvenue à la conclusion que l'accord nécessitait la participation des États membres[1325].Malheureusement, la Cour n'a pas expliqué pourquoi les États membres devaient être impliqués dans un domaine de compétence partagée, ce qui a conduit à conclure que la théorie de la mixité facultative avait été rejetée ou du moins affectée par la Cour[1326].

À l'issue des négociations, le Conseil adopte une décision sur la signature de l'accord. Après que le Parlement européen a donné son approbation et que tous les États membres

---

[1324] F.X Priollaud et D. Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE), *opt.cit,* p.317.

[1325] CJUE, 26 mai 2017, Avis 2/15, Accord de libre-échange avec Singapour, ECLI:EU:C:2016:992, pt. 244 et 292.

[1326] L. Ankersmit, Opinion 2/15 and the Future of Mixity and ISDS, European Law Blog, 18 Mai 2017. http://europeanlawblog.eu/2017/05/18/opinion-215-and-the-future-of-mixity-and-isds/

de l'UE ont procédé à la ratification de l'accord, le Conseil adopte aussi la décision finale relative à la conclusion de l'accord. Il appartient conjointement au Conseil et à la Commission de vérifier si les accords négociés sont compatibles avec les règles et politiques internes de l'UE. La conclusion peut être précédée par une consultation de la Cour de Justice sur la compatibilité de l'accord projeté avec les traités, sur saisine d'un État membre, de la Commission du Parlement européen, ou du Conseil. C'est pour ça que la Commission a demandé l'avis de la CJUE concernant le PDA sur la base de l'art 218 §11 TFUE. Le traité de Lisbonne a simplifié considérablement la situation, en faisant disparaitre la dualité de la procédure pour les accords conclus par la Communauté et l'UE, conformément à leur fusion en une personnalité juridique unique[1327]. L'art. 49 TUE renforce considérablement le rôle du PE, parce qu'il étend le champ de l'avis conforme du Parlement, outre les accords déjà visés, à tous les accords couvrant des domaines auxquels s'appliquent la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation du Parlement européen est requise. Cet article y a ajouté les accords d'adhésion, dont le projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH. Ces disposions distinguent l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH d'autres accords internationaux de l'UE. Ils confirment ainsi l'importance constitutionnelle de l'adhésion de l'UE à la CEDH[1328].

La négociation du projet a commencé en 2010 mais s'est terminée en 2013, à cause des longues discussions et débats concernant des question juridiques difficiles. Le comité des ministres au Comité directeur pour les droits de l'homme du conseil e l'Europe le 26 mai 2010 et le Conseil de l'Europe et la Commission européenne ont donné leur accord le 4 juin 2010. Il faut noter que la CJUE et la Cour-EDH ont été représentée pendant ces négociations et il y a eu même échanges de vue entre eux, surtout sur les questions préjudicielles. Le projet d'accord d'adhésion à été conclu le 5 avril 2013 mais il a été révisée de nouveau en 2013. Il contient plusieurs annexes, qui ont été soumis à la CJUE

[1327] F.X. Priollaud et D. Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, Paris, 2008, p. 316.

[1328] S.Besson, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015) 2015 p. 433.

dans l'avis 2/13 sur la base de l'article 218 § 11 TFEU. La CJUE a retenu que la demande d'avis était admissible. La Cour a justifié la recevabilité par le fait que, pour se prononcer sur une demande d'avis, elle a besoin d'éléments suffisants sur e contenu de l'accord et qu' « En l'occurrence, la Commission a transmis à la Cour les projets d'instruments d'adhésion sur lesquels les négociateurs sont déjà parvenus à un accord de principe. L'ensemble de ces instruments fournit un cadre suffisamment complet et précis des modalités selon lesquelles l'adhésion envisagée devrait avoir lieu et permet dès lors à la Cour d'apprécier la compatibilité desdits projets avec les traités. [1329]»La recevabilité de la demande d'avis ne soulevait en effet pas les questions récurrentes à la procédure consultative de l'article 218 §11 TFUE mais les seuls éléments de discussion sur le terrain de la recevabilité concernaient la faculté pour la Cour de prendre en considération les « règles internes » qui devraient être adoptées pour remettre l'application au sein de l'Union d l'accord d'adhésion[1330]. Dans le même temps, l'avis 1/09 et, davantage l'avis 2/13 témoignent une nouvelle fois de l'intensité du contrôle de compatibilité qu'est susceptible d'opérer la Cour lorsqu'elle déclare une demande d'avis admissible. Ces avis confirment ainsi la fonction structurante de cette procédure pour le développement du droit des relations extérieures de l'Union[1331].

Contrairement à ce que lui suggérait son avocat général, la Cour a donc admis la demande d'avis dans son ensemble, sans distinguer selon que les déclarations d'acceptation avaient ou non été déposées par des États membres. Cette approche est, selon nous, justifiées par la circonstance que la question de compétence soumise à la Cour pour avis se posait en des termes identiques pour l'ensemble des déclarations concernées, de

---

[1329] **C.** François, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales- Compatibilité avec les traités de l'UE et FUE. Avis de la Cour de justice de l'Union européenne(Avis 2/13 du 18 décembre 2014).https://europe-liberte-securite-justice.org/2015/02/14/adhesion-de-lunion-europeenne-a-la-convention-europeenne-de-sauvegarde-des-droits-de-lhomme-et-des-libertes-fondamentales-compatibilite-avec-les-traites-ue-et-fue-avis-de-la/ et CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 148.

[1330] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Revue Europe, Février 2015, p. 5.

[1331] S. Adam, L'examen de l'admissibilité d'une demande d'avis, aux confins de l'effectivité du contrôle préventif et de l'équilibre institutionnel, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. De F. Picot et J. Rideau, R.A.E -L.E.A 2015/1, p.28

sorte que l'inadmissibilité partielle de la demande n'aurait eu aucune conséquence sur l'examen au fond de cette question. Une telle solution n'est toutefois pas nécessairement transportable dans d'autres contextes. Ainsi, dans le cas plus classique où l'Union a la capacité à être partie à un accord international, il est concevable qu'un ensemble de question de compatibilité soient posées à la Cour et que suite à la conclusion partielle de l'accord, la ou les questions concernant spécifiquement la partie de l'accord ayant déjà donné lieu à un engagement international de l'Union ne puissent plus être traitées sur le fond. À l'inverse, une approche fonctionnelle de la procédure d'avis semble militer, dans un tel cas, pour que la Cour soit en mesure (si nécessaire) de traiter les questions de compatibilité matérielle qui ne portent pas spécifiquement sur cette partie en appréciant l'accord concerné dans son ensemble[1332]

2§. L'échec du projet d'accord d'adhésion de l'UE et la place de la CJUE.

La lecture de l'arrêt laisse au lecteur l'impression que la CJUE se voit comme une forteresse assiégée. Les négociations d'adhésion ont pris en compte la spécificité de l'Union en instituant des mécanismes spécifiques parfois à l'instigation de la Cour elle-même. Ceci n'a visiblement pas suffi pour que la Cour juge que la protection était suffisante parce qu'elle ne fait confiance ni à la Cour-EDH, ni aux juridictions suprêmes des EM, ni aux États membres eux-mêmes pour se plier aux disciplines « communautaires »[1333] lesquelles sont pourtant garanties par des mécanismes internes à l'Union. Désireuse de défendre bec et ongles et sans nuance, l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, dont on ne sait plus parfois si elle est éprouvée ou fantasmée, la Cour de justice conduit *« l'ordre juridique communautaire (....) à se renfermer sur lui-même, au point de remettre en cause toute hypothèse d'existence de voies*

[1332] Voir sur la question de la divisibilité de l'objet d'une demande d'avis S.Adam, La procédure d'avis devant la cour de Justice de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.13-31.

[1333] J.P. Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice, Cahiers de Droit Européen, 2015, N.1p.22.

de droit en dehors des siennes propres. Or, toute logique isolationniste rend inévitable les situations de conflit de décisions juridictionnelles[1334]*. »* Dans de nombreux cas, les risques évoqués par la Cour existent déjà et n'ont pas donné lieu à des problèmes importants. L'insistance avec laquelle la Cour de justice se place délibérément sur le terrain « *constitutionnel* » que les pauvres efforts des négociateurs de Lisbonne n'ont pu gommer de nos esprits et du sien, est éclairante de ce point de vue. Gardienne avant toute autre chose des traités et du droit qui en est né, elle n'est disposée à rien sacrifier de leurs « *caractéristiques* » et de leur autonomie[1335]. Mais il est vrai qu'il existe une différence entre des potentialités de conflits qui résultent simultanément de l'appartenance des EM à l'Union et de leur qualité de parties contractantes à la Convention et le fait qu'après l'adhésion, les mêmes États pourraient s'appuyer sur le texte de l'accord d'adhésion pour se soustraire à leurs obligations. Dans le premier cas, le conflit est résolu par la voie du « dialogue des juges »[1336], dans le second, l'on se trouve dans une situation de hiérarchie au profit de la Convention. Même si l'adhésion n'introduit pas la Convention au rang du droit primaire et entraine sa primauté sur le seul droit dérivé, les conséquences ne sont guère significatives. En effet, le contenu de la Convention se situe déjà au rang du droit primaire en vertu de l'article 6 à travers les principes généraux du droit. D'autre part, s'il est vrai que les Etats ne devraient pas avoir la possibilité d'invoquer les dispositions d'adhésion qui ont un rang inférieur aux traités pour se dégager des normes constitutionnelles de l'UE, la Cour-EDH ne sera pas liée par cette obligation et examinera les cas qui lui seront soumis, nonobstant les dispositions des traités. Dans ces conditions, la prudence habituelle de la Cour semble s'être muée en méfiance. Les deux sections suivant analysent les motifs d'incompatibilités présentées par la Cour dans l'avis 2/13 (A) et les

---

[1334] J. Cazala, La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Étude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends, RTDE, 2004, p. 505.

[1335] Henri Labayle, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? », in *GDR-ELSJ*, 22 décembre 2014 http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/droits-fondamentaux/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/

[1336] J.P.Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice, opt.cit p.23.

conséquences de ce rejet et surtout la relation entre la CEDH et l'UE concernant la protection des droits fondamentaux au niveau de la doctrine Bosphorus (B).

A. Les motifs d'incompatibilité présentés dans l'avis 2/13.

L'Accord d'adhésion devait aborder deux problèmes principaux: tout d'abord, comment concilier l'adhésion d'un organe supranational à une convention destinée aux États. En particulier[1337], et étant donné les complexités et les particularités de l'architecture juridique de l'UE, il fallait veiller à ce que (i) les compétences de l'UE ne soient pas étendues à travers l'adhésion[1338]; ii) les obligations des États membres ne changeraient pas du fait de l'adhésion[1339]; et (iii) les individus ne seraient pas pris dans une toile d'incertitude impossible pour déterminer qui était le corps réellement responsable de la violation alléguée[1340]. Ainsi, comme expliqué dans le projet de rapport explicatif au projet d'accord[1341], la position de l'UE est unique en ce sens que la base juridique d'un acte et l'exécuteur de ce même acte peuvent être imputables à différentes entités (UE / État membre et vice versa)[1342].

[1337] La décision du Conseil autorisant les négociations d'adhésion a d'abord été classée; suite à une contestation du professeur Besselink (CJUE,12 septembre 2013, Leonard Besselink c. Conseil de l'Union européenne, aff. T-331/11, ECLI:EU:T:2013:419, il a été déclassifié, voir Projet de décision du Conseil autorisant la Commission à négocier l'accord d'adhésion de l'Union européenne Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 9698/10 DCL 1 REV1 (la directive de négociation).

[1338] Article 6, paragraphe 2, du traité UE; Article 2 Protocole 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne relatif à l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; para 1 (a) Directive de négociation.

[1339] Article 2 Protocole 8 para. 1 (c) Directive de négociation.

[1340] Article 1 (b) Protocole 8; para. 10 Directive de négociation.

[1341] Annexe V, Projet d'accord d'adhésion

[1342] E. Spaventa - A VERY FEARFUL COURT? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13 , Maastricht Journal of European and Comparative Law, Volume 22, Nr.1 2015, p.52

Deuxièmement, la Cour de justice a clairement fait savoir qu'elle ne tolérerait pas d'être privée de la possibilité d'un examen préliminaire de la compatibilité avec les droits fondamentaux du droit de l'Union[1343]. L'accord d'adhésion devait donc en tenir compte puisque la Cour de justice avait de facto un droit de veto indirect sur l'accord, puisqu'il appartenait à la Cour de déclarer la compatibilité de cette dernière avec les traités (soit dans un avis préliminaire, soit dans contestation directe ou indirecte de la validité de l'accord).

Le projet d'accord d'adhésion a tenté de répondre à ces préoccupations par un mécanisme soigneusement pensé (sinon parfait). Il a donc fourni ce qui suit:

- L'adhésion n'imposerait d'obligations que pour les actes, les mesures ou les omissions des institutions, organes, bureaux ou agences de l'UE et des personnes agissant en leur nom. Il n'imposerait pas à l'UE d'accomplir un acte pour lequel elle n'a aucune compétence (article 1er, paragraphe 3).

- Les actes des États membres devraient, aux fins de la Convention, toujours être attribués aux États membres, même lorsqu'ils sont adoptés dans le cadre de la mise en œuvre d'un acte de l'UE (ou d'une disposition du traité). Dans les cas où l'UE était un codéfendeur, l'UE pourrait également être tenue responsable d'une violation de la convention (article 1, paragraphe 4).

- L'UE pourrait se joindre en tant que codéfendeur à des procédures dirigées contre un ou plusieurs de ses États membres lorsqu'il apparaît "qu'une telle allégation remet en question la compatibilité de la convention d'une disposition du droit de l'Union (article 3 48 - Inversement, dans les cas adressés à l'UE, les États membres pourraient se joindre en qualité de co-défendeur s'il s'agit de la compatibilité avec la convention d'une disposition

[1343] Voir Communication commune des présidents Costa et Skouris, 17 Janvier 2011. http://www.echr.coe.int/Documents/UE_Communication_Costa_Skouris_FRA.pdf

du traité ou d'une disposition d'égalité de statut avec les traités. (Article 3, paragraphe 3)[1344]

- L'UE / les États membres pourraient devenir codéfendeurs soit sur invitation, soit par décision de la Cour EDH, tous deux après avoir consulté les parties aux procédures. La participation de la Cour européenne des droits de l'homme serait limitée pour évaluer s'il était «plausible» que les conditions permettant à l'UE / aux États membres de devenir codéfendeur soient remplies (article 3, paragraphe 4).

- Dans les cas où l'UE était un codéfendeur et où la CJUE n'avait pas encore eu l'occasion d'examiner la compatibilité de la disposition de l'UE en question avec les droits définis dans la Convention, un «délai suffisant» serait accordé à la Cour de justice pour procéder à une telle évaluation (article 3, paragraphe 6).

Les motifs exposés par la CJUE dans l'avis 2/13 renvoient à sept points majeurs:

- les caractéristiques spécifiques et l'autonomie du droit de l'UE- Dans l'avis 2/13 la CJUE insiste sur le fait que cet accord d'adhésion porte atteinte à la nature spécifique de l'ordre juridique de l'Union européenne élaborée par sa propre jurisprudence. La Cour de Luxembourg s'exprimes mainte fois et sans ambiguïtés sur l» caractère « constitutionnel » de l'ordre juridiques de l'UE avec ses spécificités et comme E. Dubout relève dans son commentaire de l'avis 2/13: «pour la première fois, l'essence précède l'existence, ou si l'on préfère que la spécificité justifie l'autonomie (et non l'inverse).[1345] »

- l'article 53 CEDH et l'article 53 CHDF- Dans l'avis 2/13 la CJUE souhaite qu'en cas de conflit entre les deux niveaux de protection, il ne soit pas possible de s'appuyer sur la

[1344] Une procédure rappelant le mécanisme de codéfendeur était déjà prévue en 2002, voir Conseil de l'Europe, Étude des questions techniques et juridiques d'une éventuelle adhésion CE / UE à la Convention européenne des droits de l'homme, rapport adopté par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) à sa 53e réunion (25-28 juin 2002), DG-II (2002) 006 [CDDH (2002) 010 Addendum 2], notamment par. 57 et suiv. https://www.coe.int/T/F/Com/Dossiers/Evenements/2002-09-Symposium-Juges/CDDH2002_010.asp

[1345] E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, RDLF, 2015, chron. N°9, http://www.revuedlf.com/droit-ue/une-question-de-confiance-nature-juridique-de-lunion-europeenne-et-adhesion-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/

CEDH pour revendiquer l'application de dispositions offrant un niveau de protection plus élevé aux requérants[1346].

- Le principe de confiance mutuelle- Le principe de confiance mutuelle comprend le fait que les États membres considèrent, *« sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tout les États membres respectent le droit de l'Union et, pour particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit »* mais d'autre coté la CEDH souligne le fait que toutes les Hautes Parties contractantes veillent que les droits de l'homme soient respectés dans le cadre de la Convention. Même si la CEDH exigeait une telle surveillance réciproque, il est difficile de voir, comme dans le cas susmentionné des doits qui découlent des articles 53 CHDF et CEDH, en quoi la situation juridique et, notamment, les obligations des États membres seraient changées par l 'adhésion de l'Union à la Convention[1347].

- Le Protocole N° 16 de la CEDH- La CJUE estime que même si l'accord envisagé ne prévoit pas l'adhésion de l'UE en tant que telle au protocole n°16, le mécanisme instauré par celui-ci pour les Hautes Parties contractantes adresser des demandes d'avis consultatifs à la CEDH *« pourrait affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoie préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE »*, notamment en raison d'un *« risque de contournement »* de cette dernière[1348].

- Le compétence exclusive de la CJUE en la matière de l'article 344 TFUE- Selon la CJUE, l'article 33 CEDH autoriserait un État membre de l'Union à poursuivre en manquement un autre État membre de l'Union européenne devant la CEDH, et ce pour résoudre un litige en droit de l'Union (par exemple, un litige relatif à la sécurité alimentaire) soulevant une question d'application de la CEDH (par exemple, le respect

---

[1346] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'Homme, Février 2015, p.3

[1347] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, Cahiers de Droit européen, 2015, N°1, p.61.

[1348] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'Homme, Février 2015, p.3

du contradictoire devant les autorités nationales compétentes). La Cour de justice estime qu'une telle situation violerait l'article 344 TFUE[1349].

- Le mécanisme du codéfendeur - Sans remettre en cause le mécanisme de codéfendeur en lui-même, la Cour s'emploie cependant à pointer certaines de ses insuffisances, une fois encore au nom de la *« préservation des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union [1350]»* et en particulier lorsque l'Union et/ou les États membres demandent à intervenir en qualité de codéfendeurs, la Cour-EDH est habilitée à apprécier les règles du droit de l'Union qui régissent la répartition des compétences entre cette dernière et ses États membres, ainsi que les critères d'imputation des actes ou des omissions de ceux-ci[1351].

- La procédure de l'implication préalable de la CJUE- Ce mécanisme concerne la compétence exclusive de la CJUE par rapport à l'interprétation et/ou la validité des actes du droit de l'UE, par le biais du renvoi préjudiciel. Or le fait que ce renvoi ne soit ni automatique ni obligatoire dans tout les cas était susceptible de poser des problèmes à l'horizon d'une adhésion de l'Union à la CEDH[1352].

- La questions liées à la PESC. - Puisque le traité de Lisbonne limite la compétence de la CJUE, elle se montre très méfiante envers la Cour-EDH parce que l'adhésion de l'Union à la CEDH comporterait un contrôle illimité des actes de l'Union dans le domaine de la PESC par la Cour de Strasbourg, en même temps que la CJUE est exclue de statuer dans ce domaine, sauf des exceptions très étroites[1353].

[1349] N. Petit et J. Pilorge-Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A. 2014/4, p. 821-822.

[1350] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 217.

[1351] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Revue Europe, Février 2015, p. 7.

[1352] R. Foucart, Avis 2/13: la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de Justice, 20 février 2015, GDR-ELSJ, http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/20/droits-fondamentaux/avis-213-la-sanction-du-mecanisme-dimplication-prealable-par-la-cour-de-justice/

[1353] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, Cahiers de droit européen, 2015, N°1, p.69

B. Les conséquences du rejet du projet d'adhésion et le devenir de la doctrine Bosphorus.

La Cour de justice a émis un avis négatif sur la compatibilité du projet d'accord d'adhésion avec les traités et le protocole 8[1354]. L'avis peut être utilement divisé en trois parties différentes: (i) la préservation de la doctrine Melloni; (ii) la défense de l'exceptionnalisme de l'UE; et (iii) les questions institutionnelles / procédurales. Dans l'ensemble, l'avis 2/13 est décevant pour deux raisons différentes. Il est évidemment décevant en raison de son importance pour la protection des droits de l'homme en Europe. Mais il est également décevant car il montre la profonde méfiance de la Cour vis-à-vis des juridictions nationales (et de leur respect du principe de coopération loyale) et de la Cour européenne des droits de l'homme. Nonobstant le fait que, comme indiqué ci-dessus, la jurisprudence de cette dernière sur le lien entre les renvois préjudiciels et l'article 6 §1 de la Convention a renforcé l'obligation des juridictions nationales de demander une décision préjudicielle ou de motiver un refus de leur part. Dans ce contexte, il convient d'appliquer la solution de l'arrêt Bosphorus dont les « enfants » jurisprudentiels ont tracé les contours du contrôle indirect de l'Union par la Cour EDH[1355].

Une autre raison qui militait en faveur de l'adhésion est la nécessité de conférer à la Cour européenne des droits de l'homme une compétence plus ferme et plus certaine en ce qui concerne les actes de l'UE. Bien que l'UE ne soit pas encore partie à la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé de renoncer à toute compétence par rapport à la

---

[1354] D'excellentes analyses et suggestions ont été faites suite à l'Avis 2/13; voir par exemple : S. Peers, The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human r ights protection, EU Law Analysis (2014) , http:// eulawanalysis.blogspot.fr/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html

[1355] F. Benoit-Rohmer, Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales , RTDH, 81/2010, p. 19.

législation dérivée de l'UE[1356]. S'il est clair que, sans adhésion, la Cour EDH ne peut pas tenir l'UE responsable d'une violation de la CEDH, elle a constaté que dans certains cas, elle pourrait tenir l'État membre qui a donné effet à l'acte de l'UE responsable d'une violation de la CEDH. En particulier, dans l'affaire *Matthews*[1357], la Cour EDH a constaté que lorsque la CJUE n'a pas compétence pour évaluer une violation potentielle des droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme affirmera sa compétence (que ce soit par rapport à la/ou aux parties contractantes plutôt qu'à l'UE) et examiner la demande. Cette jurisprudence s'applique aux plaintes concernant le droit primaire de l'UE et, probablement, également à la politique étrangère et de sécurité commune dans les cas où la Cour de justice n'a pas compétence[1358].

Bien que cette évolution soit bienvenue, il convient de noter qu'une constatation d'incompatibilité laisse l'État contre lequel l'action a été initialement introduite dans une position difficile: l'UE n'étant pas partie à la CEDH, elle n'est pas liée par la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, à moins que le demandeur n'ait adressé son grief contre tous les États membres de l'UE, seul un État membre serait lié par la décision, même s'il ne serait pas en son pouvoir de remédier unilatéralement à la violation.

[1356] Il est intéressant de noter que le juge Schermers, qui a participé à la décision Cour-EDH, 9 février 1990, M & Co c. Allemagne, Req. N°.13258/87; Décision de la Commission européenne des Droits de l'Homme, - dans laquelle la Commission a refusé d'examiner loi nationale de mise en œuvre d'une décision de droit de la concurrence - a écrit extrajudiciairement que la prudence de la Commission dans cette affaire était également due au fait que l'Avis 2/94 était en instance, Avis 2/94 sur l'adhésion de la Communauté à la Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, EU: C: 1996: 140. Il a également indiqué que si la Commission avait déjà pris connaissance des conclusions de l'Avis 2/94, elle aurait peut-être fait preuve de moins de retenue. Voir H.G. Schermers, 'The Human Rights Opinion on the ECJ and its Constitutional Implications', CELS Occasional Paper no. 1 , www. cels. law. cam. ac. uk/ publications/ occasional%20papers/Paper_1.pdf. Ce n'est donc pas par hasard si, suite à l'avis 2/94, la Cour européenne des droits de l'homme a commencé à affirmer - progressivement - une compétence accrue à l'égard des actes dérivés de l'UE.

[1357] Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews v. UK, Req. No. 24833/94.

[1358] Bien que malheureusement la Cour européenne des droits de l'homme ne soit pas toujours claire quant à la compétence des cours de l'UE; voir par exemple Cour-EDH,16 et 23 mai 2002, Segi et autres c. 15 États de l'UE,, Req.N ° 6422/02 et 9916/02; et comparer avec l'affaire CJUE, 7 juin 2004, , Segi et autres c. Conseil, aff. T-338/02, ECLI:EU:T:2004:171; et CJUE, 27 février 2007, Segi et autres c. Conseil, aff. C-355/04 P,ECLI:EU:C:2007:116.

En ce qui concerne les autres législations de l'UE, la Cour européenne des droits de l'homme dans Bosphorus[1359] a utilisé une approche[1360] de type Solange, tout en faisant preuve de déférence à l'égard de l'UE en s'abstenant d'invoquer la pleine compétence des parties contractantes pour les actes de l'UE. Afin d'apprécier la recevabilité, la Cour de Strasbourg se pose la question de l'imputation du comportement dont la violation de la Convention est alléguée[1361]. Elle a également considéré qu'il était loisible aux requérants de démontrer que, dans un cas particulier, la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une «insuffisance manifeste». Le compromis Bosphorus - qui est plus répandu que l'équivalent national, mais moins étendu que l'exercice de la pleine juridiction - n'est que cela: un compromis[1362]. Les droits des individus sont protégés, mais moins qu'ils ne le seraient si l'UE adhérait à la Convention. Cela signifie que lorsque la Cour-EDH est amenée à contrôler indirectement la conformité d'un acte de l'UE à la CEDH elle applique une présomption réfragable de protection équivalente qui aboutit à un contrôle restreint de conventionnalité[1363]. La barre (le critère «manifestement déficient») est plus élevée qu'elle ne le serait normalement puisque la violation des droits de la Convention devient une exigence procédurale. En tant que tel, et parce que l'examen de la compétence et le contrôle du fond de l'affaire seraient identiques, il se limite aux cas dans lesquels le demandeur peut prouver une violation *prima facie* (significative). En outre,

---

[1359] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus contre Irelande, Req.No. 45036/98.

[1360] Cour constitutionnelle allemande, Wünsche Handelsgesellschaft (Solange II), BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83; voir aussi Cour constitutionnelle italienne, Sentenza 7/3/64, no. 14 (dans F. Sorrentino, Profili Costituzionali dell'Integrazione Comunitaria (2e édition, Giappichelli Editore, 1996), p.61 et suiv.); et Societá Acciaierie San Michele contre Haute Autorité (27 décembre 1965, n ° 98), [1967] Common Market Law Report 160.

[1361] F. Martucci et D. Ritleng, L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits d e l'homme, dans Le phénomène institutionnel international dans tous ses états :transformation, déformation ou réformation ? sous la direct. de L. Dubin et M-Cl Runavot , éditions A. Pedone 2014 , Paris, p. 171.

[1362] E. Spaventa - A VERY FEARFUL COURT? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13 , Maastricht Journal of European and Comparative Law, Volume 22, Nr.1 2015, p.52

[1363] E. Bribosia, Le traité de Lisbonne: un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux, p.197. in L'Union européenne : la fin d'une crise ?, Edité par P. Magnette et A. Weyembergh ,Editions de l'Université de Bruxelles / Institut d'Etudes Européennes - I.E.E, Bruxelles, 2008.

dans ce cas également, une constatation d'incompatibilité est d'une utilité limitée, étant donné qu'un seul État membre ne peut modifier unilatéralement le droit de l'Union[1364].

Jusqu'à présent, la jurisprudence Bosphorus n'a pas été assouplie. Pourtant, dans le cadre de ces contraintes, la Cour EDH s'est montrée disposée à exercer son rôle de surveillance: par exemple, une législation nationale reprenant mot pour mot les dispositions d'un instrument de droit de l'Union n'est pas soustraite au champ d'application de la Convention[1365]. Chaque fois que l'État membre exerce un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre d'une loi de l'UE, il est entièrement lié par la CEDH et soumis à ses mécanismes[1366]. Enfin, la Cour EDH a également conclu que l'article 6 §1 CEDH impose aux juridictions nationales des États membres de l'UE le devoir de motiver le rejet d'une demande de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 267 TFUE à la CJUE[1367]. Cette absence de référence préjudicielle impacte la présomption d'équivalence et déclenche donc la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme également en ce qui concerne les actes des États membres mettant en œuvre le droit de l'UE en l'absence de toute latitude laissée aux autorités nationales (actes européens purs[1368]).

L'impact de l'arrêt Bosphorus sur la relation entre Strasbourg et Luxembourg ne doit pas être sous-estimé, surtout si l'on considère la littérature abondante analysant et examinant l'affaire[1369]. Pourtant, cette section ne s'attarde pas inutilement sur les détails de ce jugement, mais donne plutôt un résumé concis du contexte factuel de la procédure. En outre, il examinera les répercussions du jugement sur l'interface judiciaire entre l'Union et la Cour EDH, quel statut privilégié a été accordé au droit de l'Union par Strasbourg et, très

---

[1364] Cela dit, on peut espérer que si une situation comparable se présentait, la Cour de justice saisirait en tout cas l'opportunité d'annuler la partie pertinente de la législation de l'UE comme incompatible avec la Charte en vertu de l'article 52 (3) de la Charte.

[1365] Cour-EDH, 11 Novembre 1996, Cantoni contre France, Req. No. 17862/91, point. 30.

[1366] Cour-EDH, 21 janvier 2011, M.S.S. contre Belgique et Grèce, Req. No. 30696/09, point. 340.

[1367] Cour-EDH, 8 avril 2014, Dhahbi contre Italie, Req. No. 17120/09.

[1368] Cour-EDH, 6 décembre 2012, Michaud contre France, Req. No. 12323/11, para. 115.

[1369] L. Scheeck, « The Relationship between the European Courts and Integration through Human rights", 2005, 65 Zeitschrift für ausländisches öffentiches Recht und Völkerrecht, p.859. in P.Grag, The accession of the EU to the ECHR, *opt.cit*.

certainement, ce que Bosphorus implique pour le système européen de protection des droits de l'homme après l'adhésion.

En raison de la grave violation des droits de l'homme pendant la guerre en Yougoslavie au début des années 90, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la résolution 820 (1993)[1370] en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Cette résolution prévoyait que les États devraient saisir, entre autres, tous les aéronefs sur leur territoire *«dans lesquels une majorité ou une participation majoritaire est détenue par une personne ou une entreprise opérant dans la République fédérale de Yougoslavie ou opérant à partir de celle-ci »*[1371]. Au sein de l'UE, cette résolution a ensuite été mise en œuvre en tant que règlement (CEE) n ° 990/03 du Conseil[1372]. Sur cette base légale, les autorités irlandaises ont saisi deux avions de passagers que Bosphorus Airways, une compagnie aérienne turque, avait loués à la compagnie aérienne yougoslave JAT. La société requérante Bosphorus a contesté cette mise en fourrière devant les tribunaux irlandais et, finalement, la Cour suprême irlandaise a demandé une décision préjudicielle à la CJUE. La Cour de Luxembourg a toutefois jugé que la violation des droits fondamentaux de la société, en particulier le droit au respect de la propriété et la liberté de mener une activité commerciale, était appropriée et proportionnée par rapport à l'objectif de mettre fin à l'état de guerre et la violation massive des droits de l'homme en Yougoslavie[1373]. Bosphorus Airways a ensuite déposé une requête auprès de l'Irlande devant la Cour EDH, alléguant que la mise en fourrière des deux aéronefs constituait une violation du droit de propriété en vertu de l'article 1 du Protocole n ° 1 de la Convention[1374].

[1370] Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies 820 (17 Avril 1993) Doc S/RES/ 820.
http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/820(1993)

[1371] Ibid. point 24. Voir aussi Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98 (n 157) point.16.

[1372] Règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993, concernant les échanges entre la Communauté économique européenne et la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:31993R0990

[1373] CJUE, 30 juillet 1996, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS / Minister for Transport, Energy and Communications et autres., aff. C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312, point 19 et 26.

[1374] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98 (n 157)

Pour résumer, la Cour de Strasbourg a clairement établi dans l'affaire *Bosphorus/ Irlande*[1375] du 30 juin 2005, qu'elle dispose du pouvoir d'examiner les requêtes adressées contre les mesures nationales qui mettent en œuvre, directement ou indirectement, des dispositions du droit de l'UE ou en sont dérivées[1376]. Dans l'arrêt *Bosphorus ,* elle a conclu que le système de protection des droits fondamentaux de l'Union, envisagé à la fois sous l'angle des garanties substantielles offertes et des mécanismes censées en contrôler le respect, accorde une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention des droits de l'homme. Mais cette présomption d'équivalence ne se voit pas reconnaitre qu'en caractère simple ou provisoire[1377].

À l'occasion de l'arrêt *Bosphorus*, la Cour de Strasbourg a tranché une question de principe quant à la possibilité d'exercer indirectement-par l'entremise d'un recours introduit d'un État membre- un contrôle sur la conventionnalité des actes de droit dérivé adoptés dans le cadre de l'Union. Dans, cet arrêt, alors que l'Irlande n'avait pas fait que se conformer, sans aucune marge d'appréciation, aux obligations résultant pour elle d'un règlement UE, la Cour-EDH s'est déclarée compétente *ratione loci*, *ratione personae* mais aussi *ratione materiae* pour exercer son contrôle à l'art.1 du Protocole n°1 [1378]. En se départissant de la sorte de la décision du 9 février 1990 de la Commission européenne des

---

[1375] Cour-EDH, 30.6. 2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS/Irlande, , Req. n° 45036/98

[1376] X.Groussot,T.Lock et L.Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 , p.4.

[1377] J. Auvret-Finck, La protection des droits fondamentaux dans les relations extérieures, dans Les droits fondamentaux in L'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne, sous la direc. de J. Rideau, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 414.

[1378] E. Bribosia, Perspectives des droits fondamentaux et de la citoyenneté européenne, in Genèse et destinée de la Constitution européenne, Commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives de l'avenir, G.Amato, H.Bribosia, B. de Witte (Ed), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1013.

droits de l'homme dans l'affaire *M&CO /Allemagne*[1379] , elle a confirmé que chaque État partie doit répondre de toute violation de la CEDH comme vis-à-vis de personnes relevant de sa juridiction, y compris lorsqu'elle résulte d'un acte pris sur le fondement du droit communautaire[1380] .

La première question à laquelle la Cour européenne des droits de l'homme devait répondre concernait la responsabilité de l'Irlande dans la prétendue violation de la Convention. Elle intègre néanmoins les exigences qui résultent pour l'Irlande de sa participation aux (en ce temps-là) Communautés européennes dans l'examen au fond de la requête. Ainsi, concernant la base légale de l'atteinte aux biens de la société Bosphorus résultant de la saisie de l'aéronef, la Cour insiste sur l'absence d'un quelconque pouvoir d'appréciation dans le chef des autorités irlandaises qui n'ont fait que se conformer aux obligations juridiques résultant du droit de l'UE et ,en particulier, de l'art. 8 du règlement (CEE) n°990/93[1381]. Strasbourg a succinctement soutenu que la mise en fourrière des deux aéronefs était mise en œuvre par leurs autorités sur le territoire irlandais, par conséquent, selon l'article premier de la CEDH, l'acte incriminé relevait de la compétence de l'Irlande[1382]. Mais encore, cette déclaration brève et concise n'a pas répondu à la question prédominante quant à l'origine de cette infraction[1383].Comme indiqué plus haut, la mise en

---

[1379] Req. n° 13258/87, *Décision et Rapports,* 64, p.138 . A cette occasion, la Commission européeene des droits de l'homme avait déclaré la requête introduite à l'encontre de l'Allemagne « incompatible ratione materiae » avec les dispositions de la Convention , après avoir constaté que *« des lors que l'organisation bénéficiaire du transfert- la Communauté- assure une protection des droits fondamentaux équivalente à celle qui résulte de la Convention, il serait contraire à l'idée de transfert de pouvoirs à une organisation internationale de tenir les États membres responsables dans chaque cas particulier avant de donner l'exequatur à un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes de l'examen du point de savoir si l'article 6 de la CEDH a été respecté dans la procédure en question. »*

[1380] Opinion concordante commune aux juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garlicki.

[1381] Cour-EDH, 30.6. 2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS/Irlande, , Req. n° 45036/98,pt. 148.

[1382] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98 (n 157) point. 135.

[1383] J.Bröhmer,, Die Bosphorus-Entscheidung des Europäisches Gerichtshofs für Menschenrechte ,2006, 17 Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 71, dans Paul Gragl, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p. 70.

fourrière était fondée sur un règlement de l'UE et donc sur un acte juridique contraignant et directement applicable qui n'avait laissé aucun pouvoir discrétionnaire aux autorités irlandaises[1384]. Le gouvernement irlandais est donc coincé entre deux feux ou, en d'autres termes, il doit choisir entre violer ses obligations découlant de la Convention ou celles qui découlent du droit de l'Union européenne[1385]. Dans une telle situation, les États membres se contentent d'une *«alternative[1386]»* ironique et paradoxale à la violation du traité A (la convention) ou du traité B (le droit de l'Union européenne). Si l'Irlande avait choisi de ne pas saisir l'aéronef, elle aurait violé ses obligations en tant qu'États membres de l'Union, ce qui aurait très probablement conduit à des procédures d'infraction au titre de l'article 258 du TFUE.

La Cour-EDH était donc confrontée à la question de savoir si le respect des obligations de l'UE pouvait justifier l'ingérence contestée des autorités irlandaises dans les droits de propriété de la société requérante, la Convention devant être interprétée à la lumière des règles et principes pertinents du droit international applicable dans les relations entre les parties contractantes[1387], y compris le principe de *pacta sunt servanda* en vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[1388]. Pour résoudre ce conflit conventionnel, Strasbourg a repris les principes qu'elle avait déjà appliqués dans des affaires précédentes - comme dans *Matthews*, la CEDH a souligné que la Convention n'interdisait pas aux parties contractantes de transférer des pouvoirs ou des compétences à des organisations internationales ou supranationales. De plus, selon son jugement de la CFDT, ces organisations ne pourraient être tenues pour responsables de la Convention tant qu'elles ne seraient pas des parties contractantes[1389]. Pourtant, même si la Cour EDH a reconnu les obligations des États contractants découlant de leur appartenance à d'autres

---

[1384] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98 (n 157) point. 147.

[1385] Ibid.point 148.

[1386] Ch. Busse, Die Geltung der EMRK für Rechtsakte der EU, 2000, 53 Neue Juristiche Wochenschrift 1074, 1079, dans Paul Gragl, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p. 71.

[1387] Convention de Vienne sur le droit des traités, Art. 31 (3),23 mai 1969. https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf

[1388] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98, point 150-151.

[1389] Ibid, point 152.

organisations, elle a également déclaré qu'elle ne pouvait pas les exempter complètement des responsabilités de la Convention après un tel transfert de compétence, car une telle exemption serait incompatible avec de la Convention[1390]. En effet, ici encore, tant la Cour de justice que la Cour européenne des droits de l'homme ne peuvent retenir d'autre solution que de faire prévaloir l'instrument qui fonde leur compétence respective, mais le souci d'éviter les conflits a conduit à des solutions comparables au *Solange II* de la Cour constitutionnelle allemande[1391].

Pour concilier ces deux principes diamétralement opposés - d'une part, la souveraineté et l'autonomie des Etats pour conclure des accords internationaux et, d'autre part, leur obligation de protéger les droits de l'homme - Strasbourg a conçu une solution simple mais innovante la Cour a statué que:

De l'avis de la Cour, une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention (M. & Co., décision précitée, p. 152, démarche à laquelle les parties et la Commission européenne souscrivent). Par « équivalente », la Cour entend « comparable » : toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (paragraphe 150 ci-dessus). Toutefois, un constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux[1392].

Strasbourg a ajouté que cette nouvelle formule de *«protection équivalente»* peut toujours être réfutée si l'on considère que la protection des droits de la convention dans l'ordre juridique de l'organisation internationale en question est «manifestement déficiente».

[1390] Ibid, point 154.

[1391] Jean-Paul Jacqué, Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques , *Revue française de droit constitutionnel* 2007/1 (n° 69), p. 21.

[1392] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98, point.155.

Néanmoins, une telle protection équivalente ne serait présumée que dans les cas où l'État n'a aucun pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre d'un acte juridique[1393]. Par équivalence, la Cour entend une protection comparable, mais non identique, concernant tant le fond du droit que les procédures de garantie[1394]. Il s'agit plutôt, sur un plan technique, en prévoyant les modalités « nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas », de faire en sorte qu'il n'y ait pas d'immixtion des organes de Strasbourg dans la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres[1395].

Vice versa, si un État devait exercer son pouvoir discrétionnaire, il resterait pleinement responsable, en vertu de la Convention, de tous les actes ne relevant pas de ses strictes obligations juridiques internationales[1396]. En conséquence, Strasbourg a présumé *in concreto* que l'Union européenne prévoyait une protection équivalente des droits fondamentaux, d'autant plus que le système juridique de l'Union envisageait un rôle complémentaire des juridictions nationales dans ses mécanismes de contrôle, à savoir la référence préjudicielle conformément à l'article 267 du TFUE[1397]. De plus, bien qu'elle ne soit pas entrée en vigueur à ce moment-là, la Cour EDH a également fait référence à la Charte en général et à l'article 52 §3 de la CHDF en particulier[1398]. La protection des droits fondamentaux par le droit de l'Union pouvant être considérée comme équivalente à celle du système de la Convention, l'Irlande n'a pas enfreint la convention lorsqu'elle a mis en

[1393] Ibid point 156.

[1394] Jean-Paul Jacqué, Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques , *opt.cit,* p.26.

[1395]E. Bribosia, Le traité de Lisbonne: un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux, p.197. dans L'Union européenne : la fin d'une crise ?, Edité par P. Magnette et A. Weyembergh ,Editions de l'Université de Bruxelles / Institut d'Etudes Européennes - I.E.E, Bruxelles, 2008.

[1396] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98, point 157.

[1397] Ibid point 164.

[1398] Ibid, point 80.

œuvre les obligations juridiques découlant de son adhésion à l'UE[1399]. Par conséquent, la Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 1 du Protocole n ° 1 de la Convention et a rejeté l'affaire.

Concernant cette fois la justification de la saisie, la Cour rappelle qu'elle doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général et l'intérêt de la société requérante concernée. Elle considère d'abord que l'intérêt général poursuivi par la mesure de saisie résidait dans l'exécution par l'Irlande des obligations juridiques découlant de son adhésion à la Communauté européenne[1400]. Ainsi elle a cherché à déterminer si l'atteinte portée par l'Irlande au droit de propriété pouvait se justifier. La Cour a tenté alors de concilier deux impératifs : d'une part, l'absence d'interdiction pour les États parties à la CEDH de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale à des fins de coopération dans certaines domaines d'activité[1401] et d'autre part, leur responsabilité, au titre de l'art.1 de la CEDH, pour tous les actes ou omissions de leurs organes, y compris lorsqu'ils résultent de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales [1402]. Le *« compromis »* proposé par la Cour, à ce stade de son raisonnement, consistait à ne pas procéder au traditionnel examen de proportionnalité, en présence d'une protection équivalente des droits fondamentaux dans l'organisation internationale en cause. Elle applique de la sorte une présomption réfragable de justification de la mesure étatique et de respect de la Convention par l'État qui agit en application d'obligations internationales, à condition que l'organisation à laquelle l'État a transféré certaines compétences *–in casu* l'Union européenne – garantisse une protection des droits fondamentaux équivalente à celle de la CEDH[1403]. La notion de protection *« équivalente »* à laquelle se réfère la Cour doit s'entendre d'une protection *« comparable »* et non pas *« identique »* : le constat de son existence n'étant, par ailleurs, pas définitif et devant être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux. Enfin, il s'agit d'une présomption simple qui peut dès lors être renversée, dans le cadre d'une affaire donnée, si

---

[1399] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus /Irlande, req. n° 45036/98, point 165.

[1400] Idem,pt. 150.

[1401] Idem, pt. 152

[1402] Idem ,pt. 153

[1403] Idem. pt.165

la preuve est apportée que la protection des droits garantis par la CEDH a été entachée d'une insuffisance manifeste[1404].

La Cour n'a conclu que ce raisonnement dans l'affaire en cause. Elle a considéré, à l'issue d'une présentation sommaire de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE prenant en compte tant de garanties matérielles que les mécanismes de contrôle mis en place pour en assurer le respect[1405], que cette protection était équivalente à celle assurée par le mécanisme de la Convention.

Sans entrer dans une appréciation critique détaillée de cette décision, nous relèverons son effet paradoxal. D'un côté, elle aboutit à une forme « d'adhésion forcée de l'Union à la CEDH », sans que les avantages liés à une cette adhésion ne soient acquis (participation de l'Union à l'instance comme entité défenderesse, participation à la Cour-EDH d'un juge élu au titre de l'Union, participation d'un représentant de l'Union au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans son rôle de contrôle de l'exécution des arrêts, etc.) La Cour de Strasbourg complète ainsi l'œuvre qu'elle avait amorcée à l'occasion de l'arrêt *Mathews/ Royaume-Uni* rendu le 18 février 1999[1406]. Elle y avait notamment consacré la possibilité d'engager la responsabilité d'un État membre pour une violation de la CEDH du droit primaire de l'UE[1407]. De l'autre côté, par le recours à la notion de protection équivalente, la Cour, tout en affirmant qu'aucun acte, même adopté en exécution d'une obligation internationale, n'échappe à son contrôle, n'exerce ce dernier, sauf en présence d'une insuffisance manifeste de la protection communautaire, que de manière abstraite à l'égard

---

[1404] Idem. pt. 155-156.

[1405] Idem. pt. 159-164.

[1406] Cour-EDH, 18.02.1999, aff. Mattews/Royaume-Uni, Req.n° 24833/94, pt.33 La Cour avait considéré, à cette occasion, que *« le Royaume-Uni, conjointement avec les autres parties au traité de Maastricht, était responsable ratione materie au titre de l'article 1 de la Convention et, en particulier, de l'article 3 du protocole n° 1 (droits à des élections libres), des conséquences de ce Traitè. »*

[1407] M.Dony et E.Bribosia, « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne »in Commentaire de la Constitution de l'Union européenne, Éditions de l'Uni. De Bruxelles, Bruxelles, 2005, p.121.

des actes résultant d'obligations communautaires[1408]. L'atteinte portée au droit de recours individuel qui en résulte implique que la nécessité de l'adhésion subsiste à la suite de cet arrêt.

La Cour-EDH s'est arrogé le pouvoir de contrôler indirectement la compatibilité des actes de l'UE avec les dispositions de la CEDH. Toutefois, la Cour de Strasbourg part du principe que l'UE protège les droits fondamentaux d'une manière qui peut être considérée comme équivalente à celle de la CEDH. En d'autres termes, la Cour de Strasbourg s'abstient normalement d'exercer son pouvoir de contrôle dans les affaires où un Etat membre de l'UE ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la mise en œuvre de ses obligations en vertu du droit de l'UE. Cette présomption demeure aussi longtemps que l'UE offre des garanties substantielles et un mécanisme de contrôle équivalent à ceux prévus par la CEDH et sous réserve que l'affaire concrète portée devant la Cour-EDH ne démontre pas l'existence d'une insuffisance manifeste relativement à la protection offerte par l'UE. Il importe cependant de noter que les pays hors UE appartenant au Conseil de l'Europe ne peuvent se prévaloir d'une similaire présomption de compatibilité sans qu'importe de savoir s'ils disposent ou non d'un système de protection des droits fondamentaux perfectionné et protecteur[1409].

Au plan politique, cette adhésion a d'ailleurs été présentée par J.P. Jacqué en 2005 comme une *« discrète incitation (de la Cour de Strasbourg) à persévérer avec ou sans Constitution sur la voie de l'adhésion. [1410]».* A cet égard, il importe de souligner que l'insistance sur la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union dans l'accord relatif à l'adhésion ne devrait nullement être interprétée comme plaidant en faveur du maintien de la doctrine de la protection équivalente telle qu'elle découle en

---

[1408]A. Bultrini, La responsabilité des États membres de l'Union Européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire , RTDH, 2002, p.5.

[1409] X.Groussot,T.Lock et L.Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme: analyse juridique du projet d'adhésion du 14 octobre 2011.,*opt.cit* , p.4.

[1410] J.P.Jacqué, L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?, RTDE, 2005, p.767.

faveur du maintien de la doctrine de la protection équivalente telle qu'elle découle de l'arrêt Bosphorus[1411].

D'autre côté l'adhésion de l'Union a souvent été présentée comme l'occasion parfaite pour enfin clarifier si l'approche déférente de la Cour-EDH devait être abandonnée ou étendue une fois l'adhésion de l'Union formalisée. Les tenants de l'abandon du *" test Bosphorus "* soutiennent que le Conseil de l'Europe ne devrait pas tolérer une règle de "deux poids, deux mesures", et que la présomption de compatibilité en faveur des mesures de l'UE devrait être abandonnée. Une démarche d'extension du test Bosphorus à l'ensemble des mesures de l'UE signifierait, en revanche, que les règlements de l'Union, par exemple, puissent être soumis au même titre que les mesures nationales appliquant ou mettant en œuvre le droit de l'UE, à un contrôle minimum de la part de la Cour de Strasbourg. Quoiqu'il en soit, nombreux sont ceux qui espéraient que les rédacteurs de l'accord d'adhésion clarifieraient le devenir de la jurisprudence[1412].

A priori, le principe sera toujours appliqué mais sur un autre fonctionnement juridique. Le projet d'accord ne confirme ni ne met fin explicitement au test de protection équivalente. De même, le projet ne clarifie pas s'il convient au contraire d'étendre sa mise en œuvre à l'ensemble des affaires liées à l'UE. Ainsi la Cour devra néanmoins également décider si l'UE doit bénéficier d'une présomption de compatibilité similaire quant aux mesures qu'elle adopte. Dans la mesure où la jurisprudence Bosphorus privilégie l'ordre juridique de l'UE en le soumettant à un contrôle minimum ou, du moins, à un niveau de contrôle moins exigeant que celui exercé à l'encontre des ordres juridiques de ses États membres, il faut espérer que la Cour de Strasbourg en vienne à abandonner l'approche Bosphorus[1413]. Celle-ci n'est en effet pas conciliable avec le but général et affiché de traiter l'UE de manière

---

1411 E. Bribosia, Le traité de Lisbonne: un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux, p.197. in L'Union européenne : la fin d'une crise ?, Edité par P. Magnette et A. Weyembergh ,Editions de l'Université de Bruxelles / Institut d'Etudes Européennes - I.E.E, Bruxelles, 2008.

1412 X.Groussot, T.Lock et L.Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme: analyse juridique du projet d'adhésion du 14 octobre 2011.,opt.cit , p.5.

1413 X.Groussot, T.Lock et L.Pech , Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme :analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 ,*opt.cit*, p.10.

similaire à toute autre Partie à la CEDH[1414]. Nous ne pensons pas en outre qu'un contrôle minimum soit requis pour préserver *" l'ordre juridique spécifique "* de l'Union.

En un mot, les cas précédents impliquent que la Cour EDH exerce sa compétence dans les trois situations suivantes. Premièrement, si le droit primaire de l'UE est contesté devant la Cour de Strasbourg, la responsabilité de garantir les droits énoncés dans la Convention incombe aux États membres, puisque le droit primaire ne peut être contesté devant la CJUE. De plus, le droit primaire représente une forme particulière de traité international librement conclue par les États membres. Agir autrement permettrait aux États membres d'échapper à leurs obligations par une révision de la Constitution ou par une interprétation habile de celle-ci[1415]. Deuxièmement, dans les cas où les États membres exécutent ou mettent en œuvre le droit de l'Union et jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire, ils sont également pleinement responsables des violations de la convention. Troisièmement, à moins que les États membres conservent un pouvoir discrétionnaire, ils ne restent que partiellement responsables conformément à la formule Bosphorus[1416]. La CJUE redoute que l'article 53 CEDH ne vienne mettre en péril la jurisprudence *Melloni* et partant la primauté du droit de l'Union européenne, même si on voit mal comment cette éventualité viendrait à se réaliser puisque l'article 53 CEDH n'impose pas à la Cour d'intervenir pour garantir l'application de la disposition nationale plus protectrice, mais d'éviter que la Convention ne limite l'effet de celle-ci[1417].

Cependant, même si l'arrêt Bosphorus a solidement établi la relation entre la Convention et le droit de l'Union, la Cour-EDH a sagement refusé d'être entraînée dans un jeu de pouvoir

---

[1414] § 7 du Projet de rapport explicatif : *« Le mécanisme de contrôle actuel devrait être préservé autant que possible et appliqué à l'UE comme à toute autre Haute Partie contractante en se limitant aux adaptions strictement nécessaires. »*

[1415] Jean-Paul Jacqué, Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques , *opt.cit,* p.10.

[1416] Voir J.Baumann, Auf dem Weg zu einem doppelten EMRK-Schutzstandard ? Die Fortschreibung der Bosphorus –Rechtsprechung des EGMR im Fall Nederlandse Kokkelvisserij", 2011, 38 Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1, p.3. in Paul Gragl, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p. 72.

[1417] J.P. Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, Cahiers de droit européen, 2015, N° 1.p. 33

avec la CJUE[1418]. En décidant de ne pas réviser les actes juridiques des États membres qui découlent d'obligations ancrées dans le droit de l'Union et qui ne leur laissaient aucun pouvoir discrétionnaire, Strasbourg a généralement reconnu l'importance de la coopération internationale et notamment la souveraineté des parties contractantes à conclure d'autres accords internationaux, y compris leur droit de transférer des pouvoirs à des organisations supranationales. Cela a conduit à penser que Strasbourg était particulièrement ouverte et tolérante vis-à-vis du droit international et du droit de l'Union[1419]. La Cour EDH a ainsi respecté la compétence de la CJUE et a fait un *«acte de foi[1420]»* en affirmant que Luxembourg interpréterait et appliquerait de manière conséquente à la fois la Convention et la jurisprudence de la Cour EDH. L'approche «Solange» de Strasbourg est donc simplement une incarnation du principe juridique international de la courtoisie[1421]. Par la présente, la Cour européenne des droits de l'homme a pu contourner la délicate question de savoir quelles juridictions devraient être les tribunaux suprêmes des droits de l'homme en Europe[1422]. Strasbourg a également reconnu le rôle crucial de la coopération internationale dans le contexte des organisations internationales en général et à la fois la légitimité et la spécificité du projet d'intégration de l'Union européenne, y compris sa complication pour la

---

1418 J.Klabbers, Treaty Conflict and the European Union, Cambridge, Cambridge University press, 2009, p.170

1419 A.Haratsch, Die Solange-Rechtsprechung des Europäisches Gerichtshofs für Menschenrechte. Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH, 2006, 66 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht p.932. in Paul Gragl, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit,, p.73.

1420 P. Szczekalla, Vertrauensworschuss aus Straβburg : Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte klärt sein Verhälnis zum Europäischen Gerichsthof –Anmerkungen zu EuGHMR (Groβe Kammer), Urteil vom 30 Juni 2005, 45036/98', 2005, 2 Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht p. 176,178 in Paul Gragl, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit,p.74

1421 N.Lavranos, Das Rechtsprechungsmonopol des EuGH im Lichte der Proliferation internationaler Gerichte , 2007, 42 Europarecht p. 440, 467. In Paul Gragl, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p.74

1422 I.Canor, Primus inter pares. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe? 2000, 25 European Law Review 1,p.3.

protection des droits fondamentaux[1423]. D'autre part on peut se poser la question si la Cour-EDH sera tentée de rendre la monnaie de sa pièce à celle de Luxembourg, jugeant que la « confiance mutuelle » qui unissait les deux juridictions depuis de longues années a été battue en brèche par l'avis 2/13[1424].

Cependant, « l'acte de foi » de Strasbourg envers le droit de l'Union européenne soulève également un problème juridique majeur, à savoir le statut privilégié du droit de l'Union lui-même et des actes juridiques des États membres dans le domaine du droit de l'Union[1425]. Dans la situation actuelle, Strasbourg n'a pas compétence *ratione personae* pour réexaminer de tels actes. Bien sûr, cela ne donne pas carte blanche aux États membres pour violer la Convention au hasard, mais cela leur confère une certaine forme de statut privilégié, puisque d'autres parties contractantes à la Convention qui ne sont pas en même temps des États membres. De l'Union européenne ne jouissent pas de ce privilège. Néanmoins, tenir les États membres de l'UE responsables de la violation de la Convention, même dans les cas où ils n'ont aucun pouvoir discrétionnaire, laisserait une adhésion indirecte ou *de facto* à la Convention[1426].

Mais sans mettre en place des garanties procédurales, cette mesure porterait certainement atteinte à l'autonomie juridique de l'Union.

Reste à savoir si cette situation quasi kafkienne[1427] se perpétuera à l'avenir. Bien sûr, après l'adhésion éventuelle de l'Union à la Convention, il ne sera plus nécessaire d'appliquer la présomption de «protection équivalente» aux affaires liées à l'UE, car le risque de contraindre les obligations découlant des traités sera éliminé lors de l'adhésion

---

[1423] L. Wildhaber, The European Convention on Human Rights and International Law, 2007, 56 International and Comparative law Quarterly 217, p.230.

[1424] D. Szymczak, L'avis 2/13 du 18 décembre 2014: de l'art d'être contre -productif, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1,p. 16.

[1425] G.Summer, We'll Sometimes Have Strasbourg: Privileged Status of Community Law Before the European of Human Rights", 2008, 16 Irish Student Law Review 127,p.127.

[1426] J.Baumann, Auf dem Weg zu einem doppelten EMRK-Schutzstandard? Die Fortschreibung des Bosphorus-Rechtsprechung des EGMR im Fall Nederlandse Kokkelvisserij, 2011, 38 Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1.

[1427] A. Torrez Perez, Conflicts of rights in the European Union:A theory of Supranational Adjudication, Oxford, Oxofrd University Press, 2009,p.34.

officielle[1428]. La Cour de Strasbourg devrait, sans doute, réviser promptement ou renverser avec vigueur la formule du Bosphore dans sa future jurisprudence[1429].

Si la Cour EDH appliquait cette présomption après l'adhésion, il serait difficile de justifier cette préférence indue de l'Union vis-à-vis des autres parties contractantes à la Convention[1430]. En outre, l'objectif de l'adhésion est de soumettre l'Union au contrôle externe de Strasbourg et de mettre la CJUE sur un pied d'égalité avec les autres cours suprêmes ou constitutionnelles nationales. À l'heure actuelle, Strasbourg n'applique la formule Bosphorus à aucun autre ordre juridique national, bien que la protection des droits fondamentaux soit, dans certains cas, plus efficacement garantie au niveau national qu'au niveau de l'Union[1431].

En fait, l'extension et l'application de la formule aux tribunaux nationaux semblent très attrayantes, en particulier afin de débarrasser Strasbourg de son immense retard dans les demandes en instance. Cependant, cette démarche jetterait le doute sur l'existence même de la Cour européenne des droits de l'homme, car elle annulerait son rôle dans la protection des droits de l'homme sur la base d'examens au cas par cas[1432]. Dans un arrêt récent, la Cour européenne des droits de l'homme a résisté à cette "tentation" et n'a pas appliqué la présomption de "protection équivalente" à un acte juridique national impliquant

---

[1428] CH. Herr-Reiβmann, Die Letztenscheidungskomptenz des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Europa, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007, p.289. in Paul Gragl, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit,.p.74.

[1429] G.Heiβl, Happy End einer undenlichen Gechichte? Der Beitritt der EU zur EMRK un seine Auswirkungen auf Österreich in MichaelHoluobek, Andrea Martin and Stephan Schwartzer (eds), Die Zukunft der Verfassung-Die Verfassung der Zukunft? Festchrift für Karl Korinek zum 70. Geburtstag (Vienna New York, Springer, 2010), p. 137.

[1430] J.Baumann, Auf dem Weg zu einem doppelten EMRK-Schutzstandard? Die Fortschreibung der Bosphorus-Rechtsprechung des EGMR im Fall Nderlandse Kokkelvisserij, 2011, 38 Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1, p.10.

[1431] T.Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p.301. in Paul Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p.

[1432] L.Wildhaber, Bemerkungen zum Vortrag von BVerfG-Präsident Prof.Dr.H.-J.Papier auf dem Eurpäischen JUristentag 2005 in Genf, 2005, 32 Europäischen Grundrechten-Zeitschrift 743, in Paul Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p.75.

le droit de l'Union. De plus, Strasbourg s'est montrée très perspicace en tenant un État membre responsable en vertu de la Convention sans interférer avec l'ordre juridique de l'Union. Dans l'affaire MSS / Belgique et Grèce[1433], la Cour EDH devait décider si la Belgique avait violé l'article 3 CEDH en expulsant un demandeur d'asile d'Afghanistan vers la Grèce où des demandes d'asile justes et efficaces ne pouvaient être garanties[1434]. La Belgique a invoqué l'article 3, paragraphe 1, du règlement Dublin II[1435] de l'UE qui oblige les États membres - en l'occurrence la Grèce - à examiner la demande d'asile présentée à leurs frontières ou sur leur territoire.

Dans son arrêt, Strasbourg a évoqué l'affaire Bosphorus, mais a conclu qu'en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du règlement, la «clause de souveraineté», la Belgique aurait pu tenir compte du fait que la Grèce ne respectait pas ses obligations conventionnelles. En conséquence, la Belgique aurait pu examiner la demande d'asile et s'abstenir ainsi de transférer le requérant en Grèce. En conséquence, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la mesure contestée prise par les autorités belges ne relevait pas strictement des obligations juridiques internationales de la Belgique, à savoir ses obligations au titre des traités de l'UE. De ce fait, la présomption de protection équivalente ne s'appliquait pas en l'espèce[1436], puisque l'article 3, paragraphe 2, du règlement confère aux États membres un pouvoir discrétionnaire dans l'examen des demandes d'asile.

Pourtant, le cas MSS est juste sur un exemple récent. Actuellement, on ne sait pas comment Strasbourg décidera jusqu'à ce que l'Union adhère à la Convention. Certes, en fin de compte, il serait cohérent d'abroger complètement la présomption que la Cour européenne des droits de l'homme a établie dans l'affaire Bosphorus après l'éventuelle adhésion de l'Union à la Convention. Cette démarche permettrait enfin de remédier à

[1433] Cour-EDH,21 Janvier 2011, MSS/Belgique et Grèce, req.Nr. 30696/09

[1434] Pour plus de détails sur les antécédents de l'affaire et l'affaire elle-même, voir Ronald Fruhwirth et Joachim Stern, «Vorabentscheidungsverfahren und einstweiliger Rechtsschutz», 2010, 22 juridikum, «Zur Pflicht, Abschiebungen nach Griechenland der Rahmen der Dublin II-VO auszusetzen». 274, p.274. in Paul Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p.74

[1435] Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers

[1436] Cour-EDH,21 Janvier 2011, MSS c. Belgique et Grèce, Req.N°. 30696/09, point 340.

l'anomalie de l'Union européenne qui est un ordre juridique qui n'est pas soumis au contrôle externe de Strasbourg et qui le met à égalité avec le système national de protection des droits de l'homme[1437]. Cependant, il n'est peut-être plus nécessaire d'appliquer la formule Bosphorus avant l'adhésion, car la Cour de Luxembourg pourrait mettre l'Union en conformité avec la Convention de son propre chef. Dans son jugement sur une affaire d'asile impliquant le transfert du requérant du Royaume-Uni à la Grèce, la CJUE s'est explicitement référée à l'affaire MSS et a soutenu qu'un État membre dans lequel une demande d'asile a été déposée serait obligé d'exercer son droit de examiner cette demande d'asile elle-même au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement, si l'expulsion vers l'État membre principalement responsable de la demande exposait le demandeur d'asile à un risque grave de violation de ses droits fondamentaux[1438].

Il semble que la pression du jugement de Strasbourg sur le droit de l'Union et l'adhésion imminente à la Convention puisse effectivement aider à surmonter les lacunes du système de protection des droits de l'homme de l'Union européenne et à réparer les violations des droits de l'homme mais sans accorder à l'Union des privilèges indus sous la forme de la présomption de «protection équivalente».

Certes du côté de Strasbourg, il ne serait pas acquis que ce prisme, façonné par la jurisprudence Bosphorus, survive à l'adhésion de l'Union à la CEDH. Mais son abandon même ne signifierait pas nécessairement une indifférence totale résolue à l'autonomie de l'Union[1439] et l'on peine à imaginer qu'en l'absence d'insuffisance manifeste, le premier souci de la Cour-EDH serait de s'immiscer dans les équilibres internes de cette construction juridique complexe pour remettre en cause la dose de pluralisme jugée

---

[1437] J.Baumann, Auf dem Weg zu einem doppelten EMRK-Schutzstandard? Die Fortschreibung der Bosphorus-Rechtsprechung des EGMR im Fall Nderlandse Kokkelvisserij, 2011, 38 Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1, p.11. in Paul Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, opt.cit, p. 75.

[1438] CJUE, 21 décembre 2011, N. S. aff. C-411/10, contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform, ECLI:EU:C:2011:865, points 90 et 107.

[1439] D. Szymczak, La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne , in La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne- Entre évolution et permanence, Bruylant, Bruxelles, 2015, p.356, spéc.p.371.

tolérable dans le processus d'intégration. Sous quelque angle qu'on l'aborde, la problématique apparaît donc relever du seul droit de l'Union[1440]. On peut penser de surcroit qu'elle devrait surtout y être traitée par une approche coopérative[1441].

La Cour EDH a toujours cherché à ne pas entraver la création d'organisations internationales ou d'autres formes de coopération internationale par les Etats parties à la CEDH, tout en veillant à ce que les progrès de cette coopération n'aboutissent pas aux Etats qui se soustraient aux obligations de la Convention. La nécessité d'un compromis entre ces deux objectifs potentiellement conflictuels est au cœur de la jurisprudence Bosphorus.

La Convention, toujours selon la Cour, *« La Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être « reconnus ». Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres[1442]. »* Afin de garantir que les droits de l'homme continuent d'être garantis alors que les organisations internationales se voient attribuer des compétences plus étendues dans des domaines pouvant affecter la jouissance des droits de l'homme, la Cour doit élaborer une doctrine qui permette à la fois certains transferts de pouvoirs, y compris les transferts par lesquels les États membres de l'organisation renoncent à toute possibilité d'opposer son veto aux décisions adoptées par cette organisation, et la nécessité de veiller à ce qu'ils ne «contournent» pas leurs obligations préexistantes en matière de droits de l'homme[1443]. Pour ce faire, la Cour a proposé de

---

[1440] Pour dire les choses autrement, l'impression est « que la Cour de justice exige de l'accord qu'il contienne des dispositions de nature à assurer la discipline interne de l'Union vis-à-vis de ses États membres, ce qui semble inutile et ne saurait, en tout état de cause, fonder un constat d'incompatibilité. »(S. Platon, Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice :un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ?, RDLF 2015, chron. n°13)

[1441] C. Picheral, Concurrence et parasitisme des standards de protection , in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1, p. 91.

[1442] Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews c. Royaume Uni, Requête n° 24833/94, point.32.

[1443]La notion de «contournement» est bien entendu empruntée à la version finale du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, adopté par la Commission du droit international (CDI) à sa soixante-troisième session en 2011 et présenté à la soixante-sixième session de l'Assemblée générale (A / 66/10, point 87).

donner une lecture des exigences de la CEDH qui pourraient tenir compte d'autres obligations que les États peuvent avoir contractées en adhérant à une organisation internationale[1444]. Elle a annoncé qu'elle présumerait de la compatibilité avec la CEDH des actes adoptés par les États en exécution des obligations qui leur incombent en tant que membres d'une organisation internationale, dans la mesure où ces actes peuvent être revus pour leur compatibilité avec les droits fondamentaux dans le système mis en place au sein de cette organisation elle-même. Telle est, en substance, la doctrine établie dans l'affaire Bosphorus de 2005, où la Cour a annoncé que:

> *De l'avis de la Cour, une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention (M. & Co., décision précitée, p. 152, démarche à laquelle les parties et la Commission européenne souscrivent). Par « équivalente », la Cour entend « comparable » : toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi*[1445].

Selon la doctrine du Bosphore, les mesures qu'un État a pris pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en tant que membre d'une organisation internationale qu'il a adhéré après avoir adhéré à la CEDH seront présumées compatibles avec la Convention si ladite organisation protège les droits de l'homme d'une manière qui pourrait être considérée comme «équivalente» à leur garantie en vertu de la Convention: Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations

---

[1444] La Cour a cherché à lire la Convention, dans toute la mesure du possible, à la lumière des règles et principes pertinents du droit international applicables dans les relations entre les parties contractantes, conformément à l'article 31§3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969; voir : Cour-EDH, 21 novembre 2001, Al-Adsani c Royaume-Uni, Req. Nr. 35763/97, point 55.

[1445] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus contre Irlande, Req. Nr. 45036/98, point 155.

juridiques résultant de son adhésion à l'organisation[1446]- c'est-à-dire lorsque l'État est privé de toute marge d'appréciation dans la mise en œuvre de ces obligations. Cependant, une telle présomption peut ne pas être absolue[1447]. La Cour réitère son point de vue selon lequel : les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective. Il s'ensuit non seulement que cet Etat : L'Etat demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention[1448] mais aussi que la présomption de compatibilité telle que définie ci-dessus : peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale[1449].

En substance, la doctrine Bosphorus transforme les obligations des États parties à la CEDH, lorsqu'ils transfèrent certains pouvoirs à une organisation internationale, en une obligation de diligence raisonnable de garantir que les droits de la Convention seront protégés par des mécanismes internes à cette organisation[1450]. La doctrine est énoncée en termes généraux par la Cour et n'est donc pas nécessairement limitée à l'UE[1451]. Mais il est apparu dans un contexte très spécifique: un certain nombre d'États parties liés par la CEDH ont décidé d'établir les Communautés européennes, désormais absorbées par l'UE, rejoignant ainsi un nouvel «ordre juridique» dans lequel un contrôle judiciaire du respect

---

[1446] Ibid, point 156.

[1447] O. De Schutter, Bosphorus Post-Accession : Redefining the Relationship between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention. p. 178. in V.Kosta et autres (eds), The EU Accession to the ECHR, Hart Publishing, Oxford, 2014.

[1448] Ibid 154.

[1449] Ibid.156.

[1450] Voir. J.Callewaert, The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony , 6 European Human Rights Law Review, 2009, p.768, 771-774.

[1451] Cour-EDH, 12 mai 2009, Gasparini contre Itali et Belgique, Req. Nr. 10750/03 (concernant un conflit du travail au sein de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord OTAN).

des droits fondamentaux est apparu depuis les années 1960[1452]. En effet, l'approche de la Cour s'inspirait clairement de l'attitude de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Bundesverfassungsgericht) à l'égard de ce qui était alors le droit communautaire. Après avoir surmonté ses hésitations initiales et convaincu que les droits fondamentaux étaient correctement protégés dans l'ordre juridique de la Communauté, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a-t-elle accepté de reconnaître la suprématie du droit communautaire sans examiner sa compatibilité avec les droits fondamentaux protégés par la loi fondamentale allemande (Grundgesetz)[1453].

Cette cooptation de la doctrine *«Solange à l'enverse[1454]»* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande par les organes de contrôle de la CEDH n'est pas non plus sans précédent. C'est déjà cette attitude du Bunderverfassungsgricht qui avait conduit la Commission européenne des Droits de l'Homme en 1990 - à l'instigation de Henry Schermers et Hans-Christian Krüger, respectivement un de ses membres et son secrétaire - à développer la doctrine d'une protection équivalente. », selon laquelle les organes de contrôle créés par la CEDH ne devraient pas contrôler les actes adoptés par les États parties en tant qu'États membres de la Communauté européenne pour remplir leurs obligations communautaires dans la mesure où l'ordre juridique communautaire prévoit

---

1452 CJUE, 12 novembre 1969, Stauder c. Ville d'Ulm, aff. 26-69, ECLI: ECLI:EU:C:1969:57 ; CJUE, 17 décembre 1970, Internationale Handelgesellschaft c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11-70, ECLI:EU:C:1970:114 ; CJUE, 14 mai 1974, Nold c. Commission, aff. 4-73,ECLI:EU:C:1974:51. La Cour reconnaît non seulement que les institutions de l'UE sont tenues de respecter les droits fondamentaux, mais aussi que les États membres de l'UE peuvent invoquer la nécessité de protéger les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit, même si cela peut les déroger à leurs obligations en vertu du droit de l'UE. Ceci est crucial car cela rend peu probable, voire impossible, une situation où un Etat pourrait devoir oublier ses obligations en matière de droits de l'homme pour se conformer à ses obligations en vertu du droit de l'UE.

1453 J. Limbach, La coopération des juridictions dans la future architecture européenne des droits fondamentaux. Contribution à la redéfinition des rapports entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme', 12 Revue universelle des droits de l'homme, 2000, p.369.

1454 O.De Schutter, Bosphorus Post-Accession : Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention, in V. Kosta et autres, The EU accession to the ECHR, Hart Publishing, Oxford, 2014, p.180.

son propre système de protection des droits fondamentaux qui peuvent être considérés comme généralement satisfaisants[1455]. La doctrine a également été invoquée implicitement dans des affaires ultérieures par la Cour européenne des droits de l'homme, même avant sa réaffirmation spectaculaire dans le Bosphore[1456].

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conduisant à l'arrêt Bosphorus vise à faire en sorte que la Convention ne constitue pas un obstacle à la poursuite de l'intégration européenne par la création d'une organisation supranationale parmi les États membres de l'UE. Dans ses observations devant la Cour dans cette affaire, la Commission européenne serait sérieusement entravée si les États membres étaient tenus de vérifier la compatibilité avec la CEDH des actes du droit de l'UE avant d'accepter de les appliquer, même dans des situations où ils n'ont aucun pouvoir discrétionnaire d' exercer au niveau de la mise en œuvre. La Cour n'arrête pas d'affirmer que, les États membres ayant transféré certains pouvoirs à une organisation supranationale (l'UE), leur responsabilité internationale ne saurait être engagée pour des situations résultant directement de l'application d'actes de la Communauté européenne. La Convention reste applicable à de telles situations et les Etats parties restent entièrement responsables devant les organes de contrôle qu'elle crée. Mais la nature de l'enquête de la Cour européenne des droits de l'homme sera influencée de manière décisive par le fait que la violation alléguée trouve sa source dans l'application d'un acte adopté au sein de l'UE. La Cour estime donc que l'on ne saurait considérer que la protection des droits de la société requérante garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste, de sorte que ladite présomption de respect de la Convention par l'Etat défendeur n'a pas été renversée[1457]. La doctrine Bosphorus n'a certes pas échappé à la critique, mais elle a joué un rôle utile dans

---

[1455] Cour-EDH, 9 février 1990, M. & Co. contre la RFA, Req. n° 13258/87. Decisons and Reports, vol.64, 138, voir aussi : Cour-EDH, 10 Janvier 1994, Heinz c. États contractants également Parties à la Convention sur le Brevet européen. Req. Nr. 21090/92.

[1456] Cour-EDH, 18 février 1999, Beer et Regan c. Allemagne, Req. Nr. 28934/95, point 53 ; Cour-EDH, 18 février 1999, Waite et Kennedy c. Allemagne, Req. Nr. 26083/94 , point 63 (reconnaissant que la mise en place de voies de recours au sein des structures internes de l'Agence spatiale européenne (ASE) pourrait assurer la compatibilité avec les exigences de l'article 6§1 de la Convention, bien que l'immunité de juridiction de l'ASE ne lui permette devant les juridictions nationales d'Allemagne dans les conflits du travail.).

[1457] Cour-EDH, 30 juin 2005, Bosphorus contre Irlande, Req. Nr. 45036/98, point 166.

la définition des modalités de la coopération entre la CJUE et la Cour EDH. La CJUE a pour mission de préserver les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE: tant qu'elle respectera les droits de la Convention tout en tenant compte de l'interprétation donnée à ces droits par la Cour EDH, sa conclusion sera digne de confiance; ce n'est que lorsque des insuffisances manifestes» apparaissent - ou, bien sûr, lorsque la CJUE n'a pas été en mesure d'exercer son contrôle - que ces conclusions seront mises en doute. Parfois, la présomption semble élargir la marge d'appréciation de la CJUE, qui semble lui être reconnue comme une liberté d'adapter les exigences de la CEDH aux exigences spécifiques du droit de l'UE, au-delà de ce qui serait toléré par les plus hautes juridictions nationales[1458]. Mais elle a aussi une fonction de discipline: pour mériter cette confiance, la CJUE doit être irréprochable. En effet, il est probable qu'elle a été une étudiante particulièrement diligente de la jurisprudence de la CEDH, non pas en dépit de, mais plutôt en raison de la division du travail établie par la doctrine Bosphorus[1459].

En outre, De Schutter, sur cette enquête, fait valoir que l'adhésion ne serait ni légalement justifiée ni politiquement opportune pour maintenir la doctrine Bosphorus dans sa forme actuelle, dans laquelle la CJUE est privilégiée par rapport à sa position de cour constitutionnelle d'une partie contractante typique[1460]. De Schutter à cet égard dit que -si pour certaines raisons politiques Bosphorus doit rester en vigueur pour une autre période-, alors il doit être ajusté dans un cadre plus moderne et théoriquement fondé. Une telle transformation doit interpréter Bosphorus en un cadre objectif fondé sur des critères qui s'applique à toutes les parties contractantes si elles sont en mesure de justifier qu'elles portent satisfaction aux normes justifiables requises sur le plan de la procédure. Une telle

---

[1458] Cour-EDH, 11 février 2009, Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas Req. Nr. 13645/05

[1459] O.De Schutter, Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention", in V. Kosta et autres, The EU accession to the ECHR, Hart Publishing, Oxford, 2014, p.180.

[1460] O.De Schutter, Bosphorus post-accession :redefining the relationship between the European Court of Human Rights and the parties to the Convention, in V.kosta et al (eds) The EU accession to the ECHR, Hart Publishing, Oxford, 2014,p.198. Voir aussi Gragl (2013), p.74, qui, se référant à Heer-Reismann, fait valoir qu'après l'adhésion, le risque d'obligations potentiellement contradictoires entre les deux régimes de traités n'existera plus, car il y aura un système institutionnel en place pour coordonner et potentiellement résoudre les conflits.

transformation doit interpréter Bosphorus en un cadre objectif fondé sur des critères qui s'appliquent à toutes les parties contractantes si elles sont en mesure de justifier qu'elles se sont conformées de manière préexistante aux normes justifiables requises. Une telle application au niveau horizontal - comme le soutient De Schutter - rendrait alors le processus d'adhésion pertinent non seulement du point de vue du changement de nature de Bosphorus en ce qui concerne l'ordre juridique de l'UE, mais aussi des ordres juridiques des Hautes Parties contractantes. Une telle application au niveau horizontal - comme le soutient De Schutter - rendrait alors le processus d'adhésion pertinent non seulement du point de vue du changement de nature de Bosphorus en ce qui concerne l'ordre juridique de l'UE, mais aussi des ordres juridiques des Hautes Parties contractantes. Selon Schutter, de telles normes objectives doivent dériver de tous les ordres juridiques européens et, en suivant cette direction, la doctrine de Boshprus révisée reflétera mieux le standard européen des droits qui sera alors obligatoire pour toutes les parties contractantes, donc modifier la qualité du droit commun européen des droits de l'homme en une loi plus riche et mieux standardisée à travers la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[1461].

Fondamentalement, la proposition de De Schutter semble plutôt bien promouvoir l'égalité entre les parties contractantes de la Convention - au lieu d'un statut privilégié pour l'UE. Une telle redéfinition de Bosphorus appliquerait donc une norme d'égalité entre toutes les parties contractantes. Quant à la nature de la norme d'évaluation, ce nouveau format de Bosphorus proposé par De Schutter semble raisonnable et plus fondé sur des bases théoriques. Cependant, la portée de l'égalité prévue pour Bosphore ne justifie pas en soi son application même si la proposition de De Schutter est de garder cette doctrine comme un ensemble de critères objectivement conformes aux meilleurs standards du droit

[1461] De Schutter, 2014, p.198. Gragl soulève à juste titre la question de l'inégalité de traitement que l'UE, comparée à d'autres hautes parties contractantes, maintiendrait si Bosphorus restait en vigueur après l'adhésion. En outre, Gragl souligne que l'objectif de l'adhésion n'est pas de soumettre l'UE à un traitement inégal comparé aux autres parties contractantes du système de la Convention. À cet égard, Gragl prend l'exemple de l'affaire MSS dans laquelle la Cour de Strasbourg a fondamentalement démontré qu'elle ne souhaitait pas appliquer la norme de protection équivalente à la législation nationale même si celle-ci relevait du droit de l'UE (s'il existe la possibilité pour les Etats de déroger exceptionnellement à la loi). À cet égard, Gragl note qu'il serait même judicieux de révoquer entièrement cette présomption post-adhésion, car cette mesure permettrait enfin de remédier à «l'anomalie» de l'UE en tant que partie contractante privilégiée du système de la Convention. Gragl, 2013, p.75.

européen des droits de l'homme. Il y a deux raisons pour s'opposer à cette proposition et soutenir le rejet complet de Bopshorus post-adhésion. Premièrement, le système de la Convention est conçu - tant à l'origine que dans le contexte de sa fonction - comme un système de protection des droits de l'homme qui permet aux demandeurs d'accéder pleinement à son contrôle en matière de droits de l'homme. Si le système de la Convention devenait simplement un ensemble de normes élevées ne permettant pratiquement pas l'accès individuel et l'évaluation de la demande de chaque demandeur, il serait contraire à la logique de servir comme un mécanisme externe complet et efficace de contrôle des droits de l'homme. Deuxièmement, il serait trop spéculatif que la Cour de Strasbourg s'engage à développer les normes de protection des droits de l'homme à partir des meilleurs exemples nationaux pour deux raisons fondamentales: premièrement, le système de la Convention ne devrait pas viser à détruire les modèles traditionnels de protection des droits humains; ordres juridiques nationaux; et deuxièmement, ce n'est pas - et ce ne devrait pas être - l'intention du système de la Convention de devenir la norme maximale des droits de l'homme en Europe: il devrait plutôt être la norme minimale[1462]. Ce dernier argument ne permet pas à la Cour de Strasbourg de prendre le rôle que lui propose De Schutter dans le cadre de la modélisation redéfinie de Bosphorus. Et enfin, il ne serait pas pratiquement possible - pour la Cour de Strasbourg, en tant que tribunal subsidiaire et législateur négatif - de prendre en charge la conception et la mise à jour active des droits de l'homme dans la proposition de De Schutter si elle ne joue pas activement un rôle dans l'attitude positive-législative de la jurisprudence. Par conséquent, pour les avantages d'une protection efficace des droits de l'homme en Europe - bien que la proposition de De Schutter soit rationnelle au regard des besoins politiques que le système de la Convention doit peut-être faire progresser -, il est nécessaire de renverser la doctrine Bosphorus pour rendre les parties contractantes de l'UE régulières et légitimes et ses citoyens égaux devant les mécanismes de contrôle de la Cour de Strasbourg.

Sans doute ce scénario de discorde généralisée ne doit-il pas être exagéré. L'adhésion abandonné, la Cour de Luxembourg en reviendra peut-être à de meilleures intentions et sera à l'avenir de nouveau plus sensible à l'impératif « d'homogénéité interprétative »

[1462] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Suisse, 2015, p.398.

figurant expressément dans la Charte. Peut-être aussi que la Cour de Strasbourg, soucieuse de ne pas irriter davantage encore les États parties, conservera –t-elle malgré l'avis une prudente retenue dans les affaires mettant indirectement en cause le droit de l'Union. Ou peut-être pas. Auquel cas il sera vraiment possible de prétendre que l'avis 2/13 aura été largement contreproductif.[1463]

Suite à l'avis 2/13, l'absence d'adhésion de l'Union à la CEDH rendant impossible tout contrôle direct du droit de l'Union européenne, certains auteurs ont envisagé la possibilité d'un renforcement du contrôle indirect du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire un approfondissement du contrôle des mesures nationales d'application du droite l'Union européenne[1464]. Récemment dans l'arrêt *Avotins*[1465], la Cour-EDH reste fidèle à sa conception de la présomption d'équivalence de protection définie par les arrêts Bosphorus et Michaud. S'agissant des conditions d'application de la présomption d'équivalence de protection, la Cour-EDH procède même à une appréciation plus souple, limitant ainsi les possibilités de non-application de la présomption et la mise en place d'un contrôle normal sur les mesures nationales prises en exécution du droit de l'Union européenne[1466]. De l'autre côté dans l'arrêt *Michaud*[1467] la Cour-EDH estime que la présomption de protection équivalente dans l'ordre juridique de l'Union est soumise à deux conditions: a) l'absence de marge de manoeuvre pour les autorités nationales et le déploiement de l'intégralité des potentialités du mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Avotins,* la Cour-EDH arrive à la conclusion que ces deux conditions sont remplies

---

[1463] D. Szymczak, L'avis 2/13 du 18 décembre 2014 : de l'art d'être contre-productif. In Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, F. Picod et J. Rideau, R.A.E- L.E.A 2015/1, p.15

[1464] C. Picheral, Des réponses potentielles de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avis 2/13, RUE, 2016, p. 426.

[1465] Cour-EDH, 23mai 2016, aff. Avotins c./ Lettonie , Req. N° 17502/07.

[1466] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour EDH, 23 mai 2016), R.A.E L.E.A 2016/3, p. 470.

[1467] Cour-EDH, 6 décembre 2012, Michaud c./ France, Req. N°12323

et limite donc son contrôle à celui de l'insuffisance manifeste de la protection des droits fondamentaux et elle procède à une analyse souple de la seconde condition[1468].

Enfin on peut conclure que ce chapitre présentait un examen global des objectifs de l'adhésion, de ses résultats escomptés et de son effet global du point de vue du droit constitutionnel de l'UE et du droit international et les conséquences du rejet de la CJUE de u PDA. Nous concluons ici que l'analyse aurait été incomplète si ces deux perspectives n'étaient pas considérées dynamiquement et mutuellement. L'analyse a ensuite déconstruit chaque article du PDA, en se concentrant particulièrement sur ceux qui régissent les aspects institutionnels de l'adhésion- Le chapitre conclut que l'adhésion de l'UE à la CEDH entraînera probablement plusieurs transformations dans le droit de l'UE, le système de la Convention (et notamment le futur de la doctrine Bosphorus) et, surtout, l'interaction entre l'ordre juridique de l'UE et le système de la Convention. Depuis son arrêt Bosphorus, la CourEDH a renforcé son recours au droit de l'UE et aux interprétations de la CJUE dans l'interprétation des droits de la CEDH elle même. C'est le cas notamment en droit anti-discriminatoire, mais aussi dans d'autres domaines.29 Les actions ou les omissions de l'UE qui violent la CEDH sans mise en œuvre par les Etats membres demeurent cependant encore exclues de la juridiction de la CourEDH.30 Il subsiste donc une lacune importante dans la protection des droits de l'homme en Europe. C'est précisément cette lacune que l'adhésion de l'UE à la CEDH doit permettre de combler[1469].

De telles transformations reflèteront probablement qu'un système plus novateur de droit international des droits de l'homme prend de l'ampleur, les organisations internationales comme l'UE acquérant des pouvoirs souverains dans des domaines conventionnels appartenant à l'État, comme les obligations internationales en matière de droits de l'homme. La transformation que le processus d'adhésion devrait engendrer, produira probablement un paysage de droit européen / international plus pluriel et fragmenté, les

---

[1468] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour EDH, 23 mai 2016), *opt.cit,* p. 470.

[1469] S. Besson, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, dans Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015) 2015 p. 430.

régimes de droit à plusieurs niveaux voyant un développement constant et une intégration fonctionnelle.

Le chapitre conclut donc qu'avec l'adhésion de l'UE à la CEDH (si elle aura lieu), l'Union deviendra l'un des maîtres de la Convention de l'UE du point de vue d'une autorité contractante en droit international[1470]. Un tel attribut renforcera certainement l'attitude et la forme de l'Union en matière de droit international, mais ce dernier phénomène sera non seulement très pertinent, mais il aura également un impact sur les relations internes entre l'UE et ses États membres. D'un autre côté, l'UE devenant une Haute Partie contractante à la Convention, celle-ci modifiera structurellement son image systémique, étant offerte au concept croissant de pluralisme des droits de l'homme. Le chapitre conclut donc que l'adhésion de l'UE à la CEDH entraînera non seulement certains changements dans la forme interne et externe de l'UE, mais aura aussi un coût pour le système de la Convention elle-même, ouverte pour la première fois à une organisation internationale en tant que partie contractante. Le chapitre a également examiné le mode d'adhésion, et il est donc conclu que le modèle d'accession que les négociateurs ont arrangé - celui avec un traité d'adhésion qui sert simultanément deux fonctions, premièrement pour amender la convention et deuxièmement pour l'UE d'adhérer à la Convention - a été examinée comme la méthode la plus opportune et la plus juridiquement sûre.

Cette section a également examiné séparément le préambule et chaque article du PDA, en tenant compte de leur portée, de la nature de leur effet et des implications potentielles que leur application peut poser. Certaines réflexions ont été faites sur la participation institutionnelle de l'UE au système de la Convention, concluant par conséquent que cette dernière a offert un environnement suffisamment accommodant à l'UE - ce qui peut aller au-delà des pratiques d'autres organisations internationales. D'un autre côté, en ce qui concerne la portée de l'adhésion, il est conclu que l'adhésion de l'UE à certains protocoles - et non à tous - pourrait être une voie plus sûre pour garantir aux États membres que l'adhésion ne changera pas directement leur position en ce qui concerne les protocoles de la Convention.

[1470] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International, Suisse, 2015 p.127.

Enfin, il est conclu que l'adhésion de l'UE à la CEDH devrait fournir un nouveau réservoir de concepts du développement des droits de l'homme dans le paysage paneuropéen, ce qui pourrait amplifier l'effet d'entraînement de l'intégration européenne sur l'ensemble du continent européen. Un tel effet - il faut conclure - sera certainement important pour le mode d'interaction que certains régimes de droit autonome connaîtront sous la règle d'une loi changeante des «nations»[1471].

CHAPITRE II: Le respect des caractéristiques spécifiques de l'UE: L'autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union affirmée par l'avis 2/13 de la CJUE.

L'autonomie du droit de l'UE a toujours revêtu une grande importance pour la Cour depuis l'arrêt de principe rendu dans Van Gend en Loos. Faisant suite à cette jurisprudence, la Cour insiste également avec une vigueur particulière sur la notion d'autonomie dans son avis. En bref, la Cour comprend que l'autonomie signifie que l'UE peut être une construction du droit international, mais que, dans son ordre interne, ses propres règles déplacent les principes et les mécanismes du droit international.

Dans son avis, la Cour note cependant également que l'UE et ses organes ont la principale possibilité de se soumettre, par le biais d'un accord international, à une interprétation contraignante de ce dernier par un organe judiciaire externe[1472]. Ce principe est néanmoins limité en ce que les compétences de l'UE ne doivent pas être affectées dans leur caractère essentiel. En particulier, les organes de la CEDH ne doivent pas pouvoir imposer à une interprétation particulière des règles du droit de l'Union européenne[1473].

La Cour a souligné que, conformément à sa jurisprudence, un accord international ne peut pas affecter la répartition des compétences fixées par les traités ni l'autonomie du système

---

[1471] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, opt.cit, p.127.

[1472] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 182.

[1473] *Ibid.* point 183-184.

juridique de l'Union et les compétences respectives de la Cour, un principe consacré à l'article 344 du TFUE selon lequel les États membres s'engagent à ne pas soumettre le différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux qui y sont prévus.

Pour cette raison on va analyser l'autonomie du droit de l'UE dans la cadre de ses relations extérieures avec d'autres juridictions (I) et le respect de ses caractéristiques spécifiques à l'intérieur de l'UE (II).

SECTION I. Les recours inter-étatiques après l'adhésion de l'UE à la CEDH.

Cette section fournit une analyse de la procédure de plainte entre Parties dans un contexte post-adhésion UE-CEDH, abordant non seulement la conciliation des régimes de l'UE et de la Convention pour permettre l'utilisation de ce mécanisme, mais aussi des moyens de preuve, de la manière dont l'autonomie de la législation de l'UE peut être protégée. Le chapitre répond à la sous-question de recherche: «Si et, si oui, comment la CEDH et la législation de l'UE peuvent-elles se concilier pour permettre à l'UE / États membres d'utiliser le mécanisme entre Parties de la CEDH? » Cette partie examine attentivement les limitations de la législation de l'UE sur le recours aux Cours externes aux fins de l'interprétation de certains segments du droit de l'UE, dans la mesure où la CEDH est déjà devenue partie intégrante du droit de l'UE. À cette fin, la section examine dans quelle mesure les limites des compétences des Cours de l'UE en matière de compétence des cours externes doivent être interprétées et indique des moyens de concilier ces dispositions avec les dispositions de la CEDH sur les compétences interparlementaires de la Cour de Strasbourg. Mox Plant (Irlande c. Royaume-Uni) est utilisé et systématiquement examiné par rapport au mécanisme et la mécanique des plaintes entre Parties prévus par l'Accord d'Adhésion, avec l'intention de tester l'applicabilité, l'intégrité et la fonctionnalité de son application avec l'UE comme l'une des parties. Des examens minutieux de la manière dont les traités de l'UE peuvent être adaptés aux procédures de plaintes entre Parties du PDA sont prévus, alors que plusieurs arguments consensuels ont été établis pour

s'assurer que la procédure entre Parties puisse être invoquée dans le contexte européen, cependant, plusieurs garanties doivent être introduites pour garantir l'autonomie de la législation de l'UE à cet égard. La question du contrôle abstrait du droit de l'UE dans le cadre du mécanisme de plainte entre Parties est également examinée à la lumière de la sensibilité de l'UE au droit de l'autonomie. En bref, cette section couvre également la possibilité d'attaquer les mesures de la PESC devant la Cour de Strasbourg, cette dernière étant un tribunal de première instance pour une telle branche du droit de l'UE. La section conclut en affirmant que le mécanisme entre Parties du PDA et de la CEDH pourrait permettre un rapprochement avec la législation européenne, l'UE étant une partie susceptible de déposer une plainte et de se faire attaquer par ce mécanisme devant la Cour de Strasbourg. (Certes, des questions d'autonomie de droit de l'UE y sont implicitement soulevées.)

Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme prévoient généralement une protection individuelle des droits de l'homme, dans le cadre de laquelle les individus ont accès à certaines institutions judiciaires demandant le rétablissement d'un droit découlant d'un instrument international relatif aux droits de l'homme[1474]. Les procédures de plaintes individuelles devant les tribunaux internationaux des droits de l'homme constituent la pratique juridique commune dans la plupart des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Cependant, outre les individus, de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme prévoient la possibilité qu'une certaine plainte relative aux droits de l'homme émane et soit jugée entre États *inter se*, à savoir la procédure de plainte inter-étatique[1475]. Les procédures de plainte inter-étatiques ne sont pas la forme habituelle, et probablement la plus courante, d'exiger la protection des droits de l'homme[1476].

[1474] Ce type d'action est le plus courant de son genre en droit international conventionnel. Voir: AH. Robertson, The European Court of Human Rights. Int Comp Law Q 8 (2),p. 397.

[1475] D. L. Shelton, Private violence, public wrongs, and the responsibility of states. Fordham Int Law J 13, p. 15, sur l'idée de base en droit international que les États ont le droit de protéger leurs citoyens contre les violations des droits de l'homme d'autres États.

[1476] M. Lisková, European exceptionalism in international law. Eur J Int Law 19 (3),p . 479. A noter que la CEDH confère à chaque Etat partie le plein pouvoir d'utiliser et de devenir soumis à ce mécanisme, ce qui n'apparaît pas par ex. dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans lequel de nombreux États parties n'ont pas compétence pour devenir sujets au mécanisme interétatique.

Cependant, la simple existence de tels mécanismes au sein de nombreux traités internationaux sur les droits de l'homme souligne la nécessité d'analyser leur impact éventuel, en particulier dans le contexte d'une législation très spécifique des organisations internationales comme l'UE.

On s'attend normalement à ce que le mécanisme de plainte inter-étatique[1477] soulève des ramifications politiques pour les relations entre le requérant et l'Etat défendeur[1478]. Les implications politiques supposées[1479], suivre l'utilisation du mécanisme inter-étatique sont considérées comme le principal obstacle à l'utilisation normale et fréquente d'une telle procédure dans les procédures judiciaires internationales. Elles soulignent également *"les problèmes difficiles de coordination entre procédures judiciaires concurrentes qui aboutissent à un risque important de jugements incompatibles"*[1480]. Pour cette raison, l'utilisation très exceptionnelle de ce mécanisme semble soutenir l'argument selon lequel l'adéquation à la protection des droits de l'homme n'atteint pas les attentes fondamentales. Cependant, étant donné que la simple utilisation de ce mécanisme pourrait produire plusieurs implications juridiques inter-étatiques, mais aussi plus larges, on va se diriger vers le fait que la nécessité d'expliquer les conséquences juridiques d'un tel mécanisme est très importante même si l'on néglige la dimension, où la compétence par rapport à l'interprétation des traités devient souvent une pierre énorme à passer[1481].

[1477] Comme exemple d'une plainte inter-étatique voir : CJUE, 4 oct. 1979, République française contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, aff. C 141/78, ECLI:EU:C:1979:225.

[1478] La Charte des Nations Unies, par exemple, établit que les différends entre les membres de l'ONU devraient normalement être soumis à la Cour internationale de Justice pour des résolutions.Voir Art 36 (3) de la Charte de NU ; Voir aussi : C. Schreuer, What is a legal dispute ? Disponible à : http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/95.pdf

[1479] À ce stade, Gragl soutient que ce sont les implications politiques qui ont fondamentalement empêché l'utilisation du mécanisme interétatique en vertu de la CEDH, donc aujourd'hui il n'y a que quelques cas inter-étatiques qui sont apparus dans la pratique. P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 139.

[1480] Y. Shany, The first Mox Plant award : the need to harmonize competing environmental regimes and dispute settlement procedures. Leiden J Int Law 17 (4) 2004, p. 816.

[1481] J. Pauwelyn, Bridging fragmentation and unity : international law as a universe of inter-connected islands. Mich J Int Law, 25 , 2004, p.913.

La configuration du mécanisme inter-étatique prévoit la possibilité pour un Etat de comparaître devant une Cour internationale contre un autre Etat, tous deux parties au même traité international des droits de l'homme, demandant que l'Etat défendeur soit tenu responsable de la violation de droits de l'homme sur son territoire / sa juridiction ou son territoire dépendant. Le recours inter-étatiques doit permettre de faire prévaloir un intérêt commun de respect des droits de l'homme sans que l'État ait à justifier d'un intérêt à agir ou d'un lien avec les personnes victimes d'une violation de leurs droits mais qui s'oppose à une pratique beaucoup moins vertueuse qui met en exergue les intérêts et la souveraineté des États[1482] . Certes, un tel acte de l'Etat requérant peut être considéré comme interférant avec les affaires intérieures de l'Etat défendeur, et il y a donc de nombreuses raisons pour que ce dernier ait confiance que l'Etat requérant provoque une bataille politique par des moyens judiciaires internationaux. Ces circonstances doivent toutefois être justifiées par le fait que le respect des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme aux fins de leur application au niveau national ne peut être considéré comme une ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat défendeur. Au contraire, leur objectif est simplement de soutenir la protection des droits de l'homme par des moyens qui vont au-delà des procédures de plaintes individuelles[1483].

La Convention européenne des droits de l'homme prévoit également la procédure de plainte inter-étatique, dans le cadre de laquelle une Haute Partie contractante soumet une requête contre une autre Haute Partie contractante au sujet d'une prétendue violation des droits garantis par la Convention[1484]. Ce mécanisme permet aux parties à la Convention d'observer collectivement la conformité de toute partie avec le système de la

---

[1482]M. Afroukh et L. Coutron, La compétence- exagérément?- exclusive de la Cour de Justice pour l'examen des recours interétatiques, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. de F. Picod et J. Rideau ,R.A.E-L.E.A,p.49

[1483]F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 243.

[1484] J.P Costa, The European Court of Human Rights and its recent case law. Texas Int Law J 3, 2003, p. 455. et T. Lock, EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg. Eur Law Rev 35 (6), 2010, p. 795. Voir également la jurisprudence pertinente de ce type, telle que: Cour-EDH, 18 Janvier 1978, aff. Irlande / Royaume, Req. Nr. 5310/71, Cour-EDH, 10 Mai 2001, aff. Chypre/Turquie (IV), Req. Nr. 25781/94.

Convention[1485]. Les parties désignées comme intimées sont obligées et doivent se soumettre à la juridiction de la Cour de Strasbourg[1486], *«qui est essentiellement une juridiction internationale - quoique dotée d'une compétence remarquable - et une cour qui ne cherche pas à unifier la loi, mais plutôt d'établir une norme européenne minimale[1487]. "* Le PDA, cependant, remplacera le mot *«inter-étatique »* par le terme *«affaires entre Parties »*, visant à permettre à l'UE de figurer en tant que Haute Partie contractante (en tant que partie à part entière) dans la procédure inter-étatique précédemment citée[1488]. Ainsi, les termes « État » ou « États Parties » sont compris comme s'appliquant également à l'Union européenne, en tant que Partie non étatique à la Convention et les termes « droit national », « administration de l'État », « lois nationales », « instance nationale », « sécurité nationale », « bien-être économique du pays », « intégrité territoriale » et « vie de la nation » se réfèrent également, *mutandis mutandis,* à l'ordre juridique interne de l'Union européenne, ainsi qu'à ses institutions, organes, organismes ou agences et en ce qui concerne l'Union européenne, les termes « pays », « territoires » et « territoire d'un État » désignent chacun des territoires des États membres de l'Union européenne auxquels le traité sur l'Union européenne et le traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne s'appliquent[1489]. Les rédacteurs de cette disposition (article 4 PDA), selon Gragl, ont estimé qu'il était trop privilégié pour accorder l'immunité de l'UE à la juridiction entre Parties. Par conséquent, ils ont décidé de permettre une telle compétence de la Cour sur

---

[1485] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.174.

[1486] Comparez cette juridiction à celle de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, dans laquelle la compétence de la Cour ne dépend pas des adresses. Voir par ex. Comment,The International human rights treaties: some problems of policy and interpretation. Univ Pa Law Rev 126 (4), p. 895.

[1487] FG Jacobs, The sovereignty of law: the European way. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p.11.

[1488] Cette disposition, selon Gragl, en changeant le nom de la rubrique de «inter-étatique» à «entre parties», a accueilli les caractéristiques supranationales de l'UE en tant qu'entité non étatique dans le système de la CEDH. P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.184.

[1489] P. Dollat, L'avis de la CJURE: autonomie ou reddition du droit de l'Union?, Revue du Droit de l'Union européenne, 3-4/ 2016,p. 522.

l'UE également[1490]. Cela permettrait que trois scénarios possibles apparaissent dans le contexte de l'adhésion de l'UE à la CEDH. Premièrement, qu'un État membre de l'UE dépose une demande contre un autre État membre de l'UE, deuxièmement, qu'un État membre de l'UE dépose une demande contre l'UE et, troisièmement, que l'UE dépose une demande contre un / plusieurs État(s) membre(s) de l'UE. Chacun de ces scénarios touche à l'existence même de l'exclusivité des traités de l'UE pour réglementer les relations entre les États membres de l'UE[1491]. Cependant, comme Gragl le fait remarquer à juste titre, ce mécanisme pourrait également être utilisé à l'avenir par l'UE contre des parties contractantes non membres de la Convention, dans le cadre de sa politique extérieure en matière de droits de l'homme[1492].

En ce qui concerne le mécanisme inter-étatique, Gragl fait valoir qu'il existe deux possibilités d'utilisation: premièrement, dans le but de protéger les intérêts et le statut des droits de l'homme de ses citoyens, une partie contractante dépose une demande contre une autre partie contractante son objet, et, deuxièmement, une partie contractante - sous la forme d'une *"actio popularis"* - dépose une requête devant la Cour contre une autre partie contractante pour avoir violé l'ordre public européen[1493].

La Convention prévoit spécifiquement que:

Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante[1494]. (affaires inter-étatiques)

[1490] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.184.

[1491] Il est important de noter, toutefois, que ce mécanisme n'a pas été appliqué entre les États membres de l'UE depuis la mise en place des structures de l'UE. P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.175.

[1492] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.175.

[1493] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.174-175

[1494] F. Moderne, La Convention européenne des droits de l'Homme, Dalloz, Paris, 2012, p.57

L'article 33 de la Convention permet clairement que l'UE et chaque État membre de l'UE soient reconnus comme des Hautes Parties contractantes égales en ce qui concerne la procédure de plainte inter-étatique. Il est important d'apporter le point de vue de la CIJ sur l'interprétation de l'Art. 33 CEDH. La CIJ, dans un avis consultatif, a jugé que «le premier devoir d'un tribunal appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité est de s'efforcer de leur donner effet dans leur sens *naturel* et *ordinaire* dans le contexte dans lequel ils se produisent. Si les mots pertinents dans leur signification naturelle et ordinaire ont un sens dans leur contexte, qui est une fin de la question[1495]». Si cette norme de la CIJ devait être appliquée à l'art. 33 CEDH, le système de la Convention devrait permettre aux États membres de l'UE d'utiliser inconditionnellement la procédure entre Parties. Cela pourrait cependant toucher les frontières du droit de l'UE, étant donné que Strasbourg pourrait être habilitée à interpréter les relations entre l'UE et les États membres dans un scénario éventuel où les États membres renvoient des questions de droit de l'UE (direct ou indirect) pour une résolution à la Cour de Strasbourg, qui interfère certainement avec l'autonomie de la législation de l'UE. Une exclusion de l'applicabilité de l'article 33 CEDH dans les relations entre les EM et entre ceux-ci et l'Union européenne tout court aurait pour conséquence que les E.M seraient dépourvus de droits dont ils disposent en vertu de la Convention pour tout litige relatif au respect des droits de l'homme qui est en dehors du champ d'application du droit de l'Union, bien que les cas qui pourraient se présenter en pratique semblent s'appliquer même au principe de la confiance mutuelle, qui ne saurait être invoqué dans les domaines où les traités ne s'appliquent pas[1496]. En principe, on a longtemps soutenu que la procédure inter-étatique devrait être explicitement exclue du PDA, et de l'ensemble de l'UE selon la Convention. Une telle exclusion, a-t-on soutenu, empêcherait la Cour de Strasbourg d'interférer dans l'autonomie de la législation de l'UE[1497]. La Cour de Luxembourg - dans son Avis 2/13 (point. 213) - ne demande pas l'exclusion totale de la procédure entre Parties, mais précise que le PDA mentionne

---

[1495] CIJ, Avis Consultatif du 3 mars 1950, Compétence de l'Assemblée générale pour l'Admission d'un État aux Nations Unies, p. 8
http://www.icj-cij.org/files/case-related/9/009-19491128-REQ-1-00-BI.pdf

[1496] , I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CDE, N°1, 2015, p.64.

[1497] T. Lock, EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg. Eur Law Rev 35 (6) p. 797.

expressément que la Cour de Strasbourg n'aura pas compétence *ratione materie* pour se prononcer sur de tels cas[1498].

Avec le PDA prévoyant clairement la possibilité d'applications entre Parties[1499], il est nécessaire d'analyser l'ensemble mais aussi deux dimensions spécifiques de ce mécanisme. Ces deux questions spécifiques qui doivent être considérées sont: premièrement, l'exclusivité juridictionnelle de la Cour de Luxembourg sur le droit de l'UE et l'exclusivité juridictionnelle de la Cour de Strasbourg sur la Convention, (1) et leur conflit potentiel au sein du mécanisme entre Parties; et deuxièmement, la délimitation de leur autorité dans le cadre du mécanisme entre Parties, tout en analysant les moyens et les espaces à travers lesquels ces deux ordres peuvent se concilier sur cette question sous le prisme de de la décision de la CJUE suite à l'avis 2/13 (2)

1§. La dimension interne: Luxembourg versus Strasbourg.

Il semble de la nature générale de l'autonomie de la législation de l'UE que la Cour de Luxembourg se voie attribuer la compétence exclusive de l'Art 19 TUE pour interpréter et observer le droit de l'UE. Cette compétence est complétée par l'art. 344 TFUE, qui énonce clairement l'interdiction que les litiges entre États membres de l'UE soient résolus

[1498]F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Suisse, 2015, p. 245.

[1499] Pour faire une courte digression sur le sujet, la Cour de justice de l'UE a toujours aimé harmoniser les concepts des ordres juridiques des États membres et de l'ordre juridique de l'UE. Par exemple, il a statué que la notion de politique commerciale «a le même contenu, qu'elle soit appliquée dans le cadre de l'action internationale d'un État ou de celle de la Communauté». Voir, CJUE, 26 mars 1987, Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes, aff. 45/86,ECLI:EU:C:1987:163, point 16.n Si la Cour de l'UE appliquait ce point de vue avec le même degré de retenue à l'égard de la compréhension du mécanisme entre parties, il ne semblerait pas y avoir de problème à considérer cette dernière comme pleinement tolérable également en vertu du droit de l'UE.

uniquement dans le cadre du système judiciaire de l'UE[1500]. L'autonomie du droit de l'UE rend donc clairement visible qu'aucune ingérence extérieure n'est autorisée en ce qui concerne les différends entre l'UE et les États membres sur des questions de droit de l'UE, pour lesquelles la juridiction de Luxembourg a compétence exclusive[1501].

L'interdiction de l'art. 344 TFUE[1502] a été explicitement jugé dans *Mox Plant*, où la Cour de Luxembourg[1503] a statué qu'aucun accord international, auquel l'Union est partie, qu'il s'agisse d'un accord mixte ou non, ne puisse affecter la répartition des pouvoirs, alors que la Cour de Luxembourg est le seul organe responsable du respect (d'observer) de la loi[1504]. Il a été réitéré en l'espèce le devoir des États membres de ne soumettre aucun

---

[1500] Voir, par exemple, sur le cas des arbitrages, jusqu'où peut aller cette relation, à:K.von Papp, Clash of « Autonomous Legal Orders » : can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ ? A plea for direct referral from investment tribunals to ECJ. Common Market Law Rev 50 (4) 2013, p. 1051 et 1054. Voir aussi: J. Odermatt, The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No. 136, 2014, p. 13.

[1501] Voir, CJUE, 3 Juin 2008, Intertanko, aff. C-308/06,ECLI:EU:C:2008:312. Voir : M. Mendez, The enforcement of EU agreements : bolstering the effectiveness of treaty law ? Common Market Law Rev 47 (6),2010, p. 1751. et X. Groussot et autres, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011, Fondation Robert Schuman, Question d'Europe, N° 218, 7 novembre 2011. https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0218-adhesion-de-l-union-europeenne-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-l-homme-analyse

[1502] Parmi les propositions intéressantes visant à permettre aux parties d'origine européenne d'avoir accès aux tribunaux d'arbitrage internationaux - sans violer l'article 344 TFUE -, il faut considérer ces tribunaux comme des tribunaux d'arbitrage des États membres. Voir: K. von Papp, Clash of « Autonomus Legal Orders »: can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ. Common Market Law Rev 50 (4) 2013, p. 1081.

[1503] Il est normalement proposé que la Cour de l'UE fasse preuve de plus de retenue à l'égard de sa Cour co-européenne, la Cour de Strasbourg, afin d'envisager une protection plus structurée des droits de l'homme qui ne semble actuellement pas être le cas en Europe. Voir: J. Gerards, Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine. Eur Law J 17 (1) 2011, p. 81 et 85 et suiv.

[1504] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande., aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, point 123. Voir aussi : G. Martinico, Is the European Convention going to be « Supreme » ?A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts. Eur J Int Law 23 (2),2012 p. 424.

différend découlant de la législation de l'UE à une autre méthode de règlement des différends autre que le mécanisme découlant des traités eux-mêmes[1505]. L'avis 2/13 (point. 213) soutient cette affirmation, bien qu'avec un accent moins rigide. Cette instruction s'inscrit clairement dans les termes du protocole n ° 8 des traités, dans lequel non seulement l'interdiction d'affecter la répartition des responsabilités prévue par les traités, mais également a été établie l'interdiction d'affecter l'art. 344 des traités. D'autre part, l'Art. 33 CEDH prévoit la possibilité pour les parties à la Convention de renvoyer à la Cour de Strasbourg une affaire entre Parties dans lequel la Haute Partie contractante conteste les actes ou omissions de l'autre Haute Partie contractante, ce qui pourrait amener les États membres de l'UE à contester le droit de l'UE à Strasbourg[1506]. Cependant, en principe, il ne semble pas y avoir de chevauchement d'autorisations tant que l'article 33 de la CEDH et l'art. 344 TFUE sont concernés. Cela découle du fait que l'article 33 de la CEDH se réfère uniquement à la compétence de la Cour pour résoudre les cas contestant l'applicabilité de la CEDH, alors que l'article 344 TFUE se réfère à l'interprétation et à l'application des traités. Cependant, une fois que les Traités ou la législation en découlant deviennent la source de la violation de la CEDH (la CEDH et le PDA étant elles-mêmes incorporées dans le droit de l'UE[1507]), les deux articles pourraient devenir conflictuels et se chevaucher[1508]. Le dernier scénario possible devrait donc être examiné en détail ci-dessous, bien que l'Avis 2/13 (paragraphes 203 et suivants) aboutisse à cette conclusion avec un raisonnement extrêmement bref et non convaincant. Même si ces cas de figure peuvent apparaître dans une large mesure comme des hypothèses d'école, compte tenu du faible nombre de requêtes inter-étatiques dans l'histoire de l'application de la Convention, la Cour n'en juge pas moins que, faute d'exclusion formelle de la compétence de la Cour-EDH pour les litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la

[1505] N. Lavranos, The Mox Plant and IJzeren Rijn disputes: which court is the supreme arbitrer ? Leiden J Int Law 19 (1), 2006, p. 224 et suiv.

[1506] T. Lock, EU Accession to the ECHR : implications for judicial review in Strasbourg. Eur Law Rev 35 (6), 2010, p. 795. et P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 176.

[1507] CJUE, 30 avril 1974 , R. & V. Haegeman contre État belge, aff. 181/73,ECLI:EU:C:1974:41, point. 4-6.

[1508] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 197-204.

CEDH dans le champ matériel du droit de l'Union, le projet d'accord d'adhésion est incompatible sur ce point également avec l'article 344 TFUE, mais on peut ici encore s'interroger sur les raisons qui poussent la Cour à exiger que l'accord d'adhésion prévoie l'exclusion du recours à un mode externe de règlement des différends alors que celui-ci est déjà interdit par le droit de l'Union, et qu'un État membre qui y ferait appel serait susceptible d'être condamné à la suite d'un recours en constatation de manquement[1509].

Bien que la Cour de Luxembourg semble allergique à l'acceptation du fait qu'il existe un mécanisme entre Parties comme celui-ci dans le PDA - une décision qu'elle a jugée dans l'Avis 2/13 (paragraphe 213) ne devrait laisser aucune compétence *ratione materie* à la Cour de Strasbourg - il est toujours soutenu que les possibilités de concilier ces deux ordres existent. Dans cette mesure, Gragl note que le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) a proposé qu'il n'était pas nécessaire d'exclure l'UE du mécanisme entre Parties, car il s'agissait essentiellement d'un problème interne pour l'UE et ses États membres, qui pourrait être réglementé par un accord interne *inter se*[1510]. Pour commencer, il convient de noter que les deux régimes conventionnels, l'UE et la Convention, tels qu'ils sont généralement reconnus, contiennent des dispositions spécifiques attribuant la compétence exclusive pour les règlements de différends qui en découlent. En principe, de telles dispositions ont des positions purement conflictuelles dans le contexte de l'UE en tant que Haute Partie Contractante de la Convention. Comme expliqué plus haut, les deux dispositions contradictoires concernant l'adhésion de l'UE à la Convention seront l'article 55 CEDH et l'article 344 TFUE, les deux conférant une compétence exclusive à leurs tribunaux respectifs[1511] en matière de règlement des différends entre États membres de tels régimes. Afin d'examiner ce contexte de conflit

---

[1509] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Europe, Février 2015, p. 7.

[1510] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 183.

[1511] Gragl arrive à la même conclusion générale, bien qu'avec une direction d'argument plutôt différente. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 178. Voir également une "proposition" pour un système institutionnalisé de relation entre la juridiction des deux Cours dans: S. Greer et A. Williams, Human rights in the Council of Europe and the EU : towards « Individual », « Constitutional » or « Institutional » justice ? Eur Law J 15 (4), 2009, p. 463 et suiv.

entre les deux cours européennes, il est important de faire d'abord la lumière sur les clauses juridictionnelles de la Convention en matière de conflit entre les règlements émanant de ses parties.

La Convention à l'Art 55 stipule explicitement:

> *Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention.*

En principe, l'article 55 de la CEDH semble en contradiction directe avec l'article 344 TFUE, car celui-ci confère une compétence exclusive à la Cour de Luxembourg[1512]. Une question centrale à laquelle on pourrait être témoin à cet égard est qu'en principe l'article 55 de la CEDH vise à garantir que l'interprétation de la Convention par deux ou plusieurs parties à un différend ne dépasse pas les portes de la Cour de Strasbourg. En revanche, l'article 344 TFUE attribue la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg uniquement aux différends entre ses parties découlant de l'interprétation ou de l'application des traités de l'UE. Cela dit, en principe, l'article 55 de la CEDH et l'article 344 du TFUE n'a pas de positions divergentes ou contradictoires. Cependant, comme expliqué ci-dessus, lors de l'adhésion de l'UE à la Convention, cette dernière devient partie intégrante de la

[1512] Gragl soutient à juste titre que les rédacteurs du PDA n'avaient pas l'intention de formuler une réserve sur la question de la compétence entre les parties du tribunal de Strasbourg sur les parties liées à l'UE. Avec cette décision, implicitement comprise, ils ont fondamentalement convenu de conclure un «accord spécial» interne qui se réfère directement à la Convention pour exclure la juridiction inter-parties de la Cour de Strasbourg. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 184.

législation municipale de l'UE, telle que définie par *Demirel*[1513]. Ceci étant le problème[1514], lors de l'adhésion à la Convention, celle-ci deviendra une partie du droit à observer par la Cour de Luxembourg conformément à la compétence exclusive de l'art. 19 §1 TUE[1515]. Avec la Convention dans le cadre du droit interne observé par la Cour de Luxembourg, l'article 55 CEDH est directement en conflit avec l'article 344 du TFUE qui considère l'interprétation prévue par les moyens prévus par les Traités. La question qui reste donc est de savoir si ce conflit est gérable et conciliable? Pour répondre à cette question, une analyse approfondie de l'article 55 CEDH est nécessaire afin de déconstruire les limites des mécanismes exclusifs de la Convention pour le règlement des différends entre ses parties. Pour faire une petite digression, en principe, verrouiller l'UE à son article interne 344 TFUE violerait ses obligations internationales en vertu de la Convention pour permettre la mise en œuvre de l'art. 55 CEDH (ce que, néanmoins, l'avis 2/13 tente de clarifier dès le début). La Cour de l'UE peut argumenter après l'adhésion qu'elle n'a pas examiné attentivement le PDA, donc, comme elle le comprend mieux, il y a de nouvelles circonstances qui peuvent apparaître sur la base desquelles l'UE pourrait élargir son art. 344 TFUE, même si le système de la Convention insistait pour permettre aux États membres de l'UE d'utiliser l'art. 55 CEDH[1516]. On peut légitimement se demander si cette "nouvelle compréhension" de l'insistance de l'UE à respecter son obligation de droit interne peut servir de base pour la libérer en vertu du PDA et de l'art.55 de la Convention? L'art. 62 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations

---

1513 CJEU, 30 septembre 1987, Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd, aff. 12/86, ECLI:EU:C:1987:400, point. 11. Sur Demirel, voir aussi une analyse générale, à : JHH Weiler, Thou shalt not oppress a stranger : on the judicial protection of the human rights of non-Ec nationals- a critique. Eur J Int Law 3 (1), p. 72 et suiv.

1514 Voir des critiques générales sur la manière dont la Cour de Luxembourg a étendu sa compétence aux accords d'interprétation qui sont considérés comme faisant partie du droit de l'UE, à:T. Hartley, Constitutional problems of the European Union, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 31 et suiv.

1515 Voir par ex. PJ. Cardwell, et D. French, Who decides? The ECJ's judgement on jurisdiction in the MOX Plant dispute. J Environ Law 19 (1), 2007, p. 123, sur l'exemple de MOX Plant; Voir aussi: P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 179.

1516F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 264.

internationales ou entre organisations internationales *« Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité*[1517]*.»* Par conséquent, il y a un "non" clair. Pour en revenir au point essentiel, l'article 55 CEDH stipule clairement que les Hautes Parties contractantes ne soumettront à aucun autre mécanisme de règlement des différends une question d'interprétation ou d'application de la Convention autre que les moyens de règlement prévus par la Convention. La seule exception à cette règle serait l'existence d'un accord spécial entre les Hautes Parties contractantes pour soumettre cette compétence à une autre méthode de règlement des différends. L'accord spécial mentionné dans la Convention est également conforme à la stipulation mentionnée à l'art. 41§1 de la Convention de Vienne: *« Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement : a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité »* Ces deux parties sont l'UE, d'une part, et ses États membres, d'autre part. La notion de l'accord spécial mentionné à l'art. 55 CEDH a besoin d'une évaluation approfondie[1518].

En principe, l'accord spécial que l'art. 55 CEDH[1519] prévoit la possibilité de quelque chose qui pourrait déroger à l'autorité de la Cour de Strasbourg en ce qui concerne l'exclusivité de l'interprétation de la Convention lorsqu'il s'agit de plaintes entre Parties. L'accord spécial attribuerait donc la compétence pour régler les différends entre les Hautes Parties contractantes à un autre mécanisme international de règlement des différends pour interpréter la Convention. Cela dit, la clause d'accord spécial permet à d'autres mécanismes

---

[1517] Voir aussi : Projet d'Articles sur le Droit des Traités entre Etats et Organisations Internationales ou entre Organisations Internationales et commentaires 1982, P. 59 et suiv. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/1_2_1982.pdf

[1518] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 264.

[1519] Gragl à cet égard fait valoir que l'art. 55 CEDH semble être beaucoup plus souple sur la compétence exclusive de la Cour de Strasbourg par rapport à l'art. 344 TFUE. Cette nature de cette disposition permet plus de cohérence et d'harmonie entre les deux régimes juridiques. Voir P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 179.

internationaux d'interpréter la Convention, ce qui permet directement d'interférer ou même d'exclure l'autonomie de la Cour de Strasbourg au sujet de la juridiction des différends entre les parties. Bien entendu, toutes les parties contractantes à la Convention doivent l'accepter, sinon l'accord spécial ne sera pas considéré comme établi. La clause d'accord spécial dépeint le système de la Convention comme étant beaucoup plus élastique que le système des traités de l'UE, car ce dernier ne permet aucun moyen ni aucune manière d'interférer avec la compétence exclusive de sa propre Cour. C'est pour cette raison qu'on va étudier d'une manière plus approfondie les questions de la juridiction exclusive de la CJUE sur la base de l'article 344 TFUE (A) et la juridiction exclusive de la CEDH sur la base de l'article 55 de cette Convention (B).

A. La juridiction exclusive de la CJUE: Art. 344 TFUE.

Le monopole du règlement des différends maintenu par les tribunaux de l'UE en vertu de l'art. 344 TFUE oblige les États membres à régler les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités par d'autres moyens que ceux prévus dans ces derniers et renforce ainsi l'ordre juridictionnel des compétences au sein de l'UE[1520]. Ici, la Cour voit un danger pour cette ordonnance. L'art. 5 du projet d'accord prévoyait que les procédures des États membres devant la CJUE ne devaient pas être considérées comme des procédures au sens de l'art. 55 CEDH[1521]. Néanmoins, sur la base de l'art. 33 CEDH les États membres de l'UE auraient encore la possibilité d'engager des poursuites contre d'autres États membres ou l'UE elle-même. Même la simple existence de cette possibilité n'est pas conforme à l'art. 344 TFUE aux yeux de la Cour et serait incompatible avec le caractère exclusif de cette dernière disposition[1522]. Cette tension ne peut être résolue que par une exclusion expresse de la compétence de la Cour-EDH en vertu de l'art. 33 CEDH

[1520] S. Reitemeyer et B.Pirker, Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR-One step ahead two steps back, European Law Blog, 31 Mars 2015. https://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/

[1521] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'UE à la CEDH,ECLI:EU:C:2014:2454, point.201

[1522] Idem. point 208 et 212.

pour les différends entre les États membres de l'UE ou entre eux et l'UE qui concernent l'application de la CEDH dans le champ d'application *ratione materiae* du droit de l'UE[1523].

La CJUE exige par conséquent l'irrecevabilité de toutes les plaintes des États devant la Cour EDH dans la mesure où les dispositions pertinentes de la CEDH relèvent également du droit de l'UE et du demandeur et du défendeur il y a des États membres ou l'UE elle-même. Cette demande est cependant excessive pour quatre raisons.

Premièrement, une demande de clauses de déconnexion (par exemple l'article 282 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[1524]) contredit la pratique générale des accords internationaux de créer une exception pour la plupart des parties excluant de la procédure de règlement des différends sans ouvrir cette possibilité aux autres parties à l'accord[1525]. Il est fort probable qu'une telle exception serait peu acceptée par les autres Etats membres du Conseil de l'Europe et pourrait rendre l'adhésion prévue à l'art. 6 §2 TUE difficile, voire impossible.

Deuxièmement, cette demande signifierait simultanément que de nombreux accords déjà conclus par l'UE sont déjà en contradiction avec l'art. 344 TFUE car elles ne contiennent pas de telles dispositions d'exception[1526].

Troisièmement, dans ce cas également, les États membres de l'UE se verraient imposer une obligation en vertu de l'art. 351 §2 TFUE visant à modifier un certain nombre d'accords existants. Dès que deux ou plusieurs États membres de l'UE - comme dans le cas de l'usine MOX - sont parties à un accord prévoyant un mécanisme de règlement des différends et des dispositions qui coïncident en substance avec le droit de l'UE, le monopole du règlement des différends prévu à l'art. 344 TFUE serait ainsi mis en danger et l'accord pertinent serait incompatible avec l'autonomie du droit de l'Union.

Quatrièmement, il reste à savoir si l'autonomie du droit de l'UE doit être garantie en imposant aux États non membres qu'ils doivent expressément garantir le respect du

---

[1523] Idem.point 213.

[1524] https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201833/v1833.pdf

[1525] CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG, Mme Juliane Kokott, Procédure d'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475 , point. 115-116.

[1526] Idem. point 117.

monopole de règlement des différends de la CJUE au sein de l'UE dans les dispositions d'un accord international. La suggestion de l'Avocat Général est plus convaincante à cet égard. On serait également tenté de faire observer, comme l' indiqué l'AG Kokott, que cette exigence est assez peu cohérente avec la pratique antérieure, de nombreux accords internationaux conclus par l'Union ne contenant aucune clause d'exclusion de cette nature et sans doute faut-il voir dans la position adoptée par la Cour l'expression plus ou moins implicite d'une hostilité de principe à tout contrôle par une juridiction externe, même si cette affirmation reste dans le non-dit[1527]. Il devrait donc suffire d'engager une procédure d'infraction fondée sur l'art. 258 f. TFUE contre les États membres de l'UE s'ils règlent leurs différends devant d'autres instances internationales[1528]. Une procédure d'infraction en application de l'article 258 TFUE contre l'État membre en cause ne pourrait ni l'empêcher de saisir la Cour de Strasbourg, ni empêcher celle-ci de se prononcer sur l'affaire et cette situation, effectivement, serait contraire à l'article 344 TFUE et semble porter atteinte à l'autonomie du droit de l'UE[1529]. Cependant, l'épée de Damoclès que représente la possibilité de s'exposer à un recours en manquement devrait constituer un puissant encouragement à préférer la Cour de Justice à la Cour-EDH. Bref, la démarche de la Cour de justice ne saurait emporter l'adhésion sur ce point, à tel point que son raisonnement pourrait même sembler captieux[1530]. Comme une mesure supplémentaire pour assurer l'efficacité pratique de l'art. 344 TFUE les États membres de l'UE pourraient être tenus, avant l'adhésion de l'UE à la CEDH, de déclarer avec force obligatoire en vertu du droit international qu'ils n'engageront pas de poursuites en vertu de l'art. 33 CEDH dont l'objet du litige entre dans le champ d'application matériel du droit de l'UE [1531].

[1527] D.Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13. Europe, Février 2015, p. 7.

[1528] Idem.point 118.

[1529] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CDE, N°1, 2015,p. 63

[1530] M. Afroukh et L. Coutron, La compétence -exagérément?-exclusive de la Cour de justice pour l'examen des recours interétatiques, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A, p. 52.

[1531] Idem. point 120.

Dans la partie pertinente de l'avis 2/13[1532], la CJUE rappelle d'abord qu *'"un accord international ne peut affecter la répartition des compétences fixées par les traités ou, par conséquent, l'autonomie du système juridique de l'UE"* et que ce principe *"est notamment consacré dans "* l'article 344 du TFUE[1533]. Ce faisant, il se réfère entre autres à l'affaire de l'usine MOX[1534]. Deuxièmement, la Cour note que c'est précisément à cause de cette jurisprudence que l'article 3 du Protocole (n ° 8) a été rédigé afin de prévoir expressément que l'accord d'adhésion ne doit pas affecter l'article 344 du TFUE[1535]. La Cour explique ensuite que la CEDH ferait partie intégrante du droit de l'Union après l'adhésion et que, par conséquent, la CJUE aurait compétence exclusive sur tout différend entre États membres - ou entre un ou plusieurs États membres et l'Union elle-même - concernant le respect la CEDH. À ce stade, l'Avis 2/13 semble bien cadrer avec l'usine MOX et le texte du Protocole (n ° 8)[1536].

La CJUE continue ensuite d'appliquer cette interprétation de l'article 344 du TFUE à l'accord d'adhésion, en opposant l'accord d'adhésion à la CNUDM :

> « *Or, contrairement à la convention internationale en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/Irlande[1537], laquelle prévoyait expressément que le régime de règlement des différends que comporte le droit de l'Union prime, en principe, celui établi par cette convention, la procédure de règlement des différends prévue à l'article 33 de la CEDH est susceptible de s'appliquer à toute Partie contractante et, donc, également aux litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union alors qu'est en cause le droit de l'Union. [1538] »*

[1532] CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 201-214.

[1533] CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 201-214.

[1534] Id.

[1535] Id. para 203.

[1536] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345. point 123.

[1537] *Idem.* Point 124 et 125.

[1538] CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 205.

Il est vrai - et non contesté - que l'article 33 de la CEDH permet aux États membres de l'UE de lancer des plaintes entre parties, ou l'Union elle-même, devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Mais le langage en italique, en réaffirmant MOX Plant et en le distinguant du cas actuel, est-il vraiment précis? Regardons les deux paragraphes de MOX Plant que la Cour cite à l'appui de sa distinction:

> « *Il convient d'emblée de constater que la Convention permet précisément d'éviter qu'une telle atteinte soit portée à la compétence exclusive de la Cour de façon à préserver l'autonomie du système juridique communautaire.*
>
> *En effet, il découle de l'article 282 de la Convention que le régime de règlement des différends que comporte le traité CE, dès lors qu'il prévoit des procédures aboutissant à des décisions obligatoires pour le règlement de différends entre États membres, prime, en principe, celui que comporte la partie XV de la Convention*[1539]*. »*

Le rappel par la CJUE de ces deux paragraphes dans l'Avis 2/13 minimise le fait que dans l'usine MOX, il a été jugé suffisant que l'article 282 de l'UNCLOS ne fasse que *«permettre»* d'éviter une violation de la compétence exclusive de la CJUE[1540]. C'est le seuil de conformité avec l'article 344 du TFUE: Possibilité de conformité des États membres. Après tout, comme indiqué dans l'usine MOX, "*c'est entre deux États membres en ce qui concerne un manquement allégué aux obligations de droit communautaire résultant de"* l'article 344 du TFUE[1541]. Cette disposition s'adresse aux États membres, leur indiquant ce qu'ils doivent faire lorsqu'ils sont confrontés à différentes possibilités quant à l'endroit où déposer un différend qui concerne le droit de l'Union. Le fait que l'article 282 de l'UNCLOS va encore plus loin, en prévoyant que les mécanismes de règlement des différends de l'Union prévalent sur ceux de la partie XV de la CNUDM, n'a pas été un

---

[1539] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345. point 124-125.

[1540] Répété par la CJUE dans l'usine MOX au point. 132.

[1541] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345. point 128.

facteur décisif dans l'usine MOX[1542]. La CJUE ne devrait donc se fonder que sur l'article 344 du TFUE pour bloquer les accords qui établiraient une obligation contradictoire de compétence exclusive[1543].

Dans l'avis 2/13, la CJUE entreprend une réinterprétation surprenante de l'usine MOX. Il n'y a pas d'ambiguïté dans le nouveau seuil plus strict. Après avoir indiqué que l'adhésion à la CEDH permettrait aux États membres de l'UE de déposer des plaintes les uns contre les autres, ou l'Union elle-même, elle énonce sans équivoque *que « L'existence même d'une telle possibilité porte atteinte à l'exigence énoncée à l'article 344 TFUE[1544]. »* En outre:

> *« Par conséquent, le fait que les États membres ou l'Union ont la possibilité d'introduire une requête devant la Cour EDH est susceptible en soi de porter atteinte à la finalité de l'article 344 TFUE et va, par ailleurs, à l'encontre de la nature même du droit de l'Union, qui exige, comme il a été rappelé au point 193 du présent avis, que les relations entre les États membres soient régies par ce droit, à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit[1545]. »*

Quant à la question de savoir si cette prétendue incompatibilité entre l'article 344 TFUE et l'accord d'adhésion peut être résolue, la CJUE insiste sur le fait que *« seule une exclusion*

1542 On pourrait même soutenir que ni l'article 282 de la CNUDM ne remplit cette condition, puisque le dernier alinéa de cet article prévoit que les formes de règlement des différends autres que celles prévues dans sa partie XV ne seront utilisées que «à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement». "Il est donc possible que deux Etats membres soumettent ensemble une affaire concernant à la fois le droit de l'Union et la CNUDM à un mécanisme de règlement des différends établi dans le cadre de la partie XV de la CNUDM. Cela entraînerait bien entendu une violation du droit de l'Union, notamment de l'article 344 du TFUE et de l'article 4, paragraphe 3, du TUE, mais cela n'exclurait pas la compétence du mécanisme de règlement des différends prévu par la partie XV.

1543 Après l'adhésion, il pourrait y avoir un conflit entre l'article 55 de la CEDH et l'article 344 du TFUE. Ce conflit est toutefois résolu par l'article 5 de l'accord d'adhésion, note 3, qui annule l'obligation prévue à l'article 55 de la CEDH. Il prévoit que les procédures devant la CJUE «doivent être considérées comme ne constituant ni des procédures d'enquête internationale ou de règlement au sens de l'article 35, paragraphe 2.b de la [CEDH], ni des moyens de règlement des différends au sens de l'article 55 du [CEDH]. »Voir aussi l'Avis 2/13 point. 206-07.

1544 CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454,, point 208.

1545 Idem. point 212.

expresse de la compétence de la Cour EDH découlant de l'article 33 de la CEDH pour des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union, serait compatible avec l'article 344 TFUE[1546]*. »* En choisissant de ne pas suivre une interprétation qui permettrait des accords avec les dispositions de règlement des différends tant qu'elles permettent aux États membres de se conformer à l'article 344 du TFUE, tel qu'établi dans l'usine MOX, la CJUE dans l'Avis 2/13 construit une approche plus stricte, selon laquelle les États membres ne peuvent même pas avoir la possibilité théorique d'enfreindre l'article 344 du TFUE[1547]. S'agissant des recours inter-étatiques prévu par l'article 33 de la Convention, le risque envisagé par la Cour s'apparente à une *« hypothèse d'école*[1548] *»* dans la mesure où des recours sont totalement tombés en désuétude puisque le décalage est grand entre l'importance de ce recours dans le système de la Convention et sa mise ne ouvre[1549].

La différence entre les deux approches ne peut être expliquée par référence à la situation juridique spécifique entourant l'accord d'adhésion. Certes, dans le dispositif de l'Avis 2/13, la CJUE n'indique pas explicitement que l'Accord d'adhésion est incompatible avec l'article 344 du TFUE. Elle indique plutôt que l'accord d'adhésion est incompatible avec l'article 6, paragraphe 2, du traité UE car il est *"susceptible d'affecter"* l'article 344 du traité FUE[1550]. Il ne s'agit toutefois que d'une nuance linguistique due à la structure de l'avis 2/13. Lu dans son contexte, il est clair que l'article 344 du TFUE est l'une des cinq raisons distinctes et indépendantes pour lesquelles la CJUE rejette l'accord d'adhésion. De plus, cela n'aurait aucun sens si la clause de sauvegarde de l'article 3 du Protocole (n ° 8) aux traités

---

1546 CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 213.

1547 Ce n'est pas seulement une dérogation à la jurisprudence antérieure de la CJUE, comme cela vient d'être démontré, mais aussi en contradiction flagrante avec les opinions de l'Avocat général. Voir l'opinion de l'avocat général Kokott aux point. 107-20, procédure d'avis 2/13, CJUE, affaire C-2/13 ; 13 juin 2014.

1548 D. Simon, « Deuxième (ou second et dernier) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13 », Europe, n°2, février 2015, étude 2.

1549 M. Afroukh et L. Coutron, La compétence- exagérément?- exclusive de la Cour de Justice pour l'examen des recours interétatiques, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la dirc. de F. Picod et J. Rideau ,R.A.E-L.E.A,p.49

1550 CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454,, point. 213.

constitutifs de l'Union [1551]- qui devrait être interprété à la lumière de l'obligation de l'Union d'adhérer à la CEDH en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du traité UE -- a imposé un critère plus strict lors de l'évaluation de la conformité de l'accord d'adhésion avec l'article 344 du TFUE que ce qui s'appliquerait par ailleurs. En outre, étant donné qu'il est interdit de soumettre les différends à des modes de règlement *"autres que ceux qui y sont prévus"*, on pourrait même faire valoir qu'en raison de l'article 6, paragraphe 2, du TUE, la soumission des différends à la Cour européenne des droits de l'homme est prévue indirectement dans les traités constitutifs.

Les circonstances juridiques spécifiques de l'adhésion de l'Union à la CEDH semblent au contraire indiquer une application moins stricte de l'article 344 du TFUE. Le fait que la CJUE ait néanmoins profité de l'avis 2/13 pour fixer des limites plus strictes nous laisse percevoir que la Cour règne dans les Etats membres - peut-être dans le but de renforcer sa prétention d'être la seule et unique cour suprême de l'Europe.

Il est clairement défini à l'article 3 du protocole n ° 8 des traités que le PDA ne devrait pas affecter l'article 344 du TFUE, en interdisant exclusivement que cet article soit organisé différemment. L'article 344 du TFUE se lit comme suit:

> "*Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci."*

La CJUE relève que l'article 3 du protocole n°8 prévoit expressément que l' *« accord d'adhésion ne doit pas affecter l'article 344 TFUE »,* mais que l'article 5 du projet d'accord d'adhésion laisse subsister la possibilité que l'Union ou les États membres saisissent la Cour-EDH, au titre de l'article 33 de la Convention EDH, d'une demande ayant pour objet une violation alléguée de celle-ci, commise respectivement par un État membre ou par l'Union, en lien avec le droit de l'Union[1552].

Se référant à Lock, Gragl soutient que l'objectif principal de l'article 344 TFUE était de bloquer principalement les États membres de l'UE à recourir à la Cour internationale de

---

[1551] Protocole N°8

[1552] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'homme, 10 avril 2016, p. 3.

justice, les États membres ayant accepté sa juridiction inter-étatique sur la base de l'art. 36 §1 ou 36 §2 du Statut de la CIJ[1553]. À cet égard, Gragl note que l'art. 344 TFUE est une *lex specialis* au principe général de la coopération loyale au titre des traités de l'UE[1554]. D'une coopération plus sincère liée à l'adhésion au titre des traités de l'UE. Du point de vue de l'adhésion, l'article 344 du TFUE peut être commenté de manière inclusive par six évaluations notables.

Premièrement, les États membres de l'UE s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation de l'application des traités à un autre mécanisme non prévu par les traités, tel que le système de la Convention. D'après une interprétation textuelle, l'article 344 TFUE parle du «différend[1555]» mondial comme d'un dispositif plutôt que comme un objectif de cette stipulation. On pourrait faire valoir que les différends surviennent dans les cas où il y a au moins deux positions contradictoires, dans ce cas soit entre deux États membres ou un État membre et l'UE. *«Un différend peut exister même si une partie ne s'oppose pas à la position de l'autre partie mais ne fournit pas de recours[1556]».* Pour que le différend apparaisse, les parties en conflit doivent avoir déjà pris position sur l'interprétation ou l'application des traités. En supposant, on pourrait se demander, que s'il n'y ait pas de contestation sur l'interprétation de l'application des traités, y aurait-il une interdiction résultant de l'article 344 TFUE[1557]? Un tel exemple existerait lorsque deux parties, à savoir deux États membres de l'UE, souhaiteraient qu'une mesure juridique de l'UE soit vérifiée par rapport aux normes de la Convention, sans pour autant contester son applicabilité. En réponse à cette question, on cherche à prendre en compte la logique téléologique de l'article 344 TFUE. En effet, cette dernière est prévue pour faire en sorte

---

[1553] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 21.

[1554] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 22.

[1555] C Schreuer, What is a legal dispute? 2008, p. 965. Disponible: http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/95.pdf

[1556] C Schreuer, What is a legal dispute? 2008, p. 978. Disponible: http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/95.pdf

[1557] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 248.

que la Cour de Luxembourg reste la seule instance interne de dernier ressort à traiter exclusivement du droit de l'Union[1558]. Par conséquent, il semble que le concept de *«différend»* au sens de l'article 344 TFUE se réfère à l'interdiction d'un résultat qui engagerait un mécanisme externe pour juger une question relative au droit de l'Union plutôt qu'à l'existence du litige en tant que tel[1559].

Deuxièmement, l'article 344 TFUE associe le terme *«différend»* au contexte de l'interprétation et de l'application des Traités. La nature de l'interdiction située dans le cadre de cette disposition semble invalider toute action d'interprétation à l'application de traités présentés en dehors de la juridiction de Luxembourg, ce qui englobe en fait toute la gamme des actions en justice qui pourraient y figurer. Cela est également très pertinent pour la procédure entre Parties.

Troisièmement, cette disposition n'empêche pas l'UE de ne pas soumettre un différend découlant des traités à un mécanisme externe. Bien qu'il puisse sembler amusant que l'UE conteste son propre acte juridique dans un mécanisme externe, tel que la Cour de Strasbourg, il se pourrait que l'UE soumette une action à un mécanisme externe tel que Strasbourg contre l'un de ses États membres ou États (partenaires associatifs), [1560] sur une question liée indirectement ou implicitement au droit de l'UE. Un tel scénario, qui pourrait relever du domaine de la politique de la PESC, serait très bien fondé et non interdit par l'art. 344 TFUE. Son résultat, cependant, interférerait directement avec l'autonomie de la législation de l'UE. La question de savoir si l'UE est autocensurée de soumettre une action en justice qui interférerait directement avec son autonomie est discutable, et plutôt un exercice non représentatif de ce scénario. Ce dernier scénario - assez intéressant - n'est pas capturé par la Cour de Luxembourg dans l'avis 2/13.

Quatrièmement, la question qui se pose à propos de cette disposition est également celle de savoir si le terme "traités" ne recouvre que les traités en tant que tels ou l'ensemble

---

[1558] CJUE, 14.12.1991, Avis 1/91,ECLI:EU:C:1991:490.

[1559] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 248.

[1560] O. Quirico, Substantive and procedural issues raised by the accession of the EU to the ECHR. Italian Yearb Int Law 20, 2010, p. 38.

des dispositions législatives qui en découlent. Sur le plan textuel, la disposition suggère qu'elle interdit aux États membres de simplement soumettre le différend relatif aux traités à un mécanisme externe, en laissant de côté la législation issue des traités. Cependant, vu objectivement, le terme «traités» dans ce contexte devrait être réel et englober tout l'éventail des lois qui en découlent[1561], car l'interprétation et l'application des traités ne sont que le plafond que la disposition désigne comme tout ce qui s'y trouve. On peut également soutenir que les accords internationaux sont également inclus dans cette formulation, y compris le PDA et la Convention elle-même.

Cinquièmement, le système judiciaire de l'UE, à savoir la Cour de Luxembourg, conserve sa compétence exclusive pour interpréter et décider de l'application des traités et des actes juridiques qui en découlent. Dans ce scénario, toutefois, l'article 344 TFUE garantit simplement que cette relation est contraignante pour les États membres de l'UE, mais pas pour l'UE en tant que telle. L'interdiction de soumettre les différends à d'autres moyens de règlement des différends est uniquement confiée aux États membres et non à l'UE. Cela dit, l'article 344 TFUE est le point qui réglemente et assure la relation entre l'autonomie interne et externe du droit de l'UE, excluant que les États membres interfèrent avec l'exclusivité juridictionnelle de la Cour de Luxembourg d'une position de tribunal international.

Sixièmement, la question est de savoir si le différend n'est pas directement lié aux traités, par ex. tels que ces droits qui sont écrits à la fois dans les Traités et dans la CEDH? Ou, à titre subsidiaire, si la Convention est considérée comme faisant partie du droit primaire de l'UE (ou simplement du droit de l'UE), au moins entre le droit primaire et le droit secondaire, l'art. 344 TFUE signifie-t-il que même s'il y a une question relative à la Convention, il soit interdit de sortir du tribunal de Luxembourg? Bien sûr, aussi longtemps

---

[1561] W. Bernhard, Art 344 AEUV. In : C. Calliess, M. Ruffert (eds) EUV/AEUV (Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar). C.H.Beck (Auflage: 4).2011, p. 1. in F. Korenica, *opt.cit,* p. 249.
Gragl propose également que l'expression «traités» de la disposition ci-dessus couvre également le droit secondaire et les accords internationaux de l'ordre juridique de l'UE. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 176. Gragl soutient que cette approche a également été confirmée par la Cour de Luxembourg dans l'avis 1/91, bien qu'il ne le fasse pas vraiment. On peut toutefois être d'accord avec Gragl si l'on se réfère à Mox Plane, qui prend plutôt cette position.

que la question se rapporte à la Convention faisant partie de l'obligation de la loi de l'UE, l'art. 344 TFUE vise à couvrir tous les spectres possibles de questions qui pourraient surgir dans ce contexte, interdisant ainsi leur soumission à la Cour de Strasbourg.

Pour creuser plus profondément à cet égard, il faut analyser l'image systémique des Traités de l'UE sur cet aspect. Par conséquent, l'analyse de l'article 344 du TFUE, interprétée conjointement avec l'article 3 du Protocole 8, produit deux explications cumulatives:

Premièrement, le PDA devrait préserver la nature et la substance de l'art. 344 TFUE, à savoir l'interdiction faite aux États membres de l'UE de soumettre une demande d'interprétation ou d'application des traités à une méthode externe de règlement des différends. Premièrement, le PDA devrait préserver la nature et la substance de l'art. 344 TFUE, à savoir l'interdiction faite aux États membres de l'UE de soumettre une demande d'interprétation ou d'application des traités à une méthode externe de règlement des différends[1562]. Les deux dispositions pourraient également être largement commentées en ce sens que le PDA devrait préserver toute la nature de l'autorité existante du droit de l'UE non seulement en termes d'autonomie externe mais aussi interne. Toutefois, une telle interdiction ne s'appliquerait pas si les États membres contestaient le droit non communautaire de l'autre partie. À cet égard, les États membres ne peuvent pas surpasser leur compétence devant la Cour de justice de l'UE en échange de la compétence de la Cour de Strasbourg sur toute question relative au droit de l'Union.

En second lieu, lu en particulier en relation avec l'art. 1 du Protocole 8 (point 2), le PDA devrait veiller à ce que les communications des États non membres soient adressées de manière appropriée aux États membres et / ou à l'Union, selon le cas. Cela suppose une sorte de mécanisme de codéfendeur qui doit être appliqué également dans le contexte des affaires entre Parties, afin de s'assurer que la responsabilité des défendeurs est correctement prise en compte par le destinataire et que la Cour n'entame pas la division de cette responsabilité dans les cas où l'UE et l'un de ses États membres sont mutuellement

[1562]Gragl note que les États membres de l'UE peuvent utiliser l'art. 258/259 TFUE (procédure d'infraction), ART 263 TFUE (action en carence) en tant qu'outils pour résoudre leurs éventuels conflits de droit de l'UE inter se devant la Cour de Luxembourg - par opposition à l'art. 33 CEDH. Voir. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 177.

responsables. Cela dit, la répartition des responsabilités entre l'UE et son État membre reste une question purement interne, la Cour de Luxembourg conservant sa compétence exclusive pour statuer sur l'interprétation et l'application du Traité, même dans les affaires entre Parties. Considérons cependant s'il y a un quelconque segment de droit susceptible d'être révisé devant la Cour de Strasbourg, auquel cas l'art. 344 TFUE ne s'appliquerait pas. Soulignons d'emblée qu'en pratique, le scénario mis en avant par la CJUE est assez improbable, parce que les États préfèrent en général se livrer bataille de manière « sous-marine », par l'intermédiaire de la Commission européenne, qui dispose du pouvoir d'introduire devant la Cour de Justice un recours en manquement à l'encontre d'un État membre[1563].

B. La juridiction exclusive de la CEDH: Art. 55 CEDH.

La juridiction exclusive luxembourgeoise pourrait entrer en conflit avec son homologue strasbourgeois, notamment en ce qui concerne l'article 55 CEDH qui accorde à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) la compétence exclusive et la priorité[1564] pour le règlement des plaintes inter-étatiques en vertu de l'article 33 CEDH. Cette disposition stipule que:

« Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention. »

À première vue, il est évident que l'article 55 CEDH et l'article 344 TFUE sont des dispositions diamétralement opposées, car les deux parties ont autorisé les tribunaux respectifs à exercer une compétence exclusive sur la même source de droit, à savoir la

[1563] N. Petit, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle? , R.A.E-L.E.A, 2014/4, p.822.

[1564] J. Meyer-Ladewig, Europäische Meschenrechtskonvention, Handkommentar, 3rd edn, Baden-Baden, Nomos, 2011, art. 55 dans P. Gragl, The Eu Aceession to the ECHR, *opt.cit,* p. 178.

Convention. Cela signifie qu'après l'adhésion, les affaires entre États membres de l'UE ou entre un État membre et l'Union pourraient être tranchées par la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme. Étant donné que les deux Cours considèrent leur compétence comme exclusive, il faut décider laquelle de ces juridictions sera, en fin de compte, compétente pour statuer sur de tels cas - sinon, un conflit de compétences pourrait survenir[1565] en raison du chevauchement normatif dans la Convention elle-même en tant que traité international et dans ses manifestes en tant que droit de l'Union incorporé.

Contrairement à l'article 344 du TFUE, l'article 55 CEDH est une clause de compétence exclusive flexible qui reconnaît explicitement que les parties contractantes à la Convention peuvent, d'un commun accord, choisir de renoncer à la compétence de Strasbourg et de régler leurs différends devant une autre juridiction. Cette disposition représente donc une préférence pour une plus grande liberté d'action des parties concernées, certes au détriment de la cohérence juridique, mais néanmoins via une disposition qui oblige les parties à régler leurs différends au sein du sous-système concerné[1566]. Le conflit juridictionnel existant entre Luxembourg et Strasbourg peut être résolu en tenant compte des fondements juridictionnels de la CJUE, à savoir l'article 19, paragraphe 1, et l'article 344 TFUE, en tant qu'*«accord spécial»* entre les États membres et l'Union européenne au sens de ce terme figurant à l'article 55 CEDH[1567]. Toutefois, il reste à savoir si ces dispositions remplissent réellement les conditions d'un accord spécial, car les sceptiques peuvent faire valoir que, premièrement, l'article 55 de la CEDH exige que l'accord spécial soit conclu entre toutes les parties contractantes à la Convention; et que, deuxièmement, cet accord spécial doit se référer explicitement à la Convention. Aucune de ces conditions n'est remplie par l'article 19 §1 TUE et l'article 344 TFUE, puisque les traités de l'UE n'ont été conclus qu'entre 27 des parties contractantes à la Convention et que

---

[1565] T. Lock, The ECJ and ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts, 8 The Law and Practice of International Courts and Tribunals , 2009, p. 391.

[1566] Y. Shany, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 188.

[1567] S.W inkler, Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Bade-Baden, Nomos, 2000, p. 85 dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 179.

ces articles sont formulés de manière très générale[1568] sans référence explicite à la Convention ou à ses mécanismes de règlement des différends. Pour expliquer cette question on va analyser les traités comme accords conclus entre l'UE et les EM (a) et le cadre juridique concernant ce sujet dans le Projet d'Accord d'Adhésion (b).

I. Les traités en tant qu'accord conclu uniquement entre l'Union européenne et les États membres.

Pour répondre à la question de savoir si les traités peuvent être considérés comme un accord spécial au sens de l'article 55 CEDH, il faut se référer à l'interprétation de cette disposition spécifique. Le principal obstacle dans cette entreprise est cependant que la portée précise de cette disposition n'est pas claire et qu'elle n'indique pas dans quelle mesure les parties contractantes invoquent devant d'autres instances les dispositions consacrées dans la Convention[1569]. D'une part, on peut faire valoir que cet accord spécifique doit être conclu entre toutes les parties contractantes à la Convention, mais d'autre part, il peut aussi être suffisant que toutes les parties à la procédure aient consenti à soumettre la main à un autre mécanisme de règlement des différends[1570]. Cette position de la Commission européenne sur les droits de l'homme est soutenue par les travaux préparatoires à la Convention dans lesquels la délégation suédoise a proposé que la décision de soumettre ou non un différend à un autre juge ou arbitre soit laissée aux parties

[1568] T. Lock, The ECJ and ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts, 8 The Law and Practice of International Courts and Tribunals , 2009, p. 392.

[1569] Y. Shany, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 188.

[1570] Cour-EDH, 10 mai 2001, aff. Chypre contre Turquie, Req. 25781/94 (Décision de la Commission 28 Juin 1996).

concernées et la conclusion d'un accord expressément lié au différend en question[1571]. En outre, cette interprétation spécifique de l'article 55 CEDH est également soutenue par la nature juridique du système de la Convention qui, contrairement à l'Union européenne, n'est pas un ordre juridique autonome, puisque son but et son objectif sont de protéger les droits de l'homme[1572]. Il semble donc que les rédacteurs de la Convention ne se préoccupaient pas du tout de préserver sa nature juridique, mais plutôt de protéger l'autonomie des hautes parties contractantes et de ne pas forcer les États à comparaître devant un tribunal international contre leur gré[1573]. Il s'agit bien entendu d'une réminiscence de la version originale de la Convention avant l'entrée en vigueur du Protocole n °11 en 1998, l'ex-article 48 CEDH permettant aux parties contractantes d'accepter la compétence de la Cour de Strasbourg. Par conséquent, une interprétation historique de l'article 55 CEDH démontre qu'il n'est pas nécessaire de conclure un accord spécial entre toutes les parties à la Convention. Pour satisfaire à l'exigence de cette disposition, il suffit plutôt d'avoir conclu un accord spécial entre certaines parties (par exemple, entre les États membres de l'Union européenne)[1574]. Étant donné que l'art. 55 CEDH demande que la compétence exclusive de la Cour de Strasbourg soit déléguée à un autre mécanisme international uniquement avec un accord spécial, on pourrait se demander

[1571] Conseil de l'Europe, Collected Edition of the "Travaux Preparatoires" of the European Convention on Human Rights:Vol. V:Legal Committee-Ad Hoc Joint Committee-Committee of Ministers-Consultative Assembly (23 Juin - 28 Août 1950), Springer Netherlands1979, p. 58.

[1572] T. Lock, The ECJ and ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts 8 The Law and Practice of International Courts and Tribunals , 2009, p. 295 dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 180.

[1573] Y. Shany, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 58 et Conseil de l'Europe, Collected Edition of the "Travaux Preparatoires" of the European Convention on Human Rights:Vol. V:Legal Committee-Ad Hoc Joint Committee-Committee of Ministers-Consultative Assembly (23 Juin - 28 Août 1950), Springer Netherlands1979, p. 58.

[1574] T. Lock, The ECJ and ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts , 8 The Law and Practice of International Courts and Tribunals , 2009, p. 393.

si les Traités de l'UE, à savoir l'Art. 19 1 § TUE et 344 TFUE[1575] pourrait être considéré comme un accord aux fins des relations de l'UE avec la Convention[1576]. Pour répondre à ces critères, il faut examiner les Traités de l'UE en fonction des quatre critères mentionnés ci-dessus, en ajoutant que les traités de l'UE ont été ratifiés après la Convention et que l'idée en tant que telle peut sembler généralement bonne. Pour vérifier si les Traités de l'UE, qui ont été ratifiés en tant qu'accords internationaux par les États membres de l'UE en même temps que les parties à la Convention, doivent recevoir une aide de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Pour cette relation spécifique entre les traités de l'UE (article 19, paragraphe 1, du traité UE et article 344 du traité FUE), l'art. 55 CEDH, il faut se référer à l'article 31.2 de la CVDT, qui se lit comme suit:

> *Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus* :[…] *Tout instrument établi par une ou plusieurs*

[1575] Gragl suit un chemin plus court pour faire cette observation. Tout d'abord et d'un point de vue très général, il note qu'il ne serait pas possible de considérer ces deux bases comme un «accord spécial» et, deuxièmement, que toutes les parties à la CEDH n'ont pas approuvé cet accord spécial. Cependant, il va plus loin pour soutenir que, se référant à Lock, ces deux bases ont été rédigées trop généralement pour pouvoir être considérées comme se référant à un «accord spécial» à la lumière de l'art. 55 CEDH. . P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 174 et suiv.

[1576] Gragl propose que, dans ce genre de conflit normatif, on applique la «clause de déconnexion», ce qui signifie que si les parties contractantes à un accord international sont membres de l'UE, ils appliqueront le droit de l'UE entre eux à l'exclusion de la loi de l'accord international. Se référant à Klabbers, Gragl propose que la loi de cet accord international puisse être décidée pour s'appliquer uniquement dans les relations extérieures de l'UE et de ses membres. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 189. Bien que l'idée de la «clause de déconnexion» puisse sembler bonne en termes de juridiction entre les parties, elle peut cependant conduire à une mauvaise direction, car la Cour de Luxembourg souhaitera peut-être que la même clause s'applique également à la protection des droits de l'homme dans le cadre du système de Strasbourg. Cela rendrait tout le contexte de l'adhésion de l'UE à la CEDH sans objet et pratiquement sans goût de pertinence; En outre, Gragl (Ibid, p. 189) va plus loin en affirmant que l'Art. 5 DAA sert l'idée de la «clause de déconnexion». Art. 5 DAA ne fait que qualifier la procédure de la Cour de Strasbourg de subsidiaire au droit de l'UE: elle n'essaie nullement de dire que le mécanisme interparties de la Convention est en train d'être remplacé par le mécanisme interétatique de droit de l'UE. Une telle intention ne peut être observée nulle part dans cette disposition. Cela signifie essentiellement que Gragl n'a pas raison avec l'argument que l'art. 5 DAA prévoit une «clause de déconnexion» qui exclut la loi de la Convention;

parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité[1577].

La Convention étant la principale à cet égard, la question est de savoir si les Traités de l'UE peuvent être considérés comme un instrument qui a été élaboré par au moins certaines parties en relation avec la conclusion de la Convention et accepté par d'autres parties en tant que telles. Il semble possible de considérer les traités de l'UE comme des outils d'interprétation susceptibles de faire *«l'accord spécial»* de l'art. 55 CEDH, les traités de l'UE n'ayant été ratifiés que par certains États parties à la Convention. La question resterait ici de savoir si les parties à la Convention non membres de l'UE considéraient que les traités de l'UE avaient cet effet. Il serait difficile de croire que les parties à la Convention non membres de l'UE aient jamais été conscientes qu'elles accordent cet accord "spécial" à l'UE, ajoutant qu'une telle décision n'a jamais été implicitement invoquée par aucune partie à la Convention en matière de mécanisme de plainte. Cela étant, il s'ensuit logiquement que les traités de l'UE ne peuvent pas être considérés comme un instrument qui a été ajouté à l'art.55 de la Convention, avec des parties non-UE n'ayant jamais convenu ni formellement ni indirectement d'un tel développement selon l'article 31§2 de la CVDT.

D'une importance significative à cet égard, et une base plus appropriée pour examiner si les traités de l'UE pourraient être qualifiés d'accord spécial, est également l'art. 31§3 CVDT, qui se lit comme suit:

Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;[…][1578]

[1577] Nations Unies, Convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexe), art. 31.2 (b) Conclue à Vienne le 23 mai 1969https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf

[1578] Nations Unies, Convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexe), art. 31.2 (a,b) Conclue à Vienne le 23 mai 1969https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf

À la lumière de cette disposition, les traités de l'UE pourraient être qualifiés soit d'un *accord ultérieur*, ou *toute pratique ultérieure* en vertu de l'application de l'art. 55 CEDH. Certes, les traités de l'UE ne sauraient en aucun cas être qualifiés d'accord ultérieur pour le simple fait qu'ils ne sont ni annexés ni soumis à la Convention. Cette perspective de compréhension est également soutenue par le Commentaire officiel de la CVDT, qui stipule qu'à cet égard *« le principe sur lequel repose cette disposition est qu'un document unilatéral ne peut être considéré comme faisant partie du "contexte" au sens [... de l'article cité de la CVDT ...] à moins qu'il ne soit non seulement formulé à propos de la conclusion du traité mais sa relation avec le traité a été acceptée de la même manière par les autres parties*[1579]*. »* Il est clair que les traités de l'UE ne peuvent être considérés comme tels. Cependant, la question reste de savoir s'il y a eu une pratique ultérieure qui a conduit à la conclusion qu'il existe un «accord spécial» concernant l'art. 55 CEDH. Pour utiliser ce point de la CVDT, on pourrait se référer à l'affaire *Bosphorus* dans laquelle la Cour de Strasbourg, bien que ne relevant pas d'une procédure de plainte inter-étatique, reconnaît le fait qu'il existe une pratique dans laquelle la compétence exclusive de la Cour de l'UE devrait être maintenue. Compte tenu de cette lecture, une pratique consistant à reconnaître le caractère *«spécial»* de la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg a été établie par la Cour de la Convention elle-même. L'évaluation de *Bosphorus* semble soutenir le fait que la pratique telle que définie par l'article 31§3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est apparue comme l'un des principes jurisprudentiels de la Convention en ce qui concerne le système judiciaire de l'UE.

Des quatre points de CVDT qui ont été testés contre l'art. 55 CEDH, seule la "pratique" reste un point qui pourrait éventuellement rationaliser les traités de l'UE en tant qu "'accord spécial" au titre de l'article 55 de la CEDH[1580]. Pour creuser encore plus loin le

---

[1579] Projets d'articles sur le droit des traités accompagnés de commentaires 1966. Texte adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session en 1966 et présenté à l'Assemblée générale comme faisant partie du rapport de la Commission sur les travaux de cette session (paragraphe 38). Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, figure dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, p. 221. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1966_v2.pdf

[1580] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 269.

fondement de l'argument, il faut regarder un peu plus loin à Art. 31§1 CVDT. L'article 31§ 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que le sens d'un traité devrait être établi sur la base de son "objet et but"[1581]. L'objet et le but du sens d'un traité devraient être recherchés quelque part dans son texte. À cette fin, *« l'objet et les buts»* des traités de l'UE, ou la pratique mise en place avec *Bosphorus*, auraient dû être recherchés pour constituer un accord spécial à la lumière de l'art. 55 CEDH. Il est clairement affirmé que ni les traités de l'UE ni la pratique établie avec *Bosphorus* n'ont eu pour objet et but explicites de constituer un accord spécial à la lumière de l'article 55 de la CEDH. Le sens implicite serait cependant que tant les traités de l'UE que la reconnaissance de *Bosphorus* ont permis de comprendre qu'il existe déjà une pratique commune qui respecte la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg sur les questions liées au droit de l'UE. Cependant, cette pratique n'a jamais été faite directement envers la Convention dans le cadre du droit interne de l'UE. Ce qui est l'observation générale était la pratique de reconnaître une sorte d'exclusivité de la Cour de l'UE pour régler les différends entre les États membres de l'UE dans le cadre de la législation européenne, ne couvrant pas nécessairement la Convention en tant que traité international domestiqué par les Traités. D'autre part, il est clairement entendu dans ce contexte qu'il n'y a jamais eu un seul moment où les Hautes Parties contractantes à la Convention ont explicitement convenu de conclure un accord spécial pour déléguer le mécanisme de règlement des différends de l'article 55 CEDH à la Cour de l'UE: le fait est que la délégation de cette autorité pourrait avoir à la lumière de déléguer l'ensemble de ce mécanisme, pour toutes les parties à la Convention, à la Cour de l'UE. Le raisonnement de base derrière cet argument est que la Cour de l'UE n'a aucune compétence et aucune pratique logique ne pourrait la mettre en position d'accepter un transfert d'autorité pour statuer sur des affaires inter-étatiques pour des parties contractantes non-UE à la Convention[1582]. En tant que tels, les traités de l'UE ne semblent pas pouvoir constituer un «accord spécial» entre les parties à la Convention au sens de l'article 55 de la CEDH.

[1581] V. Crnic-Grotic, Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties. Asian Yearb Int Law 7, 1997, p. 141. et ME Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties. Brill/ Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 428.

[1582] S. Marsden, MOX Plant and the Espoo Convention: can Member State disputes concerning mixed environmental agreements be resolved outside EC law? Rev Eur Commun Int Environ Law 18, 2009, p. 312. expliquant comment cela a été refusé dans Mox Plant.

Ceci étant, il semble qu'un conflit de compétences entre la Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg soit inhérent au *type d'approches allergiques*[1583] que ces deux approches suivent et aux régimes conventionnels sur lesquels elles reposent.

La deuxième question porte sur la question de savoir si un accord spécial, tel qu'il est prévu à l'article 55 CEDH, doit contenir une référence explicite à la Convention ou s'il suffit, en vertu du présent accord, de conférer compétence aux différends relatifs à la Convention les droits à un autre organe judiciaire autre que la Cour-EDH[1584], par exemple via la clause facultative de l'article 36 §2 du Statut de la Cour internationale de Justice dans lequel les deux parties déclarent qu'elles acceptent la compétence de la CIJ comme obligatoire par rapport réciproque à tout autre État acceptant la même obligation[1585]. Ce n'est que si ce dernier scénario était le cas que l'article 19, paragraphe 1, du traité UE et l'article 344 du TFUE seraient considérés comme un accord spécial au sens de l'article 55 de la CEDH[1586]. Toutefois, les rédacteurs de la Convention entendaient exclure les procédures judiciaires fondées sur des clauses générales de compétence et particulièrement l'article 55 CEDH, en particulier en ce qui concerne les déclarations telles que la clause facultative figurant au paragraphe 2 de l'article 36 de la CIJ, avec lequel un Etat peut généralement accepter *ipso facto* la juridiction de la CIJ. Le but de l'article 55 CEDH était donc d'empêcher les conflits de compétence, surtout en stipulant la compétence exclusive de la Cour de Strasbourg. On peut donc conclure que des dispositions générales telles que l'article 19, paragraphe 1, TUE et l'article 344 TFUE ne constituent pas un motif suffisant

---

1583 F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 270.

1584 Ibid.

1585 Arrêt du 26 novembre I957: C. I. J. Recueil 1957, p. 125, 146. Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal contre Inde)
http://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19571126-JUD-01-00-FR.pdf

1586 CJUE, Avis du 28 mars 1996, Avis rendu en vertu de l'article 228 du traité CE, Avis 2/94, EU:C:1996:140., c. VI.1, para. 7, lorsque le gouvernement belge déclare que "conformément à la possibilité prévue à l'article [55] de la Convention, toute action entre la Communauté et ses Etats membres [devant la Cour européenne des Droits de l'Homme] serait exclue, ce qui respecterait l'article 344 TFUE] ".

pour faire échec à la compétence exclusive de Strasbourg et pour établir celle de la juridiction luxembourgeoise[1587].

Encore une fois, il y a un argument substantiel contre cette conclusion. En prenant en considération l'effet du Protocole n ° 11 à la Convention - qui est avant tout la compétence obligatoire de la Cour EDH - l'intention initiale consacrée à l'article 55 CEDH n'est plus raisonnablement applicable et les parties contractantes n'exigent aucune protection contre être soumis à des procédures pour violation alléguée de la Convention, puisqu'ils ne peuvent échapper à la juridiction de Strasbourg[1588].

À ce stade, un sceptique demandera probablement pourquoi l'article 55 CEDH est toujours inclus dans la Convention et pourquoi il n'a pas été entièrement aboli avec l'entrée en vigueur du Protocole n °11 qui habilitait la Cour de Strasbourg en supprimant la Commission des droits de l'homme[1589]. Il semble que l'article 55 CEDH, en tant que clause de compétence exclusive, exclut généralement d'autres cours et tribunaux de statuer sur une affaire fondée sur la Convention, afin de garantir son application et son interprétation cohérentes par la Cour de Strasbourg. Étant donné que la Cour européenne des droits de l'homme est le seul tribunal à statuer sur des requêtes individuelles (qui sont de facto plus fréquentes et donc plus importantes pour la protection des droits de l'homme en Europe), il est cohérent d'accorder à la Cour européenne des droits de l'homme la même compétence exclusive en ce qui concerne les affaires inter-étatiques. Cependant, comme le système de la Convention n'est pas un régime juridique autonome comme l'Union européenne, où la CJUE dispose d'une compétence exclusive pour examiner le droit de l'UE[1590], les parties contractantes ont le droit de soumettre leur différend à une autre instance. L'article 55 de la CEDH peut donc être considéré comme une règle par défaut conférant à la Cour de

---

[1587] T. Lock, The ECJ and ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts, 8 The Law and Practice of International Courts and Tribunals , 2009, p. 393.

[1588] Ibid 394.

[1589] V. Schlette, Das neue Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zur Reform des Kontrollmechanismus durch das 11. Protokoll, 1996, 56 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkrrecht p. 905, 941 dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 181.

[1590] CJUE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/ Conseil et Commission, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P., ECLI:EU:C:2008:461, point 137.

Strasbourg la compétence générale de statuer sur des affaires inter-étatiques. L'exception à la règle doit toutefois être interprétée de manière restrictive, ce qui signifie qu'un accord conférant compétence à une autre juridiction devra faire explicitement référence à la Convention. De ce fait, la compétence générale exclusive du Luxembourg en vertu de l'article 19, paragraphe 1, du TUE et de l'article 344 TFUE ne constitue pas une référence explicite à la Convention. En conséquence, ces dispositions ne suffisent pas à satisfaire aux exigences de l'article 55 CEDH et la Cour-EDH et la CJUE auront toutes les deux la compétence pour accepter et décider des affaires inter-étatiques[1591].

Cela laisse aux deux cours un conflit juridictionnel véritable et défavorable. En outre, si Luxembourg est contraint de concéder un certain degré de sa juridiction à Strasbourg, l'autonomie juridique de l'Union risque à nouveau d'être mise en péril. Afin de préserver l'autonomie de l'UE, il convient également de conclure de l'analyse qui précède qu'il serait utile d'exclure complètement les demandes inter-étatiques (entre les parties) entre les États membres et entre les États membres et l'Union après l'adhésion.

À la lumière des mots de l'Art. 55 CEDH, l'accord spécial doit être une sorte d'accord international auquel toutes les hautes parties contractantes consentent. Sa nature doit logiquement être conçue comme écrite dans la forme. La question serait, cependant, quels sont les attributs d'un accord qui en ferait un *«accord spécial»* en vertu de l'art. 55 CEDH?

On fait valoir que le long de la ligne, il n'existe aucune description des qualités qu'un tel accord spécial devrait avoir. Cependant, logiquement interprété, on soutient qu'un tel accord spécial devrait au moins remplir ces quatre conditions:

a) La première condition est que toutes les Hautes Parties contractantes à la Convention acceptent / consentent cet accord spécial. Frowein soutient également qu'un accord spécial aurait dû être approuvé par toutes les parties contractantes à la Convention[1592]. Toutes les parties signifieraient non seulement les États membres

[1591]T. Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gericheten (Tütbingen, Mohr Siebeck, 2010) p. 296 dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 182.

[1592] J. Frowein, « Art. 55 » dans J. Frowein et W. Peukret (eds.), EMRK-Kommentar, Kehl am Rhein, NP Engel, 2009, para. 1 dans P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.180.

de l'UE faisant partie de la Convention, mais également tous les autres États membres non membres du Conseil de l'Europe[1593]. La nature de l'accord spécial, à cet égard, semble devoir être approuvée à l'unanimité par toutes les Hautes Parties contractantes à la Convention[1594], bien que Gragl et Lock insistent sur le fait qu'il peut y avoir dérogation à cette règle sur la base de l'opinion globale de Chypre/ Turquie[1595]?

b) La deuxième condition est la nature "spéciale" de l'Accord qui devrait normalement être reflétée dans deux directions. Premièrement, l'accord devrait déléguer cette autorité de règlement des différends au droit international, qui est normalement un mécanisme capable de résoudre les différends entre les parties à la Convention. Et deuxièmement, que l'accord doit aborder spécifiquement la Convention dans sa

---

[1593] Analysis, The European Community cannot accede to the European Convention on Human Rights. Eur Law Rev 1, 1997, p. 230-240, ce qui remet en question la pertinence si un tel accord pouvait également être conclu avec un groupe plus restreint de parties contractantes.

[1594] P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.180, qui soutient, se référant à Chypre c. Turquie, qu'un tel accord peut également être formé s'il est simplement sanctionné par un plus petit nombre de parties contractantes.

[1595] T. Lock, The ECJ and the ECtHR : the future relationship between the two European courts. Law Pract Int Court Tribunals 8, 2009, p. 392-393.L'argument de Lock, qui est également rappelé par Gragl, selon lequel les travaux préparatoires confirment l'argument selon lequel le «compromis» peut également être conclu par un plus petit nombre de parties ne semble pas totalement convaincant pour les raisons suivantes: premièrement, les travaux préparatoires démontrent simplement qu' il y avait une proposition de la délégation suédoise pour "l'accord spécial" qui voulait dire qu'elle pouvait être faite entre un plus petit nombre de parties. Il n'y a aucune confirmation dans les travaux préparatoires qu'une telle proposition a été votée sur la base du sens que la délégation suédoise avait proposé de lui donner. Le simple fait qu'il n'y ait pas eu de débat sur cette proposition, et qu'aucune autre délégation n'a proposé d'autre chose, est insuffisant pour considérer comme acquis que toutes les parties étaient d'accord avec le sens de la proposition de la Délégation Suédoise; deuxièmement, Lock lui-même (Ibid. p. 392-393)note que la proposition de la délégation suédoise a été légèrement modifiée quand elle a été votée par d'autres délégations, ce qui signifie essentiellement que personne ne tenait pour acquis que le sens originel de la proposition suédoise pour Art. 55 CEDH était le dernier

substance, ce que Gragl accepte aussi d'un point de vue général[1596]. Cela dit, l'accord en question ne serait normalement pas accepté comme existant s'il ne se réfère pas spécifiquement à l'interprétation des Conventions en dehors de la juridiction de la Cour de Strasbourg. De cette manière, l'accord ne pourrait pas être considéré comme existant entre les parties contractantes à la Convention si son objet n'est pas spécifiquement la dérogation de l'art. 55 de la CEDH.

c) La troisième condition ordinaire est que l'accord spécial doit avoir été conclu conformément à la Convention de Vienne sur les règles et principes du droit des traités, dans laquelle les parties contractantes ont rempli leur volonté constitutionnelle de faire partie de l'accord sur la base des procédures de ratification.

d) La quatrième condition est que l'accord spécial ne permette aux parties contractantes de la Convention de soumettre les différends relatifs à l'interprétation de la Convention au mécanisme de règlement des différends que prévu et que le mécanisme de règlement des différends puisse statuer sur toutes les plaintes inter-étatiques des parties contractantes à la Convention.

Dans ce contexte, il est généralement soutenu que la qualification d'un accord en tant qu'accord spécial à la lumière de l'art. 55 CEDH est plutôt complexe[1597], certaines conditions devant être remplies. A noter que la Cour de Luxembourg, dans son avis 2/13, n'aborde absolument pas cette perspective.

Étant donné cette apparente incompatibilité entre l'article 33 CEDH et l'autonomie du droit de l'Union après l'adhésion, la question reste de savoir si ces complications

---

[1596] Gragl plaide généralement dans la même ligne, en soutenant que la compétence interétatique de la Cour de Strasbourg peut autoriser des dérogations. Toutefois, étant donné que ces dérogations doivent être interprétées de manière restrictive, la convention devrait logiquement être mentionnée et renvoyé dans cet "accord spécial". P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.180-182.

[1597] Gragl arrive immédiatement à la conclusion que, du fait que la Convention n'est pas spécifiquement mentionnée dans cet accord spécial, il semble qu'il y ait peu ou pas de chance de concilier la compétence exclusive sur les questions entre parties de la Cour de Luxembourg et de Strasbourg. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.182.

pourraient être évitées si les plaintes inter-étatiques entre les États membres de l'Union et entre les États membres et l'Union étaient exclues, par exemple par une réserve au titre de l'article 57 CEDH ou par une disposition correspondante de l'accord d'adhésion. Il a donc été soutenue que l'Union européenne pouvait avoir un intérêt légitime à exclure les demandes inter-étatiques[1598], car une telle procédure serait difficilement concevable[1599] dans le système juridique spécifique de l'Union et serait contraire au principe de coopération loyale au sens de l'article 4 § 3 TUE. En outre, il a été suggéré que les différends entre États membres de l'Union européenne en particulier devraient être exclus après l'adhésion, notamment en raison de l'interdiction interne d'une telle application à Strasbourg en vertu de l'article 344 TFUE[1600]. Une approche quelque peu mitigée a été adoptée par le Comité directeur pour les droits de l'homme en 2002, qui proposait que l'exclusion des plaintes inter-étatiques entre États membres ne soit probablement pas nécessaire, car la question relève en fait du droit de l'Union européenne. Dans la pratique, les États et l'Union européenne ne devraient pouvoir utiliser l'article 33 CEDH que dans la mesure où cette utilisation est conforme aux obligations qui leur incombent en vertu des traités. Il appartiendrait donc à l'Union et aux États membres de décider si cette question spécifique devrait ou non être régie par un accord inter se[1601].

[1598] F. Benoît-Rohmer dans Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme, Doc. 11533, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme ,14 mars 2008, p.21.
http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xMTgzNSZsYW5nPUZS&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTExODM1

[1599] Commission des Communautés Européennes, Mémorandum de la Commission, Adhésion des Communautés à la convention européenne des droits de l'homme, Bulletin des Communautés Européennes Supplément 2/79, COM (79) 201 final, para 27.
https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4f492c0f-54e4-42eb-9a37-141d3e5a1965/language-fr

[1600] J.P. Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 48 Common Market Law Review, 2011,p. 995, 1008.

[1601] Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH), « Une étude sur les questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'homme. » CDDH (2002)010 Addendum 2, para 65.

Cependant, même si l'exclusion des plaintes inter-étatiques en vertu de l'article 33 de la CEDH après l'adhésion peut résoudre le conflit juridictionnel imminent entre Strasbourg et Luxembourg et préserver ainsi l'autonomie du droit de l'Union européenne, il existe des arguments politiques et juridiques, pourquoi l'Union ne devrait pas être traitée favorablement à cet égard. En premier lieu, l'adhésion de l'Union à la Convention ne doit pas être réduite à un simple signe symbolique d'acceptation et de limitations concomitantes de la compétence de Strasbourg[1602]. Exempter l'Union européenne de toute responsabilité en vertu de la Convention, le mécanisme des droits de l'homme va à l'encontre de la garantie collective de la protection des droits de l'homme et, partant, de l'idée même de la Convention. En outre, lorsqu'on se souvient des origines de la Convention en droit international, il faut tenir compte du fait qu'à l'origine il ne s'agissait pas du mécanisme de plainte individuelle, mais de la procédure de plainte inter-étatique responsable des violations présumées des droits de l'homme[1603]. Étant donné que l'article 263,§ 4, du TFUE dispose d'un accès limité aux recours individuels contre les violations de la Convention commises par l'UE, le recours alternatif des demandes inter-étatiques revêt à tout le moins une importance symbolique. Par conséquent, la seule raison pour laquelle les affaires inter-étatiques doivent être exclues après l'adhésion est qu'elles sont fondées sur la présomption que l'UE éviterait la responsabilité, soit que les procédures internes d'annulation de l'Union prévaudraient sur le mécanisme prévu à l'article 33 CEDH. Compte tenu de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du principe que le droit international est suprême sur le plan international[1604], ces arguments doivent évidemment être rejetés, car cela irait à l'encontre de l'objectif et du but du système de la Convention si les règles internes d'une partie contractante l'emportaient sur celles de la Convention. Aucune autre partie contractante n'ayant droit à ce traitement privilégié, l'UE ne devrait pas non plus être

[1602] R. Bernhardt, Probleme eines Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechts-Konvention, in Ole Due, Marcus Lutter and Jürgen Schwarze (eds.), Feitschrift für Ulrich Everling. Band I, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 111 dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 183.

[1603] J. Christoffersen, Aspects institutionnels de l'adhésion de l'UE à la CEDH Parlement Européen, Commission des affaires constitutionnelles, Audition sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 18 mars 2016, p. 6.

[1604] M. E. Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden, Brill Academic Publishers, 2009, p. 375, para 12.

exemptée. Même si les États membres sont liés par le devoir de loyauté prévu à l'article 4, paragraphe 3, du traité UE, le droit de l'Union ne doit pas l'emporter sur la Convention. Il est donc évident qu'après l'adhésion, l'Union européenne et ses États membres doivent être soumis aux mêmes obligations que les autres parties contractantes à la Convention[1605].

II. Le cadre juridique: articles 4 et 5 du projet d'accord d'adhésion.

Comme le montre la version finale du projet d'accord d'adhésion, les rédacteurs de l'accord ont estimé que l'exclusion potentielle des plaintes inter-étatiques entre les États membres *inter se* et entre les États membres et l'Union constituait un privilège indu, qui ne cadrait pas avec un système de parties également obligées, et incluait explicitement deux dispositions sur ce sujet spécifique dans le Projet d'accord d'adhésion (Articles 4 et 5). De même, l'Union ne devrait pas émettre de réserve au titre de l'article 57 CEDH, étant donné que l'article 11 du projet d'accord d'adhésion prévoit qu'aucune réserve ne peut être faite au sujet des dispositions du présent accord. Les rédacteurs ont convenu de résoudre le conflit juridictionnel naissant entre Luxembourg et Strasbourg en concluant un *«accord spécial»* au sens de l'article 55 CEDH, lequel exprimera expressément la Convention et indiquera que la Convention sera interprétée et appliquée par la CJUE en procédure entre les États membres ou entre un État membre et l'Union européenne.

Article 4 du projet d'accord d'adhésion: affaires entre parties

L'article 4, paragraphe 2, du projet d'accord d'adhésion modifie explicitement le titre de l'article 33 CEDH et le transforme en «affaires entre les Parties» afin de le faire

[1605] J. Christoffersen, Aspects institutionnels de l'adhésion de l'UE à la CEDH Parlement Européen, Commission des affaires constitutionnelles, Audition sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 18 mars 2016, p. 6.

correspondre au contenu de l'article 33 CEDH après l'adhésion[1606] et de prendre en considération le caractère de l'UE en tant qu'entité politique non étatique[1607]. En outre, le rapport explicatif précise une fois pour toutes qu'après l'adhésion, lorsque l'Union européenne sera devenue partie contractante à la Convention, tous les États parties à la Convention pourront porter plainte contre l'Union et vice versa en vertu de l'article 33 CEDH[1608]. En d'autres termes, ni l'Union ni ses États membres ne seront en aucun cas exemptés des procédures régulières entre partis prévues à l'article 33 de la CEDH, du moins du point de vue juridique du droit international en général et de la Convention en particulier.

Du point de vue interne, cependant, les choses sont très différentes. Afin de ne pas porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et à sa souveraineté juridique, le projet d'accord d'adhésion ne régit pas la question de savoir si le droit de l'Union autorise les recours entre les Parties devant la Cour de Strasbourg opposant les États membres *inter se* ou entre l'Union et un ou plusieurs de ses États membres. Le rapport explicatif mentionne expressément que l'article 344 TFUE - auquel se réfère l'article 3 du protocole n ° 8 des traités - interdit aux États membres de soumettre des litiges concernant l'interprétation ou l'application des traités à une autre juridiction que la CJUE[1609]. L'AG conclut que le projet d'accord d'adhésion ne crée aucun problème juridique en ce qui concerne les articles 344 TFUE et 3 du protocole n° 8 car la possibilité d'engager une procédure d'infraction contre les EM qui portent leurs différents régis par le droit de l'Union devant d'autres juridictions que la CJUE suffit pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE[1610]. Compte tenu de la jurisprudence de la CJUE, notamment des arrêts *MOX Plant* et *Kadi et Al Barakaat /*

[1606] Conseil de l'Europe, Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) –Rapport au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme CDDH-UE(2011)009, p.25, point 63.

[1607] Voir également la clause d'interprétation de l'article 1er, paragraphes 2 et 3, du projet d'accord d'adhésion, modifiant l'article 59 CEDH; CDDH-UE (2011) 009, p. 5

[1608] CDDH-UE(2011)009, p.25, point 62.

[1609] Voir Ibid 25, point 64.

[1610] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La revue des droits de l'homme, 10 avril 2016, p. 6.

Conseil et Commission[1611], il est prévu que Luxembourg interprétera l'article 19, paragraphe 1, TUE conjointement avec l'article 344 TFUE et, donc, sa compétence exclusive sur les affaires entrant dans le champ d'application du droit de l'Union de manière large et étendue. En conséquence, malgré le fait que la Convention et l'Accord d'adhésion permettent des demandes entre Parties (entre les États membres et entre les États membres et l'Union), la Cour de Luxembourg a le dernier mot en matière de droit de l'Union et pourrait déterminer que l'État a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4, paragraphe 3, du TFUE et de l'article 344 TFUE, si ledit État membre avait d'abord introduit une demande entre Parties devant la Cour de Strasbourg. Il semble donc que l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ait été préservée principalement aux dépenses de la juridiction de Strasbourg sur la Convention dans les cas où les requêtes sont dirigées contre des États membres.

Article 5 du projet d'accord d'adhésion: interprétation de l'article 55 CEDH.

Apparemment, l'article 5 du projet d'accord d'adhésion va dans le même sens que l'article 4 du projet d'accord d'adhésion. Il lit que:

> *« Les procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne ne doivent pas être interprétées comme constituant des procédures internationales d'enquête ou de règlement au sens de l'article 35, paragraphe 2.b, de la Convention, ou des modes de règlement des différends au sens de l'article 55 de la Convention. »*

En d'autres termes, l'article 5 du Projet d'Accord d'Adhésion garantit l'autonomie juridique de l'Union et contient les «accords spéciaux» et la référence explicite à la Convention qui sont nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'article 55 CEDH et pour maintenir la compétence exclusive du Luxembourg sur les demandes entre Parties liées à l'UE. Cette disposition résout le conflit juridictionnel imminent entre Strasbourg et Luxembourg et organise, à l'égard des Etats membres de l'Union, que la procédure devant la CJUE ne constitue pas un "moyen de règlement des différends" au sens de l'article 55 CEDH. L'objectif serait de permettre à la CJUE de vérifier si le litige entre bien dans le champ du droit de l'Union et si elle est compétente pour statuer sur le différend, avant que la Cour-EDH ne se prononce éventuellement sur la méconnaissance par un membre de

[1611] CJUE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et commission, aff. jointes C-402/05 et C-415/ 05 P,ECLI:EU:C:2008:461.

l'Union de l'État à la Convention[1612]. En conséquence, cette disposition n'empêche pas l'application de la règle prévue à l'article 344 TFUE[1613]. Une fois encore, la prédiction de la réaction luxembourgeoise aux affaires entre les Parties postérieures à l'adhésion s'applique *mutis mutandis* - étant donné la compétence exclusive pour statuer sur les affaires entre Parties dans le cadre du droit de l'Union, la CJUE saisira sans aucun doute l'occasion d'appliquer largement l'article 344 TFUE et de contraindre les États membres à utiliser le mécanisme interne de règlement des différends de l'Union afin de résoudre les conflits juridiques entre eux. Bien qu'il s'attache à la lettre des textes commentés, la raisonnement de la CJUE démontre effectivement que l'article 5 du projet d'accord d'adhésion laisse subsister la possibilité que l'Union ou les EM saisissent la Cour-EDH, au titre de l'article 33 CDEDH, d'une demande ayant pour objet une violation alléguée de celle-ci, commise respectivement par un État membre ou par l'Union, en lien avec le droit de l'Union[1614]. Aussi la Cour de justice exige une dérogation explicite à l'article 55 CEDH, qu'elle considère contraire au principe de confiance mutuelle entre les États de l'Union et comme une violation de l'article 344 TFUE, où la compétence de la Cour-EDH devrait être expressément exclue pour les litiges qui opposent les États membres entre eux ou les États membres de l'Union au sujet de l'application de la CEDH dans le cadre de l'Union, mais le contrôle de telles violations, au caractère exceptionnel, relève avant tout du droit interne de l'Union et aurait pu être réglé par la voie du recours en manquement[1615]. En cas de non-respect, la Commission européenne peut engager une procédure d'infraction en vertu de l'article 258 TFUE, après quoi la Cour de Luxembourg recourra à nouveau aux normes figurant dans son arrêt *MOX Plant*. La question reste de savoir si l'autonomie juridique de l'Union a été maintenue largement au détriment de la juridiction de Strasbourg et de la protection effective des droits de l'homme au niveau international. En dépit de

---

[1612] M. Afroukh t L. Coutron, La compétence -exagérément?- exclusive de la Cour de Justice pour l'examen des recours interétatiques, Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13 sous la direc. de F.Picod et J. Rideau, R.A.E- L.E.A,p. 60

[1613] CDDH-UE(2011)009, p. 26, para. 66.

[1614] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'homme, 10 avril 2016, p. 6.

[1615] , P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux, Rev. du Droit de l'Union européenne, 3/4-2016,p. 523-524

l'article 5 du PDA, la CJUE estime en effet que cette possibilité de saisine de la Cour-EDH risquerait de porter atteinte au caractère exclusif des modalités de règlement des litiges entre EM liées à l'application du droit de l'Union à l'intérieur de l'Union, et notamment à la compétence juridictionnelle de la Cour à cet égard, en violation de l'article 344 TFUE, qui s'oppose par principe à tout contrôle externe, antérieur ou postérieur[1616]. Bien sûr, les rédacteurs de l'accord ont tenu compte de la spécificité et donc de l'autonomie du système juridique de l'UE, mais il est douteux que l'adhésion soit encore valable si l'organe de contrôle externe, à savoir la Cour de Strasbourg, est exclue de statuer sur les différends entre les hautes parties contractantes. La section suivante analyse donc attentivement si ces hypothèses sont vraies ou non et cherche à savoir si l'autonomie juridique de l'Union et la protection effective des droits de l'homme dans le cadre juridique des affaires entre Parties sont en fait inconciliables.

La deuxième option à considérer à la lumière de l'art. 55 CEDH se demande si l'Accord d'adhésion à la Convention de l'UE pourrait être considéré comme un «accord spécial» à la lumière de l'autorisation accordée à la Cour de Luxembourg de traiter des différends inter-étatiques. A cet effet, l'article 5 du PDA se lit comme suit:

> *Les procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne ne doivent pas être interprétées comme constituant des procédures internationales d'enquête ou de règlement au sens de l'article 35, paragraphe 2.b, de la Convention, ou des modes de règlement des différends au sens de l'article 55 de la Convention[1617].*

Il semble y avoir deux questions distinctes que l'art. 5 du PDA semble établir. Premièrement, la relation entre les traités de l'UE et l'art. 35§2b de la Convention, et deuxièmement, la relation entre les Traités de l'UE et l'Art. 55 de la Convention. L'art. 33§2.b et Art. 55 de la Convention ont été conçus pour protéger légèrement les marges du système de la Convention, leur adoption par les traités était donc une nécessité obligatoire.

[1616] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Europe, Février 2015, p. 7.

[1617] Art. 5 PDA, Gragl fait essentiellement valoir que cette disposition en tant que telle n'interdit pas la fonction et le fonctionnement de l'art. 344 TFUE. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 186. Gragl a peut-être raison dans le sens que cette disposition ne fait que servir le système de la Convention, mais elle ne définit pas en principe le sens du règlement des différends en vertu du droit de l'UE et l'art. 344 TFUE.

Pour commencer avec la première clause de l'Art. 5 PDA, il déclare que les affaires portées devant la Cour de justice de l'UE « *ne doivent pas être interprétées comme constituant des procédures internationales d'enquête ou de règlement au sens de l'article 35, paragraphe 2.b, de la Convention ....»* Art. 35.2 b CEDH, d'autre part, se lit comme suit:

> *La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsque […]* (b) *elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux*[1618].

Art. 35 § 2.b de la Convention se réfère clairement à l'art. 34 qui couvre la requête individuelle. Au première vue, l'art. 35 §2 b ne traite pas des plaintes inter-étatiques. Cependant, si l'on considère cette question un peu plus profondément, l'argument serait que, même dans les affaires inter-étatiques, l'État qui présente la demande doit prouver que les recours juridiques de l'État défendeur ont été épuisés[1619]. Cela dit, la première clause de l'art. 5 du PDA n'empêche pas clairement que des demandes d'enregistrement puissent être déposées à Strasbourg si elles ont déjà transité par la Cour de Luxembourg[1620]. À cet égard, cette clause concilie l'exclusivité juridictionnelle de Strasbourg avec celle du Luxembourg.

D'autre part, la deuxième clause la plus importante de l'article 5 du PDA stipule clairement que les procédures devant la Cour de l'UE ne seraient pas considérées comme

---

[1618] Art. 35.2 (b), La Convention européenne des droits de l'homme, Texte intégral et protocoles présentés par F. Moderne, Dalloz, Paris, 2012, p. 58.

[1619] Gragl note que la règle de l'épuisement ne s'applique pas aux cas d'interposition; il ne s'applique que lorsqu'une partie contractante soumet une demande entre parties contre une autre partie contractante dans le but de protéger ses propres citoyens. Si une partie contractante dépose une demande entre parties de formulaire d'actio popularis, elle ne doit pas épuiser les recours juridiques. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.187-188. Cela dit, il est essentiellement soutenu que, selon ce raisonnement, l'art. 5 DAA devrait être interprété comme ayant un effet uniquement en ce qui concerne les affaires entre parties que les parties contractantes soumettent pour protéger les intérêts de leurs citoyens individuels; il ne s'applique pas aux applications inter-partis de type *actio popularis*. (F. Korenica, p.271)

[1620] X. Grussot, T. Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011, Question d'Europe N° 218, 7 novembre 2011, p. 10.

un moyen de règlement des différends à la lumière de l'art. 55 CEDH. Dans ce contexte, même si une procédure avait pu être engagée dans le cadre de la procédure de plainte inter-étatique luxembourgeoise (procédure d'infraction), une telle affaire ne serait pas considérée comme portant atteinte à la compétence exclusive de Strasbourg en vertu de l'art. 55 CEDH. Cependant, la question reste de savoir si l'affaire inter-étatique qui a fait l'objet du mécanisme de plainte de la Cour de justice de l'UE pourrait ensuite être soumise à la Cour de Strasbourg en vertu de l'art. 55 de la Convention. Cela semble être la voie qui pourrait être suivie dans un tel scénario, mais dans ce cas, l'esprit du Luxembourg consisterait soit à le considérer comme une violation de l'art. 344 TFUE ou d'omettre de sa compétence exclusive les instruments internationaux nationaux tels que la Convention qu'il considère comme la loi qu'il observe[1621]. Étonnamment, la solution à ces problèmes peut être trouvée dans la même disposition qui permet à la Cour de Luxembourg, en vertu de l'article 344 TFUE, d'exercer sa compétence exclusive dans les différends entre États membres, à savoir l'article 5 du Projet d'Accord d'adhésion. Cette disposition contient une clause qui a délibérément été omise dans l'analyse précédente afin de conduire une ligne de raisonnement appropriée, et qui se lit dans son intégralité comme suit:

> Les procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne ne doivent pas être interprétées comme constituant *des procédures internationales d'enquête ou de règlement au sens de l'article 35, paragraphe 2.b, de la Convention*, ou des modes de règlement des différends au sens de l'article 55 de la Convention[1622].

Principalement, la clause en italique de l'article 5 du projet d'adhésion précise qu'en tant que corollaire nécessaire de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, les procédures devant la Commission européenne ou la Cour de Luxembourg ne doivent pas

---

[1621] Gragl, à travers une brève voie, arrive à la conclusion que l'Art. 5 DAA concilie l'autonomie juridique de l'UE (y compris l'article 344 TFUE) avec le mécanisme entre parties de la Convention. . P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 188. Il est cependant soutenu ici que le point soulevé par Gragl n'aborde pas profondément les implications que la Cour luxembourgeoise voudrait habituellement invoquer - comme il ressort de l'avis du Luxembourg 2/13 - comme quelque chose qui pourrait induire en erreur les attentes globales de ce processus.

[1622] Art. 5 du Projet d'Accord d'Adhésion ; CDDH-UE(2011)009, p. 8.

être considérées comme des procédures d'enquête internationale ou de règlement international, dont la soumission rendrait une requête irrecevable devant la Cour EDH, conformément à l'article 35, paragraphe 2, point b CEDH[1623].

Cependant, exposons cette situation de manière claire et concise en ce qui concerne l'adhésion de l'UE. Selon les règles de droit international généralement reconnues, avant l'article 35 §1, la CEDH impose aux requérants d'épuiser tous les recours internes avant que la Cour européenne des droits de l'homme puisse traiter une affaire. Cette exigence reflète le principe de subsidiarité sur lequel repose la Convention et offre aux parties contractantes la possibilité de prévenir ou de réparer les violations qui leur sont reprochées[1624]. Toutefois, selon le libellé de l'article 35 §2 CEDH, ce critère de recevabilité ne s'applique qu'aux requêtes individuelles au titre de l'article 34 CEDH, ce qui signifie qu'elles seront déclarées irrecevables si le requérant n'a pas épuisé tous les recours internes. Pourtant, l'article 46 point *d* du Règlement de la Cour exige qu'une partie contractante ayant l'intention de porter une affaire devant la Cour EDH en vertu de l'article 33 CEDH établisse une déclaration pour montrer si tous les recours internes ont déjà été épuisés. En outre, les organes de la Convention ont également appliqué ce critère dans les affaires entre parties où une partie contractante a dirigé une demande contre une autre partie dans l'intérêt de ses propres citoyens, ce qui signifie que les personnes concernées doivent avoir recours à des recours efficaces avant qu'une partie contractante puisse soumettre la plainte entre Parties correspondante[1625]. D'autre part, la règle ne s'applique pas lorsque la partie requérante se plaint de la législation générale ou de la pratique administrative prétendument en violation de la Convention sous la forme d'une *actio popularis*, dans le but d'en empêcher la continuation ou la réapparition[1626]. De plus, l'article 5 du Projet d'Accord d'Adhésion mentionne le paragraphe 2 b) de l'article 35 de la CEDH, qui dispose que la Cour européenne des droits de l'homme ne traite aucune requête *«précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de*

[1623] CDDH-UE(2011)009, p.26, para 65.

[1624] Cour-EDH, 19 mars 1991, Cardot/ France, Req. No 11069/84, point 36.

[1625] Cour-EDH, 10 mai 2001, Chypre/ Turquie, Req. No 25781/94, point 99.

[1626] Cour-EDH, 18 Janvier 1978, Irlande/ Royaume Uni, Req. No. 5310/71, point 159.

règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux.» Cette disposition *electa una via*[1627] interdit plusieurs soumissions de la même réclamation[1628] et vise ainsi à éviter des procédures parallèles entre la Cour de Strasbourg et toute autre cour ou tribunal international[1629]. Dans ce contexte, les différents organes de l'ONU peuvent être délibérés, par exemple le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui a été créé[1630] pour contrôler le respect par les États membres du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR)[1631]. Il est toutefois douteux que cette disposition soit liée aux procédures internes de l'Union devant la CJUE. Étant donné que les organes judiciaires de l'Union sont *strictu sensu* non nationales, mais cours supranationales, les procédures devant la Cour de Luxembourg peuvent être considérées principalement comme des procédures d'enquête ou de règlement international. Cette considération n'est toutefois pas pertinente à la lumière de l'article 5 du Projet d'Accord d'Adhésion qui stipule que les procédures internes de l'UE ne constituent pas des procédures d'enquête ou de règlement international au sens de l'article 35 §2 b CEDH. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment estimé que la Commission européenne ne constituait pas un organe international d'enquête ou de règlement au titre de l'article 35, paragraphe 2, de la CEDH, étant donné que la Commission dispose d'une marge de manœuvre sur la base de l'art 258 TFUE ou non[1632]. Il en va de même, mutatis mutandis, devant la Cour de Luxembourg. Cela signifie qu'une demande ne sera pas déclarée irrecevable par Strasbourg

---

[1627] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.*opt.cit,* p. 187.

[1628] Y. Shany, The Competing Jurisdictions Courts and Tribunals, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 213.

[1629] G. Ulfstein, The International Judiciary in J . Klabbers, A. Peters at G. Ulfstein (eds.), The Constitutionalization of International Law, Oxoford, Oxford University Press, 2011, p. 137.

[1630] Art. 28 ICCPR, Pacte international relatif aux droits civils et politiques,

[1631] Décision de la Commission, 9 janvier 1995, Pauger/ Autriche, Req. No 24872/94, considérant que la communication de la requérante au Comité des droits de l'homme et sa présente requête concernent essentiellement la même question, [...]. Il s'ensuit que la Commission est empêchée de traiter la présente requête en vertu de l'article [35 (2) lit. b] de la Convention. "

[1632] Cour-EDH, 1 février 2011, Karoussiotis c. Portugal, Req. No 23205/08, point 69 et 76.

si, pour l'essentiel, la même demande a déjà été présentée devant les juridictions de l'Union.

Ce dernier argument s'inscrit parfaitement dans la dernière partie de ce sous-chapitre et présente ainsi la solution à tout conflit de compétence potentiel entre Luxembourg et Strasbourg pour statuer sur des affaires entre les parties. Selon l'article 35 §1 de la CEDH et l'exigence que tous les recours internes soient épuisés (ce qui s'applique également aux affaires entre Parties), le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme se limite au contrôle juridictionnel subsidiaire des violations alléguées de la Convention. Par conséquent, les juridictions nationales - y compris la CJUE après l'adhésion - doivent avoir amplement l'occasion de remédier elles-mêmes à ces violations avant qu'un organe externe puisse en décider. Cela signifie que Strasbourg n'a pas de compétence complémentaire à celle du Luxembourg pour statuer sur les plaintes entre Parties, mais plutôt une compétence subsidiaire, qui ne peut être déclenchée qu'après épuisement des voies de recours internes en vertu de l'article 35 §1 CEDH. Les différends entre États membres de l'UE ou entre les États membres et l'Union, dans le cadre desquels une partie agit dans l'intérêt de ses citoyens, doivent être soumis à la CJUE, d'une part, en raison des dispositions internes de l'article 344 du TFUE et, plus important encore, en raison des obligations internationales découlant de la Convention elle-même, à savoir l'article 35 §1 de la CEDH[1633]. De ce fait, l'article 5 du projet d'accord d'adhésion parvient non seulement à concilier les dispositions respectives de la Convention et des traités de l'Union européenne, mais aussi à concilier l'autonomie juridique de l'Union avec les mécanismes procéduraux de la Convention. Il est essentiellement soutenu que l'article 5 PDA pourrait constituer l'«accord spécial» au titre de l'article 55 de la CEDH. Trois arguments soutiennent cette conclusion et un ne le fait pas. Premièrement, le PDA se réfère explicitement à la compétence de l'UE en matière de règlement des différends, c'est-à-dire la compétence de la Cour européenne, et prévoit que le mécanisme de règlement des différends prévu par les traités européens ne serait pas contraire à l'art. 55 CEDH. Deuxièmement, le PDA devra être ratifié par toutes les Hautes Parties contractantes à la

[1633] Th. Kingreen, « Art. 6 EUV » in Christian Callies et Matthias Ruffert (eds.), EUV/ AEUV, Kommentar, 4th edn, Munich, Beck, 2011, para. 33. et S. Winkler, Der Beitrit des Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden, Nomos, 2000, p.84. dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 188.

Convention, signifiant à la fois les parties contractantes à la Convention de l'UE et les parties qui ne le sont pas. Un tel consentement unanime sur l'accord remplit la condition que l'accord spécial soit accepté par chaque partie à la Convention sur ce point (tel que déterminé également par l'article 31§3 de la CVDT). Troisièmement, le PDA ne résout cependant pas la question du règlement des différends pour les parties à la Convention qui ne sont pas membres de l'UE, ce qui poserait clairement des doutes quant au véritable "accord spécial" au regard de l'art. 55 CEDH.

La question la plus importante est d'analyser pourquoi l'*«accord spécial»* est-il spécial? Cela nécessite certainement une autre analyse plus tard pour décrire l'ensemble de la cohabitation entre l'article 344 TFUE et l'article 55 de la CEDH après l'adhésion de l'UE à la Convention. Pour entreprendre cette analyse, il y a cinq raisons sur la nature particulière de cet «accord spécial», en commençant par l'accord plus général et en terminant par les moins significatifs.

Premièrement, l'article 5 du PDA exclut simplement le conflit fondamental entre l'article 344 TFUE et l'article 55 de la CEDH. Il ne fait pas cela sur une formule unilatérale. Cependant, cela n'exclut pas un tel conflit potentiel. En classant les procédures entre États membres *inter se* devant la Cour de Luxembourg non pas comme des procédures de règlement des différends internationaux, le PDA ne fait que permettre à la juridiction entre Parties de la Cour de Strasbourg de cohabiter avec celle de la Cour de l'UE en termes principaux (ce qui signifie que les États membres de l'UE pourraient utiliser la compétence de l'article 344 TFUE / Luxembourg comme première instance pour le règlement des différends relatifs à la Convention) la Cour de Strasbourg en tant que deuxième instance pour de simples litiges liés à la Convention). Toutefois, l'article 5 du PDA ne confère pas à la Cour de l'UE le règlement des différends inter-étatiques au titre de la Convention ni pour l'ensemble des parties à la Convention ni pour les parties à la Convention européenne. Qualifiant la procédure devant la Cour de Luxembourg de procédure de règlement des différends non internationaux, le PDA entend en fait faire de l'ensemble des procédures judiciaires de l'UE des procédures de droit interne, qui est une condition préalable normale à une affaire avant qu'elle puisse être déposée à Strasbourg. À ce titre, les procédures inter-étatiques au niveau de l'UE semblent être qualifiées de procédures de droit interne, alors que l'intention est de faire de la Cour de Luxembourg une

juridiction de droit interne et non de droit international. Cela étant le cas, l'article 5 PDA est censé être plus dédié à fonder l'article 55 de la Convention sur la cohabitation anormale avec l'article 344 TFUE plutôt que d'offrir une solution à part entière aux éventuels conflits.

Deuxièmement, il est évident que l'innovation prévue à l'article 5 du PDA n'interdit à aucune partie d'avoir recours à la procédure de plainte inter-étatique prévue par la Convention. Il suffit de dire que l'article 5 du PDA n'interdit pas de statuer sur les affaires entre Parties à Strasbourg ni de transférer la compétence à la Cour de Luxembourg sur les affaires entre parties découlant de la Convention. Cela a fait valoir, les parties à la Convention, que ce soit les États membres de l'UE, les États membres non membres de l'UE ou l'UE elle-même aura toujours la possibilité d'utiliser le mécanisme entre parties de l'art 55 CEDH. On ne peut en aucun cas trouver un argument pour dire que l'article 5 PDA doit être interprété comme empêchant la Cour de Strasbourg de se prononcer sur des questions entre Parties. Si les rédacteurs du projet d'accord d'adhésion l'avaient voulu, ils auraient pu le préciser dans l'accord, ce qu'ils n'ont pas fait. De plus, l'article concerné ne fait que permettre aux organes de la Convention de conserver leur compétence même si la même affaire a été jugée par un autre tribunal de droit international, la Cour de Luxembourg. Cela étant, l'article 55 CEDH sera toujours un mécanisme efficace pour toutes les parties à la Convention, si leurs obligations juridiques nationales permettent de suivre cette voie.

Troisièmement, l'article 5 PDA ne règle pas la question de savoir si l'UE doit d'abord résoudre une question inter-étatique avant que la Cour de Strasbourg ne prenne cette compétence. Il n'interdit pas non plus aux États membres de l'UE de soumettre des demandes entre Parties à la Convention en même temps qu'à la Cour de Luxembourg (ou à la Commission en première instance). À cet égard, l'article 5 PDA permet que la relation entre l'UE et les États membres concernant les questions de la Convention, il s'agira d'une question de droit interne de l'UE et d'une obligation que les États membres pourraient avoir vis-à-vis des traités de l'UE, mais rien de plus. Cela étant, on peut se demander si les États membres de l'UE violent leurs droits de pétition en vertu de la Convention si l'article 344 du TFUE est l'obstacle interne à une telle action. Certes, dans le contexte d'une lecture conjointe de l'article 5 PDA et de l'article 55 de la Convention, interdire aux États membres

de la Convention de ces droits constituerait une violation du principe fondamental de la protection des droits de l'homme en vertu d'un instrument de droit international tel que la Convention. Une telle interdiction constitue certainement une violation de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose que:

> *Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité*[1634].

Bien que la CVDT ne soit pas juridiquement contraignante pour l'UE, elle comporte toujours une réaffirmation du droit international coutumier que l'UE peut être amenée à respecter conformément à ses traités sur le droit international coutumier qui ont la nature de *ius cogens* (en ajoutant que selon Lauterpacht *« Dans le jus cogens, la norme impérative relève d'une catégorie qui l'emporte à la fois sur le droit international coutumier et sur le droit conventionnel.»* [1635]). La CJUE a confirmé sans équivoque

---

[1634]Art. 27 CVDT. Cette règle étant si ancienne que l'on trouve aussi dans: Cour Permanente de Justice Internationale, Avis Consultatif Question des « Communautés » Gréco-Bulgaires, 31 juillet 1930, N° 17.para. 81 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf (C'est un principe généralement accepté du droit international que, dans les relations entre les Puissances contractantes d'un traité, les dispositions du droit interne ne peuvent prévaloir sur celles du traité.) dans F. Korenica, p. 274.

[1635]Nations Unies, Cour internationale de Justice, RECUEIL DES ARRÊTS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES ? Ordonnance du 8 avril 1993 sur la demande en indication de mesures conservatoires dans l'affaire de l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)] http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19930408-ORD-01-00-FR.pdf
Opinion individuelle du juge ad hoc Elihu Lauterpacht http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19930913-ORD-01-05-FR.pdf p. 440, point 100. Il convient de noter que l'intention n'est pas ici de considérer la CVDT comme ayant la nature de ius cogens, mais en se référant à Kadi, la Cour de l'UE a laissé l'impression que, comme une partie du droit coutumier, elle respecte le spectre du droit international coutumier(conventionnel) (y compris la Convention de Vienne sur le droit coutumier qui comporte certaines sections très pertinentes qui régissent cette dernière et qui ont donc le statut de droit international coutumier) comme quelque chose qu'elle défère avec assez de respect. La mention de VCLT dans Kadi rend cet argument spécifique.

l'argument du juge Lauterpacht dans Kadi[1636]. La question à cet égard est donc de savoir si l'article 344 TFUE peut être considéré comme le tribunal interne que la Cour de Luxembourg pourrait invoquer pour justifier une décision demandant à un État membre de ne pas soumettre un différend inter-étatique à la Cour de Strasbourg.

Une autre question préalable à celle-ci est de savoir si art 344 TFUE est considéré comme faisant partie du "droit interne" au sens de l'art. 27 CVDT. Certes, il existe deux raisons de dire oui à cette question. Premièrement, l'argument est que l'article 5 PDA décrit clairement la compétence de la Cour de l'UE comme relevant du droit interne d'une partie à la Convention. Cela est clairement indiqué à l'article 5 PDA lorsque les procédures inter-étatiques au sein des mécanismes juridiques de l'UE sont désignées comme ne constituant pas des procédures internationales de règlement des différends. Deuxièmement, avec l'adhésion de l'UE à la Convention, dans le contexte de la protection des droits de l'homme, l'UE est considérée comme une partie égale à une Haute Partie contractante, et à cette fin, l'UE aura une position identique dans le système de la Convention. Il ne semble pas y avoir de contestation sur cette question en ce qui concerne la perspective de fond des résultats de l'adhésion[1637]. Ces deux raisons étant, il convient de faire valoir que le droit de l'UE est considéré comme une "loi interne" aux fins d'interprétation de l'article 27 CVDT. Cette dernière analyse est également soutenue par l'Art non contraignant 27§2 VCLTSIOIO qui prescrit que: *« Une organisation internationale partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme*

[1636] CJUE, 21. Septembre 2005, Arrêt du Tribunal, CJUE, Kadi / Conseil et Commission, aff.T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, point. 227 *« Il convient de relever, à cet égard, que la convention de Vienne sur le droit des traités, qui codifie le droit international coutumier (et dont l'article 5 dispose qu'elle s'applique «à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation internationale»), prévoit, en son article 53, la nullité des traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (jus cogens), définie comme «une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». »*

[1637] On devrait omettre de traiter les «noms» que la PDA révise dans la Convention, comme cela est fait plus ou moins pour des raisons symboliques, alors que l'adhésion en tant que telle constitue une position d'État pour l'UE dans le système de la Convention. Le même avis a été jugé par la Cour de Luxembourg dans l'Avis 2/13, point 193.

justifiant la non-exécution du traité. » À cet égard, les «règles de l'organisation interne» sont égales à la notion de «droit interne» appliquée auparavant.

Par conséquent, il ne semble pas y avoir de différend à ce sujet. Par conséquent, la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg pour observer la Convention dans le cadre du droit de l'UE semble violer l'obligation internationale de l'UE[1638] de ne pas invoquer le droit interne comme moyen d'exclure une obligation envers la Convention en tant qu'instrument de droit international. Une telle violation potentielle de l'article 27 de la Convention de Vienne au sujet de la procédure entre parties de la Convention aboutirait non seulement à ce que l'UE viole la Convention de sa part, mais aussi aux États membres en tant que parties à la Convention. Bien sûr, l'argument en faveur d'un État membre de l'UE serait qu'il ne pourrait pas déposer une requête auprès de la Cour de Strasbourg au titre de l'article 55 CEDH, car cela violerait les traités de l'UE auxquels cet État membre est partie. Cela étant, la dépense pour préserver la compétence exclusive de la Cour de l'UE pour statuer sur le droit de l'UE, en particulier son art 344 TFUE, est de violer la Convention et l'Art 27 CVDT[1639]. Ceci étant le scénario, une caractéristique particulière de cet «accord spécial» est la possibilité qu'une violation de la loi internationale apparaisse invisible à tout le monde.

Quatrièmement, l'article 5 PDA permet à la Cour européenne de continuer à considérer la partie Convention de la propre loi qu'elle observe. Cependant, une analyse plus approfondie de la compatibilité de l'article 344 du TFUE avec l'article 55 de la CEDH est nécessaire. Bien sûr, la Cour de l'UE insistera pour que l'article 344 s'applique davantage à tous les États membres de l'UE, comme elle l'a fait de façon rigide dans *Mox PLANT* et l'avis 1/91 comme les exemples les plus brillants. La question est cependant de savoir si cette spécificité du «compromis» que prévoit l'article 5 PDA constitue un autre niveau de concurrence entre les deux juridictions européennes. La réponse est simple:

[1638] Deux cas de la Cour de l'UE semblent suggérer que cette dernière paie un respect assez important pour le droit international; Ces deux cas sont: CJUE, 24 novembre 1992, Anklagemyndigheden contre Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp., aff. C-286/90,ECLI:EU:C:1992:453 et CJUE,16 juin 1998, A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz, aff. C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293.

[1639] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 275.

certes, l'article 5 PDA légalise fondamentalement le conflit que les deux tribunaux pourraient avoir sur les affaires entre Parties. D'une part, la Cour de l'UE insisterait pour que les États membres de l'UE soient sous le contrôle de l'article 344 du TFUE, ne permettant manifestement pas de soumettre une plainte découlant de la Convention au mécanisme entre parties de la Cour de Strasbourg. En outre, si l'on pouvait affirmer que la Cour de l'UE autoriserait le dépôt d'une plainte à la procédure entre Parties de Strasbourg seulement après avoir épuisé les recours devant la CJUE, ce ne serait pas encore ce que le Luxembourg devrait normalement faire avec *Mox PLANT* servant le meilleur exemple.

L'article 344 TFUE indique clairement qu'aucun État membre de l'UE ne peut déposer une demande d'interprétation ou d'application du droit de l'UE à un autre mécanisme de règlement des différends autre que les méthodes des traités de l'UE. L'article 344 TFUE est clairement fait pour arrêter toute requête, examinée ou non par la Cour de Luxembourg. Une interprétation téléologique de l'article 344 TFUE révèle que l'intention est d'empêcher les États membres de s'adresser à une autre juridiction pour trouver un règlement sur l'interprétation des traités de l'UE. Ainsi, l'intention de l'article 344 TFUE est non seulement de protéger la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg mais également l'autonomie de la loi de l'UE dans son ensemble. Certes, avec l'adhésion de l'UE à la Convention, l'article 344 TFUE ne pouvait en principe être considéré comme excluant également ce devoir sur les affaires entre Parties de la Convention. Au moins, cela pourrait être l'image que la nature rigide et allergique[1640] des tribunaux externes que *Mox Plant* et l'avis 1/91 fournissent à cet argument.

Ceci étant l'argument, une lecture générale de l'art 5 du PDA, de l'art 344 TFUE et de l'art 55 CEDH donne l'impression que le conflit entre les deux cours sur les affaires entre Parties n'a pas été entièrement résolu[1641].Comme mentionné ci-dessus, l'article 5 du

[1640] F. Korenica, *opt.cit,* p. 276.

[1641] En ce qui concerne l'exclusion potentielle de l'UE du mécanisme interpartis de la CEDH, Gragl, se référant à Christoffersen, soutient à juste titre que le système de protection prévu par la Convention - après l'adhésion de l'UE à la CEDH - doit être le même pour l'UE, - doit être les mêmes pour l'UE que pour les autres hautes parties contractantes et soumises aux mêmes conditions d'obligation. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 184. Dans le cas contraire, l'objectif proclamé du PDA à proposer inclut l'UE sur un pied d'égalité avec les autres hautes parties contractantes européennes.

Projet d'adhésion, combiné avec les articles 35 §1 et 55 de la CEDH, n'empêche pas le fonctionnement de la disposition prévue à l'article 344 TFUE[1642] puisque le fonctionnement et l'autonomie du droit de l'Union restent inchangés par des demandes entre parties après l'adhésion. On pourrait faire valoir que cette disposition peut être qualifiée de *«clause de déconnexion[1643]»* qui peut généralement être trouvée dans les traités rédigés par le Conseil de l'Europe et qui prévoit généralement que si les parties à un traité sont des États membres de l'UE, elles continuent à appliquer le droit de l'Union européenne entre eux. Le traité en question ne sera appliqué par les États membres que dans leurs relations extérieures, ce qui signifie qu'il ne peut être appliqué que dans le cas de parties qui ne sont pas des États membres et non entre États membres[1644].

L'objet et le but des clauses de déconnexion sont d'assurer la sécurité et la clarté juridiques et de garantir la cohérence des mesures internes prises sur la base du traité avec le droit de l'Union, ce qui contribuera à éviter la fragmentation de l'ordre juridique de l'Union[1645].

Mais surtout, la clause de déconnexion confirme la suprématie du droit de l'Union et donc son autonomie[1646]. C'est exactement ce que fait l'article 5 du Projet d'Accord d'Adhésion, qui permet à l'UE et à ses États membres d'appliquer les règles internes de l'Union afin de respecter les normes de Luxembourg de préservation de l'autonomie juridique de l'Union. La CJUE peut appliquer l'article 19, paragraphe 1, TUE et l'article 344 TFUE pour régler les différends internes à l'Union, après quoi le mécanisme subsidiaire de règlement des différends de la Convention, conformément aux dispositions de l'article 35, paragraphe 1,

---

1642 CDDH-UE(2011)009 p.26, para 66.

1643 C. Economidès et A. Kolliopoulos, La clause de déconnection en faveur du droit communautiare : Une pratique critiquable , 110 Revue Générale de Droit International Public, 2006, p. 273.

1644 J. Klabbers, Treaty Conflict and the European Union, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 220.

1645 Commission des Communautés européennes, document de travail des Services de la Commission, projet de convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité - adhésion de la CE et clause de déconnexion. Sec 2001, point. 315.
https://www.coe.int/fr/web/cybercrime/the-budapest-convention

1646 J. Klabbers, Treaty Conflict and the European Union, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 221.

CEDH, sera appliqué. Les sections suivantes prennent en compte ces dispositions et illustrent l'interaction entre le droit de l'Union européenne et les dispositions respectives de la Convention, en particulier les étapes procédurales devant la CJUE et la Cour EDH.

Une autre explication plus constructive à ce sujet consisterait à considérer les données en tant que telles produisant des effets d'ajustement sur l'interprétation des traités de l'UE. En outre, le Comité des droits de l'homme a jugé un principe très important en ce qui concerne les possibles contournements des mécanismes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en utilisant les moyens juridiques nationaux des États. Il a décidé que: *"Le droit interne peut avoir besoin d'être modifié correctement pour refléter les exigences du Pacte, et des mécanismes au niveau national seront nécessaires pour permettre aux droits du Pacte d'être applicables au niveau local. Les États ne veulent pas changer une loi particulière et parfois cette tendance est élevée à une politique générale.*[1647]» Cette norme prévoit clairement que le droit international doit s'abstenir d'interférer avec les mécanismes d'un accord international ratifié. Il en va de même dans le problème entre Parties de l'UE et de la CEDH, où Korenica[1648] propose un scénario constructif pour tenir compte du fossé existant entre les deux ordres juridiques (ajoutant que l'UE n'a pas fait de réserve au PDA pour arrêter l'utilisation potentielle de la procédure entre parties de ses États membres). Ceci étant le cas - dans un scénario constructif - la possibilité existe de soutenir que le PDA «ajuste» en fait les traités de l'UE par des moyens

[1647] UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 12. http://www.refworld.org/docid/453883fc11.html

[1648] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 277.

passifs[1649]. Plus important pour cette section est de tenir pour acquis le fait que l'article 5 PDA permet de régler le sens conventionnel de l'article 344 TFUE (cela peut être l'une des raisons pour lesquelles l'avis 2/13, aux paragraphes 201 et suivants, semble refuser la compétence *ratione materiae* de la Cour de Strasbourg sur les affaires entre Parties).

En principe, l'article 5 du PDA et sa deuxième clause visent principalement à modifier et à ajuster le sens de l'article 55 de la CEDH. Toutefois, il est également possible que le PDA produise des effets et corrige en conséquence le sens de l'article 344 du TFUE, ce dernier étant le principal problème de la conciliation du conflit entre les deux systèmes. Dans ce contexte, on pourrait soutenir que la deuxième clause de l'art. 5 du PDA produit l'effet d'ajuster le sens de l'art. 344 TFUE, afin d'exclure la Cour de Strasbourg de la Convention en tant que «méthode de règlement» externe dans le contexte de l'article 344 TFUE. Il existe trois raisons pour adhérer à cette forme d'interprétation:

Premièrement, l'avis 2/94 de la CJCE a conclu que l'adhésion de l'UE à la Convention entraînerait des changements substantiels dans le système des traités communautaires. Une telle conclusion rend manifeste le fait que la CJE avait considéré que la procédure d'adhésion apporterait au moins "quelques" changements constitutionnels et systémiques au système du traité UE afin de permettre à ce dernier de se soumettre au système de la Convention. Un tel changement systémique est supposé être l'exclusion de la Convention du champ d'application de l'interdiction de l'art. 344 TFUE. Au moins, hypothétiquement, c'est l'un des principaux changements systémiques auxquels l'Avis 2/94 fait implicitement référence. Avec le devoir d'adhésion explicite du traité de Lisbonne, on ne peut exclure que le PDA modifie le sens de l'article 344 TFUE pour que l'UE soit soumise au système de la Convention pour les affaires liées à la Convention. Ce risque n'a pas été pris en compte par la Cour dans l'Avis 2/13, ce dernier ne faisant qu'une très large opposition au mécanisme entre parties.

[1649] Gragl soutient essentiellement que la DAA ne régit pas les questions de droit interne de l'UE relatives à la compétence entre parties dans le contexte de l'article 344 TFUE, et que ce n'est pas quelque chose auquel on peut s'attendre. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 185. Cependant, c'est l'avis 2/13 de la Cour de Luxembourg qui exige le contraire: elle invite le DAA à réglementer cette «question de droit européen», en exigeant notamment que la Cour de Strasbourg se voie refuser la compétence pour statuer sur des affaires L'UE ou ses États membres souhaitent l'utiliser inter se.

Deuxièmement, les travaux préparatoires du PDA révèlent le fait que les rédacteurs n'avaient pas l'intention de permettre que le mécanisme inter-étatique de la Convention existe par rapport à l'UE. La situation a été plus tard remise à la suite de l'insistance et des pressions que cela pourrait porter atteinte à l'intégrité de la Convention pour protéger les droits de l'homme. Cela étant, les rédacteurs du PDA sont conscients que l'introduction du mécanisme inter-étatique ne se ferait pas uniquement pour des raisons symboliques, mais aussi pour des raisons pratiques, car en fin de compte aucun État membre de l'UE ne pourrait être interdit de déposer une plainte entre parties devant la Cour de Strasbourg si une telle possibilité existait dans le PDA.

Troisièmement, les Traités de l'UE ne pourraient pas continuer à entrer en conflit avec la Convention sur une question aussi importante que le mécanisme entre parties. Pour cette raison, une lecture constructive de l'article 5 du PDA que la Cour de Luxembourg pourrait consentir à dépasser la norme *Mox Plant* pourrait permettre de la considérer comme ajustant le sens de l'article 344 TFUE afin de garantir qu'il n'existe aucun conflit entre les engagements de l'UE et internationaux pris avec la Convention[1650].

La Cour de Luxembourg pourrait donc accepter de lire l'article 5 PDA comme modifiant l'article 344 du TFUE pour lire que le mécanisme entre parties de la Convention ne pourrait être utilisé par les États membres de l'UE aussi bien après que l'affaire a été

[1650] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 278.

épuisée au niveau national devant la Cour de l'UE[1651]. Cette lecture "constructive" de l'article 5 PDA, il faut le noter, semblerait suivre une approche aussi consensuelle que la Cour de Luxembourg n'a presque jamais pratiqué à ce jour[1652].

Si cette pratique était autorisée, la lecture logique que pourrait produire la Cour de Luxembourg consisterait à interpréter largement l'article 344 TFUE et à demander à l'État membre d'épuiser d'abord le mécanisme de l'UE pour régler un différend relatif à la Convention. Une fois que cette question aura été épuisée devant la Cour de l'UE en tant que procédure inter-étatique, les parties pourraient l'envoyer à la Cour de Strasbourg pour un contrôle subsidiaire. Dans ce type de consensus entre l'article 344 TFUE et l'article 55 CEDH, la Cour de Luxembourg interpréterait sa compétence de l'art19 §1 TUE pour statuer sur les affaires des États membres de l'UE en tant que juridiction de droit interne et celle de Strasbourg en tant que compétence filiale dans les cas de plaintes individuelles.

L'ultime point à analyser ici est de savoir si, dans ce scénario constructif et discutable, il serait possible d'interdire aux États membres de soumettre une affaire entre Parties à la Cour subsidiaire de Strasbourg sans l'épuiser au niveau de l'UE. Certes, une telle justification pourrait également être trouvée au sens de l'article 4, paragraphe 3, du traité UE, qui vise à démontrer la coopération loyale entre les États membres de l'UE dans

---

[1651] Gragl prend l'exemple de Mathews c. Royaume-Uni imaginé dans un scénario inter-partis pour démontrer qu'il peut être bien exploité également dans la juridiction actuelle de la Cour de Luxembourg. Dans ce cas imaginaire, l'Espagne déposerait une requête interétatiques contre le Royaume-Uni devant la Cour de Luxembourg (procédure d'infraction) en soutenant que le Royaume-Uni avait violé le droit de l'UE (le droit de vote de la Convention) (le droit de vote de la Convention) en n'accordant pas le droit de se présenter aux élections à Mme Mathews de Gilbraltar. Ce n'est qu'après que cette procédure aurait été épuisée que l'Espagne aurait pu saisir la Cour de Strasbourg. Dans ce scénario, Gragl propose que l'examen interétatiques de Strasbourg ne touche pas à l'autonomie du droit de l'UE, car il ne ferait que se prononcer sur la décision du Luxembourg sur cette question du point de vue des normes de la Convention. Cela peut être un exemple pour démontrer qu'un État membre de l'UE demande si un État membre de l'UE a l'intention de déposer une demande devant la Cour de Strasbourg contre un autre État membre de l'UE. La même procédure s'appliquerait si un État membre de l'UE avait l'intention de déposer une demande devant la Cour de Strasbourg contre l'UE. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.190-197.

[1652] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 279.

le cadre de la loyauté envers les Traités[1653]. Par conséquent, une vision plus structurée de ce scénario constructif est que la Cour de Luxembourg considère que l'article 5 PDA exclut le mécanisme entre parties de la Convention considéré comme une méthode de règlement dans le contexte de l'article 344 TFUE et tenant l'article 4, paragraphe 3, TFUE comme moyen de demander aux États membres de porter la question devant la Cour de Luxembourg avant qu'ils ne soient autorisés à la Cour subsidiaire de Strasbourg.

En dernier lieu, il convient de mentionner qu'en déconstruisant *Mox Plant*, on se rend compte que la Cour de Luxembourg semble accepter le fait que l'Union puisse accéder à des accords mixtes internationaux dotés de leurs propres mécanismes de règlement des différends (la même approche a également été rappelée au paragraphe 181 de l'Avis 2/13). Une lecture logique et systémique de *Mox Plant*, montre clairement que les États membres ne sont pas empêchés d'adhérer, avec l'UE, à des accords internationaux mixtes qui ont leurs propres mécanismes de règlement des différends. D'autre part, une lecture approfondie de l'argument général de *Mox Plant* révèle que l'existence d'un mécanisme conflictuel de règlement des différends entre les traités de l'UE et un accord international mixte dans lequel l'UE et ses États membres sont conjointement parties contractantes ne constitue pas une situation juridique paradoxale qui va au-delà de l'interdiction de l'article 344 TFUE. Cependant, en termes de *Mox Plant*, la simple utilisation d'un tel mécanisme de règlement des différends externes par les États membres de l'UE est contraire à l'article 344 du TFUE et constitue une violation par l'État membre concerné de la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg. Dans cet esprit, il semble que la Cour de l'UE considère le concept de conflit avec les mécanismes externes de règlement des différends uniquement à la lumière des justifications *de facto* mais pas de celles *de iure*. Le simple fait que la Convention, en tant qu'accord mixte dans lequel l'UE et les États membres sont conjointement parties, a sa propre procédure de règlement des différends ne produit pas *légalement* une violation de l'article 344 TFUE à la lumière de *Max Plant*. L'application d'une telle clause de la Convention est toutefois censée produire

---

[1653] Voir dans le contexte de Mox Plant : R. Churchill et J. Scott, « The Mox Plant litigation : the first half-life." Int Comp Law Q 53, 2004, p. 663. Voir aussi. CJUE, 19.03.1996, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne, aff. C-25/94,ECLI:EU:C:1996:114 et CJUE, 02 juin 2005, Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg., aff. C-266/03,ECLI:EU:C:2005:341.

une telle violation sur une base factuelle[1654]. Cela dit, le contexte de conciliation de l'article 5 PDA avec l'article 55 CEDH et avec l'article 344 TFUE semble pouvoir être mis au point sur des bases de jure ou de facto, selon ce qui résout le mieux les conflits qui pourraient surgir entre les deux cours. L'UE ne peut invoquer l'article 344 TFUE comme moyen de surpasser son obligation internationale de respecter l'article 55 de la CEDH. À la fin de cette route pierreuse de l'analyse, l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale peut aider ce scénario en rendant l'art. 344 TFUE *"constructif"*[1655]. La Cour permanente a jugé à cet égard que : « *il faut évidemment lire celui-ci [e Traité] dans son ensemble, et l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases' détachées de leur milieu et qui, séparées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières.*[1656] » Ce scénario constructif proposé ici s'inscrit dans les lignes de cette norme[1657].

Pour faire une petite digression, il faut enfin se demander si le Traité de Lisbonne - avec l'Art. 6 §2 TUE - a-t-il l'intention de rendre l'article 344 TFUE d'une position exclusive vis-à-vis des obligations de l'UE en matière de droit international dans le cadre de la prochaine adhésion à la Convention? Une décision historique de la Cour suprême des États-Unis (comme une affaire comparée), à savoir *Murray c. The Charming Betsy*, - où la Cour - en ce qui concerne l'intention du droit interne au droit international - avait statué qu '*«un acte de congrès ne devrait jamais être construit pour violer le droit des gens (droit*

[1654] R. Churchill et J. Scott, The Mox Plant litigation: the first half-life., Int Comp Law Q 53, 2004, p. 663.

[1655] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 280.

[1656] C.P.J.I, 12.08.1922, Avis consultatif N°. 2, Série B. 2, Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture, p. 22.
http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_02/Competence_OIT_Agriculture_Avis_consultatif.pdf

[1657] Gragl qui, bien que ne prenant pas la route prise par le chapitre précédent pour examiner cette question d'un point de vue approfondi, parvient à la conclusion générale que le PDA ne doit pas être interprété comme interdisant le fonctionnement du mécanisme interétatques post-adhésion. P. Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.272.

international), si toute autre construction possible demeure ...[1658]*».* Selon les mots de Curtis A. Bradley, il s'agit de la «conception de l'intention législative» [qui] repose sur l'hypothèse que le Congrès ne veut généralement pas violer le droit international [...] [1659]» Fitzpatrick soutient que Murray c. The Charming Betsy vise à assurer *«un caractère international respectueux de la loi au législateur dont les textes obscurs sont en litige*[1660] *».* Selon les termes de Bradley - et dans le cadre de *Murray v. The Charming Betsy* - on pourrait argumenter que les traités de l'UE n'ont peut-être pas voulu faire de l'article 344 TFUE une violation des obligations de la Convention (y compris la disposition sur le mécanisme entre parties)[1661]. Sur le plan téléologique, les maîtres des Traités de l'UE n'ont peut-être pas invoqué l'hypothèse qu'une disposition quelconque des traités devrait ou viole le droit international, respectivement la Convention en l'espèce. Selon l'argument, il n'y a peut-être pas de juge à la Cour européenne qui utiliserait l'argument selon lequel les maîtres des traités de l'UE devraient faire en sorte que les traités européens violent les obligations que l'UE prend en vertu du droit international. Par conséquent, *Murray c. The Charming Betsy* soutiendrait très bien l'argument présenté dans ce scénario constructif de réconcilier l'article 344 TFUE avec l'article 5 PDA, garantissant ainsi que l'UE respecte et ne met pas d'obstacles à l'utilisation du mécanisme de base de la Convention. En conclusion, il est regrettable que l'avis 2/13 de la Cour de Luxembourg ne soit pas

---

1658 US Supreme Court, Murray v. The Charming Betsey, 6 U.S. 2 Cranch 64 64 (1804), p. 6

1659 CA Bradley, The CharminG Betsy canon and separation of powers: rethinking the interpretive role of international law. Georgia Law J 86, 1998, p. 495, in F. Korenica, p. 280.

1660 Fitzpatrick dans CA Bradley, The CharminG Betsy canon and separation of powers: rethinking the interpretive role of international law. Georgia Law J 86, 1998, p.495-496.

1661 On peut être en désaccord avec cette affirmation avec l'argument selon lequel la norme Murray peut ne pas s'appliquer dans le cas où il existe une interface horizontale entre deux actes de droit international, à savoir les traités de l'UE et la Convention. Je suis opposé à ce point de vue et par conséquent à l'argument selon lequel l'UE devenant partie contractante à la Convention, sa législation (y compris les Traités de l'UE) prend le statut de droit interne face à la Convention. De ce point de vue, ce scénario de post-adhésion examiné ci-dessus considère les Traités de l'UE comme des lois nationales face à la Convention, par conséquent, la norme Murray s'applique également ici puisque les traités de l'UE (et le droit interne de l'une des parties contractantes) n'ont peut-être pas eu l'intention de violer la Convention.

conforme à ce type d'argumentation[1662]; elle trouve plutôt le simple fait que l'existence du mécanisme entre Parties est incompatible avec les traités de l'UE (comme indiqué au tout début), cependant, il ne serait pas pratiquement possible de garder le langage si simple et irresponsable à la nature et à l'existence du droit international - ce que, ironiquement, la Cour de Luxembourg démontre dans cet avis récent.

2.§ L'Article 344 du TFUE et sa pertinence pour l'adhésion de l'UE à la CEDH.

Le 18 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu l'avis 2/13 et a stupéfié le monde juridique en déclarant que le projet d'accord sur l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme incompatible avec les traités constitutifs de l'Union. Bien que certains experts se soient dits sceptiques quant à certains aspects du projet d'accord d'adhésion[1663], personne ne semble s'être attendu à une opinion aussi

[1662] Gragl soutient à peu près la même argumentation de cette thèse. Il souligne à juste titre que l'exclusion de l'UE du mécanisme entre les parties réduirait sérieusement la portée de l'adhésion de l'UE à la CEDH aux normes normales de protection des droits de l'homme, mais irait également à l'encontre du concept de la protection des droits. Gragl, se référant à Christoffersen, soutient en outre que le mécanisme interétatique est encore plus original (puisqu'il s'agissait du premier mécanisme installé dans la Convention lorsqu'il a été conclu) que le mécanisme de plainte individuelle dans le cadre du système de la Convention, il semble donc y avoir encore moins de raisons de rejeter l'inclusion de l'UE dans la procédure interétatiques.

[1663] T. Lock, Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order, 48 Common Market Law Review, 2011, p. 1025.

critique et intransigeante. L'Avis a par conséquent été largement désapprouvé dans la blogosphère juridique de l'UE[1664].

Bien qu'il y ait de nombreux points dans l'Avis 2/13 qui méritent une analyse critique, on se concentrera ici que sur un point: L'interprétation et l'application par la CJUE de l'article 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les motifs de rejet de l'accord d'adhésion[1665]. Plus précisément, on va comparer l'approche adoptée dans l'Avis 2/13 avec l'approche de la CJUE dans une jurisprudence antérieure. On va faire valoir que le raisonnement et la conclusion concernant l'article 344 TFUE dans l'avis 2/13 sont clairement en contradiction avec cette jurisprudence antérieure, notamment l'affaire principale de l'usine MOX[1666]. On montrera également comment l'approche de la question dans l'avis 2/13 - si elle reflète effectivement la *lex lata* - affecte sérieusement de nombreux traités que l'Union a déjà conclus.

Bien que l'Union ait l'obligation d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne , cette obligation n'est pas inconditionnelle. L'article 3 du Protocole (n ° 8) aux traités constitutifs

---

[1664] T. Lock, Oops! We Did it Again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR, Verfassungblog, 18 décembre 2014, http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/ ; W. Michl, Thou Shalt Have No Other Courts Before Me, Verfassungblog, 23 décembre 2014, http://www.verfassungsblog.de/en/thou-shalt-no-courts/; S. Øby Johansen, Opinion 2/13: A Bag of Coal From the CJEU, ØBY-KANALEN 10 janvier 2015, https://obykanalen.wordpress.com/2015/01/10/opinion-213-a-bag-ofcoal-from-the-cjeu/ ; A. O'Neill, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty, EutopiaLaw 18 décembre 2014, http://eutopialaw.com/2014/12/18/opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-thecjeu-as-humpty-dumpty/ ; S. Peers, The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU Law Analysis , 18 déc. 2014, http://eulawanalysis.blogspot.no/2014/12/the-cjeuand-eus-accession-to-echr.html.

[1665] Les quatre autres raisons sont les suivantes: (1) l'accord d'adhésion est susceptible d'affecter les caractéristiques spécifiques et l'autonomie du droit de l'Union (2), l'accord d'adhésion ne prévoit pas de mécanisme de fonctionnement du mécanisme de codéfendeur (3) l'accord d'adhésion ne prévoit pas les modalités de la participation préalable de la CJUE permettant de préserver les spécificités du droit de l'Union, et (4) l'accord d'adhésion ne tient pas compte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des comportements de l'UE relevant de la politique étrangère et de sécurité commune. Voir Avis 2/13, point 258.

[1666] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345.

de l'Union, qui concerne l'article 6 § 2 TUE, dispose que *« aucune disposition de l'accord visé à l'article 1er ne doit affecter l'article 344 paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*[1667]*. »* Selon l'article 344 du TFUE : *« Les États Membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci. »* Cette disposition implique l'attribution d'une compétence exclusive à la CJUE dans les affaires entre parties impliquant le droit de l'Union. L'article 344 TFUE peut en outre être considéré comme une expression spécifique du devoir de loyauté des États membres en vertu de l'article 4, paragraphe 3, du traité UE[1668]. Plus généralement, il peut être compris comme une manifestation du principe selon lequel l'UE est un système juridique autonome - que la CJUE considère comme faisant partie de sa mission principale de protection[1669]. Des dispositions similaires figurent également dans d'autres accords internationaux, par exemple dans l'article 55 de la CEDH.

La question de savoir si un accord international est incompatible avec les traités constitutifs parce qu'elle menace l'autonomie du système juridique de l'UE a été une question récurrente dans la jurisprudence de la CJUE au fil des ans[1670]. Naturellement, cette motivation *« cherche à faire illusion »* et réussit l'exploit de *« faire passer son pouvoir discrétionnaire pour une compétence liée.* [1671]*»* En effet la Cour prétend être

---

[1667] Protocole N°8, F.X Priollaud et D. Siritzky, « Le Traité de Lisbonne, Texte et commentaire Article par Article des Nouveaux Traités Européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, Paris, 2008, p. 484.

[1668] CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 202 ; CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345.

[1669] CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 201.

[1670] CJUE, 26 avril 1977**,** Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, Avis 1/76, ECLI:EU:C:1977:63; CJUE, 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen. Avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490

[1671] M. Troper, La motivation des décisions constitutionnelles, dans CH. Perelman et P. Foriers, La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 287.

placée sous la contrainte du traité alors même qu'elle a toute latitude pour définir le périmètre de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne[1672].

F. Tulkens, alors vice-présidente de la Cour-EDH, avait également cherché à rassurer la CJUE, après avoir repris cette analyse avait ajouté que *« en tout état de cause l'appréciation portée par notre Cour sur la conformité d'un acte de l' UE avec la Convention ne saurait jamais s'analyser en une interprétation authentique des dispositions litigieuses du droit de l'UE. La CJUE demeurera le juge ultime en la matière et je pense que notre Cour prendre soin dans ses arrêts de bien le faire comprendre.[1673] »*

Si l'article 344 du TFUE est souvent mentionné au passage dans la jurisprudence de la Cour sur l'autonomie, il est rarement discuté longuement. L'avis 2/13 est donc l'un des rares cas dans lesquels la CJUE est effectivement partie à l'article 344 du TFUE, utilisant quatorze paragraphes de sa décision pour l'interpréter et l'appliquer[1674]. Une exception préalable à cette tendance à la non-participation est l'arrêt de la Grande Chambre dans l'usine MOX - le principal dossier sur l'article 344 du TFUE avant l'Avis 2/13.

L'usine MOX concernait un différend de longue date entre l'Irlande et le Royaume-Uni concernant la mise en service d'une usine d'oxydes mixtes (MOX) à Sellafield, sur la côte britannique de la mer d'Irlande[1675]. L'usine a été conçue pour convertir le combustible nucléaire usé en MOX, qui peut être utilisé comme combustible dans les réacteurs nucléaires à eau légère[1676]. Comme le Royaume-Uni ne disposait pas de réacteurs nucléaires utilisant du combustible MOX à l'époque, le carburant était destiné à être

---

[1672] M. Afroukh et L. Coutron La compétence -exagérément?- exclusive de la Cour de justice pour l'examen des recours interétatiques, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A, p. 54.

[1673] F. Tulkens, Pour et vers une organisation harmonieuse, RTDE, 2011, P. 27.

[1674] CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 201-214.

[1675] N. Schrijver, The MOX Plant Case – A Litigation Saga Without a Pronouncement on the Merits, in THE MOX PLANT CASE (IRELAND V. UNITED KINGDOM): RECORD OF THE PROCEEDINGS 2001-2008 1–18, 2 (Permanent Court of Arbitration ed., 2010).

[1676] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345. point 21.

exporté par la mer d'Irlande[1677]. L'Irlande s'est opposée à la construction de l'usine à plusieurs reprises entre le milieu et la fin des années 90, affirmant entre autres que le Royaume-Uni n'avait pas correctement traité les conséquences environnementales de la centrale au stade de la planification et que l'usine manquait de justification économique comme l'exige le droit de l'Union[1678]. En 2001, lorsque l'usine était sur le point de devenir opérationnelle, l'Irlande engagea des poursuites contre le Royaume-Uni en vertu de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR[1679]) et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS[1680]). Étant donné que l'UNCLOS est un accord dit mixte, auquel l'Union elle-même et ses États membres sont parties, la Commission européenne a demandé à l'Irlande de fournir des documents concernant le différend - y compris ses plaidoiries dans l'arbitrage UNCLOS[1681]. Puis, ayant constaté que l'Irlande n'avait pas respecté la compétence exclusive de la CJUE, la Commission a introduit un recours contre l'Irlande devant la CJUE[1682]. La CJUE a conclu que l'Irlande avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'actuel article 344 du TFUE en engageant une procédure contre le Royaume-Uni dans le cadre de la partie XV de la CNUDM[1683]. De son côté, le tribunal arbitral institué en vertu de l'annexe VII de la Convention sur le droit de la mer avait suspendu sa décision en attendant que la question du lien avec le droit communautaire soit éclaircie puisque l'article 282 de la Convention sur le droit de la mer prévoyait la primauté du

[1677] Nico Schrijver, The MOX Plant Case – A Litigation Saga Without a Pronouncement on the Merits, in THE MOX PLANT CASE (IRELAND V. UNITED KINGDOM): RECORD OF THE PROCEEDINGS 2001-2008 1–18, 2 (Permanent Court of Arbitration ed., 2010).

[1678] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345. point 30-48.

[1679] Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, 22 septembre 1992,

[1680] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982

[1681] N. Schrijver, The MOX Plant Case – A Litigation Saga Without a Pronouncement on the Merits, in THE MOX PLANT CASE (IRELAND V. UNITED KINGDOM): RECORD OF THE PROCEEDINGS 2001-2008 1–18, 2 (Permanent Court of Arbitration ed., 2010).p. 53-54.

[1682] CJUE, 30 mai 2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande (MOX Plant), aff. C-459/03,ECLI:EU:C:2006:345. point 55-57.

[1683] Idem. point 184.

système de règlement interne des différends au sein de la Communauté sur celui de la Convention[1684]. En l'absence d'une telle disposition, la Cour présume que l'article 33 permettra à la Cour de Strasbourg de statuer sur le différend nonobstant l'article 344 TFUE.

Voir l'avis 2/13 à la lumière de l'usine MOX est révélateur car les deux affaires concernent des accords mixtes avec des dispositions sur le règlement des différends entre parties qui ont des caractéristiques très similaires. Compte tenu des similitudes, on pourrait s'attendre à ce que la CJUE ait utilisé un raisonnement conforme. Cependant, comme on va le démontrer plus loin, le raisonnement dans les deux affaires ne peut être concilié. Afin de le montrer aussi clairement que possible, on analysera comment la CJUE a interprété et appliqué l'article 344 du TFUE dans l'Avis 2/13 et distingué cette interprétation de l'approche adoptée dans l'usine MOX.

Pour les négociateurs qui tenteront maintenant de modifier l'accord d'adhésion pour tenir compte de l'avis 2/13, à condition que cela soit possible, voire souhaitable[1685], il devrait être relativement simple d'éviter l'incompatibilité avec l'article 344 du TFUE selon Johansen[1686]. Les négociateurs pourraient simplement suivre l'instruction plutôt claire de la CJUE d'exclure les litiges intra-UE de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme[1687]. Un paragraphe pourrait être inséré à la fin de l'article 33 de la CEDH: *«Les demandes d'un État membre de l'UE ou de l'Union européenne, alléguant une violation de la convention par un autre État membre de l'UE ou par l'Union européenne sont irrecevables. »*

[1684] J.P Jacqué, Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, CDE, N°1, 2015, p. 28.

[1685] Steve Peers, The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU Law Analysis , 18 déc. 2014, fait valoir que l'adhésion n'est pas souhaitable dans les conditions de l'Avis 2/13. Besslink suggère que la modification des traités constitutifs de l'Union serait la solution préférée. Voir aussi L. F.M Besslink, Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13. Verfassungblog , 23 décembre 2014, _____.

[1686] S. Johansen, The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its Potential Consequences, 16 German Law Journal, N° 1, 23 mars 2015, p.178.

[1687] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 213.

En plus d'être légalement insignifiant, il devrait être politiquement possible d'amener les parties non européennes à la CEDH à accepter un tel amendement. En effet, des différends entre des États non membres de l'UE et des États membres de l'UE (ou l'Union elle-même) pourraient encore être soumis à la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, les Etats non membres de l'UE ont peu à perdre d'une exclusion intra-UE. En outre, il y a la préséance pour l'inclusion de prétendues *«clauses de déconnexion»* dans les traités négociés sous les auspices du Conseil de l'Europe[1688]. De telles clauses sont même plus étendues que la suggestion ci-dessus, en ce qu'elles excluent ou limitent l'application de l'ensemble du traité entre les États membres de l'UE et l'Union.

La reintérprétation de l'article 344 du TFUE dans l'avis 2/13 n'est pas critique pour le processus d'adhésion de l'UE à la CEDH. Toutefois, il est important pour les futures négociations d'accords mixtes et d'une importance critique et potentiellement dévastatrice pour de nombreux accords mixtes que l'Union a déjà conclus[1689]. On ne peut que spéculer sur le point de savoir si la CJUE ajustera son approche - et révélera ainsi que sa réinterprétation apparente de l'article 344 du TFUE dans l'Avis 2/13 n'était qu'un moyen d'atteindre l'objectif ultime de la Cour de rejeter l'Accord d'adhésion- -ou si cela confirme le changement de cap, obligeant l'Union et ses Etats membres à s'adapter.

La Cour examine ensuite la compatibilité du projet de traité d'adhésion avec l'article 344 TFUE, qui dispose: *"Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement différent de celui qu'ils prévoient.* » La Cour a invariablement utilisé cette disposition pour revendiquer sa compétence exclusive chaque fois que l'interprétation ou l'application du droit de l'Union est en jeu[1690]. Comme expliqué précédemment, l'article 6, paragraphe 2, du traité UE

[1688] Pour un aperçu de cette pratique et une typologie des «clauses de déconnexion», voir : Kamala Dawar, Disconnection Clauses: An Inevitable Symptom of Regionalism? (Online Proceedings of the Society of International Economic Law Working Paper No. 2010/11, 2010), http://papers.ssrn.com/abstract=1632433.

[1689] S. Johansen, The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its Potential Consequences, 16 German Law Journal, N° 1, 23 mars 2015, p.178.

[1690] Voir/ CJUE, 30.05.2006, Commission des Communautés européennes contre Irlande, aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, point 123 et 136. Et CJUE, 03.09.2008, Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, aff. jointes Affaires jointes C-402/05 P, C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:30, point 282.

dispose clairement que l'adhésion n'affecte pas les compétences de l'Union définies dans les traités. En outre, l'article 3 du protocole n ° 8 confirme que rien dans l'accord n'affecte l'article 344 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Par conséquent, cette question était clairement sur la table depuis le début[1691].

Pourtant, l'article 344 TFUE se réfère simplement aux États membres qui ont soumis un différend. À cet égard, la Commission fait valoir que les différends entre les États membres dans le contexte de la CEDH impliqueraient une interprétation ou une application de la CEDH, plutôt que des traités de l'UE[1692]. De toute évidence, dans les cas où le contenu des dispositions de la CEDH et de l'UE est similaire, l'article 344 TFUE pourrait être enfreint[1693]. Par conséquent, une disposition spéciale sur l'irrecevabilité de ces différends ne serait pas nécessaire. Ce point de vue était partagé par la Grèce, mais pas par la France, qui a fait valoir qu'il devait rester possible à un État membre d'intervenir en tant que tiers intervenant à l'appui d'un ou de plusieurs de ses ressortissants dans une affaire dirigée contre un autre État membre devant la Cour-EDH, même si cet autre État membre agit dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union[1694].

Comme déjà mentionné, la Cour consacre plusieurs paragraphes à sa compétence exclusive, l'autonomie du droit de l'UE, la structure juridique de l'UE (y compris les droits fondamentaux), les obligations des États membres (par exemple, sur la base du principe de coopération loyale), et le besoin de cohérence et d'uniformité dans l'interprétation du droit de l'UE[1695]. Elle conclut que : *« les droits fondamentaux, tels que reconnus en particulier par la Charte, doivent être interprétés et appliqués au sein de l'Union[1696]. »* Bien que cette conclusion ne soit pas surprenante, compte tenu du fait que l'article 344 TFUE était mentionné dans le traité (ainsi que dans les protocoles et les déclarations), il reste difficile de concilier ces points de départ avec la notion - qui est au cœur du système de Strasbourg

---

[1691] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point. 143.

[1692] *Idem,* point 106-107.

[1693] *Ibidem* point 66.

[1694] *Idem*, point 167.

[1695] *Idem*, points 163-174.

[1696] *Idem*, point 177.

- que le contrôle judiciaire externe doit être accepté dès lors qu'une violation des dispositions de la CEDH est en jeu. En fait, les deux cours ont débattu de cette question au cours du processus d'adhésion[1697]. Par exemple, dans une communication conjointe des Présidents Costa et Skouris (24 janvier 2011), les parties ont reconnu qu '*"à la suite de cette adhésion, les actes de l'UE seront soumis, comme ceux des autres Hautes Parties contractantes, au contrôle exercé par la Cour EDH à la lumière des droits garantis par la Convention*[1698]*. "* Les présidents ont souligné deux situations: premièrement, les actions directes, auquel cas la CJUE aurait une chance de se prononcer; et deuxièmement, des cas d'application / d'interprétation du droit de l'UE devant les tribunaux nationaux, où, en l'absence de question préalable, la CJUE ne serait pas en mesure d'examiner la compatibilité de cette loi avec les droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux. Alors que les Présidents ont fait valoir qu'une telle *"situation ne devrait pas se produire souvent"*, ils ont néanmoins proposé *"une procédure. . . , dans le cadre de l'adhésion de l'UE à la Convention, qui est flexible et permettrait à la CJUE de procéder à un examen interne avant que la CEDH procède à un examen externe*[1699]*. "* Ils ont trouvé une solution dans une procédure de participation préalable, prévue à l'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord d'adhésion. Ironiquement, cette procédure est également critiquée dans l'avis de la Cour. Il est à noter que la CJUE a déjà souligné ces problèmes lors des étapes précédentes. Dans un document de discussion de 2010, il soutenait que *«l'Union doit s'assurer. . . ce contrôle externe par les institutions de la Convention peut être précédé*

[1697]Voir plus en détail sur le rôle des deux tribunaux européens dans les négociations d'adhésion: L.F.M. Besselink, 'Should the European Union Ratify the European Convention on Human Rights? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice', in A. Føllesdal, B. Peters & G. Ulfstein (eds.), Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 301-333.

[1698] Disponible à: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf (last accessed on 15 January 2015) [at 1].

[1699] Ibidem.

d'un contrôle interne effectif par les juridictions des États membres et / ou de l'Union[1700]*. "*

La Cour a ajouté que:

> pour *maintenir l'uniformité dans l'application du droit de l'Union et garantir la cohérence nécessaire du système de protection judiciaire de l'Union, il appartient donc à la Cour de justice de déclarer, dans un cas approprié, un acte de l'Union non valide . . . . Afin de préserver cette caractéristique du système de protection judiciaire de l'Union, il faut éviter que la Cour européenne des droits de l'homme soit appelée à se prononcer sur la conformité d'un acte de l'Union avec la Convention sans que la Cour de justice ait d'abord eu l'occasion de rendre une décision définitive sur ce point*[1701].

Par conséquent, la Cour a souligné de manières assez cohérente certaines des conséquences de l'article 344 TFUE. Pourtant, l'interprétation de cette disposition semble maintenant affecter l'idée même d'adhérer à la CEDH. Comme nous l'avons déjà dit, pour toutes les autres parties à la Convention, être lié par les droits fondamentaux de la CEDH dans l'exercice de leurs pouvoirs internes est l'essence même de l'adhésion au système. Si la Cour semble l'admettre au paragraphe 185 de l'avis, elle soutient néanmoins qu'*«il ne devrait pas être possible à la CEDH de remettre en cause les conclusions de la Cour relatives au champ d'application ratione materiae du droit de l'Union, aux fins, particulier, de déterminer si un État membre est lié par les droits fondamentaux de l'UE*[1702]*. "*

Un problème particulier à cet égard est lié à l'article 55 de la CEDH, qui, en quelque sorte, est la contrepartie de l'article 344 TFUE. Ça lit:

> *Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de*

[1700] Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para. 7, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en.pdf.

[1701] Point 7-9.

[1702] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 186.

l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention.

La tension est évidente: l'article 344 TFUE demande aux États membres de ne porter que devant la Cour de justice les différends relatifs au droit de l'Union, tandis que l'article 55 CEDH demande le règlement des litiges relatifs à la CEDH devant la Cour européenne des droits de l'homme. (Article 33 CEDH). Comment cela peut-il être concilié, en particulier lorsque la CEDH doit devenir partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union?[1703]

Cette disposition est explicitement traitée à l'article 5 du projet d'accord d'adhésion. Il dispose: *"Les procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne s'entendent comme ne constituant ni des procédures d'enquête ou de règlement nationales au sens de l'article 35, paragraphe 2.b, ni des moyens de règlement des différends au sens de la de l'article 55 de la convention. "* Fondamentalement, la solution est que la procédure des affaires inter-étatiques au titre de l'article 33 CEDH n'est pas obligatoire et l'UE et ses États membres peuvent continuer à porter devant les juridictions de l'UE tout différend relatif à l'interprétation et à l'application de la CEDH. Pourtant, aux yeux de la Cour, cela ne suffit pas à préserver sa compétence exclusive. La disposition prévoit toujours la possibilité pour l'UE ou les États membres de soumettre une demande à la CEDH concernant une violation alléguée par un État membre ou l'UE, respectivement, en liaison avec le droit de l'UE. Selon la Cour, cela constitue une violation de l'article 344 TFUE. La base fondamentale de cette objection est reflétée dans la déclaration de la Cour selon laquelle cela *«va à l'encontre de la nature même du droit de l'Union[1704]»*. Pour surmonter ce problème, il faudrait exclure expressément la compétence de la CEDH en vertu de l'article 33 de la CEDH pour les différends entre États membres ou entre les États membres et l'UE

[1703]Voir aussi sur cette question P. Eeckhout, The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms as an Integral Part of EU Law – Some Reflections, in I. Govaere, E. Lannon, P. Van Elsuwege, S. Adam (Eds.), The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 87-99. Voir plus en général sur les relations entre l'UE et le Conseil de l'Europe: E. Cornu, The Impact of Council of Europe Standards on the European Union, in R.A. Wessel and S. Blockmans (eds.), Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations, The Hague: T.M.C. Asser Press/ Springer, 2013, pp. 113-129.

[1704]CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454 , point 212.

concernant l'application de la CEDH dans le champ d'application *ratione materiae* du droit de l'UE[1705]. En d'autres termes, comme l'a relevé l'avocat général Kokott, il faudrait une règle selon laquelle l'article 344 TFUE ne serait pas affecté par l'article 33 CEDH et l'emporterait sur celui-ci (impliquant l'irrecevabilité d'une réclamation dans une affaire qui serait néanmoins initié)[1706]. Le problème découle donc du risque que l'application et l'interprétation du droit interne de l'UE (dans les litiges entre États membres ou entre les États membres et l'Union) soient contournées. Cependant, il faut aussi considérer l'ampleur de ce risque. Les États membres connaissent bien la jurisprudence de la Cour sur ce point et la question pourrait peut-être être résolue sur la base de prétendues déclarations de déconnexion[1707].

A. La méfiance de la CJUE à l'égard les États Membres.

Dès 1979, lorsque l'adhésion de l'Union européenne à la Convention commence à entrer en jeu, les risques potentiels de perturbation du système judiciaire de l'Union dans le contexte des demandes inter-étatiques entre États membres et les relations futures entre l'article 33 CEDH et l'article 344 TFUE a causé une grande anxiété[1708]. La question reste de savoir si cette préoccupation est justifiée ou non. L'article 344 TFUE vise à garantir que

---

[1705] *Idem*, point 213.

[1706] CJUE, 13 juin 2014 , Prise de Positon de l ' AG Kokott, Procédure d'avis 2/13,ECLI:EU:C:2014:2475, point 115.

[1707] L'avocat général Kokott a évoqué la possibilité évoquée à l'article 282 de la convention des Nations unies sur le droit de la mer (par. 115 du document). Kuijper se réfère à l'exemple de l'annexe 2 de la convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle qui stipule que les États membres de l'Union qui sont parties à la Convention (à côté de l'UE elle-même) appliqueront les dispositions de l'accord en question dans leurs relations mutuelles conformément aux règles internes de l'Union et sans préjudice des modifications qui seraient apportées à ces règles. P.J. Kuijper, «Réaction au blog ACELG de Leonard Besselink», 6 janvier 2015; http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks's-acelg-blog/.

[1708] Voir Commission des Communautés Européennes, Mémorandum de la Commission, Adhésion des Communautés à la convention européenne des droits de l'homme, Bulletin des Communautés Européennes Supplément 2/79, COM (79) 201 final, para 27. https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4f492c0f-54e4-42eb-9a37-141d3e5a1965/language-fr

le droit de l'Union (tel que mentionné à l'article 19, paragraphe 1, TFUE est interprété de manière cohérente, ce qui peut être accompli de manière efficace en désignant les cours de l'Union comme les seules à décider des problèmes du droit de l'UE[1709]. En outre, la référence aux «traités» à l'article 344 TFUE ne se réfère pas seulement au droit primaire, mais englobe aussi le droit dérivé de l'Union[1710] et, a fortiori, les accords internationaux sur leur rang mezzanine entre droit primaire et droit secondaire. Cette approche a également été confirmée dans l'avis 1/91, dans lequel le juge de la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le fait de conférer à une Cour externe le pouvoir de décider quelle entité devait être considérée comme partie à un différend était incompatible avec l'article 344 TFUE et l'exclusivité de la CJUE[1711]. En outre, comme l'illustre le chapitre précédent, Luxembourg a jugé dans l'affaire Commission / Irlande (MOX Plant) que l'article 344 TFUE interdisait aux États membres d'engager une procédure devant un autre tribunal pour le règlement des différends relevant du droit de l'Union[1712]. Après l'adhésion, la Convention et l'accord final d'adhésion feront partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union[1713], ce qui signifie que la CJUE aura la juridiction correspondante, en vertu de l'article 19 §1 TUE, pour interpréter et appliquer les dispositions de la Convention. Le plus important est que cette juridiction est exclusive car les Etats membres sont interdits en vertu de l'article 344 du TFUE de soumettre *"un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à tout autre mode de règlement que ceux qui y sont prévus"*.

En conséquence, la compétence exclusive de Luxembourg pour interpréter et appliquer la Convention, conformément à l'article 344 du TFUE, empêchera les États membres de l'UE de porter plainte devant la Cour de Strasbourg contre des plaintes inter-

---

[1709] T. Lock, The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts , 8 The Law and Practice of international Courts and Tribunals, 2009, p. 375,389.

[1710] B. W Wegener, Art 344 AEUV, in Christian Callies and Matthias Ruffert (eds.), EUV/ AEUV, Kommentar, 4th edn (Munich, Beck, 2011) para. 1.

[1711]CJUE, Avis du 14 décembre 1991, Avis 1/91.Accord créant l'Espace économique européen,ECLI:EU:C:1991:490 point 34-35.

[1712] CJUE, 30 mai 2006, Commission / Irlande (Mox Plant), aff. C-459/03, EU:C:2006:345 point 133 et 135.

[1713] CJUE, 30 avril 1974, Haegeman/ État belge, aff. C 181/73, ECLI:EU:C:1974:41, point 5.

étatiques[1714]. Selon la CJUE, cette obligation imposée aux États membres est une expression spécifique du principe de coopération loyale découlant de l'article 4, paragraphe 3, du TUE[1715], qui interdit également aux organes de l'Union de présenter un désaccord concernant l'interprétation ou l'application des lois à d'autres cours ou tribunaux[1716]. Les États membres et les organes de l'Union conservent les mécanismes internes de règlement des différends de l'Union prévus par les traités, à savoir les procédures d'infraction aux articles 258 et 259 TFUE, le recours en annulation de l'article 263 TFUE et les recours en manquement 265 TFUE. L'importance que la CJUE attache à l'utilisation du recours en manquement sur initiative étatique de l'article 259 TFUE et du recours inter-étatique prévu par l'article 33 CEDH aurait pu, voire dû, être relativisée, mais il n'en reste pas moins que le risque qu'un tel recours soit formé au détriment d'un recours en manquement disparait selon le raisonnement de la CJUE, qui est avancée au soutien d'une sacralisation désormais coutumière de sa compétence exclusive[1717]. À première vue, ces procédures constituent les seuls mécanismes de résolution des conflits mis à la disposition des États membres et des organes de l'Union pour régler leurs différends[1718], alors que les plaintes déposées par les États membres en vertu de l'article 33 CEDH seraient incompatibles avec l'article 344

1714 T. Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gericheten (Tütbingen, Mohr Siebeck, 2010) 292, et Th. Kingreen, "Art 6 EUV" in Christian Calliess et Matthias Ruffert (eds.), EUV/AEUV, Kommentar, (Munich, Beck, 2011) p. 33 in P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, 2013, p. 176.

1715 CJUE, 30 mai 2006, Commission / Irlande (Mox Plant), aff. C-459/03, EU:C:2006:345, point 169.

1716 T. Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gericheten (Tütbingen, Mohr Siebeck, 2010) 292, et Th. Kingreen, "Art 6 EUV" in Christian Calliess et Matthias Ruffert (eds.), EUV/AEUV, Kommentar, 'Th edn (Munich, Beck, 2011) dans P. Gragl, *opt.cit* p. 177

1717 M. Afroukh et L. Coutron, La compétence -exagérément?- exclusive de la Cour de Justice pour l'examen des recours interétatiques, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/2013, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A, p.50

1718 M. Schott, Die Auswirkungen eines Beitritts der EU zur EMRK auf die Durchsetzung des Grundsrechtsschutzes in Europa, Jusletter, 22 Mars 2010, p. 4 in P. Gragl, *opt.cit,*p. 177.

TFUE[1719]. Cet argument a également été souligné à l'article 3 du Protocole n ° 8 aux Traités, aux termes duquel *«aucune disposition de l'accord visé à l'article 1er ne doit affecter l'article 344 TFEU, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.»* Il est donc clair que cette exigence d'adhésion visait notamment à préserver le rôle de la Cour de Luxembourg et à conserver sa compétence exclusive[1720]. Pour la CJUE l'adhésion ouvrirait aux États la faculté de saisir la Cour-EDH d'un différend relatif à une question qui relèverait du champ d'application du droit de l'UE, mais cette question n'avait guère inquiète l'AG Kokott qui, bien que consciente du problème dans sa prise de positon, estimait que la règle contenue dans l'accord d'adhésion qui préservait l'utilisation de l'article 344 TFUE sans prohiber celle de l'article 33 de la Convention était suffisante compte tenu des obligations qui faisait peser le droit de l'Union sur les États membres[1721]. S'il est vrai que l'adhésion donne à la Convention et aux obligations y inhérentes la qualité de droit de l'Union, cela ne signifie pas pour autant que les droits qui en découlent et, notamment, le droit de saisir la Cour pour manquement à respecter les garanties de la Convention, soit modifié en une obligation juridique qui pourrait être incompatible avec le principe de confiance mutuelle et comme on peut observer dans l'application pratique de l'article 259 TFUE, mais probablement aussi dans celle de l'article 33 CEDH, les cas où un État saisit la Cour respective pour manquement sont plutôt rares[1722].

En refusant d'admettre, comme l'avait suggéré l'AG, une solution moins excessive que l'exclusion des recours étatiques devant le prétoire de la Cour EDH pour les litres

---

[1719] La Convention Européenne, Modalités et conséquences d'une intégration de la Charte des droits fondamentaux dans les traités, ainsi que d'une adhésion de la Communauté / de l'Union à la CEDH » CONV 116/02 II 1, Bruxelles, 18 juin 2012, fn 2.
http://european-convention.consilium.europa.eu/pdf/reg/fr/02/cv00/cv00116.fr02.pdf

[1720] Voir F. Benoît-Rohmer dans Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme, Doc. 11533, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme ,14 mars 2008, p.23-26.
http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xMTgzNSZsYW5nPUZS&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTExODM1

[1721] J.P Jacqué, Pride or Prejudice? Les lectures possibles de l'Avis 2/13 de la Cour de Justice, CDE, N°1, 2015, p. 28.

[1722] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CDE, N°1, 2015, p. 61.

entre les EM ou entre ces derniers et l'Union, la CJUE se montre particulièrement sur la défensive, ce qui se traduit par un manque de confiance envers les EM , soupçonnés de préférer le prétoire strasbourgeois pour régler leurs litiges, et une défiance à l'égard de la Cour-EDH soupçonné, quant à elle, de vouloir concurrencer sa compétence pour juger les différends inter-étatiques en matière de droit de l'Union européenne[1723].

Cependant, il est encore discutable que toutes les demandes concernant une prétendue violation de la Convention doivent être soumises exclusivement à la CJUE après l'adhésion. La réponse à cette question réside dans le fait que l'accord d'adhésion ne peut pas être qualifié d'accord mixte[1724], où, en raison de leurs compétences formées, ni les États membres ni l'Union ne peuvent être membres de l'accord. En d'autres termes, les compétences partagées entre l'Union et ses États membres pour la protection des droits de l'homme ne peuvent être exactement délimitées de sorte que certaines dispositions de la Convention relèvent des compétences de l'Union et relèvent donc de la compétence exclusive du Luxembourg, tandis que les autres dispositions de la Convention restent de la compétence des États membres[1725]. Le facteur décisif pour la compétence de la CJUE en ce qui concerne la Convention ne peut pas être de savoir si la disposition pertinente relève ou non de la compétence exclusive des États membres; il est plutôt crucial que le droit créé véritablement de l'Union, et non la Convention en tant que traité international sur son rang mezzanine, soit applicable en l'espèce. Ce n'est que dans le premier cas que la Cour de Luxembourg a compétence exclusive pour régler le différend. En conséquence, elle ne sera pas en mesure de revendiquer la compétence dans une situation liée à des domaines de

---

[1723]M. Afroukh et L. Coutron, La compétence- exagérément?- exclusive de la Cour de justice pour l'examen des recours interétatiques,dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. de F. Picod et J. Rideau,R.A.E-L.E.A ,p.58

[1725] T. Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gericheten (Tütbingen, Mohr Siebeck, 2010) p.292 dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 178

droit entièrement nationaux, par exemple le droit de la famille ou la procédure pénale[1726]. Même si un sceptique pourrait arguer que l'UE a désormais une compétence explicite en matière de procédure pénale en vertu de l'article 82, paragraphe 2, du TFUE, les termes de cette compétence spécifique sont néanmoins circonscrits et essentiellement restreints à la reconnaissance mutuelle des jugements, des décisions judiciaires et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale ayant un aspect transfrontalier[1727]. Les procédures entre États membres devant la CJUE ne sont donc concevables que dans les cas où les États membres ont restreint les libertés fondamentales ou ont mis en œuvre le droit de l'Union[1728]. La CJUE a également confirmé ce point de vue dans plusieurs affaires où elle a estimé qu'elle n'avait pas compétence en ce qui concerne la législation interne qui ne relevait pas du droit de l'Union[1729].

Ces questions, préoccupation majeure de la Cour, sont faciles sur le fond, mais beaucoup moins sur la réparation. Ici aussi, l'Avocat Général est d'accord avec la Cour sur la question de fond. Les procédures engagées en vertu de l'article 33 de la CEDH par un État membre contre un autre, ou entre l'UE et un État membre, contreviendraient à la disposition d'exclusivité de l'article 344 du TFUE[1730].

[1726] T. Lock, The ECJ and ECtHR : The Future Relationship between the Two European Courts, 8 The Law and Practice of International Courts and Tribunals , 2009, p. 391, Voir aussi AG Thoth, The European Union and Human Rights: The Way Forward, 34 Common Market Law Review, 1997, p. 491, 509, qui est d'avis que la CJUE aurait compétence à l'égard de toute plainte inter-étatique entre les États membres, même pour des violations alléguées de la Convention en dehors du champ d'application du droit de l'Union européenne.

[1727] P. Craig, The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 366.

[1728] W. Schaller, Das Verhältnis von EMRK und deutscher Rechtsordnung vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 41 Europarecht , 2006 p. 656, 663 dans ans P. Gragl, *opt.cit,* p. 178.

[1729] CJUE, 29 mai 1997**,** Friedrich Kremzow c.Republik Österreich, aff; C-299/95, ECLI:EU:C:1997:254 point 15. ; CJUE, 9 oct. 1997, Procédure pénale contre Martino Grado et Shahir Bashir, aff. C-291/96, ECLI:EU:C:1997:479, point 12 et 17; CJUE, 18 déc. 1997, Daniele Annibaldi contre Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio, aff. C-309/96, ECLI:EU:C:1997:631, point 13.

[1730] L'Art 344 TFUE stipule : « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci. »

L'AG et la Cour diffèrent cependant quelque peu sur la question de la réparation. L'AG soutient qu'une déclaration expresse dans le projet d'accord est inutile. Comme l'AG le note correctement, certains accords internationaux contiennent une déclaration expresse concernant la priorité des systèmes régionaux de règlement des différends[1731], mais ces déclarations de priorité ne sont pas courantes dans les accords de droit international (y compris plusieurs que l'UE a signé dans le passé). Si la Cour est vraiment inquiète, l'AG suggère qu'elle pourrait soumettre l'adhésion à une déclaration unilatérale contraignante de l'UE et des États membres selon laquelle ni l'UE ni les États membres n'invoqueraient la disposition de l'article 33 de la CEDH l'objet du litige relève du droit de l'Union[1732].

Ici aussi, la différence entre les opinions célèbres de l'AG et l'opinion sévère de la Cour est plutôt légère. L'AG affirme qu'aucune action n'est nécessaire mais suggère une déclaration unilatérale contraignante de la part des États membres rejetant la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme La CJUE, par comparaison, dit *« seule une exclusion expresse de la compétence de la Cour-EDH découlant de l'article 33 de la CEDH pour des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union, serait compatible avec l'article 344 TFUE[1733]. »* Certes, la lecture la plus fidèle de ce passage dans l'opinion de la Cour est peut-être qu'une déclaration unilatérale ne suffit pas. Pourtant, une déclaration unilatérale soumise sous la forme d'une réserve et acceptée par la Cour européenne des droits de l'homme pourrait être considérée comme une exclusion expresse. La question de savoir si la Cour accepterait finalement un tel accord unilatéral peut dépendre du nombre d'autres plaintes de la Cour qui sont correctement entendues par les acteurs politiques. On peine à comprendre cette posture conservatrice de la CJUE dont elle fait preuve par rapport à la voie médiane et équilibrée proposée par l'AG. En outre, à supposer même que les

---

[1731] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 1833 U.N.T.S. 397, art. 282 (10 décembre 1982).

[1732] CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG, M[me] Juliane Kokott, Procédure d'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, point 120.

[1733] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 213.

inquiétudes de la Cour de justice soient justifiées, l'absence d'adhésion n'y changera pas forcément grand chose[1734].

C'est une critique puissante, mais selon Halberstam néanmoins il faut donner la possibilité de réhabiliter un peu la Cour[1735]. Comme l'ont souligné plusieurs commentateurs, la Cour observe avec grandiloquence que le mécanisme de règlement des litiges au titre de l'article 33 de la CEDH est problématique car *«l'existence même d'une telle possibilité sape l'exigence énoncée à l'article 344 TFUE[1736]».* Mais les commentateurs ont uniformément omis de remarquer le paragraphe suivant de l'avis 2/13, qui ajoute: *« Il en va d'autant plus ainsi que, si l'Union ou les États membres devaient effectivement porter un litige entre eux devant la Cour EDH, celle-ci se trouverait, en application de l'article 33 de la CEDH, saisie d'un tel litige[1737]. »* Qu'est-ce que ça veut dire?

Si un État membre devait attaquer un autre État membre, ou l'UE, devant la Cour de Strasbourg en violation de l'article 344 TFUE[1738], la compétence de la cour de Strasbourg ne serait pas facultative. À première vue, la CEDH exigerait que la Cour européenne des droits de l'homme accueille le procès. Certes, on pourrait raisonnablement soutenir qu'un État membre agissait ainsi en violation de la bonne foi ou de l'abus de droit[1739]. L'AG met le point de cette façon*: « Toute procédure concernant une affaire inter-étatique qui serait néanmoins engagée devant la Cour EDH pourrait alors être tenue en échec par une exception d'irrecevabilité[1740]. »*

[1734] D. Szymcak, L'avis 2/13 du 18 décembre 2014: de l'art d'être contre-productif, RAE, 2015/1, p. 11.

[1735]D. Halberstam, "It's the Autonomy Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N° 1, 1 Mars 2015,p. 118.

[1736] Idem. point 208.

[1737] Idem. point 209.

[1738] Ce n'est pas hypothétique, comme l'illustre l'affaire : CJUE, 30 mai 2006, Commission / Irlande, Mox Plant, aff C-459/03, Req. I : 345.

[1739] Voir par ex. Appellate Body Report, United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, ¶ 158, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998) (Nov. 6, 1998).

[1740] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'UE à la CEDH,ECLI:EU:C:2014:2454, point.215.

Mais si les principes généraux du droit ou les principes du droit international général permettraient à la Cour de Strasbourg de rejeter le différend en raison d'une violation d'un traité autre que la CEDH n'est pas clair. Si l'UE devait violer son propre traité constitutionnel en intentant une action devant la Cour européenne des droits de l'homme qui ne lui appartient pas, il semblerait plutôt simple de soutenir que le procès ne lui appartient pas. Mais si un État membre, qui est partie au TUE et au TFUE d'une part, et à la CEDH d'autre part, introduit une instance dans un forum en violation des règles d'exclusivité de l'autre forum, les arguments en faveur d'un licenciement seront probablement un appel beaucoup plus proche.

Même si les États membres peuvent actuellement abuser de Strasbourg de cette manière, l'adhésion aggraverait le problème de deux manières. Premièrement, l'UE ne peut actuellement pas être partie à de tels procès abusifs, que ce soit en intentant des poursuites ou en étant poursuivie, simplement parce que la Cour EDH n'a pas de juridiction sur l'UE. Après l'adhésion, toutefois, un procès abusif pourrait également être intenté par et contre l'UE elle-même. Deuxièmement, en adhérant à la CEDH d'une manière qui permet potentiellement de telles poursuites, l'UE devient partie à l'accord qui sert de base à de tels procès abusifs[1741].

Le fait que d'autres traités internationaux existants que l'UE a signé, tels que l'OMC, par exemple, peut potentiellement créer des problèmes similaires est un peu hors de propos. Par exemple, une poursuite intentée par un État membre contre un autre ou contre l'UE dans le cadre du droit de l'UE peut être beaucoup moins durable qu'une utilisation de bonne foi du mécanisme de règlement des différends de l'OMC qu'une poursuite entre États membres ou par un État membre contre l'UE au titre de la CEDH. Mais même si des accords que l'UE a déjà signé, créent également ce problème, cela ne devrait pas empêcher la CJUE de s'opposer à celle-ci. Après tout, personne n'a prétendu que la CJUE n'ait jamais considéré ce problème dans le passé, ou approuvé spécifiquement cet aspect d'un traité antérieur.

[1741]D. Halberstam, "It's the Autonomy Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N° 1, 1 Mars 2015,p. 119.

En résumé, si la Cour EDH devait effectivement entendre le différend dans les circonstances qui viennent d'être décrites, la préoccupation de la CJUE peut sembler plus plausible. C'est une chose que de ne pas exiger de Strasbourg qu'elle aide à contrôler les États membres de l'UE. C'en est une autre de demander à Luxembourg d'approuver un accord étendant la portée d'une disposition qui, dans certaines circonstances factuelles, impose une violation du droit de l'Union.

Selon Halberstam, cette reconstruction rend la préoccupation de fond de la CJUE beaucoup plus plausible qu'elle ne pourrait le paraître à première vue[1742]. On aurait néanmoins pu encourager la Cour à faire preuve d'une plus grande tolérance et à assumer ce risque. Mais du point de vue interne et constitutionnel de la CJUE, ces préoccupations ne sont pas invraisemblables.

Une déclaration contraignante des États membres selon les modalités suggérées par l'AG semblerait suffisante pour résoudre ce problème. Une telle déclaration contraignante permettrait presque certainement à la Cour européenne des droits de l'homme de rejeter toute action intentée en vertu de l'article 33 de la CEDH en violation de l'article 344 TFUE, en violation de la bonne foi. Avec l'existence d'une telle déclaration, les États membres agiraient contre l'intention qu'ils ont eux-mêmes publiquement exprimée dans le cadre de l'adhésion de l'UE. Cela met l'engagement de ne pas se poursuivre en justice à Strasbourg en violation de l'article 344 TFUE dans un domaine clairement identifiable par la CEDH. Encore une fois, une telle déclaration n'est probablement pas ce que la Cour avait en tête, mais la Cour pourrait être convaincue de l'accepter en fonction de la manière dont les autres préoccupations de la Cour sont traitées.

Il faut noter que cette déclaration contraignante confirme la prémisse constitutionnelle de la Cour, mais conserve finalement un élément important de pluralisme dans l'arrangement avec Strasbourg. Une telle déclaration permettrait de rejeter les poursuites abusives habituelles et répondrait ainsi aux préoccupations légitimes de la Cour. En même temps, cependant, dans un cas extrême, un justiciable pourrait arguer que le système de recours de l'UE avait complètement échoué et que la situation n'était donc plus couverte par la

[1742]D. Halberstam, "It's the Autonomy Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N° 1, 1 Mars 2015,p. 120.

déclaration. La déclaration contraignante éliminerait ainsi le problème central tout en laissant la place à un système pluraliste de freins et de contrepoids globaux.

L'analyse qui précède constitue une base théorique solide pour un examen plus approfondi de la question de savoir comment les affaires entre les États membres se dérouleront entre les États membres (i) et entre les États membres et l'Union (ii) après l'adhésion. La section suivante examine les bases juridiques sur lesquelles se baseront les *locus standi* des parties et dans quelles circonstances les États membres ou l'Union européenne peuvent diriger une affaire entre eux, en particulier compte tenu des dispositions examinées plus haut à l'article 344 TFUE et article 35, paragraphe 1, CEDH.

I. L'intérêt à agir des États membres.

L'analyse qui précède constitue une base théorique solide pour un examen plus approfondi de la question de savoir comment les affaires entre les États membres se dérouleront entre les États membres et entre les États membres et l'Union après l'adhésion. La section suivante examine les bases juridiques sur lesquelles se baseront les *locus standi* des parties et dans quelles circonstances les États membres ou l'Union européenne peuvent diriger une affaire entre eux, en particulier compte tenu des dispositions examinées plus haut à l'article 344 TFUE et article 35, paragraphe 1, CEDH.

i. Action juridique entre les États membres.

Compte tenu des dispositions susmentionnées des traités, de la Convention et du projet d'accord d'adhésion, les États membres ne disposent pas d'une multitude d'alternatives pour régler leurs différends avant de pouvoir déposer une plainte interparlementaire devant le tribunal de Strasbourg. Dans le système juridique de l'Union européenne, la seule option à leur disposition est le recours en manquement (ou procédure d'infraction) au titre de l'article 259 TFUE. Bien que les procédures d'infraction entre États membres soient aussi peu pertinentes que les demandes entre les parties en vertu de la

Convention[1743], ce formulaire spécial de procédure sera illustré à ce stade par souci d'exhaustivité. D'une manière générale, cette action est objective et la seule question soulevée est de savoir si les États membres défendeurs ont ou non enfreint le droit de l'Union[1744]. Le fait le plus pertinent dans le cadre de cette analyse juridique est toutefois qu'après l'adhésion, les États membres peuvent également engager ce type de procédure pour des violations présumées des droits garantis par la Convention, car l'expression *«une obligation prévue par les traités»* couvre non seulement le droit primaire et secondaire, mais aussi l'accord international conclu par l'Union[1745], englobant la Convention et l'accord d'adhésion final.

Un exemple haut en couleur peut être trouvé dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*[1746] et les procédures ultérieures entre l'Espagne et le Royaume-Uni devant la Cour de Luxembourg[1747], mais le scénario sera légèrement modifié pour correspondre aux exigences de la situation juridique après l'adhésion. Si le Royaume-Uni refuse aux citoyens de Gibraltar leur droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen, d'autres États membres (comme l'Espagne dans la situation réelle) peuvent déposer une plainte au motif que le Royaume-Uni a violé le droit fondamental de voter et de se porter candidat en vertu de l'article 3 du Protocole n ° 1 à la Convention. Toutefois, contrairement à l'affaire

---

[1743] Jusqu'à présent, seules quatre procédures d'infraction entre deux États membres ont été engagées devant la Cour de Luxembourg; CJUE 4 octobre 1979, République française c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Pêche maritime, aff. 141/78,ECLI:EU:C:1979:225 ; CJUE,16 mai 2000, Royaume de Belgique c. Royaume d'Espagne,aff. C-388/95, ECLI:EU:C:2000:244; CJUE, 12 septembre 2006, Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord., aff. C-145/04,ECLI:EU:C:2006:543, et CJUE, 16 oct 2012, Hongrie c. République slovaque, aff. C-364/10,ECLI:EU:C:2012:630.

[1744] CJUE, 14 novembre 2002, des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord., aff. C-140/00, ECLI:EU:C:2002:653, point 34.

[1745] CJUE, 26 oct 1982, Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.., aff. C 104/81, ECLI:EU:C:1982:362 point 11.

[1746] Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews contre Royaume Uni, Req. No 24833/94.

[1747] CJUE, 12 sept 2006, Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord., aff. C-145/04,ECLI:EU:C:2006:231.

Matthews[1748], le requérant serait empêché de soumettre sa requête à la Cour EDH, puisque la Convention fait partie du droit de l'Union et que la CJUE a compétence exclusive pour interpréter et appliquer cette loi dans tous les différends entre ses Etats membres. Ainsi, l'Espagne peut engager une procédure d'infraction devant la Cour de Luxembourg au motif que le Royaume-Uni a violé le droit fondamental de voter et d'être candidat, comme le prévoit l'article 39 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en liaison avec les articles 22, paragraphe 2, et 223, paragraphe 1, TFUE et, très certainement, avec l'article 3 du protocole n ° 1 de la Convention. Dans un cas où la CJUE a constaté que le Royaume-Uni n'avait pas violé le droit fondamental en question, un examen approfondi de l'article 5 du projet d'adhésion répondra à la question de savoir si l'Espagne devrait décider de déposer une plainte la Cour européenne des droits de l'homme. Les procédures devant la CJUE ne constituant pas des procédures d'enquête internationale ou de règlement au sens de l'article 35 CEDH, ni des moyens de règlement des différends au sens de l'article 55 CEDH (qui empêcheraient l'application de l'article 344 TFUE), le modus operandi respecterait pleinement les exigences des traités, de la Convention et de l'accord d'adhésion. La procédure d'infraction répondrait aux exigences de l'article 344 TFUE et préserverait ainsi la compétence exclusive du Luxembourg et l'autonomie juridique de l'Union, car la CJUE aurait la possibilité d'interpréter et d'appliquer le droit de l'UE avant que la CEDH ne le fasse. Par conséquent, Strasbourg doit accepter l'interprétation du droit européen par Luxembourg comme étant factuelle et ne pas être contraint d'empiéter sur l'autonomie du système juridique de l'Union européenne. En outre, cette procédure constituerait le recours national que l'Espagne doit épuiser avant de pouvoir introduire une requête devant la Cour EDH.

[1748] L'auteur est bien conscient du fait que cette affaire a été déposée par un individu dans la vie réelle, à savoir Mme Matthews, et non par une partie contractante à la Convention. Cette circonstance spéciale sera ignorée à ce stade afin d'illustrer l'exemple.

ii . Actions juridiques des États membres contre l'Union européenne.

Si les États membres décident de poursuivre l'Union européenne pour violation présumée de la Convention, les conditions susmentionnées s'appliquent également. Avant de pouvoir déposer une requête contre l'Union européenne auprès de la Cour de Strasbourg, les États membres doivent d'abord choisir une forme d'action en justice prévue par les traités et porter leur affaire devant la Cour de Luxembourg. Le recours en annulation en vertu de l'article 263, paragraphe 2, du TFUE et l'action en carence en vertu de l'article 265, paragraphe 1, TFUE constituent des choix appropriés pour ce type d'action.

La première option, le recours en annulation, permet aux États membres d'intenter des actions pour violation des traités devant la CJUE, qui examinera à son tour la légalité des actes législatifs et des actes des institutions de l'Union et leur conformité avec le droit primaire. Cela signifie que les États membres peuvent contester la conformité du droit dérivé avec le droit primaire ou avec la Convention qui, en tant que partie intégrante du droit de l'Union, se situera au-dessus du droit dérivé[1749]. En d'autres termes, l'infraction au droit de l'Union pour laquelle l'annulation est demandée peut consister en une mauvaise application active de la loi[1750], par exemple en promulguant une législation secondaire en violation des droits fondamentaux - soit ceux consacrés dans la Charte (droit primaire) ou la Convention (statut mezzanine[1751] au-dessus du droit secondaire.) En outre, les États membres sont des demandeurs privilégiés, ce qui signifie qu'ils peuvent introduire un

---

[1749] CJUE, 30 avril 1974, R. & V. Haegeman contre État belge., aff. 181/73, ECLI:EU:C:1974:41, point 5.

[1750] CJUE, 16 décembre 1963, Mme Emilia Barge, veuve de M. Vittorio Leone contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. aff. 18/62,ECLI:EU:C:1963:33, et K. Lenarts, D. Arts, I. Maselis et R. Bray, Procedural Law of the European Union, 2ème édition, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, p.307.

[1751] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, *opt.cit,*p. 192.

recours en annulation devant la CJUE sans prouver qu'ils ont un intérêt particulier dans le recours[1752].

Après l'adhésion, s'appliquent les mêmes conditions que pour les procédures d'infraction en vertu de l'article 259 du TFUE. *In concreto*, un État membre présumant qu'un certain droit dérivé pourrait constituer une violation de la Convention doit d'abord saisir la Cour de Luxembourg d'un recours en annulation de l'acte juridique en cause. Ce n'est qu'alors qu'il peut adresser une plainte interparlementaire à Strasbourg. L'article 5 du projet d'adhésion reconnaît à la fois la compétence exclusive du Luxembourg en vertu de l'article 344 TFUE et l'exigence de la Convention en vertu de l'article 35, paragraphe 1, de la CEDH qui obligera les États membres à annuler le droit secondaire devant la CJUE, afin d'épuiser tous les recours internes et de donner à la CJUE la possibilité d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union. Dans un cas où la CJUE n'annule pas l'acte juridique concerné, l'État membre peut déposer une plainte entre parties auprès de la Cour EDH, qui considérera alors l'interprétation de la CJUE comme des faits, mais sans interférer avec l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, l'autonomie de l'Union européenne sera également parfaitement respectée dans les recours en annulation entre un État membre et l'Union.

La deuxième option, le recours en carence en vertu de l'article 265, paragraphe 1, TFUE, habilite les États membres à intenter une action devant la juridiction de Luxembourg si les institutions de l'Union, en violation des traités, n'a pas agi dans une situation concrète. À la différence du recours en annulation, le recours en manquement sollicite en conséquence un contrôle juridictionnel de la passivité ou de l'inaction[1753] de l'UE dans un domaine spécifique de la législation[1754]. En d'autres termes, l'État membre requérant sollicite une déclaration selon laquelle l'institution défenderesse de l'Union aurait agi illégalement en ne prenant pas de décision ou en adoptant une législation

---

[1752] CJUE, 10 février 1983, Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen, aff. C 230/81, ECLI:EU:C:1983:32, point 23.

[1753] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, *opt.cit,* p.192.

[1754] K. Lenarts, D. Arts, I. Maselis et R. Bray, Procedural Law of the European Union, 2ème édition, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, p. 329.

secondaire[1755], même si cette institution était obligée de prendre des mesures pour se conformer au droit de l'Union, et après l'adhésion, la Convention. En bref, l'inaction de l'Union serait en violation des droits fondamentaux et en violation de la Convention en particulier. À l'instar du recours en annulation, les États membres sont des demandeurs privilégiés. Cette situation les décourage de prouver qu'ils ont un intérêt particulier à intenter un recours en carence devant la Cour de Luxembourg[1756]. Néanmoins, les conditions préalables pour intenter une action en non-respect de la Convention sont tout à fait différentes et plus complexes que celles qui font l'inaction, ce qui présuppose une compétence réelle ou une obligation positive d'agir de la part de l'Union. Cependant, comme l'avis 2/94 l'a confirmé, aucune disposition conventionnelle ne confère aux institutions de l'UE le pouvoir général de promulguer des lois relatives aux droits de l'homme[1757]. En outre, la compétence explicite et implicite dans ce domaine a été délibérément soumise à un contrôle rigoureux et s'est effectivement limitée à des actes individuels de droit dérivé, généralement sur la base de dispositions spécifiques du droit primaire[1758]. Étant donné que l'Union européenne dispose d'une véritable compétence dans le domaine des droits de l'homme[1759], un État membre devrait examiner si l'Union est en quelque sorte obligée d'agir sur une base juridique spécifique. Cet engagement pourrait

---

[1755] CJUE, 15 décembre 1987, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission des Communautés européennes. aff. 325/85, ECLI:EU:C:1987:546, para. 1.

[1756] W. Cremer, « Art. 265 AEUV » dans Ch. Callies et M. Ruffert (eds.), EUV/AEUV? Kommentar, 4ème edt, Beck, Munich, 2011, para. 12-13 ; M. Kotzur, « Art 265 AEUV » dans R. Geiger, D-E. Kahn et M. Kotzur (eds), EUV/AEUV, Kommentar, 5ème edn, Beck, Munich, 2010, para 8.

[1757] CJUE, 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Avis 2/94,ECLI:EU:C:1996:140, para 27.

[1758] A. Williams, EU Human Rights Policies. A study in Irony, Oxford, Oxford University Press, 2015, p.14.

[1759] Sur cette question, voir généralement : JHH Weiler et S. C Fries, A Human Rights Policy for the European Community and Union : The Question of Competences in P. Alston, M. Bustelo et J. Heenan, (eds.), The EU and Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 199, p. 147.

s'avérer difficile[1760] car les obligations positives sont généralement associées aux droits économiques, sociaux et culturels[1761], pour lesquels l'Union n'a qu'une compétence limitée ou même nulle.

Toutefois, dans le domaine de la libre circulation des travailleurs (article 45 TFUE), de la liberté d'établissement (article 49 TFUE) et de la libre prestation de services (article 56 TFUE), l'Union dispose effectivement d'un puissant instrument des droits de l'homme sous la forme de l'article 19 TFUE. Cette disposition confère à l'UE la compétence nécessaire pour prendre des mesures appropriées contre la discrimination fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Puisque l'Union européenne a déjà promulgué une législation en la matière, notamment la directive sur l'égalité raciale[1762], la directive-cadre sur l'emploi[1763] et la directive sur le travail indépendant[1764], un requérant peut également interpréter que l'Union n'a pas promulgué de législation secondaire et a donc enfreint l'article 14 de la CEDH car l'institution de l'UE concernée était obligée de prendre des mesures pour se conformer au droit de l'Union et à la Convention. Néanmoins, des obligations positives peuvent également être imposées en ce qui concerne les droits civils et politiques[1765] tels

---

[1760] W. Frenz, Handbuch Europarecht. Band 4 : Europäische Grundrechte, Berlin Heidelgerg, Springer, 2009, p. 773-775 dans P. Gragl, *opt.cit,* p. 193.

[1761] JGH van Hoof, The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : A Rebuttal of Some Traditional Views, in P. Alston et K. Tomaševski (eds.) The Right to Food, La Haye, Kluwer Law, 1984, p. 97.

[1762] 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 N° L 180, 19 juillet 2000 p. 0022 – 0026*
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0043

[1763] 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 N° L303, 2 décembre 2000 p. 16-22.
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:fr:PDF

[1764] Directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, 15 juillet 2010, J.O N° L180, p.1.
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32010L0041

[1765] D. Harris, M. O'Boyle , E. Bates at C. Buckley (eds.), Law of the European Convention on Human Rights, 2ème edt., Oxford, Oxford University Press, 2009, p.18.

que le droit à un procès équitable en vertu de l'article 6 CEDH et le droit à un recours effectif en vertu de l'article 13 CEDH. Dans ce contexte, l'accès limité des particuliers aux juridictions de l'Union en vertu de l'article 263, paragraphe 4, TFUE peut constituer un exemple approprié de l'inaction de l'Union. Le problème avec cet exemple réside néanmoins dans le fait que l'article 263, paragraphe 4, TFUE fait partie du droit primaire et ne peut être modifié de manière indépendante par l'Union européenne pour se conformer aux dispositions respectives de la Convention[1766].

Un exemple moins complexe pourrait apporter plus de lumière sur ce problème. Après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, l'Union a initié la transition des arrangements nationaux à l'organisation commune des marchés. Cependant, la Commission n'a pas pris en considération la situation des commerçants qui sont entrés en action sans avoir pu prévoir les ramifications juridiques de cette transition. Sans établir de règles concrètes pour les cas de difficultés résultant de cette transition, un État membre peut dès lors supposer que l'Union européenne n'a pas agi en conséquence, par exemple en adoptant une législation secondaire, et a l'intention de corriger la violation concrète des droits de l'homme, découlant de cette carence, à savoir le droit de propriété en vertu de l'article 1 du Protocole n ° 1 à la Convention[1767]. Là encore, un État membre qui sollicite une déclaration doit se conformer à l'article 344 TFUE et à l'article 5 du projet d'accord d'adhésion et doit d'abord saisir la Cour de Luxembourg avant de pouvoir adresser une demande à Strasbourg afin d'épuiser tous les recours internes (conformément à l'article 35, paragraphe 1, de la CEDH) et de donner à la CJUE la possibilité d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union. Dans un cas où la CJUE ne trouve pas d'inaction, l'État membre peut déposer une plainte entre parties auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, qui considérera ensuite les interprétations de la CJUE comme des faits, mais sans interférer avec l'ordre juridique de l'Union. À première vue, ce *modus operandi*[1768] préserve l'autonomie du droit de l'UE. Mais surtout, dans le contexte de l'adhésion à l'UE, l'article 6, paragraphe 2, et l'article 2 du

---

[1766] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, *opt.cit,* p. 194.

[1767] CJUE, 26 novembre 1996, T. Port GmbH & Co. KG c. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, aff. C-68/95,ECLI:EU:C:1996:452.

[1768] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.*opt.cit,* p.194.

protocole no 8 prévoient que l'adhésion n'affecte ni les compétences de l'Union ni le pouvoir de ses institutions, ni la situation des États membres par rapport à la Convention[1769]. En conséquence, les obligations positives de l'Union européenne de prendre des mesures pour se conformer à la Convention ne se poseraient que dans la mesure où les compétences de l'UE permettant une telle action existent en droit primaire[1770]. À ce stade, les sceptiques indiqueront un scénario dans lequel l'autonomie juridique de l'Union pourrait être sérieusement menacée. Dans les cas où la Cour de Strasbourg estime que l'Union a enfreint la Convention en n'enchantant pas une législation particulière, qui en réalité ne relève pas de la compétence de l'UE, la compétence pour légiférer dans ce domaine pourrait implicitement se déplacer vers l'Union européenne aux dépens des États membres. Un tel jugement de Strasbourg interférerait dramatiquement avec la répartition interne des compétences entre l'Union et ses États membres et, donc, son autonomie juridique. Une fois encore, il existe une solution pratique à cette question - conformément à l'article 3, paragraphe 3, du projet d'accord d'adhésion, les États membres peuvent devenir des codéfendeurs dans cette situation, le requérant étant dirigé contre l'Union européenne et les violations alléguées remet en question la compatibilité du droit primaire avec la Convention. Par la suite, la Cour de Strasbourg tiendra l'Union et les États membres responsables et ne statuera pas sur la répartition des pouvoirs. Les personnes interrogées peuvent alors décider de la manière de remédier à la violation de la Convention sur la base du droit de l'UE et la Cour EDH ne porterait pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE.

II. L'intérêt à agir de l'Union européenne.

i. Actions en justice contre les États membres lors de la mise en œuvre du droit de l'UE.

[1769] P. Craig,The Lisbon treaty. Law, Politics, and Treaty Reform, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 214.

[1770] La Convention Européenne, Rapport final du Groupe de travail II, CONV 354/02, WG II 16, 22 octobre 2002, p.13
http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/fr/02/cv00/cv00354.fr02.pdf

L'Union dispose d'une forme d'action pour régler les différends avec les États membres avant de pouvoir déposer une plainte entre partis devant la Cour de Strasbourg. Selon les traités, la seule option de l'Union est le recours en manquement (ou procédure d'infraction) au titre de l'article 258 du TFUE, qui est- en raison du nombre croissant de procédures d'infraction engagées par la Commission - de la plus haute importance pour le développement, la cohérence et l'application effective du droit de l'Union européenne[1771]. Contrairement aux procédures d'infraction engagées entre les États membres, le requérant au titre de l'article 258 TFUE n'est pas un État membre, mais la Commission européenne qui peut intenter une action contre un État membre pour manquement à une obligation découlant des traités. Cette compétence est conforme à l'article 17, paragraphe 1, TUE, qui confie à la Commission la tâche d'assurer et de contrôler l'application des traités sous le contrôle de la Cour de Luxembourg, il n'est pas nécessaire que la Commission ait un intérêt spécifique à intenter une action pour commencer la procédure en manquement[1772]. Après l'adhésion, la Commission peut également entamer ce type de procédure pour les violations alléguées de la Convention par les États membres lors de la mise en œuvre du droit de l'Union, puisque le terme "obligation prévue par les traités" couvre également les accords internationaux conclus par l'Union[1773], englobant ainsi la Convention et l'Accord d'Adhésion. Encore une fois, un exemple concret pourrait aider à comprendre les ramifications juridiques de l'adhésion. Dans une affaire récente, la Commission a demandé à la CJUE de déclarer que les autorités nationales n'appartenant pas au secteur public ne doivent pas être tenues responsables du contrôle du traitement des données à caractère personnel. La CJUE a estimé que, ce faisant l'Allemagne a incorrectement transposé la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère

---

1771 Commission Européenne, 28e rapport annuel de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union européenne, (2010) /* COM/2011/0588 final */, p.9. **http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX:52011DC0588**

1772 CJUE, 10 mai 1995, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne., aff. C-422/92, ECLI:EU:C:1995:125, point 16.

1773 CJUE, 31 mars 1971, Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes. Accord européen sur les transports routiers, aff. C 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, point 15 et 19 et CJUE, 26 oct 1982, Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.., aff. C 104/81, ECLI:EU:C:1982:362 ,point 11.

personnel et de la libre circulation de ces données[1774] et, le plus important, a porté atteinte au droit individuel à la vie privée en vertu de l'article 8 CEDH[1775]. Après l'adhésion, la Commission est tenue d'agir de la même manière - l'Article 5 du Projet d'Accord d'Adhésion reconnaît à la CJUE le droit, en vertu de l'article 344 TFUE, de régler les différends internes de l'Union avant de recourir à la Cour de Strasbourg. En outre, la Commission doit épuiser tous les recours internes au titre de l'article 35, paragraphe 1, de la CEDH avant d'adresser une demande à la CEDH. Cela signifie que toutes les actions en manquement initiées par la Commission doivent d'abord être portées devant la CJUE avant que la Commission ne puisse introduire une demande entre les parties contre un État membre pour violation présumée de la Convention lors de l'application du droit de l'Union à Strasbourg. En supposant que le cas concret susmentionné intervienne après l'adhésion, la CJUE peut également déterminer que l'Allemagne n'a pas manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union, ce qui signifie qu'il a correctement transposé la directive en question et qu'il n'a donc pas violé la convention et le droit à la vie privée. Dans ce cas, la Commission peut se contenter de cette décision ou porter l'affaire à Strasbourg afin de remédier à la violation alléguée de l'article 8 CEDH.

ii. Actions en justice contre les États membres lorsqu'ils ne mettent pas en œuvre le droit de l'UE.

À ce stade, cependant, une autre question plus complexe se pose, à savoir si l'Union européenne est également habilitée à déposer une plainte contre les États membres dans les cas où l'État membre défendeur aurait violé la Convention, mais n'a pas mis en œuvre le droit de l'Union on pourrait faire valoir que, puisque la Convention et l'Accord d'Adhésion

[1774] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 23 novembre1995, p. 31–50. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1522287663291&uri=CELEX:31995L0046

[1775] CJUE, 9 mars 2010, Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne, aff. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125; JO C 113 du 1.5.2010, p. 3–4, point 21.

sont devenus partie intégrante du droit de l'Union dès l'adhésion, toute violation de la Convention constitue en même temps un manquement aux obligations découlant des traités.

Ce sont plusieurs arguments contre ce point de vue. Comme indiqué ci-dessus dans les affaires concernant la carence d'un État membre à l'égard de l'Union, l'article 6, paragraphe 2, et l'article 2 du protocole no 8 des traités prévoient que l'adhésion n'affecte pas la répartition des compétences entre l'Union et le États membres. Par conséquent, l'adhésion ne doit pas conduire à une extension des compétences de l'Union, et encore moins à la création d'une compétence générale sur la législation et l'application des droits fondamentaux. En conséquence, le droit de la Commission d'engager une procédure d'infraction au titre de l'article 258 du TFUE ne se poserait que dans la mesure où les compétences de l'Union autorisant une telle action existent en droit primaire[1776]. La compétence exclusive du Luxembourg n'est donc pertinente que si une véritable législation de l'UE est applicable en l'espèce. Dans les situations où la violation alléguée échappe au champ d'application et à la portée du droit de l'UE, par exemple dans des domaines de droit entièrement nationaux, la CJUE ne peut pas se déclarer compétente, même si la Convention fait partie du droit de l'Union[1777]. Cette opinion est également corroborée par le libellé de la première phrase de l'article 51, paragraphe 1, du CHFR, selon lequel les droits fondamentaux de l'UE ne sont adressés aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. La portée de cette disposition a été interprétée comme incitant la Cour de Luxembourg à faire preuve de prudence et de retenue judiciaire à l'avenir[1778]. Cela signifie que la CJUE n'est pas habilitée à tenir les États membres responsables des violations alléguées de la convention dans les domaines du droit qui échappent aux

---

[1776] La Convention Européenne, Rapport final du Groupe de travail II, CONV 354/02, WG II 16, 22 octobre 2002, p.13
http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/fr/02/cv00/cv00354.fr02.pdf

[1777] T. Lock,The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts, 8 The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2009, p. 391.

[1778] M. Borowsky, « Art. 51 » dans J. Meyer (ed), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 24.

compétences de l'Union et dans les cas où ils ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union[1779].

Une autre pierre angulaire importante de l'autonomie du droit de l'Union est consacrée à l'article 344 TFUE qui interdit aux États membres de soumettre tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union à un tribunal autre que la CJUE. Après que l'Irlande eut entamé une procédure contre le Royaume-Uni devant un tribunal arbitral afin de clarifier la responsabilité de ce dernier pour les déchets radioactifs trouvés dans la mer d'Irlande, elle devait découvrir à la dure que cet objet relevait du droit de l'UE et donc la compétence de la CJUE[1780]: L'Irlande a violé le principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, TUE) et la compétence exclusive de la Cour[1781]. Considérant que, dès l'adhésion, la CEDH deviendra partie intégrante du droit de l'Union, la CJUE aura par conséquent également compétence exclusive dans tout différend entre ses États membres concernant des violations de la CEDH. L'article 33 CEDH, régissant de tels litiges inter-étatiques devant la Cour européenne des droits de l'homme, aurait donc un effet préjudiciable sur l'article 344 TFUE. La CJUE a noté que l'article 5 de l'accord d'adhésion, qui stipule que la procédure devant la CJUE ne doit pas être considérée comme un moyen de règlement des différends au sens de l'article 55 CEDH, ne peut empêcher le contournement de la Cour par l'article 33 CEDH[1782]. Enfin, seule l'exclusion de la compétence de la Cour EDH en vertu de cette disposition sur les différends entre États membres *inter se* et entre l'UE et l'UE concernant l'application de la CEDH dans le champ d'application *ratione materiae* du droit de l'UE serait compatible avec l'article 344 TFUE.

[1779] M. Schott, Die Auswirkungen eines Beitritts der EU zur EMRK auf die Durchsetzug des Grundrechtsschutzes in Europa, Jusletter, 22 mars 2010, p. 5.

[1780] Nikolaos Lavranos, The Scope of Exclusive Jurisdiction of the Court of Justice, European Law Review N° 32, 2007, p.89.

[1781] CJUE, 30 mai 2006, Commission/ Irlande (Mox Plant) aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, point 55, 59, et 123.

[1782] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, et M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015, Vienne: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, p.30-31.

B. La préservation du monopole de la CJUE. Entre autonomie interprétative et compétence juridictionnelle de la CJUE.

La rhétorique de l'autonomie est omniprésente dans l'avis sur l'adhésion. Elle se comprend par la volonté de considérer l'Union comme une entité de forme constitutionnelle, mais elle ne constitue pas un obstacle insurmontable par principe, mais pose plutôt une question de degré d'atteinte tolérable à la préservation de l'autonomie du système juridique de l'Union[1783]. Si l'accord d'adhésion envisagé est susceptible de porter atteinte aux « caractéristiques essentielles » du droit de l'Union et soulève des difficultés juridiques identifiées par l'avocat général Kokott, les motifs retenus par la CJUE pour Endre l'avis que « l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole (n°8) relatif à …. » auraient pu être surmontés en recourant à des réserves d'interprétation précisant les conditions de leur compatibilité avec les traités[1784].

Il est important de mentionner que la protection de l'autonomie du droit de l'UE dans le cadre de l'adhésion de l'UE à la CEDH reste la principale priorité du côté de l'UE. Afin de garantir la protection de l'autonomie de la législation européenne, du PDA a mis en place plusieurs instruments pour interdire la révision du droit de l'UE par la Cour de Strasbourg. L'ensemble du mécanisme de codéfendeurs mis en place par le PDA est dédié à la poursuite de cet objectif. Cependant, tout n'est pas réglé en ce qui concerne les failles qui pourraient permettre à la Cour de Strasbourg de s'engager dans la révision du droit de l'UE. Un tel objectif semble pourtant poser problème en termes de procédure entre parties[1785] que le PDA ne proscrit pas. Comme on le sait, le principal argument avancé à propos de l'affirmation selon laquelle le PDA protège l'autonomie du droit de l'UE a deux dimensions: premièrement, la Cour de Strasbourg ne se livre jamais à l'interprétation des lois nationales des Hautes Parties contractantes. Elle prend de telles lois comme de simples

---

[1783] E. Dubout, Une question de confiance: Nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, N°1, 2015, p.77

[1784] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? , Revue du Droit e l'Union européenne 3-4/2016,p. 523.

[1785] Analysis, The European Community cannot accede to the European Convention on Human Rights. Eur Law Rev I, 1997, p. 240.

faits et ne les interprète pas. D'un autre côté, il se borne à juger si un acte ou une omission est indispensable, qu'il découle ou non d'une loi spécifique qui a causé la violation de la Convention. Cette assurance a été invoquée comme le mécanisme de protection essentielle qui empêchera la Cour de Strasbourg de s'engager dans l'interprétation du droit de l'UE lorsqu'il apparaît qu'une affaire découle d'une obligation du droit de l'UE. Deuxièmement, le mécanisme de codéfendeur appliqué uniquement dans des cas individuels a été conçu pour interdire à la Cour de Strasbourg de s'engager dans la division interne du travail s'il apparaît une affaire impliquant à la fois une législation et une action de l'UE et des États membres, afin d'interdire la possibilité que la Cour de Strasbourg entre dans les frontières du droit de l'UE pour vérifier le contrevenant correct de la Convention. Cette deuxième assurance a été conçue pour interdire que l'une quelconque des autorités exclusives de la CJUE devienne sous "l'attaque[1786]" de la Cour de Strasbourg.

Cela supposé, la Cour de Strasbourg, lorsqu'elle traite de cas individuels, mais aussi de presque toutes les affaires entre parties traitées à ce jour, n'examine ou n'interprète généralement pas les lois des «Hautes Parties contractantes» et les utilise simplement comme des faits. Chaque fois qu'une affaire est jugée devant la Cour de Strasbourg, l'appréciation de la Cour sur la violation ou non de la Convention sera normalement traitée uniquement dans le contexte d'actes ou d'omissions des défendeurs. Cette pratique et cette compétence de la Cour de Strasbourg ont permis d'établir une distinction claire entre les lois nationales des Hautes Parties contractantes et la Convention en tant qu'instrument international.

Un problème fondamental semble toutefois exister dans le contexte de la procédure entre parties au titre de l'article 55 de la CEDH. En *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour a également examiné la question de savoir s'il y a compétence pour statuer sur les prétentions d'une partie contre la législation d'une autre partie contractante en tant que violation de la Convention[1787].Tout en clarifiant sa compétence, la Cour s'est également

---

[1786] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 288.

[1787] Cour-EDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume Uni, Req. N° 5310/71, point. 129.

engagée à contester en vertu de la Convention une loi *in abstracto*[1788]. Cette question s'avère très importante, surtout à la lumière du contexte de l'UE en tant que partie contractante à la CEDH, et soumise à la juridiction de la Cour de Strasbourg en vertu de l'article 55 de la CEDH. Il y a deux remarques à faire concernant le contrôle abstrait des normes par la Cour de Strasbourg dans une procédure entre parties: premièrement, ce contrôle abstrait des normes signifierait que la Cour se livre à la révision d'une loi interne de la Haute Partie contractante, et cela fait de l'objet de l'affaire d'interprétation de la loi contre la Convention plutôt que la loi comme un fait, et deuxièmement, le contrôle abstrait des normes apparaît comme les failles dans lesquelles la Cour de Strasbourg entre dans les frontières nationales des ordres juridiques nationaux des Hautes Parties Contractantes, sans qu'il y ait besoin de présenter un cas individuel d'action ou d'omission en violation de la Convention. Ces deux dimensions revêtiraient une importance considérable pour l'autonomie de la législation de l'UE en tant que source indépendante de droit aux fins de la compétence de Luxembourg[1789].

En établissant cette compétence abstraite dans la procédure inter-étatique, la Cour dans l'affaire Irlande c. Royaume-Uni a fait la différence entre les requêtes individuelles (maintenant) en vertu de l'article 344 CEDH et les requêtes inter-étatiques au titre de l'article 33 CEDH. La Cour établit la différence en faisant valoir que l'article 34 CEDH demande en fait que, pour qu'un recours individuel soit recevable en matière de procédure, le requérant doit prouver qu'il a été victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits prévus par la Convention. D'un autre côté, l'article 33 de la CEDH se borne à stipuler qu'une Haute Partie contractante peut soumettre à la Cour une prétendue «violation» de la Convention par une autre Haute Partie contractante. La Cour est allée plus loin pour décider que:

> *Une telle « violation» résulte de la simple existence d'une loi qui introduit, oriente ou autorise des mesures incompatibles avec la sauvegarde des droits et libertés; ceci est confirmé sans équivoque par les travaux préparatoires.*

[1788] Cour-EDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume Uni, Req. N° 5310/71, point.240.

[1789] H de Waele, The EU, the Member States and international law, dans Layered global prayer, Springer, Berlin, Chapter, 2011, p. 142.

Arguendo, la Cour utilise un terme assez large pour qualifier la notion de «violation» utilisée par la Convention à l'article 33, ce qui semble logique si cette interprétation est faite par rapport à l'interdiction introduite par l'article 34 CEDH. Cela dit, la Cour a soutenu qu'il n'est pas nécessaire en principe qu'une Haute Partie contractante prouve qu'il y a eu violation individuelle résultant d'une action ou d'une omission de la Haute Partie contractante défenderesse[1790]. La simple existence d'une violation abstraite, sous la forme d'une mesure juridique nationale: loi qui ordonne ou autorise des mesures en violation des droits de la Convention, suffit à la Cour pour engager la responsabilité de la Haute Partie contractante pour violation de la Convention. Le critère relatif au contrôle abstrait des lois nationales dans le cadre de la compétence de l'article 55 de la CEDH ne peut être appliqué que si la Cour:

> *Les organes de la Convention ne peuvent pourtant découvrir un manquement de ce genre que si la législation attaquée en vertu de l'article 24 use de termes assez clairs et précis pour le révéler d'emblée; dans le cas contraire, ils doivent statuer en fonction de la manière dont l'Etat défendeur interprète et applique in concreto le ou les textes incriminés[1791].*

Mais en dehors de ces considérations pratiques, le droit issu des traités a déjà développé un anticorps juridique au problème qu'entrevoit la Cour, parce que en vertu du principe de primauté, les EM sont tenus de respecter le droit de l'Union européenne, qui prévaut sur toute autre disposition de droit international qu'ils auraient par ailleurs ratifié et tout EM de l'Union qui ferait, dès lors usage de l'article 33 de la CEDH dans la champs d'application matériel du droit de l'Union, se rendrait coupable d'une violation des traités[1792]. Pour parvenir à cette solution, la Cour, qui « défend jalousement l'autonomie de

---

[1790] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 288.

[1791] Cour-EDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume Uni, Req. N° 5310/71, point.240.

[1792] N. Petit, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A. 2014/4, p. 822.

l'ordre juridique de l'UE[1793] a endossé son rôle de garante de l'organisation institutionnelle de la Communauté ou, selon l'expression utilisée dans l'avis 2/13 , « de l'ordre des compétences fixé par les traités [1794]».

En outre, la Cour a précisé en l'espèce que l'absence d'une loi interdisant spécifiquement une certaine violation de la Convention ne pouvait être considérée comme une violation de l'un quelconque des droits consacrés dans la Convention. Cela dit, la compétence *in abstracto* de la Cour pour contrôler la compatibilité du droit national des Hautes Parties contractantes avec la Convention, dans le cadre de la procédure entre parties, semble possible, bien que soumise à des restrictions très strictes. Être suffisamment clair et immédiatement apparent peut être le plus important des règlements de l'UE, qui sont de nature abstraite, mais très concrets dans les termes et les procédures qu'ils introduisent.

Pour prouver que le tribunal de Strasbourg entreprend un tel contrôle abstrait des lois nationales, qui entre également dans l'interprétation des lois nationales, il est fait référence à l'*Irlande c. Royaume-Uni*, où la cour a déclaré:

> *Examinée in abstracto, la législation en vigueur à l'époque en Irlande du Nord n'a jamais introduit, commandé ou autorisé le recours à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants[1795].*

Il devient donc évident que le contrôle abstrait des normes dans le cadre du mécanisme entre parties peut devenir un véritable défi pour l'autonomie externe du droit de l'UE, puisque tous les actes de l'UE remplissent les critères d'être suffisamment clairs et immédiatement visibles dans la violation potentielle à la Convention qu'ils peuvent introduire deviennent éligibles à être examinés dans le cadre de ce mécanisme. Cette lacune, qui n'existe pas dans la procédure de plainte individuelle, ne semble pas très problématique, même en termes d'interprétation de l'art. 344 TFUE, comme la Cour de Luxembourg le fait à maintes reprises, soit en matière de recours en annulation, en demande, en avis ou en procédure préjudicielle, rend des décisions assez abstraites, qui

---

[1793] A. Potteau, Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?, RGDIP, 2011-1, p. 77

[1794] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI: EU: C: 2014:2454, point 201.

[1795] Cour-EDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume Uni, Req. N° 5310/71, point.241.

peuvent être revues par la Cour de Strasbourg pour leur conformité avec la Convention, produisant ainsi l'effet d'une ingérence dans l'autonomie de la loi de l'UE. Il est regrettable de conclure que l'avis 2/13 de la Cour de l'UE ne fait aucune mention de cette énorme lacune qui pourrait laisser place à une ingérence dans l'autonomie de la législation de l'UE.

Cette section a examiné l'ancien mécanisme inter-étatique - désormais le mécanisme des affaires entre Parties - du système de la Convention contre les interdictions internes de l'UE d'y avoir adhéré. Le chapitre conclut que bien que l'intention ait pu être d'interdire à l'UE d'utiliser éventuellement le mécanisme entre parties du système de la Convention (ce que l'Avis 2/13 insiste encore), une analyse systématique et pernicieuse révèle que le PDA n'exclut pas que l'UE soit partie au mécanisme de plainte entre les parties. Cette conclusion ne diminue pas en soi la valeur des limitations des traités internes de l'UE telles que l'article 344 TFUE (bien que la Cour de Luxembourg dans l'Avis 2/13 tente de maintenir le contraire) et ne rend pas la manipulation de ce dernier impraticable. Cette dernière conclusion est soutenue par l'argument selon lequel il existe néanmoins une lecture consensuelle de l'interaction entre l'article 344 du TFUE, les dispositions du mécanisme de plainte entre parties de la Convention et les dispositions du PDA sur cette question qui permet de comprendre que le mécanisme signifiait violer les limites internes de l'UE au regard des traités, ni rendre ce mécanisme central du système de la Convention inopérant par rapport à l'UE.

La section a d'abord proposé une analyse des limites du traité qui empêchent le droit de l'UE d'être interprété par des juridictions externes, en examinant leur conception, l'effet recherché et les moyens de tester leur application. Après avoir déconstruit la nature de ces limitations, le chapitre a ensuite examiné les moyens de concilier les limitations des traités de l'UE sur cette question, le système de la Convention et le PDA. En procédant à cet exercice analytique, la section a conclu qu'il était possible de réconcilier ces trois instruments dans un scénario constructif, permettant ainsi au mécanisme entre parties de fonctionner avec l'UE en tant que partie à ce mécanisme. En présentant ce scénario constructif, le chapitre a fait valoir qu'il fallait s'écarter de certains points de vue conventionnels sur le mécanisme autonome des traités de l'UE (que la Cour de Luxembourg semble réticente si l'on lisait les lignes générales de l'Avis 2/13, point. 201 et

suivantes). La lecture constructive de ces dispositions en interaction a été appuyée par certaines dispositions des principes du droit international des traités.

La section conclut donc que la possibilité de faire de l'UE à la fois partie prenante et partie requérante dans le mécanisme de plainte entre Parties est à la fois possible et requise du système de la Convention lui-même. Les contextes procéduraux dans lesquels cela peut être utilisé doivent cependant être soigneusement et stratégiquement traités par les deux Cour afin que l'adhésion devienne complète et égale pour l'UE par rapport à toutes les autres Hautes Parties contractantes. En prenant cette conclusion pour acquise, l'utilisation du mécanisme entre parties avec l'UE en tant que destinataire et candidat devient une caractéristique très novatrice qui est considérée uniquement dans le droit international. L'application du mécanisme entre parties dans un scénario de droit et de cadre des droits de l'homme à plusieurs niveaux devient d'autant plus intéressante que le système de la Convention accueillera progressivement des applications entre Parties impliquant également l'organisation. Ce développement enrichira la place de l'UE dans le cadre paneuropéen des droits de l'homme, mais fera également du système de la Convention un espace moderne pour développer le droit des traités dans une perspective multipolaire. Par conséquent, le chapitre conclut que l'intégration de l'UE dans le mécanisme entre Parties de la Convention est une fonction réalisable et contribuera à renforcer la capacité de l'UE à opérer dans des instruments de droit international à plusieurs niveaux au même titre que les autres Hautes Parties contractantes. Cela peut être un symbole de l'Eu en étant encore en train d'élargir son attitude et sa forme de caractère.

Il existe de nombreux accords mixtes qui prévoient le règlement des différends sans les garanties dont la CJUE a soudainement besoin. Si la CJUE choisit de suivre l'avis 2/13 dans des affaires futures - ce que l'on peut attendre étant donné qu'il a été rendu par la Cour en assemblée plénière - de nombreux accords mixtes déjà en place doivent être considérés comme incompatible avec l'article 344 TFUE. Un exemple est la Convention OSPAR mentionnée ci-dessus[1796]. Parmi les autres exemples possibles figurent la Convention

[1796]Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est ou Convention OSPAR, Sept. 22, 1992, 32 I.L.M. 1069.

d'Aarhus[1797], la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels[1798], la Convention TIR[1799] et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[1800].

Ces conséquences n'étaient pas inconnues de la Cour. En fait, AG Kokott a explicitement mis en garde contre eux dans sa vue:

> *« Qui plus est, si l'on voulait instaurer en l'espèce une réglementation expresse concernant l'irrecevabilité des procédures d'affaires inter-étatiques devant la Cour EDH et sur la primauté de l'article 344 TFUE comme condition préalable à la compatibilité de l'accord d'adhésion envisagé avec le droit primaire de l'Union, cela signifierait implicitement que de nombreux accords internationaux conclus par l'Union dans le passé sont entachés d'un vice parce qu'ils ne prévoient aucune clause de cette nature[1801]. »*

Malgré l'avertissement sévère de l'Avocat général, c'est exactement ce que la CJUE a fait dans l'Avis 2/13 - sans même se référer à son point de vue opposé.

[1797]Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Jun. 25, 1998, 2162 U.N.T.S. 447. L'article 16 contient une clause facultative de règlement obligatoire des différends, le choix de la CIJ ou de l'arbitrage devant servir de forum. Certains États membres de l'UE ont opté pour.

[1798]Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, 17 mars 1992, 2105 U.N.T.S. 457. L'article 21 contient une clause d'acceptation facultative pour le règlement des différends, le choix de la CIJ ou de l'arbitrage devant servir de forum. Certains États membres de l'UE ont opté pour.

[1799]Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR, Nov. 14, 1975, 1079 U.N.T.S. 89. L'article 57 contient une clause d'arbitrage obligatoire, tout en permettant des réserves. Cependant, de nombreux États membres de l'UE sont des partis sans réserve quant à l'arbitrage.

[1800]La Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, Sept. 29, 2003, 2225 U.N.T.S. 209. L'article 35 contient une clause obligatoire de règlement des différends, avec le choix entre la CIJ ou l'arbitrage comme instance.

[1801] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'Avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général M^me^ Juliane Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 117.

Quant aux effets pratiques de l'incompatibilité des accords déjà en vigueur avec l'article 344 du TFUE, le conflit n'invaliderait pas ces accords dans le cadre du droit international public. Bien que les décisions de l'Union visant à conclure ces accords soient *ultra vires*, l'Union ne peut pas invoquer sa propre législation pour justifier le non-respect de ces accords[1802]. L'Union et les États membres seraient toutefois tenus de mettre fin à ces accords ou, si possible, de se retirer des mécanismes de règlement des différends en conflit[1803].

SECTION II. L'autonomie du droit de l'UE vue sous l'ongle du Protocole N°16 CEDH et le renvoi préjudiciel.

La présente section examine le mécanisme relatif à l'implication préalable de la Cour de Luxembourg aux compétences requises par l'autonomie du droit de l'Union européenne pour y être scellé[1804]. Cette analyse est faite dans un contexte complexe d'autonomie du droit de l'UE, caractéristiques institutionnelles propres à l'UE et fonction juridictionnelle naturelle de la Cour de Strasbourg (vue

[1802] Cela découle du droit international coutumier, tel que codifié dans la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, UN Doc. A / CONF.129 / 15 art. 46 (21 mars 1986) (non en vigueur). Voir aussi CJUE, 30 mai 2006, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, aff. jointes C-317/04 et C-318/04., ECLI:EU:C:2006:346 , point 73.

[1803] Voir aussi CJUE, 30 mai 2006, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, aff. jointes C-317/04 et C-318/04., ECLI:EU:C:2006:346, point 71-74.

[1804]En se référant à Lock, Gragl soutient en substance qu'il n'est en principe pas nécessaire d'établir un mécanisme d'implication préalable afin de préserver l'autonomie du droit de l'UE, comme les décisions de la Cour de Strasbourg sont purement déclaratoires et ne peuvent remettre en cause la validité du droit de l'Union du point de vue interne. P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, *opt.cit,* p. 234-235.Ce problème est contre-argumenté ci-dessous dans ce chapitre, ajoutant que l'argument de base est que, même dans ce mécanisme, l'autonomie du droit de l'Union peut être remise en question, ce qui est indispensable pour que les décisions de Strasbourg ne produisent aucun effet interne direct dans l'ordre juridique de l'UE.

subsidiaire). La section répond à la sous-question de recherche: "Quelles sont les implications juridiques de l'utilisation du mécanisme de participation antérieure, et comment peut-on déconstruire ce mécanisme pour le rendre lisible par le demandeur? » La section propose donc un examen approfondi des dispositions du PDA relatives à l'implication préalable et des circonstances dans lesquelles elles peuvent être utilisées, en accordant une attention particulière aux conséquences sur les normes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle et aux moyens juridictionnels pouvant être utilisés dans le cadre de cette procédure, tant en droit de l'Union européenne qu'au niveau de Strasbourg[1805]. Cela se fait en évaluant avec précaution l'origine des normes susceptibles d'être réexaminées au cours d'une implication préalable et en indiquant les critères d'éligibilité que l'UE devrait remplir pour être habilitée à demander cette procédure. Bien que la participation antérieure soit discutée comme un privilège de l'UE, la section tente également de décrire les implications juridiques auxquelles la Cour de Luxembourg sera confrontée pour évaluer les dispositions du droit de l'UE violant la Convention, ce qui est abordé à la fois en termes de portée du contrôle et de nature du effet des filtres de Luxembourg. Outre l'examen des conditions que l'UE devrait remplir pour gérer la procédure de l'implication préalable, cette section aborde également les parties des traités actuels de l'UE pouvant être utilisés pour concilier cette procédure avec les instructions des traités de l'UE. La section analyse en outre l'intégrité de cette procédure dans le système actuel des voies de droit de l'UE et avance un certain nombre d'arguments sur le fait que cette nouvelle procédure peut introduire

[1805]Considérant les possibilités précédentes, Gragl note que la première option consiste à déterminer s'il serait possible de mettre en place un mécanisme externe sous la forme d'une "procédure de renvoi" de la Cour de Strasbourg à la Cour de Luxembourg au lieu du mécanisme de l'implication préalable. Se référant à Lock, Gragl affirme qu'un tel mécanisme externe entraverait directement l'autonomie du droit de l'UE et apporterait une modification aux traités de l'UE. Un tel mécanisme externe se présentant sous la forme d'une "procédure de référence" - similaire à la procédure du renvoi préjudiciel, prévue par les traités de l'UE - par lequel la Cour de Strasbourg aurait renvoyé l'affaire devant la Cour de Luxembourg pour statuer sur la question du droit de l'Union, selon les termes de Gragl, aurait en outre ajouté une nouvelle fonction aux traités de l'UE et modifié la nature de la fonction que cette dernière a reconnue à la Cour de Luxembourg. P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, *opt.cit,* p. 240-241.

certaines modifications du traité dans le droit et la structure institutionnelle de l'UE. Cette question est abordée du point de vue de la question de savoir si l'implication préalable introduit un nouveau recours, à un degré qui modifie également les traités de l'UE en silence. La section conclut que la procédure d'implication préalable peut éventuellement concerner certains aspects du système de recours juridictionnels de l'UE. Toutefois, cela semble un très bon moyen de défendre la compétence exclusive de la CJUE.

L'une des tâches essentielles de la Cour européenne des droits de l'homme est de statuer sur les requêtes individuelles concernant de prétendues violations des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Pour de nombreuses personnes, la Cour européenne des droits de l'homme est une Cour de dernier recours, à la quelle ils peuvent recourir si leurs efforts pour obtenir réparation devant les cours nationales n'ont pas abouti. Cependant, le système européen de protection individuelle des droits fondamentaux est soumis à de fortes pressions. La charge de travail de la Cour a fortement augmenté et la Cour éprouve de grandes difficultés à traiter toutes les requêtes dans un délai raisonnable. Diverses mesures et solutions ont été introduites au fil des ans afin de garantir l'efficacité de la Cour[1806]. Néanmoins, les mesures actuelles n'ont que partiellement résolu les problèmes de la Cour. Des milliers d'affaires sont encore en instance et de nouvelles affaires sont ajoutées au rôle de la Cour. En outre, la protection des droits de la Convention dans les États n'est que partiellement déterminée par l'efficacité de l'organisation de la Cour-EDH. [1807]

Il y a donc toujours lieu de s'inquiéter de l'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme. Les chefs de gouvernement des États européens ont exprimé une telle inquiétude lors de leur assemblée à Brighton en 2012 pour

---

[1806] Voir par ex. I. Cameron, The Court and the member states: procedural aspects, in A. Føllesdal et al. (eds.), Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National , European and Global Context, Cambridge University press, 2013, p. 25 et suiv.

[1807] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 631.

discuter de l'avenir de la Cour-EDH. Cela a abouti à l'adoption d'une déclaration de haut niveau dans laquelle ils ont non seulement exprimé leur soutien à la Convention et à la Cour, mais ils ont également décidé de prendre des mesures supplémentaires pour accroître l'efficacité du système de la Convention. À ce jour, ces résolutions ont abouti à un certain nombre de propositions concrètes de changement. Le protocole n ° 15 contient un certain nombre de modifications de procédure visant à améliorer l'efficacité de la procédure devant la Cour, ainsi qu'une codification de la doctrine de la marge d'appréciation et du principe de subsidiarité[1808]. En outre, le protocole facultatif n ° 16, connu sous le nom d'"avis consultatifs" ou "protocole de dialogue"[1809], offre aux plus hautes juridictions nationales la possibilité d'adresser des demandes à la CEDH afin que celle-ci donne un avis consultatif sur l'interprétation. et l'application de la Convention.[1810] Le principal objectif de cette procédure d'avis consultatifs est de renforcer le dialogue entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui devrait permettre aux juridictions nationales de mieux faire connaître la Convention et de l'appliquer de manière actuelle. En outre, le protocole vise à renforcer le rôle constitutionnel de la Cour-EDH et on espère que cela contribuera à diminuer la charge de travail de la Cour.

Une question importante qui se pose en ce qui concerne le protocole n ° 16 est de savoir s'il parviendra effectivement à concrétiser les différents éléments de la procédure prévue dans le protocole et à le comparer à la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne. La section 2 de l'article présente donc d'abord un aperçu général des principaux éléments de la procédure

---

[1808]Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 24/06/2013 ,

[1809]D. Spielmann, Président de la Cour-EDH, CCDH – 78ème réunion – 27 juin 2013, CCDH, 78ème réunion, Discours du 27 juin 2013.

[1810]Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales,Strasbourg, 02/10/2013 ,

consultative du protocole n ° 16. Ensuite, la section 3 explore les objectifs centraux et les conséquences potentielles du protocole, tandis que la section 4 vise à approfondir l'analyse en établissant une comparaison entre le renvoi préjudiciel devant la CJUE et la procédure prévue par le protocole n ° 16. À la lumière des conclusions de cette section, la section 5 fournit une évaluation générale du potentiel du Protocole pour atteindre ses objectifs. Les conclusions de cette évaluation sont regroupées dans la section 6, où il est avancé que la valeur ajoutée du Protocole est selon toute probabilité relativement faible.

L'objectif central étant de fournir une évaluation critique du potentiel du Protocole n ° 16, on analysera l'interaction entre les procédures du renvoie préjudiciel et d'avis consultatifs en tant que telle (1), même s'il est certainement vrai que l'existence parallèle des deux types de procédures similaires peuvent poser certains problèmes, tels que des retards et de la confusion et la solution envisagée par le PDA et la réponse apportée par la CJUE dans l'avis 2/13 (2).

1§. Comparaison entre le Protocole N°16 et le renvoi préjudiciel.

La procédure d'avis consultatifs du protocole n ° 16 présente des parallèles clairs avec la procédure de renvoi préjudiciel en droit de l'Union, qui permet aux juridictions nationales de poser des questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union à la Cour de justice de l'Union européenne[1811]. À l'instar de la procédure d'avis consultatifs, la procédure de renvoi préjudiciel se veut un "instrument de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales[1812] ». La doctrine juridique a établi que la procédure avait joué un rôle central dans l'intégration du système juridique des États membres de l'UE et dans

[1811] Art. 267 TFUE.

[1812] CJUE, 24 mars 2009, Danske Slagterier, aff.C-445/06 ,ECLI:EU:C:2009:178, point. 65 in T. De la Mare at C. Donnelly, Preliminary Rulings and EU Legal integration: Evolution and Stasis dans P. Craig at G. De Búrca (eds.) The Evolution of EU Law (2ème édition, Oxford University Press, 2011, p. 376-377.

l'évolution de celui-ci dans son état actuel[1813]. La procédure a notamment permis à la CJUE de développer un certain nombre de principes et de doctrines importants du droit de l'Union, tels que la suprématie et la responsabilité de l'État[1814]. En outre, il est généralement admis que la procédure contribue à l'harmonisation du droit de l'Union dans la mesure où les interprétations uniformes de la CJUE doivent être appliquées par toutes les juridictions nationales[1815].

Comme indiqué avant, l'objectif principal du protocole n ° 16 est de renforcer l'interaction entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme. Étant donné que c'est également l'un des objectifs de la procédure de renvoi préjudiciel et que cette dernière procédure a réussi à atteindre cet objectif, il est utile de comparer les deux procédures. En particulier, il est intéressant de voir si la procédure d'avis consultatifs contient précisément les éléments pouvant expliquer le succès de la procédure de renvoi préjudiciel. Pour permettre une telle évaluation, il faut explorer certaines différences et parallèles pertinentes entre les deux procédures. Il convient toutefois de souligner que cette comparaison institutionnelle et juridique ne permet de tirer que des conclusions limitées. Évidemment, après tout, de nombreux facteurs expliquent le fonctionnement d'une procédure autre que sa seule structure[1816]. Toutefois, afin d'évaluer le potentiel du Protocole n ° 16 à atteindre ses objectifs, la présente section se concentrera sur les procédures en matière de compétence pour poser des questions et sur les conditions pour le faire, la force juridique des réponses aux questions posées par les cours nationales; et le

---

[1813] Voir : K. Alter, Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration, in A.M.Slaughter et autres (ed.) The European Court and the National Courts- Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context, Hart, 1998, p. 227-252.

[1814] H. Schepel et E. Blankenburg, Mobilizing the European Court of Justice, in G. De Burca et J.H.H. Weiler, The European court of Justice, Oxford University Press, 2001, p. 9-42.

[1815] Voir en particulier, M. Broberg et N. Frenger, Preliminary refrènes to the European Court of Justice, Oxford University Press, 2000, p. 2 et D. Chalmers, The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty,Jean Monnet Working Paper 5/04 , 2004,

[1816]Voir plus sur cet exemple, A. Stone Sweet, the Judicial Construction of Europe, Oxford University Press, 2004.

niveau de distraction de la CEDH et de la CJUE dans le choix de la référence à traiter.

Maintenant on va étudier les éléments de la procédure d'avis consultatif du Protocole n°16 (A) et les lacunes qui peuvent exister au niveau du renvoie préjudiciel (B).

A. La Procédure d'avis consultatif du Protocole N° 16.

Le protocole n ° 16 confère aux plus hautes juridictions nationales le pouvoir de présenter une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme[1817]. Il appartient aux États de décider laquelle de leurs hautes juridictions sera investie de cette compétence[1818]. Les juridictions inférieures ont été exclues, car le "dialogue" existant actuellement est principalement un dialogue entre la Cour et les plus hautes juridictions nationales, ce qui, selon les rédacteurs, est en effet "le niveau approprié où le dialogue devrait avoir lieu[1819] ». Cette limitation de la compétence pour adresser des requêtes à la Cour a été jugée importante pour éviter une multiplication des requêtes[1820].

La procédure d'avis consultatifs implique que les cours compétentes puissent poser des questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention[1821]. Ces questions peuvent ne pas être de nature abstraite ou théorique, mais elles

[1817] Art. 1 Protocol N° 16.

[1818] Art. 10 Protocol N° 16, Pour plus de détails voir: P. Gragl, (Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinons under draft Protocol ° 16, 38 European Law Review, 2013, p. 231.

[1819] Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Projet de protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 Juin 2013, Doc. 13220 , point 8.

[1820] Ibid.

[1821] Article 1§1 Protocole N° 16.

doivent concerner un cas concret présenté à la juridiction nationale[1822]. La demande d'avis doit porter sur une question de principe ce qui implique qu'il n'y est fait recours que pour des questions systémiques ou sur lesquelles la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer[1823]. Pour cette raison, les juridictions nationales doivent fournir à la Cour européenne des droits de l'homme des informations sur le contexte juridique et factuel de l'affaire qui a donné lieu à des questions d'interprétation de la Convention[1824].

La Cour n'est pas obligée d'accepter une demande d'avis consultatif; un collège de cinq juges de la Grande Chambre en décidera[1825]. Le Protocole n ° 16 ne contient aucune information sur les motifs possibles de refus ou d'acceptation des demandes - le groupe spécial dispose d'un pouvoir discrétionnaire absolu en la matière. Néanmoins, il est probable que le groupe spécial fondera ses décisions sur des critères similaires à ceux utilisés pour les demandes de renvoi d'affaires devant la Grande Chambre[1826]. Une affaire est soumise à un recours interne devant la Grande Chambre si elle soulève d'importantes questions relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention, si elle présente un motif de révision d'une jurisprudence bien établie ou si l'affaire concerne une question importante d'intérêt général[1827]. On ignore toutefois comment ces critères généraux sont appliqués par le groupe spécial car les motifs de ses décisions de renvoi ne sont pas publiés. Il en ira différemment pour l'évaluation par un groupe spécial de demandes d'avis consultatifs, le protocole n ° 16 stipulant que les raisons du refus d'une demande

---

[1822] Article 1$2 Protocole N° 16.

[1823] J.P Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, Cahiers de droit européen, 2015, N°1, p.25.

[1824] Article 1§3 Protocole N° 16.

[1825] Article 2 Protocole N° 16.

[1826] P. Gragl, '(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16', 38 *European Law Review* ,2013, p. 234.

[1827] Cour-EDH, Document de Réflexion sur la proposition de l'élargissement de la compétence consultative de la Cour, point 20,22, 23. https://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/Documents/Court-Advisory-opinions_fr.pdf

doivent être rendues publiques.[1828]. Il est toutefois probable que les raisons fournies seront souvent plutôt de nature «formelle» et générale et la Cour elle-même a déjà indiqué qu'elle *«envisage que de telles raisons ne seront normalement pas exhaustives[1829]».* En particulier, on peut s'attendre à ce que la Cour n'exprime pas facilement des motifs plus substantiels ou «politiques» à la base d'un refus, comme une hésitation à s'impliquer dans un débat national assez délicat ou une question constitutionnelle délicate. La Cour se contentera probablement d'expliquer que la demande concerne une question théorique, qu'elle ne concerne pas une question d'interprétation nouvelle ou importante, qu'une requête individuelle portant sur la même question est déjà pendante devant la Cour ou que la question soulevée peut être traitée de manière plus appropriée dans une demande individuelle[1830]. De plus, dans tout les cas, l'avis est consultatif et le destinataire n'est pas obligé d'y donner suite au risque de faire l'objet d'une requête individuelle qui verra vraisemblablement la Cour de Strasbourg confirmer l'appréciation rendue dans l'avis[1831]. Cela indique une possibilité, un droit à la discrétion des Parties contractantes, et le Protocole N° 16, lorsqu'il sera entre en vigueur ne comportera donc aucune obligation pour l'Union ni pour un EM de référer des questions préjudicielles à la Cour-EDH[1832].Si la Cour accepte une demande, la Grande Chambre, composée de 17 juges de la Cour, rendra l'avis consultatif[1833]. Le

---

[1828] Article 2§1 Protocole N° 16.

[1829] Cour-EDH, 6 mai 2013, Avis de la Cour sur le projet de Protocole n16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention, point 9. https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_FRA.pdf

[1830] Cour-EDH, Document de Réflexion sur la proposition de l'élargissement de la compétence consultative de la Cour, point 36. https://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/Documents/Court-Advisory-opinions_fr.pdf

[1831] J.P Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, Cahiers de droit européen, 2015, N°1, p,. 26.

[1832] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CDE, N°1, 2015, p. 62.

[1833] Article 2$2 Protocole N°16.

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Haute Partie contractante dont relève la juridiction requérante ont le droit de présenter des observations écrites et de participer à toute audience[1834]. En outre, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le Président de la Cour peut inviter d'autres États ou personnes à présenter des observations écrites ou à participer à toute audience[1835]. Les avis consultatifs à rendre par la Cour doivent être motivés et les avis seront publiés[1836]. Si l'avis n'est pas adopté à l'unanimité, tout juge est habilité à émettre un avis séparé[1837]. À cet égard, les avis consultatifs ressemblent aux arrêts «normaux[1838]» de la Cour.

Les avis consultatifs ne seront pas contraignants. Ainsi, lorsqu'un tribunal national supérieur est informé de l'avis, il peut décider de le suivre ou non[1839]. Dans l'exposé des motifs, il est toutefois souligné qu'il n'y aura pratiquement aucune différence de force juridique entre une interprétation donnée à la Convention dans un avis consultatif et une interprétation donnée dans un arrêt (qui lie les parties à l'affaire conformément à l'article 46 de la CEDH)[1840]. On peut noter à cet égard que les arrêts de la Cour sont généralement considérés comme ayant force d'interprétation ou *res interpretata*. En plus, contrairement à l'avis prévu par le Protocole n°16 qui ne sera que consultatif, les arrêts prononcés par la CJUE ont

---

[1834] Article 3 Protocole N°16.

[1835] Article 3 Protocole N° 16.

[1836] Article 4 Protocole N°16.

[1837] Article 4 §2 Protocol N° 16.

[1838] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 633.

[1839] Article 5 Protocole N°16.

[1840]Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Projet de protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 Juin 2013, Doc. 13220 , point. 27

force obligatoire et sont revêtus de *« l'autorité de la chose interprétée.*[1841]*»* Cela signifie en résumé qu'une interprétation bien établie des termes et notions de la Convention donnée par la Cour fait partie intégrante de la Convention[1842]. Le corollaire de l'acceptation de *res interprétata* est que, de facto, les interprétations de la Cour peuvent être considérées comme contraignantes pour les États puisque ceux-ci sont tenus de se conformer à la Convention telle qu'elle l'a expliquée[1843]. En conséquence, les juridictions nationales sont généralement censées suivre les interprétations de la Cour dans leurs propres arrêts, bien qu'elles puissent, bien sûr, les adapter aux circonstances concrètes de la cause. Si l'effet juridique des avis consultatifs est similaire à celui des arrêts, cela signifie qu'ils auront eux aussi une *res interpretata*[1844]. Il est donc important de faire la distinction entre les interprétations générales données dans cet avis et l'avis de la Cour sur l'application concrète aux faits de la cause. Les premières auront la force d'interprétation et seront donc de facto contraignantes pour les juridictions nationales, tandis que les dernières (contrairement à celles des arrêts) seront non contraignantes. Par exemple, une question peut se présenter devant une juridiction nationale sur le rôle que devrait jouer l'intérêt de l'enfant dans les décisions d'éloignement. La juridiction nationale pourrait alors décider de présenter une demande d'avis consultatif à la Cour sur cette question[1845]. Dans son avis consultatif, la Cour pourrait fournir une interprétation de la disposition pertinente de la Convention, qui pourrait inclure un

---

[1841] R. Mehdi, La justice communautaire, in L. Cadiet (dir.),Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 736.

[1842] L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a reconnu cet effet des arrêts de la Cour en 2000 : Assemblée parlementaire, Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Résolution 1226 (2000), 28 septembre 2000 (30e séance), point 3. http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=16834&lang=FR

[1843] J. Vélu, Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales, in P. Mahoney et autres. (eds.), Protecting Human Rights: The European Perspective ,Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1521

[1844] Cour-EDH, Document de Réflexion sur la proposition de l'élargissement de la compétence consultative de la Cour, point 44.

[1845] Cour-EDH, 4 juin 2013, K.A.S c. Royaume Uni, Req N°38844/12

certain nombre de critères et normes générales que les juridictions nationales devraient prendre en compte pour statuer sur ces questions. Sur la base des informations fournies par la juridiction nationale, la Cour pourrait également conseiller la juridiction nationale sur l'application de ces normes au cas d'espèce. Selon le texte du protocole, cet avis concret ne lierait pas la juridiction nationale, qui pourrait par exemple décider de ménager un équilibre différent entre des intérêts opposés. Cependant, en recherchant un tel équilibre, la juridiction de renvoi serait toujours obligée de tenir compte des critères et facteurs généraux définis par la Cour dans son avis, ceux-ci étant couverts par la notion de *res interpretata*[1846]. En effet, si la juridiction de renvoi ignorait les interprétations de la Cour, elle pourrait être considérée comme ayant violé les obligations qui lui incombent en vertu de la Convention[1847]. On pourrait soutenir que ce serait la même chose pour d'autres juridictions que celle qui présente la demande d'avis, même les juridictions de pays qui ont choisi de ne pas ratifier le Protocole n ° 16[1848]. Enfin, il convient de noter que le protocole permet aux particuliers de déposer une plainte auprès de la Cour, y compris dans les cas où la plus haute juridiction nationale a déjà demandé un avis consultatif. Il n'est pas inconcevable que les demandeurs fassent de même, étant donné la nature non contraignante des avis consultatifs rendus dans l'affaire concrète et le pouvoir discrétionnaire des cours nationales dans l'application de

---

[1846] Dans un document de réflexion sur la procédure d'avis consultatifs, la Cour a indiqué que ses avis "peuvent (...) revêtir une importance comparable aux arrêts de la Cour et favoriser une interprétation harmonieuse des normes minimales fixées par les droits de la Convention" et les avis auraient des "effets juridiques indéniables », Cour-EDH, Document de Réflexion sur la proposition de l'élargissement de la compétence consultative de la Cour, point 5 et 44.

[1847] J. Vélu, Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales in P. Mahoney et autres. (eds.), Protecting Human Rights: The European Perspective, p. 1511– 1525, p. 1521; J.H. Gerards, in J.H. Gerards and J.W.A. Fleuren (eds.), Implementation of the ECHR and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis, p. 21–27

[1848] CDDH, 30 novembre 2012, Rapport du CDDH contenant des éléments en vue de contribuer à l'évaluation des effets du Protocole n° 14 et de la mise en œuvre des rations d'Izmir et d'Interlaken sur la situation de la Cour, point 20 (b)

l'avis de la Cour[1849]. En outre, les individus peuvent avoir de bonnes raisons de vouloir que la Cour EDH examine à nouveau leur affaire si, à leur avis, la juridiction nationale a indûment ignoré ou mal interprété ou appliqué l'opinion de la Cour, ou si l'affaire contient des éléments liés aux droits de la Convention qui n'ont pas joué de rôle dans la procédure d'avis consultatif. En conséquence de cette possibilité, la Cour peut être appelée à se prononcer sur un certain ensemble de faits deux fois. Les points de vue de la Cour auront tendance à être différents, toutefois, dans la mesure où la requête individuelle traitera probablement de l'interprétation ou de l'application nationale erronée de l'avis consultatif de la Cour plutôt que de l'interprétation de la Convention en tant que telle. En outre, s'il semble que les affaires se chevauchent réellement, la Cour peut décider de déclarer les aspects de l'affaire irrecevables qu'elle a déjà traité[1850]. Comme le soulignait F. Tulkens loin d'être *« victime de son succès »* la Cour-EDH est victime des défaillances au niveau national: les plus grandes marges de progression ne sont pas à chercher à Strasbourg mais au niveau national et que *« c'est une amélioration du fonctionnement des systèmes nationaux qui semble nécessaire. [1851]»*

Selon la déclaration de Brighton, la procédure d'avis consultatifs a pour fonction première de renforcer l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et les plus hautes juridictions nationales. Comme l'explique le préambule du protocole n ° 16, cette interaction plus étroite constitue un moyen de renforcer la mise en œuvre de la Convention conformément au principe de subsidiarité.

Une étroite collaboration entre les juridictions nationales et la Cour semble déjà revêtir une grande importance pour garantir la protection effective des

---

[1849] Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Projet de protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 Juin 2013, Doc. 13220 , point 26.

[1850] Ibid.

[1851] F. Tulkens, La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir. CDE, 2012, N°2, p. 329.

droits de la Convention[1852]. Des études récentes ont confirmé que les juridictions nationales fonctionnent comme un pivot entre les niveaux européen et national, même si elles disposent de pouvoirs constitutionnels limités, et on peut parler d'un partenariat symbolique entre les juridictions nationales et la CEDH[1853].

Dans ce partenariat, il appartient à la Cour européenne des droits de l'homme d'interpréter clairement la Constitution, ce qui signifie que la Cour définit des normes, des critères et des facteurs que les juridictions nationales peuvent ensuite transposer dans leurs propres systèmes juridiques nationaux et appliquer dans leurs arrêts. Même si les normes et critères élaborés par la Cour européenne des droits de l'homme sont parfois un peu tordus dans ce processus de transport, il a été démontré que l'application de la Convention par les cours nationales dans les affaires de droits fondamentaux avait abouti à un fort "enracinement" de la Convention en droit national[1854]. En outre, une caractéristique de ce partenariat est que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à son tour, est influencée par les cours nationales et leurs jugements[1855]. Cela découle en partie du fait que la Cour ne se prononcera sur une affaire donnée que si celle-ci a déjà été tranchée par une plus haute instance judiciaire nationale[1856]. Cela signifie que son jugement sera nécessairement influencé par les faits et l'interprétation du droit national telle qu'établie par les juridictions nationales[1857]. De plus, la Cour EDH

[1852]H. Keller et S. Stone Sweet, (eds.) A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford University Press, 2008, p. 687-688.

[1853] J.H. Gerards et J.W.A Fleuren (eds.) , Implementation of the ECHR and of judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis, Intersentia, 2014, voir en particulier chapitre 9.

[1854]J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 637.

[1855]J.H. Gerards et J.W.A Fleuren (eds.) , Implementation of the ECHR and of judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis, Intersentia, 2014.

[1856] Voir Art. 35 CEDH.

[1857] Cour-EDH, 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne, Req. N° Requêtes nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, point 144-150.

s'est généralement montrée très attentive aux conclusions des juridictions nationales relatives à la Convention[1858]. En particulier, elle examine attentivement toutes les raisons invoquées pour une interprétation ou une application de la Convention nationale qui s'écarte de sa propre jurisprudence. Si une application aussi déviante de la CEDH découle d'un simple manque de prudence ou d'un manque de volonté de se conformer aux normes de la Convention, la Cour ne l'acceptera probablement pas.

Cependant, si l'application déviante s'avère être le résultat d'une évaluation délibérée et réfléchie et si elle est fondée sur la nécessité claire d'adapter les précédents de la Cour européenne des droits de l'homme aux exigences constitutionnelles ou légales nationales, la Cour s'est montrée disposée à revoir sa propre jurisprudence. Les critiques judicieuses de la jurisprudence de la Cour peuvent alors conduire à l'adoption de normes et d'interprétations légèrement différentes, qui peuvent être intégrées plus facilement dans la jurisprudence nationale et qui sont donc plus susceptibles d'être appliquées par les juridictions nationales. Ce partenariat et le dialogue concomitant entre les tribunaux contribueraient à améliorer les normes applicables en matière de droits fondamentaux et, de ce fait, à renforcer l'efficacité de la protection des droits fondamentaux au niveau national. De ce point de vue, on comprend que les responsables gouvernementaux lors de la conférence de Brighton aient jugé opportun et souhaitable de renforcer davantage le partenariat et de faciliter les contacts entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme en introduisant un nouveau instrument procédural. Après tout, bien qu'un certain dialogue existe déjà, il existe des lacunes qui pourraient nuire à l'efficacité du partenariat. Dans la situation actuelle, par exemple, la Cour ne peut se prononcer sur un certaine question que si tous les recours internes ont été épuisés. Au cours de ces procédures souvent longues, la Cour n'est pas en mesure de fournir des orientations ou de corriger une interprétation erronée de la Convention. En outre, le dépôt de

[1858] Cour-EDH, 18 janvier 2011, MGN Limited contre Royaume Uni, Req. N°39401/04, point 144-150.

nombreuses affaires similaires ne peut être présenté, ni au niveau national, ni à la Cour elle-même. Une procédure d'avis consultatif pourrait éventuellement permettre à la Cour d'avoir un impact plus direct sur les jugements nationaux et offrir aux juridictions nationales des orientations plus concrètes à un stade antérieur de la procédure[1859].

Bien que la Cour ait réussi à réduire le nombre d'affaires en instance simples et répétitives grâce à la mise en œuvre de diverses mesures d'amélioration de l'efficacité, elle doit encore faire face à un dossier d'environ 90 000 affaires. À première vue, l'introduction de la procédure d'avis consultatifs ne ferait qu'ajouter à la charge de travail de la Cour, car celle-ci serait confrontée à un nombre potentiellement important de demandes d'avis consultatifs[1860]. Néanmoins, il est avancé que la procédure contribuerait à alléger le fardeau de la Cour. En fait, la réduction de la charge de travail de la Cour est le deuxième objectif important de la procédure. La présomption sous-jacente est donc que si la Cour réussissait à clarifier le sens de la Convention dans des types de situations spécifiques, les juridictions nationales pourraient appliquer les normes et critères pertinents plus facilement dans leur propre jurisprudence et à un stade relativement précoce. S'ils le faisaient correctement et consciencieusement, le nombre d'affaires devant arriver à la Cour serait finalement moindre, car cela signifierait que la plupart des affaires seraient résolues de manière satisfaisante au niveau national. En outre, les requêtes qui seraient encore présentées au sujet de telles questions pourraient facilement être déclarées irrecevables car elles ont été suffisamment examinées par une juridiction nationale. Ainsi, la procédure aiderait la Cour à créer une boucle de rétroaction, précisant aux requérants individuels que le fait de déposer d'autres plaintes n'aurait aucun sens et agissant en conséquence en classant leurs actions. Au final, cela

---

[1859] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 639.

[1860] K. Dzehtsariou, Interaction between the European Court of Human Rights and member States: European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy. in S. Flogaitis et autres (eds.) The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength. Edward Elgar, 2013, p. 116-146.

réduirait la charge de travail de la Cour, avec l'avantage supplémentaire de placer la responsabilité de la protection des droits fondamentaux au niveau auquel elle appartient, c'est-à-dire au niveau national.

B. L'implication préalable et les lacunes de l'efficacité du renvoi préjudiciel.

De manière superficielle, comme mentionné ci-dessus, la procédure des avis consultatifs et la procédure de renvoi préjudiciel présentent de fortes similitudes. Tous les deux créent une opportunité d'interaction directe entre les juridictions nationales et la juridiction européenne en permettant aux juridictions nationales de soulever des questions d'interprétation et d'application du droit européen, découlant d'affaires concrètes. En outre, dans les deux procédures, il appartient aux juridictions nationales d'appliquer la réponse fournie par la Cour européenne dans l'affaire dont elles sont saisies. Néanmoins, il existe des différences notables entre les deux procédures. Celles-ci semblent être principalement liées à l'objectif particulier de la procédure préjudicielle, qui est de garantir une interprétation uniforme et harmonisée du droit de l'Union[1861]. Tel n'est en effet pas l'objectif de la procédure d'avis consultatifs, qui permettra principalement à la Cour européenne des droits de l'homme de guider les juridictions nationales dans l'interprétation de la Convention. Cette différence d'objectif peut expliquer que la procédure du protocole n ° 16 repose sur une notion de participation volontaire et d'interaction à deux niveaux différents. Elle ne s'y substitue pas non plus et, de toute façon, l'avis de Strasbourg est consultatif, ce qui implique que l'Union qui n'est pas liée par celui-ci n'a aucune obligation de la suivre et si tel était le cas, un particulier pourrait adresser une requête Strasbourg auquel cas la coresponsabilité et l'implication

[1861] J. Komarek, In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure?, 32 European Law Review, 2007, p. 467-491; D. Chalmers, The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty, Jean Monnet Working Paper 5/04 , 2004, p.20.

préalable pourraient jouer[1862].Premièrement, le protocole est de nature facultative, permettant aux États de décider de devenir partie ou non. Deuxièmement, les juridictions nationales des États participants sont entièrement libres de décider si elles souhaitent ou non adresser une demande à la Cour. Pour la procédure du renvoie préjudiciel de l'UE, il en va différemment. En vertu du droit de l'Union, les cours nationales de tous les États membres sont non seulement compétentes, mais souvent même obligées de poser des questions préjudicielles à la CJUE[1863]. L'existence d'une obligation, plutôt que d'une simple compétence, de soumettre des questions préjudicielles à la CJUE dans les cas où de nouvelles questions d'interprétation se sont présentées a entraîné une implication fréquente de la CJUE dans les affaires nationales et un impact majeur de son jugement et de ses interprétations. En effet, l'efficacité du droit de l'Union se trouverait menacée si l'existence d'un recours obligatoire devant la Cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'art. 267 TFUE de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci[1864].

Une autre différence importante entre les deux procédures, qui s'explique par leurs objectifs centraux différents, réside dans le fait que le droit de l'Union autorise les juridictions à poser des questions à la CJUE. Il est intéressant de noter que cette compétence des juridictions inférieures expliquerait au moins partiellement l'impact particulièrement important de la procédure[1865]. Les juridictions inférieures (en

---

[1862] J.P Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, Cahiers de droit européen, 2015, N°1, p. 27.

[1863] Voir CJUE, 6 octobre 1982,CILFIT, aff. 283/81,ECLI: ECLI:EU:C:1982:335, point 7 et CJUE, 26 février 2013, Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, point 20-30. H. Rasmussen, Remedying the crumbling EC judicial system, 37 Commun Market Law Review, 2000, p. 1071-1112.

[1864] J.P Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, Cahiers de droit européen, 2015, N°1, p. 27.

[1865] P. Craig and G; De Búrca, EU Law. Text, Cases and Materials,5th edition , Oxford University Press, 2011, p. 478.

particulier par rapport aux cours constitutionnelles nationales) se sont senties habilitées par la possibilité de renvoyer des questions préliminaires et, souvent pour des raisons stratégiques, elles ont fréquemment utilisé cette possibilité[1866]. Ce faisant, ils ont fourni à la CJUE de nombreuses possibilités de développer le droit et les principes de l'UE et ont permis à la CJUE de le faire à un stade relativement précoce de la procédure nationale[1867]. Compte tenu du caractère beaucoup plus volontaire de la compétence de demander des avis consultatifs et d'autant plus que seules les plus hautes juridictions seront investies de cette compétence, on peut se demander si la même dynamique que celle survenue dans le contexte du droit de l'Union se manifestera dans le contexte du protocole. N ° 16 de la CEDH.Il est difficile de prédire exactement comment cette dynamique fonctionnera. Par exemple, le succès de la procédure de renvoi préjudiciel s'explique principalement par la possibilité offerte aux juridictions nationales d'influencer le droit de l'Union, notamment par la manière dont ils présentent leurs questions et le type de cas qu'ils évoquent[1868]. Il est évident que de telles explications du succès de la procédure de renvoi préjudiciel ne sont pas liées à l'existence d'une obligation de renvoi et qu'elles pourraient également concerner la procédure d'avis consultatifs. Il n'en reste pas moins que le caractère volontaire de la procédure d'avis consultatifs et sa limitation aux hautes juridictions (sélectionnées) signifient que la Cour européenne des droits de l'homme s'impliquera beaucoup moins souvent et plus généralement dans les débats judiciaires nationaux à un stade ultérieur par rapport à la CJUE.

La procédure de renvoi préjudiciel et les avis consultatifs divergent également quant à la force juridique de la décision de la Cour européenne. Comme indiqué avant, les avis consultatifs de la Cour européenne des droits de l'homme ne seront pas juridiquement contraignants pour la juridiction nationale qui a transmis la demande.

1866 T. de la Mare and C. Donnelly, in P. Craig and G. De Búrca (eds), The Evolution of EU Law, p. 383-384.

1867 H. Rasmussen, Remedying the crumbling EC judicial system, 37 Commun Market Law Review, 2000, p. 1104-1105.

1868 C. Van de Heyning, dans M. Claes, et autres (eds), Constitutional conversations in Europe. Actors, Topics and Procedure, Intersentia, 2012, p. 182.

En revanche, il est généralement admis que les décisions préliminaires de la CJUE ont un effet *erga omnes*[1869] et, par conséquent, sont obligatoires pour tous les acteurs qui appliquent le droit de l'UE, cela signifie qu'ils doivent être mis en œuvre par toute Cour, autorité administrative et législateur dans n'importe quel État Membre autant que par la juridiction de renvoi[1870]. En théorie, cela impliquerait que l'impact juridique des avis consultatifs de la Cour EDH serait moins fort que celui de la décision préliminaire de la CJUE et que ses avis pourraient moins facilement faire en sorte que les interprétations de la Convention soient intégrées à la jurisprudence nationale. On peut toutefois affirmer que cette différence est moins importante dans la pratique. À l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, la CJUE opère généralement une distinction entre l'interprétation du droit de l'Union et l'application de cette interprétation aux faits d'un cas concret[1871]. L'effet *erga omnes* de la décision préliminaire de la CJUE ne peut donc être considéré que comme se rapportant aux interprétations générales et abstraites du droit de l'Union, par exemple sous la forme de principes, de normes ou de critères à appliquer[1872]. Dans de nombreux cas, la CJUE laisse aux juridictions nationales le soin d'appliquer de tels principes, normes et critères aux faits de la cause[1873]. Il est intéressant de noter que la force *erga omnes* des arrêts de la Cour n'a pas été expressément définie dans les traités de l'UE, mais semble reposer principalement

---

[1869] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 643.

[1870] J. Komárek, Federal Elements in the Community Judicial System: building Coherence in the Community Legal Order, 42 Common Market Law Review, 2005, p. 9-34.

[1871] G. Davies, Abstractness and Concreteness in the Preliminary Ruling Procedure: Implications for the Division of Powers and Effective Market Regulation, dans N.N Schuibne (ed.), Regulating the Internal Market (Edward Elgar, 2006), p. 210, 215 et suiv.

[1872] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 644.

[1873] D. Sarmiento, The Silent Lamb and the deaf Wolves, in M. Avbelj et J. Komárek (eds.), Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, Oxford University Press, 2012, p. 285-318.

sur une acceptation générale de ceux-ci par les cours nationales ainsi que par la doctrine[1874]. Compte tenu de ce qui précède, on peut soutenir que la force obligatoire de la décision préliminaire de la CJUE est assez similaire à celle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où elle repose sur la reconnaissance de facto d'un système de précédents[1875]. Après tout, comme expliqué ci-dessus, on peut considérer que les avis consultatifs de la Cour ont une *res interprétata*[1876], ce qui signifie que l'interprétation et les normes qui y sont développées sont de facto contraignantes pour les États. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a exercé de plus en plus de pressions sur les cours nationales pour qu'elles adoptent les mêmes critères que ceux auxquels elle s'applique, et elle est susceptible de constater une violation de la Convention si une telle application minutieuse ne peut être trouvée. Par conséquent, même si le système de la CEDH manque de doctrines solides telles que la responsabilité des États en cas de non-respect, il semble qu'il existe un certain degré de similitude dans les effets juridiques des renvois préliminaires de la CJUE et des avis consultatifs de la Cour-EDH. Dans la mesure où le succès de la procédure de renvoi préjudiciel repose sur la force de loi ou de la jurisprudence des décisions de la CJUE, on peut s'attendre à ce que la procédure d'avis consultatifs de la Cour européenne des droits de l'homme présente un effet comparable.

Enfin, il semble significatif que la Cour européenne des droits de l'homme se soit vu accorder le pouvoir discrétionnaire de refuser de traiter des avis consultatifs, alors que la CJUE manque d'un tel pouvoir discrétionnaire. Ainsi, seule la Cour européenne des droits de l'homme peut filtrer des questions sans importance et se

---

[1874] J. Komárek, Federal Elements in the Community Judicial System: building Coherence in the Community Legal Order, 42 Common Market Law Review, 2005, p. 10.

[1875] P. Craig et G; De Búrca, EU Law. Text, Cases and Materials,5th edition , Oxford University Press, 2011, p. 449.

[1876] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 644.

concentrer sur des questions liées à des questions d'interprétation importantes, en donnant des orientations uniquement lorsqu'elle le juge nécessaire. En revanche, la CJUE doit prendre en compte toutes les références préliminaires afin d'assurer une interprétation harmonisée et uniforme du droit de l'Union[1877].

Encore une fois, cependant, cette différence peut sembler être moins importante dans la pratique qu'il n'y parait. Plus important encore, la Cour européenne des droits de l'homme peut ne pas être très encline à refuser les demandes d'avis qui répondent à toutes les exigences de procédure et de forme, y compris l'exigence que la demande d'avis découle d'un litige concret et n'est pas de nature purement abstraite. À l'inverse, la CJUE a mis au point certaines techniques et constructions lui permettant de refuser des questions ou des références hypothétiques non pertinentes ou dépourvues de fondement factuel suffisant, bien que ce ne soit pas souvent le cas dans la pratique.[1878] Ainsi, l'application de la procédure d'avis consultatifs peut être assez similaire à celle de la procédure préjudicielle, dans la mesure où ce sont principalement des raisons de procédure qui peuvent amener la Cour EDH à ne pas traiter certaines affaires, comme c'est actuellement le cas pour le CJUE.

Le partenariat actuel entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme pour protéger les droits de la Convention trouve principalement son expression dans un dialogue fondé sur la jurisprudence. Par le biais d'une interprétation générale et de la normalisation de ses arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme influence sur la jurisprudence nationale, tandis que les juridictions nationales, à leur tour, peuvent influencer sur les arrêts de la Cour par leur propre interprétation et critique. Le protocole n ° 16 vise à renforcer ce processus en offrant aux cours nationales le pouvoir de demander conseil à la Cour-EDH, ce qui faciliterait une interaction plus directe et pourrait avoir lieu à un stade

[1877]D. Chalmers, The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty,Jean Monnet Working Paper 5/04 , 2004, p. 34.

[1878] P. Gragl, (Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol n° 16, 38 European Law Review, 2013, p. 229-247.

plus précoce. La question qui se pose dans cette section est de savoir si la procédure d'avis consultatifs telle qu'elle a été conçue dans le protocole n °16 sera effectivement en mesure de réaliser ces objectifs, compte tenu en particulier de l'expérience de la procédure de renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'UE. Premièrement, il est important de reconnaître que la procédure d'avis consultatifs est basée sur l'objectif de renforcer un partenariat et un dialogue déjà existants entre les cours nationales et la Cour-EDH. L'idée même de dialogue repose sur la présomption d'une attitude positive des cours nationales à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que sur l'attitude positive d'autres autorités nationales à l'égard des cours nationales. Un avis consultatif de la Cour ne sera demandé et éventuellement mis en œuvre que si les juridictions nationales souscrivent à l'image de partenariat et s'ils souhaitent demander conseil à la Cour. De plus, les avis consultatifs n'auront un impact mesurable sur le droit national que si le législateur et les autorités administratives sont prêts à se conformer aux décisions des cours nationales. Dans la pratique, cependant, il est apparu que l'attitude des autorités nationales à l'égard de la Cour et plus généralement de la Convention, est souvent assez critique. Dans un certain nombre d'Etats européens, l'influence des cours sur le pouvoir législatif et le gouvernement est relativement limitée et il est loin d'être évident que les interprétations de la CEDH par les juridictions nationales (sans parler de celles de la Cour-EDH) se retrouvent dans la législation et la politique nationales[1879]. Dans ces États, l'idée d'un dialogue institutionnel et d'un partenariat entre la Cour européenne des droits de l'homme et les cours nationales ne semble guère réaliste. En effet, on peut s'attendre à ce que les États où les tribunaux nationaux n'ont qu'un rôle limité et où les travaux de la Cour suscitent le scepticisme, ils ne ratifient même pas la Convention. Il est évident que les avantages visés - en particulier la réduction éventuelle du volume de travail de la Cour - ne seront clairement pas obtenus.

[1879] I. Cameron, The Court and the member states: procedural aspects. dans A. Føllesdal et autres (eds.) Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Cambridge University Press, 2013 p. 50

En outre, même en ce qui concerne les cours nationales « disposées » « volontaires », il existe un risque que leur volonté découle de motifs politiques et stratégiques plutôt que d'une notion "noble" de partenariat[1880]. Le protocole repose sur l'hypothèse que les juridictions nationales enverront à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes de directives et d'assistance dans leur propre tâche de garantir les droits garantis par la Convention. Il est facilement concevable principalement de rechercher l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme pour les aider à résoudre des problèmes délicats et politiquement sensibles qu'ils préféreraient ne pas prendre en charge. Ils pourraient alors facilement tenir la Cour européenne pour responsable de les obliger à prendre une décision discutable ou activiste tout en maintenant propres leurs dossiers. Bien entendu, l'autorité et la légitimité des juridictions nationales peuvent en tirer parti, puisqu'elles ne peuvent être tenues pour responsables de faire des choix désagréables. Un tel comportement stratégique peut même entraîner une amélioration générale du respect de la Convention si le législateur national et les autorités administratives se sentent obligés de se conformer aux décisions de la Cour et de la juridiction nationale. L'autorité et la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent toutefois en pâtir[1881]. Beaucoup considèrent déjà la Cour comme militante et politique, trop impliquées dans les choix nationaux et les valeurs constitutionnelles nationales. À l'heure actuelle, la Cour utilise divers instruments pour éviter de telles critiques et pour respecter le pouvoir discrétionnaire national, tels que la doctrine de la marge d'appréciation et diverses

---

[1880] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 646.

[1881] La CJUE a également été critiquée pour ses interprétations militantes, qu'elle a notamment données en réponse à des références préliminaires. Sur ce sujet, voir par exemple: T. Horsley, Reflections on the rule of the Court of Justice as the « motor » of European Integration: legal limits to judicial law-making, 50 Commun Market Law Review, 2013, p. 931-964.

formes de "minimalisme judiciaire »[1882]. Cependant, il peut être plus difficile de le faire en ce qui concerne les demandes d'avis consultatifs. Après tout, ces demandes peuvent inviter expressément la Cour à indiquer aux juridictions nationales la manière de traiter une question hautement politisée concernant la Convention, ce qui signifie que, par exemple, le minimalisme est une réponse moins appropriée. La Cour pourrait peut-être éviter de s'impliquer dans de telles questions en utilisant son pouvoir discrétionnaire pour refuser des demandes d'avis concernant des questions clairement politiques, ce qui pourrait toutefois aller à l'encontre du but même du Protocole, qui est de renforcer l'interaction dans des questions d'interprétation importantes. Ainsi, dans ces affaires, la procédure d'avis consultatifs entraîne presque inévitablement la Cour dans « des champs de mines nationales [1883]» avec tous les risques liés.

Maintenant on va décrire le deuxième objectif du protocole n ° 16 comme contribuant à la réduction de la charge de travail de la Cour. D'une part, il semble probable que la charge de travail de la Cour ne sera pas directement augmentée du fait de l'introduction de la procédure, même si certaines craintes ont été exprimées à cet égard. La comparaison avec la procédure de renvoi préjudiciel montre notamment que la rédaction du protocole n ° 16 a permis d'éviter en partie le nombre élevé de renvois préjudiciels à la CJUE, en particulier l'existence d'une compétence de toutes les juridictions en matière de recours et de la compétence de la CJUE pour refuser des cas[1884]. Simultanément, l'objectif à long terme d'alléger le fardeau de la Cour semble illusoire[1885]. De loin, la plupart des affaires dont la

---

[1882] J.H. Gerards et J.W.A Fleuren (eds.) , Implementation of the ECHR and of judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis, Intersentia, 2014.

[1883] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 647.

[1884] A. Arnull, Judicial architecture or judicial folly? The challenge facing the European Union, 24 European Law review, 1999, p; 516-524.

[1885] N. O'Meara, Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocol 15 and 16 ECHR, UK Constitutional Law Blog, 2013,

Cour-EDH est actuellement saisie ne résultent nullement d'un manque de clarté des normes de la Convention[1886], mais de vices structurels dans les systèmes juridiques nationaux, tels que la durée excessive des procédures nationales, le refus de donner effet aux jugements nationaux ou à l'existence de conditions pénitentiaires épouvantables. Le nombre de plaintes liées à ces problèmes structurels ne sera pas réduit grâce à la procédure de décision consultative.[1887] De plus, on peut s'attendre à ce que même si le nombre de plaintes répétitives résultant d'une clarification de la jurisprudence par le biais d'avis consultatifs diminue, cela peut être compensé par la forte demande des capacités de la Cour. Alors qu'il est relativement facile de régler rapidement un grand nombre de plaintes répétitives liées à des problèmes juridiques résultant de problèmes structurels, le traitement d'une demande d'avis consultatif prendra du temps et sera complexe. Il sera déjà difficile de décider s'il convient de donner suite à une demande donnée et d'en indiquer les raisons si la demande est refusée. De plus, si le comité décide de traiter la demande, cela signifie que 17 juges (ainsi que trois députés) doivent étudier le dossier, les États et les tierces parties doivent avoir la possibilité de faire des observations, l'éventuel avis consultatif doit être soigneusement motivé, des avis séparés peuvent être rédigés, etc. Il est difficile de prédire si cette capacité supplémentaire de la Cour sera proportionnelle aux avantages de la procédure en termes de clarté supplémentaire pour les juridictions nationales et de réduction du nombre d'affaires portées devant la Cour du fait de la clarté supplémentaire . Néanmoins, étant donné que tant de plaintes actuellement ne résultent pas d'un tel manque de clarté, mais plutôt de problèmes systémiques dans le système juridique national ou dans la politique nationale, il est peu probable que cet objectif à long terme soit atteint.

Enfin, la comparaison avec la procédure de renvoi préjudiciel de l'UE a clairement montré qu'une telle procédure peut avoir un effet important sur l'interaction entre les

---

[1886] D. Chalmers, The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty,Jean Monnet Working Paper 5/04 , 2004

[1887] K. Dzehtsiarou, Advisory Opinions: More Cases for the Already Overburdened Strasbourg Court, Verfassungblog, 2013, https://verfassungsblog.de/advisory-opinions-more-cases-for-the-already-overburdened-strasbourg-court/

cours nationales et une Cour européenne. Il est clair que la CJUE a fini par jouer un rôle central dans l'harmonisation du droit de l'Union européenne, précisément grâce à sa collaboration étroite avec les cours nationales .Il est clair que la CJUE a fini par jouer un rôle central dans l'harmonisation du droit de l'Union européenne, précisément grâce à sa collaboration étroite avec les cours nationales. Cela semble dû en grande partie à la manière dont la procédure du renvoie préjudiciel a été organisée et structurée. L'objectif principal de la procédure de renvoi préjudiciel étant d'aboutir à une interprétation uniforme et harmonisée du droit de l'Union, les décisions préjudicielles de la CJUE sont considérées comme juridiquement contraignantes pour tous les États membres. En outre, les juridictions nationales sont souvent tenues de saisir la CJUE de certaines questions. Cela semblerait impliquer que la procédure créée par le protocole n ° 16 sera moins efficace pour renforcer la collaboration car elle ne peut aboutir qu'à des avis consultatifs non contraignants et est de nature facultative[1888]. Même si les avis consultatifs de la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pas juridiquement contraignants et n'ont pas d'effet *erga omnes*, les interprétations de la Convention par la Cour ont néanmoins la *res interpretata* (l'autorité de la chose interprétée). En outre, l'objectif des avis consultatifs n'est pas de parvenir à une interprétation uniforme, mais plutôt de stimuler l'interaction entre les juridictions nationales à un stade antérieur de la procédure. L'absence de force contraignante en tant que telle ne semble pas compromettre sa capacité à atteindre ces objectifs.

Du point de vue des potentialités du protocole n ° 16, il est plus significatif de noter que ce protocole ne crée une compétence que pour les juridictions nationales supérieures, tandis que l'article 267 TFUE confère également aux juridictions inférieures cette compétence (et parfois même une obligation). Cet aspect semble avoir fortement contribué au succès de la procédure de référence préliminaire. Les juridictions nationales inférieures ont usé de leur compétence pour soulever une multitude de questions pour diverses raisons, permettant ainsi à la

[1888] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 649.

CJUE d'intervenir beaucoup plus souvent qu'elle n'aurait été le cas si seules les plus hautes juridictions avaient pu poser des questions[1889]. En outre, cet aspect particulier a permis à la CJUE de participer très tôt aux débats juridiques, ce qui lui permet de faire la différence en fournissant une certaine interprétation ou une certaine solution aux procédures nationales[1890].

En revanche, si seules les plus hautes juridictions peuvent demander un avis, il est probable que les questions juridiques pertinentes auront déjà été clarifiées ou qu'un débat judiciaire ait pu avoir lieu pendant des années avant que la Cour ne puisse intervenir. Maintenant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne évolue très rapidement, il se peut même que les juridictions nationales aient saisi la CJUE de questions préjudicielles sur une question particulière relative aux droits fondamentaux, puisque cette juridiction peut fournir des éclaircissements et des orientations plus rapidement. D'une part, on pourrait soutenir que cela constitue un avantage pour la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où elle peut traiter d'un problème sur lequel les différentes perspectives, interprétations et normes possibles sont un peu plus cristallisées. En effet, cela pourrait faciliter la tâche d'interprétation de la Cour. Dans le même temps, le fait qu'il puisse s'écouler de nombreuses années avant que la plus haute autorité intervienne et envoie une demande, et que la CJUE se soit même déjà prononcée à ce sujet, peut nuire à l'efficacité de la procédure d'avis consultatifs. Cela signifie notamment que peu de questions seront probablement soulevées et que la Cour européenne des droits de l'homme peut donner des orientations moins fréquentes.

[1889] J. Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4, p. 650.

[1890] Pour certains arguments importants contre la possibilité pour les juridictions nationales de renvoyer des questions préjudicielles, voirJ. Komarek, In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure?, 32 European Law Review, 2007, p. 487-488; en effet, à la lumière de telles objections, on peut se demander s'il est judicieux de résoudre ce "problème" en donnant également compétence aux juridictions nationales pour envoyer des demandes d'avis consultatifs à la Cour-EDH.

Par conséquent, l'objectif consistant à renforcer une interaction efficace ne sera probablement pas atteint.

2 §. La solution prévue par le Projet d'accord d'adhésion et le raisonnement de la CJUE.

L'article 3, paragraphe 6 du PDA prévoit une procédure d'implication préalable, dans le cas d'une procédure dans laquelle l'UE est codéfendeur, en donnant à la CJUE la possibilité d'évaluer la compatibilité d'un acte de l'Union avec les droits énoncés dans la CEDH ou les protocoles auxquels l'Union a adhéré. Cette implication préalable de la CJUE a pour but de se produire dans les cas où la CJUE n'a pas encore décidé de l'invalidité d'un acte de l'Union pour non-respect des droits et libertés énoncés dans la CEDH, mais cette question a été soulevée devant une juridiction nationale qui, pour quelque question que ce soit, n'a pas demandé à la Cour de justice de renvoyer à titre préliminaire la question de la nullité.

Dans son avis 2/13 la CJUE traite du protocole n ° 16 de la CEDH à la Convention, signé le 2 octobre 2013 (après que le projet d'accord ait été finalisé par les négociateurs en avril 2013). Le Protocole n ° 16 à la CEDH donne un avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation des droits de la Convention à la demande de juridictions des tribunaux des Parties contractantes ayant adhéré au Protocole[1891]. Étant donné que cette procédure peut impliquer le risque de contournement de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, la CJUE estime que l'accord est insuffisant, car il ne contient aucune disposition précisant le rapport entre le protocole n ° 16 CEDH et l'article 267 TFUE en afin de garantir l'efficacité de la procédure de l'article 267 TFUE[1892].

[1891] The EU's Accession to the ECHR - a « NO » from the ECJ! Editorial Comments, CMLR 52, 1-16 2015.

[1892]CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 198-199.

La procédure d'implication préalable de la CJUE prévue à l'art. 3, paragraphe 6, du projet d'accord vise à faire en sorte que la Cour obtienne la possibilité et le temps nécessaire pour examiner la compatibilité des dispositions du droit de l'Union avec la CEDH si elle n'en avait pas eu préalablement la possibilité. Pour la Cour, cette procédure est indispensable non seulement pour des raisons de subsidiarité puisqu'elles résultent du mécanisme de contrôle mis en place par la CEDH, mais également pour garantir le bon fonctionnement du système juridictionnel de l'Union[1893]. À cet effet, la CJUE soutient que la question de savoir si la Cour s'était déjà prononcée sur une question juridique particulière devait nécessairement être tranchée par un organe de l'Union européenne et d'une manière contraignante pour la Cour européenne des droits de l'homme[1894]. Sinon, la compétence pour interpréter la jurisprudence de la CJUE serait transférée à la Cour européenne des droits de l'homme[1895]. En conséquence, la Cour constate que l'art. 3 § 6 du projet d'accord sous sa forme actuelle était incompatible avec ces principes, car il ne garantissait pas que l'UE était *«pleinement et systématiquement» informée de toute affaire en instance devant la Cour EDH, ce qui était nécessaire pour permettre à l'institution compétente de déterminer si la procédure d'implication préalable devait être déclenchée »*[1896]. Vu de plus près, ni l'article 3, paragraphe 6, du projet de l'accord, ni le projet de rapport explicatif semble, contrairement à ce que la Cour suppose, exclure que, au cours de l'examen de la compatibilité d'une disposition du droit dérivé de l'Union suivant la procédure de l'implication préalable, la Cour de justice interprète cette même disposition[1897]. En particulier, la Cour européenne des droits

---

[1893] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 236.

[1894] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 238.

[1895] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 239.

[1896] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 241.

[1897] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CDE N°1, 2015,p.68.

de l'homme ne connaît pas de recueil systématique de toutes les plaintes en suspens et reçues, contrairement à la CJUE présentée sous forme de Journal officiel de l'UE[1898] . L'argument relatif à une obligation indirecte d'information imposée aux États membres sur la base du devoir de coopération loyale n'a pas non plus été reprise[1899]. Bien que cela paraisse en principe convaincant, la question se pose de savoir si l'obligation d'information complète et systématique doit nécessairement être réglementée dans l'accord d'adhésion. Sur la base du devoir de coopération loyale des États membres, ce problème pourrait également être résolu au sein de l'UE sous la forme d'un acte juridique européen plus concret. Dans le même temps, la CJUE trouve à redire l'interprétation donnée à l'art. 3 §6 par le projet de rapport explicatif; le rapport indiquait que la disposition devait signifier que la CJUE examinerait uniquement la compatibilité avec la CEDH en ce qui concerne l'interprétation du droit primaire et la validité du droit dérivé, mais pas en ce qui concerne l'interprétation du droit dérivé. La Cour conclut que cet arrangement[1900] ne lui permet pas *« de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé au regard des droits garantis par la CEDH »* et dès lors, ne permet pas *« de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit[1901]. »* Apparemment, des questions d'interprétation du droit dérivé ne pourraient donc pas être portées devant la Cour [1902]. Cela irait à l'encontre de la compétence exclusive de la CJUE d'interpréter de manière contraignante le droit dérivé de l'Union européenne si, en

[1898] CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 224.

[1899] CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 227.

[1900] I. Pernice, L'adhésion L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CDE, N°1, 2015, p.68.

[1901] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 247 et 248.

[1902] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 242-243.

conséquence, la Cour européenne des droits de l'homme devait décider elle-même d'une interprétation plausible du droit dérivé dans ce contexte[1903] .

L'analyse de la Cour est certainement convaincante à cet égard. On peut toutefois critiquer le fait qu'un problème devrait être résolu au niveau juridique international de l'accord d'adhésion qui est - en fin de compte - essentiellement un ordre interne de l'ordre juridique de l'UE, à savoir le manque de respect potentiel des juridictions nationales vis-à-vis de l'obligation de saisir la Cour des questions de droit de l'Union. Sur le fond, les arguments de la Cour sont toutefois corrects. En théorie, on pourrait bien sûr essayer d'interpréter la notion « d'évaluer la compatibilité » de manière à inclure les cas d'interprétation du droit dérivé de l'UE[1904]. Toutefois, le projet de rapport explicatif signale que, selon la volonté expresse de ses rédacteurs jouit de la même autorité que le projet d'accord lui-même jette expressément le doute sur une telle lecture[1905]. Un amendement et une clarification dans un futur projet d'accord sont donc indispensables. C'est pour ça qu'on va analyser à la fin de cette section le risque éventuel évoqué par la CJUE concernant une concurrence possible avec la Cour-EDH (A) et un risque à l'efficacité du renvoie préjudiciel (B).

A. Le risque de la mise en concurrence entre la CJUE et la Cour-EDH.

Le Protocole n ° 16 à la CEDH établit un mécanisme d'avis consultatif: il permet aux plus hautes juridictions des États membres de demander à la Cour EDH de donner des avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés garantis par la CEDH ou son protocole. En principe, la procédure de l'implication préalable ne devrait pas

---

1903 1903 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 246.

1904 CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 132.

1905 CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 134.

constituer un risque pour une position dominante de la Cour-EDH: puisque la nouvelle procédure fait preuve d'une grande souplesse par rapport à la procédure du renvoie préjudiciel et la coopération avec la Cour de justice est une coopération exigeante[1906]. Par ailleurs, le droit de l'Union impose aux mêmes juridictions nationales de saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE concernant le droit de l'Union. Dans le cadre de l'Union européenne, l'existence d'un tel mécanisme de filtre est inenvisageable, en témoigne l'absence de délégation au Tribunal d'une partie de la compétence préjudicielle de la Cour alors même qu'une base juridique existe[1907]. Bien que le projet d'accord ne prévoie pas l'adhésion de l'UE au Protocole n °16, le mécanisme établi par le protocole pourrait, selon la Cour de justice, affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure préjudicielle (notamment dans le cas de droits garantis par la Charte correspondant à celles garanties par la CEDH):on ne peut exclure qu'une demande d'avis consultatif formulée en vertu du Protocole n ° 16 par une juridiction d'un État membre qui a adhéré à ce protocole puisse déclencher la procédure d'implication préalable de la Cour de justice, créant ainsi un risque que la procédure préjudicielle pourrait être contournée. Pour autant, la Cour considère que l'application de ce protocole pourrait poser problème dans le cas où seraient soulevées devant les juridictions internes, des questions de principe relatives à la protection des droits fondamentaux garantis tant par la Convention que par la Charte , et notamment comporterait le risque de court-circuler ou de contourner la procédure de renvoi préjudiciel au profit de la saisine de la Cour-EDH[1908]. Le projet d'accord ne règle pas ce problème. Résumant les points susmentionnés, la Cour de justice a estimé que l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH telle qu'elle était

---

[1906] S. Platon, La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, AJDA, 2015,p. 260 in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. de F. Picod et J. Rideau,R.A.E-L.E.A.2015/1,p.72

[1907] G. Vandersanden, Renvoie préjudiciel en droit européen, Bruxelles, Bruylant, 2013,p. 9.

[1908] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Rev. Europe, février 2015, p.7.

envisagée dans le projet d'accord risquait de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union et à son autonomie[1909]. La dernière décennie montre que la Cour cherche, au moins en principe, à contraindre les juges nationaux à respecter leurs obligations issues du droit de l'Union, en posant le principe de la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit de l'Union par les juridictions suprêmes et en reconnaissant la possibilité d'un manquement judiciaire[1910].

La Cour, tout en soulignant l'importance d'une telle procédure, a déclaré que, dans sa forme actuelle, la procédure [article 3, paragraphe 6, du projet d'accord] ne garantit pas que, dans les affaires en instance devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'UE est pleinement et systématiquement informé. Cela devrait être garanti afin que l'institution européenne compétente soit en mesure de déterminer si la Cour de justice s'est déjà prononcée sur la question en litige dans cette affaire et, dans le cas contraire, de faire en sorte que la procédure d'implication préalable soit lancée[1911]. Cet argument revêt une grande importance dans la mesure où le dialogue dépend pour beaucoup de la bonne volonté de ses participants et la CJUE dit en creux qu'elle ne saurait concevoir que se mette en place un trilogue[1912]. D'ailleurs on peut constater une responsabilisation du juge national, qui reste le seul et unique déclencheur de cette procédure et duquel dépend tout le procès devant la Cour de justice en matière de renvoie préjudiciel[1913].

Cependant, la CJUE estime que cette procédure doit être aménagée de telle manière que, dans toute affaire pendante devant la Cour-EDH, une information

---

[1909] A. Mohay, Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR-Case note. Pecs Journal of International and European Law, 2015/1,p. 32.

[1910] CJUE, 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513. L. Clément-Wilz, Le renvoie préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé?,R.A.E -L.E.A. 2015/1,p.73

[1911] Idem. p. 33.

[1912] L. Clément-Wilz, Le renvoi préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé?, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/2013 sous la direc. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A,p.75.

[1913] *Ibid*.p. 78.

complète et systématique soit adressée à l'Union, afin que l'institution compétente soit mise en mesure d'apprécier si la Cour de justice s'est déjà prononcée sur la question en litige et, dans la négative, d'obtenir la mise en ouvre de la procédure en cause[1914]. Dans le cas contraire, c'est à dire dans le cas où l'interprétation définitive du droit dérivé découlant du Traité n'appartiendrait pas à la Cour de Justice, mais si la Cour EDH avait le choix entre plusieurs interprétations de conformité entre le droit de l'Union et la CEDH, la Cour de Kirchberg ne serait plus compétente pour interpréter le droit de l'Union et cela aurait pour effet que « le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union serait assurément méconnu[1915]» , ce qui ne saurait être accepté pour les raisons que nous avons déjà exposées, comme il est précisé au point 247 de l'avis[1916]. La Cour de Justice demeure l'interprète définitif du droit de l'Union, et l'interprétation du droit dérivé ne peut être exclue du champ d'application matériel du mécanisme d'implication préalable[1917].

La Cour a également estimé qu'il était problématique que la procédure susmentionnée lui permette uniquement de se prononcer sur la validité du droit dérivé de l'Union européenne, et non sur son interprétation. En outre la Cour de justice observe que le projet d'accord ne prévoit pas la possibilité de la saisir afin qu'elle se prononce sur une question d'interprétation du droit dérivé: une telle limitation de la portée de cette procédure aux seules questions de validité du droit dérivé porte atteinte à ses attributions et aux compétences de l'Union[1918]. La Cour a souligné: si elle n'était pas autorisée à fournir l'interprétation définitive du droit

---

[1914] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union?, Rev. du Droit de l'Union européenne, 3/4-2016, p. 525.

[1915] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 246.

[1916] R. Foucart, Avis 2/13: la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de justice, Réseau Universitaire Européen, Droit de l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice. http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/20/droits-fondamentaux/avis-213-la-sanction-du-mecanisme-dimplication-prealable-par-la-cour-de-justice/

[1917] *Ibid.*

[1918] *Ibid.*

dérivé et si la Cour EDH, pour déterminer si cette loi était compatible avec la CEDH, devait elle-même fournir une interprétation particulière parmi les options plausibles, il y aurait très certainement violation du principe de la compétence exclusive de la Cour de justice pour l'interprétation définitive du droit de l'Union[1919]. Sur le fond, le protocole n° 16 n'oblige en aucune manière les hautes juridictions signataires à saisir la Cour EDH de demandes d'avis consultatifs et il ne prescrit du reste aucune clause d'exclusivité à son profit, et reste donc sans effet sur la compétence parallèle – et obligatoire dans certains cas – de la Cour de justice vis-à-vis des États membres[1920].

Parmi ses autres doutes, la CJUE a souligné l'interaction éventuellement problématique entre la procédure d'avis consultatif du Protocole n ° 16 par la Cour européenne des droits de l'homme et la procédure de décision préjudicielle de la CJUE. Il convient de noter à cet égard que l'avis consultatif du Protocole n ° 16 est de nature différente, car il sera limité à la plus haute juridiction nationale, il n'est jamais obligatoire et l'opinion elle-même n'est pas contraignante.

B. Le risque d'une atteinte à l'autonomie et l'efficacité du renvoi préjudiciel.

Le dernier argument de la Cour relatif à cette rubrique concerne le Protocole n ° 16 à la CEDH[1921]. Dès son entrée en vigueur, le présent protocole permettra aux plus hautes cours et tribunaux des parties contractantes de demander à la Cour EDH de donner des avis consultatifs non contraignants sur des questions de principe

---

[1919] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 236-248.

[1920] N. Petit, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A 2014/4, p. 821.

[1921] V. Mitsilegas, The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter- State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, Yearbook of European Law, 31 ,2012,p. 319.

relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés garantis par la CEDH ou ses protocoles. Estimant que la CEDH deviendrait partie intégrante du droit de l'Union dès son adhésion[1922], la CJUE a contesté le fait que celui-ci obligerait également ces juridictions à demander une décision préliminaire (article 267 du TFUE) à la CJUE dans le même but. Selon la CJUE, il n'est pas exclu qu'une demande d'avis consultatif introduite au titre du protocole N°16 par une juridiction nationale puisse déclencher la procédure dite de « l'implication préalable », créant ainsi un risque de contournement de la procédure du renvoie préjudiciel[1923]. Or, l'avis 2/13 ne mentionne pas l'article 5 dudit protocole, qui énonce que « *les avis consultatifs ne sont pas contraignants* ». Il est difficile de comprendre en quoi des avis consultatifs non contraignants pourraient contourner la procédure du renvoi préjudiciel[1924]. L'AG Kokott [1925]avait exprimé ses doutes concernant ce mécanisme dans sa prise de position, qui donne vie à une procédure s'inspirant renvoie préjudiciel[1926]. Dans ce cadre, les juridictions nationales pourraient être amenées à renvoyer à Strasbourg plutôt qu'à Luxembourg, ce qui pourrait être à l'origine d'une concurrence préjudicielle néfaste dans la mesure où les questions posées pourraient être identiques[1927]. Aux termes de l'article 1er dudit protocole, les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, peuvent

---

[1922] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191-195.

[1923] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union?, Rev. du Droit de l'Union européenne, 3/4-2016, p.526.

[1924] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des Droits de l'Homme, 20 février 2015.

[1925] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'AG Kokott, point 136.

[1926] D. Szymczak, Convention européenne des droits de l'Homme et questions préjudicielles, AJDA, 2015, n°5, p. 268.

[1927] R. Foucart, Avis 2/13: la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de justice, Réseau Universitaire Européen, Droit de l'Espace de Liberté, sécurité et justice, 20 février 2015.
http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/20/droits-fondamentaux/avis-213-la-sanction-du-mecanisme-dimplication-prealable-par-la-cour-de-justice/

adresser à la Cour EDH des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles[1928]. Pourtant, l'accord d'adhésion ne prévoyant pas l'adhésion de l'Union européenne au Protocole n ° 16, le mécanisme établi par ce protocole pourrait - notamment dans les cas où des droits de la Charte correspondant aux droits de la CEDH sont en cause - affecte l'autonomie et l'efficacité de la procédure préjudicielle . De l'avis de la Cour, cela pourrait se produire si un État membre de l'Union qui a également adhéré au Protocole n ° 16 demande un avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme et omet donc de demander une décision préjudicielle à la CJUE. C'est donc l'absence d'une disposition coordonnant la relation entre l'article 267 du TFUE et le mécanisme établi par le Protocole n ° 16 qui porte atteinte à l'autonomie juridique de l'Union européenne.

L'article 3, paragraphe 6, de l'accord d'adhésion précise les détails de la "procédure d'implication préalable", qui visait à créer un lien institutionnel solide entre les deux juridictions européennes et préserver simultanément la compétence finale de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de l'homme et la compétence exclusive de la CJUE sur le droit de l'Union européenne[1929]. S'agissant plus particulièrement de ce dernier aspect, l'accord d'adhésion prévoyait une participation préalable afin de garantir le bon fonctionnement du système judiciaire de l'UE[1930]. Dans les cas où l'UE serait impliquée en tant que codéfendeur, le demandeur doit seulement épuiser les recours internes devant les cours nationales du défendeur initial, mais pas devant les cours de l'UE. Il peut en

---

[1928] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des Droits de l'Homme, 20 février 2015.

[1929] R. Baratta, Accession of the EU to the ECHR: The Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism, Common Market Law Review, 50 ,2013,p. 1312.

[1930] T. Lock, End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR, Yearbook of European Law, 31 ,2012, p. 181.

résulter une situation dans laquelle la compatibilité d'une disposition de droit de l'Union avec la CEDH est évaluée sans que la CJUE ait eu la possibilité de se prononcer, par exemple lorsqu'un tribunal national omet de demander une décision préliminaire au titre de l'article 267 $3 TFUE ou présume qu'il n'y a pas d'obligation de le faire. Dans l'avis de la CJUE, ce mécanisme ne tient pas compte de l'autonomie juridique de l'UE, car la question de savoir si la CJUE s'est déjà prononcée sur la même question de droit que celle en suspens devant la CEDH ne pourrait être résolue que par la CJUE elle-même. - dont la décision, contrairement à l'article 3, paragraphe 6, de l'accord d'adhésion devrait également être contraignante pour la Cour EDH[1931]. Force est de constater qu'ici encore la CJUE semble redouter que les juridictions nationales suprêmes soient atteintes par une volonté systématique de contourner la Cour de justice[1932]. Donner à la Cour EDH le pouvoir de statuer sur une telle question reviendrait à lui attribuer la compétence pour interpréter la jurisprudence de la CJUE. La CJUE a donc suggéré que la procédure d'implication préalable soit mise en place de manière à garantir que, dans de tels cas pendants devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'Union européenne soit pleinement informée de cette question. Ce n'est qu'après que ces informations auront été communiquées que l'on pourra effectivement décider si la CJUE a déjà statué ou non sur la question en litige[1933].

Deuxièmement, la CJUE a souligné que la procédure décrite à l'article 3, paragraphe 6, de l'accord d'adhésion est destinée à lui permettre d'évaluer la compatibilité d'une certaine disposition du droit de l'Union en question avec la disposition pertinente de la CEDH. La Cour a interprété cette formulation en ce sens qu'elle ne peut se prononcer sur la validité des dispositions de droit dérivé ou sur

---

[1931] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR dans W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl et M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015, Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, février 2015 disponible sur SSRN: https://ssrn.com/abstract=2563455

[1932] J.P Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, Cahiers de droit européen, 2015, N°1, p. 27.

[1933] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 236-240 .

l'interprétation des dispositions de droit primaire que si elle est impliquée via le mécanisme de participation préalable. Cela signifie, *a contrario*, que la CJUE ne peut pas statuer sur une question d'interprétation du droit dérivé au moyen de cette procédure qui, au contraire, laisserait l'interprétation définitive à la Cour EDH et empiéterait ainsi sur la compétence exclusive de la CJUE sur le droit de l'Union. En conséquence, la Cour conclut que les modalités de fonctionnement de la procédure de participation préalable n'étaient pas compatibles avec l'autonomie juridique de l'Union[1934].

Enfin, les arguments de la CJUE selon lesquels l'article 3, paragraphe 6, de l'accord d'adhésion, énonçant les détails du mécanisme de participation préalable, était contraire à l'autonomie du droit de l'Union pourraient - à première vue - être exacts: il est vrai que la Cour serait l'institution la plus appropriée de décider si elle a déjà statué sur la même question pendante devant la Cour-EDH, et que le fait d'empêcher la CJUE d'interpréter le droit dérivé dans le cadre de la procédure de participation préalable empiéterait sur sa compétence exclusive en vertu de l'article 19, paragraphe 1, du TUE. Une analyse précise de ces points peut toutefois montrer qu'ils sont également non fondés. L'avocat général Kokott a également abordé la première question et a conclu que la question de savoir si la CJUE avait déjà procédé à une évaluation des questions juridiques relatives à une affaire pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme ne poserait probablement pas problème, car il ne devrait pas être difficile de déterminer, à partir de la jurisprudence de la CJUE, si elle a déjà commenté la compatibilité d'une disposition particulière de l'Union européenne avec la CEDH. Elle a néanmoins admis qu'il pourrait très bien y avoir des cas limites dans lesquels on ne sait toujours pas si la Cour a déjà suffisamment commenté cette question de la compatibilité[1935]. Cette dernière préoccupation semble être justifiée et devrait être prise au sérieux, mais elle peut facilement être réfutée: le mécanisme de participation préalable ne

---

[1934] Ibid. point 241-248.

[1935] CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 180-184.

pouvant être appliqué que dans les cas où l'Union européenne pourrait se joindre au codéfendeur, l'exigence incontestablement importante d'informations systématiques de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. peut être fondé sur le principe de coopération loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, du traité UE. Les États membres pourraient, par exemple, être obligés via une clarification de la disposition interne de l'UE d'informer l'Union et la CJUE de manière rapide, systématique et complète des procédures en cours. Cette démarche éviterait dès lors tout manque d'information de la part de la CJUE. S'agissant du deuxième argument de la Cour, il convient de noter qu'il est exact que le paragraphe pertinent du rapport explicatif sur la procédure d'implication antérieure indique que l'évaluation de la compatibilité de la CJUE avec la CEDH équivaut à se prononcer sur la validité d'un de droit dérivé ou sur l'interprétation d'une disposition de droit primaire[1936]. Pourtant, l'avocat général Kokott n'a pas évoqué cette question pour la très convaincante raison qu'il ne s'agissait tout simplement pas d'une question: en premier lieu, il convient de critiquer la CJUE pour son interprétation remarquablement étroite de l'article 3, paragraphe 6, de l'accord d'adhésion. Du point de vue téléologique, si la Cour est expressément chargée de contrôler la validité du droit dérivé à la lumière de la CEDH, ce qui pourrait entraîner l'annulation de ce texte législatif (c'est-à-dire le résultat le plus radical que l'on puisse imaginer), pourquoi ne pas le permettre recourir à des méthodes moins sévères telles qu'une interprétation cohérente[1937]? L'absence évidente d'une clause sur le pouvoir de la CJUE de statuer sur l'interprétation d'une disposition de droit

---

[1936] Conseil de l'Europe, Cinquième Réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. 47+1(2013)008rev2, Strasbourg 10 juin 2013, point 66.
https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_FRA.pdf

[1937] Teresa Weber, Die völkerrechtskonforme Auslegung von Unionsrecht – primär nur bei Sekundärrecht, nur sekundär bei Primärrecht?, Zeitschrift für Öffentliches Recht, 68 ,2013, p.399 dans P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR dans W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl et M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015, Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, février 2015 disponible sur SSRN: https://ssrn.com/abstract=2563455

dérivé ne pouvait donc être considérée que comme étant déjà implicite dans la clause existante ou comme une erreur éditoriale involontaire. Dans ce contexte, l'argumentation de la Cour ne semble être qu'une excuse pour justifier les irrégularités inhérentes à la procédure préjudicielle déjà existante aujourd'hui, notamment le risque de non-respect par les juridictions des États membres du devoir qui leur incombe en vertu de l'article 267, paragraphe 3, du TFUE. Il est toutefois intéressant de noter que dans l'avis 1/09 sur la création d'un tribunal commun des brevets, qui aurait été habilité à demander des décisions préjudicielles à la CJUE au lieu des cours nationales, la Cour a souligné que les cours des États membres étaient non seulement chargées de veiller à l'interprétation et à l'application correctes du droit de l'Union, mais également que leurs décisions étaient soumises aux mécanismes de contrôle du droit de l'Union[1938]. Cela soulève la question de savoir pourquoi la CJUE a fait confiance aux cours nationales et aux mécanismes de contrôle prévus par le droit de l'Union dans l'avis 1/09, mais pas dans l'avis 2/13[1939]. Les arguments de la Cour relatifs à la procédure d'implication préalable ne sont donc pas fondés.

Deuxièmement, la Cour perçoit un danger pour l'autonomie du droit de l'Union européenne dans le projet d'accord, car il pourrait porter atteinte au principe de confiance mutuelle entre les États membres en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux, ce qui est particulièrement pertinent dans l'espace de liberté. sécurité et justice[1940]. Le projet d'accord prévoit, selon la Cour, l'obligation des États membres de contrôler le respect de tous les autres États parties, même s'ils sont des États membres de l'UE[1941]. En effet, on peut considérer que la vérification mutuelle

---

[1938] CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09 - Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, ECLI:EU:C:2011:123, points 69 et 82.

[1939] J. Heliskoski, The Arrangement Governing the Relationship between the ECtHR and the CJEU in the Draft Treaty on the Accession of the EU to the ECHR, in M. Cremona/A. Thies (eds), The European Court of Justice and External Relations Law, 2014, p.240.

[1940] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 191 et suivants.

[1941] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 194.

du respect des droits fondamentaux au regard de la CEDH porte atteinte au principe de confiance mutuelle. Toutefois, la jurisprudence de la Cour ne dit pas que l'obligation en cause lie déjà les États membres de l'UE. En outre, un argument plus conciliant aurait pu être avancé à ce stade. Le contrôle mutuel du respect des droits fondamentaux est généralement requis dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle des violations graves des droits de la CEDH seraient causées par la remise de personnes à un autre État - par ex. dans le cadre du système de Dublin[1942]. Toutefois, une dérogation au principe de confiance mutuelle dans le droit de l'Union européenne n'est généralement autorisée que dans des circonstances exceptionnelles[1943], ce qui suppose une violation plus grave et plus systématique des droits consacrés dans la Convention. Il est déplorable que la Cour ne reconnaisse que la divergence des normes en la matière comme un problème sans chercher à aligner le droit de l'Union sur le niveau de protection plus élevé garanti par la CEDH[1944]. Elle a ainsi maintenu le principe de confiance mutuelle pratiquement à tout prix.

Le troisième danger pour l'autonomie du droit de l'Union consiste pour la CJUE dans la possibilité offerte par le protocole n ° 16 à la CEDH aux juridictions supérieures des États membres de poser des questions sur l'interprétation ou l'application des droits fondamentaux à la CEDH. La Cour estime que bien que l'adhésion au Protocole n ° 16 de l'Union européenne ne soit pas prévue dans le projet d'accord, la CEDH serait néanmoins intégrée dans le droit de l'Union, ce qui aurait pour effet de rendre la procédure de décision préjudicielle relative à l'article 267 TFUE potentiellement inefficace. Les plus hautes juridictions des États membres ayant ratifié le protocole n ° 16 pourraient également demander à la Cour EDH des avis consultatifs relevant des droits fondamentaux de l'Union européenne.

1942 Cour-EDH, 4 novembre 2014, Tarakhel / Suisse, Req. N° 29217/12

1943 CJUE, 22 septembre 2011, N.S/Secretary of State for the Home Department, Conclusions de l'AG Mme. Trstenjak, ECLI:EU:C:2011:611.

1944 S. Reitemeyer et B. Pirker , Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR -One step ahead and two steps back.
https://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/

Aux yeux de la Cour, un mécanisme est donc nécessaire pour réglementer les relations entre ces deux mécanismes et pour garantir l'autonomie et l'efficacité de la procédure préjudicielle[1945] . En effet, on ne peut exclure que l'entrée en vigueur du protocole n ° 16 puisse effectivement avoir des effets négatifs sur le rôle de la CJUE.

Néanmoins, il faut tenir compte du fait que les avis émis par la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pas contraignants. En outre, comme l'avocat général l'a constaté[1946], de tels effets négatifs ne seraient pas un effet de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. Même sans une telle adhésion, les États membres de l'UE qui ont ratifié le protocole peuvent demander un avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme. Contrairement à ce que pense la Cour, ce problème trouve déjà sa solution dans les traités. Basé sur l'art. 267 $3 TFUE, les Cours de dernière instance des États membres sont tenus de soumettre à la CJUE les questions de droit de l'Union dans le cadre d'une procédure préjudicielle. Cette obligation prime clairement sur les obligations des États membres en tant que parties à la CEDH telles qu'elles pourraient résulter du protocole n ° 16. Si le tribunal de dernière instance d'un État membre soumet néanmoins à la Cour européenne des droits de l'homme une question relevant du droit de l'Union sans y être autorisé par la doctrine de l'*acte-clair*[1947], des poursuites pour violation des traités peuvent être engagées contre cet État membre sur l'art. 258 f. TFUE.

La troisième objection majeure de la Cour de justice concerne le protocole n ° 16 de la CEDH, qui prévoit un modus operandi permettant aux juridictions nationales des parties à la CEDH d'envoyer des demandes d'avis consultatif à la Cour européenne

---

[1945] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 196 et suivants.

[1946] CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 140.

[1947] CJUE, 6 octobre 1982, Cilfit, aff. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

des droits de l'homme[1948]. Toutefois, la Cour de justice opte pour une attaque ex ante prédisant une menace potentielle pour l'autonomie du droit de l'Union, en particulier pour la procédure préjudicielle fondée sur l'article 267 TFUE déjà mentionnée. La Cour de justice considère ouvertement l'absence de disposition déterminant la relation entre les deux procédures comme *«susceptible de porter atteinte à l'autonomie et à l'efficacité de la décision préjudicielle »*[1949]. Hélas, les juges n'ont pas précisé en quoi consistait ce verrou et quel type de solution satisferait la Cour. L'attente extrême, bien que très probable, est une clause excluant explicitement la disponibilité du modus operandi du Protocole 16 lorsque le droit de l'Union européenne s'applique à une affaire interne. Tout mécanisme plus souple risque de ne pas répondre aux attentes de la Cour lorsque (et si) elle est à nouveau invitée à ouvrir la voie à l'adhésion de l'UE à la CEDH. En renonçant à trois motifs, la Cour de justice a conclu, dans sa conclusion provisoire, que l'adhésion serait *«susceptible. . . d'affecter les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union et son autonomie. »*

L'une des questions soulevées au cours des négociations a été la création d'une procédure d'implication préalable permettant à la Cour de justice d'évaluer la compatibilité du droit de l'UE avec le droit de la CEDH avant que celui-ci ne soit traité par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire où l'UE agit en tant que codéfendeur et où la Cour de justice n'a pas eu l'occasion de procéder à une telle évaluation[1950]. Le paragraphe 6 de l'article 3 du projet d'accord d'adhésion définit les paramètres fondamentaux de cette procédure, tandis que de plus amples détails relèvent exclusivement du droit de l'Union européenne que l'Union européenne doit réglementer en interne. Cette disposition prévoit notamment qu'une

---

[1948] Voir notamment, P Gragl, (Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECHR advisory opinions under draft Protocol No 16, 38(2) ELRev. 2013, p. 229.

[1949] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

[1950] A. Lazowski et R. A. Wessel, When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16 N° 1, 2015, p. 199.

telle procédure devrait permettre une évaluation rapide afin d'éviter de nouveaux retards à la Cour européenne des droits de l'homme et que cette procédure n'affectera pas les pouvoirs de cette dernière. Une décision concernant la manière de réglementer ce mode de fonctionnement et dans quel acte juridique suscite une certaine controverse. Par exemple, dans son exposé à la Cour de justice, la Commission européenne a affirmé que la participation antérieure pouvait être régie par la décision du Conseil de conclusion de l'accord d'adhésion, conformément à l'article 218, paragraphe 6, point a) ii) du TFUE[1951]. Le gouvernement néerlandais a toutefois fait valoir dans son mémoire qu'une révision du statut de la Cour de justice était plus appropriée à cette fin[1952]. Plusieurs gouvernements intervenant dans la procédure devant la Cour ont convenu que la mise en place d'une procédure d'implication préalable conférerait des pouvoirs supplémentaires à la Cour de justice, mais aucune modification préalable des traités fondateurs ne serait nécessaire[1953].

Le mécanisme de participation préalable, tel que prévu dans le projet d'accord d'adhésion, n'a pas survécu à l'examen approfondi de la Cour pour deux raisons. Pour commencer, une condition sine qua non de la Cour de justice est que l'institution de l'Union européenne prenne une décision si la Cour de justice a déjà statué sur le litige en question[1954]. Il va sans dire que cette décision est cruciale car elle déclenchera le mécanisme de participation préalable. Selon la Cour de justice, une telle décision ne devrait pas appartenir à la Cour européenne des droits de l'homme, car elle couvrirait - de par sa compétence - l'interprétation de la

---

[1951] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 92.

[1952] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 139.

[1953] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 137.

[1954] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 241.

jurisprudence émanant de Luxembourg[1955]. La seconde objection concerne le contenu d'une telle procédure. L'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord d'adhésion emploie un terme plutôt vague: *«Compatibilité avec les droits reconnus dans la Convention lorsque les dispositions du droit de l'Union européenne sont en cause».* Le projet de note explicative apporte toutefois une clarification. Selon la note, la procédure s'étendrait à l'interprétation du droit primaire et à la validité du droit dérivé. C'est ce dernier point qui a soulevé les objections de l'avocat général Kokott et de la Cour de justice. Alors que l'avocat général était disposé à donner son feu vert à la solution proposée - en précisant que la procédure couvrirait également l'interprétation du droit dérivé [1956]-, la Cour de justice a catégoriquement rejeté l'accord proposé. Selon les juges, l'article 3 (6) du projet d'accord d'adhésion - tel qu'interprété dans la note explicative - porte également atteinte aux compétences de l'Union européenne et aux pouvoirs de la Cour[1957]. Le but clair de la procédure de l'implication préalable étant d'assurer que la Cour de justice puisse se prononcer, comme il est prévu à l'article 267 TFUE, sur cette disposition afin de donner à la Cour de Strasbourg la base nécessaire pour établir l'existence ou non d'une violation d'un droit de l'homme, l'article 3 paragraphe 6, du PDA doit être interprété dans le sens que la Cour de justice puisse faire tout ce qu'elle aurait fait si elle avait été dûment saisie par la juridiction nationale compétente dans l'affaire[1958]. Reprenons l'avocat général comme point de départ. Toutefois, cette fois-ci, l'avocat général se distingue de la Cour par la perception du problème et par la solution proposée. Comme nous le verrons, la Cour aura peut-être raison sur l'argument du fond, même s'il ne s'agit pas d'un recours. Au fond, l'avocat général a déclaré que la

---

[1955] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 239.

[1956]CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 124-135.

[1957] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 236-248. S

[1958] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendu, CDE N°1, 2015, p.68.

menace du protocole 16 à la procédure de renvoi préjudiciel existerait avec ou sans l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. L'AG, ainsi que certains commentateurs, suggèrent que l'adhésion au Protocole 16 ne peut être illégale. En fin de compte, même en l'absence d'adhésion, les États membres peuvent s'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme pour des questions sur les droits fondamentaux, notamment sur des dispositions de la CEDH qui auraient pu être formulées comme des questions relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le problème n'est donc pas celui créé par le projet d'accord[1959]. Ce rejet des préoccupations concernant le protocole 16 est, encore une fois, trop rapide. En gardant à l'esprit l'autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'UE, le problème du protocole 16 est un problème réel et un problème distinct après l'adhésion. Voici pourquoi.

Avant l'adhésion, une question de la CEDH est principalement une question concernant l'interprétation de la CEDH[1960]. L'article 52, paragraphe 3, de la CHDF fait référence à la CEDH pour son contenu, mais cette disposition n'englobe pas la CEDH dans le droit de l'Union en tant que norme juridiquement applicable. Après l'adhésion, en revanche, une question de la CEDH devient effectivement une question de droit de l'Union, du moins dans la mesure où elle implique les propres obligations de la CEDH pour l'UE. Cela signifie que le processus d'avis consultatifs crée un risque réel d'affaiblir la procédure de référence préliminaire de l'UE après l'adhésion et bien plus encore qu'auparavant. Nous devons, une fois encore, nous éloigner d'une approche interprétative exclusivement axée sur les droits de l'homme pour adopter une analyse constitutionnelle afin de mieux cerner l'importance du problème. Sans adhésion à l'UE, si un tribunal d'un État membre demande à la CEDH au lieu de la CJUE, il se pourrait bien qu'il pose la mauvaise question. C'est-à-dire que la juridiction d'un État membre aurait dû interroger le

[1959]CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 140.

[1960] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal, N° 1, 2015, p. 121.

Luxembourg sur la Charte au lieu d'interroger Strasbourg sur la Convention. Du point de vue de la CJUE, c'est bien sûr une mauvaise chose. Mais au moins, la juridiction d'un État membre ne confond pas les deux juridictions et les systèmes juridiques sur lesquels elles sont compétentes. Après l'adhésion, en revanche, la cours erronée d'un État membre poserait des questions à Strasbourg au sujet de la Convention, alors qu'elle devrait interroger Luxembourg à propos de la Convention. Rappelons que l'adhésion fait de la Convention une partie intégrante du droit de l'Union européenne, contraignante pour tous les acteurs et institutions de l'Union[1961]. Cela signifie qu'après l'adhésion, la CJUE doit être considérée comme l'interprète faisant autorité de la CEDH en tant que loi de l'UE pour toutes les questions relevant du droit de l'Union. Par conséquent, après l'adhésion, la juridiction d'un État membre erronée qui cite Strasbourg au lieu de Luxembourg poserait une question de droit de l'UE à une juridiction non européenne. Certes, l'État membre erroné pourrait être considéré comme posant à Strasbourg la question de la Convention uniquement comme une question de droit conventionnel (conventionalité) et non de droit européen (légalité). Mais il n'est pas évident que cette distinction compte beaucoup. Premièrement, après l'adhésion, les États membres devraient s'inspirer de la CJUE et non de la Cour européenne des droits de l'homme, même pour les questions de conventionnalité, pour autant qu'elles relèvent du droit de l'Union. Deuxièmement, l'adhésion peut transformer la distinction entre conventionalité et légalité en une distinction presque métaphysique dans la mesure où le statut de l'Union européenne en tant que partie contractante pèse en interne sur le jugement de la légalité du droit (secondaire) de l'UE[1962]. Parce que la Convention sera devenue juridiquement contraignante en droit de l'UE - même si

---

[1961] CJUE, 30 avril 1974, R. & V. Haegeman contre État belge, aff. 181-73, ECLI:EU:C:1974:41, point 5.

[1962] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal, N° 1, 2015, p. 122.

l'avis consultatif lui-même appliquerait une marge de manœuvre discrétionnaire[1963] -, la différence entre la légalité et la conventionalité (pour juger du droit dérivé de l'UE) peut devenir assez légère aux yeux des juridictions des États membres statuant sur des questions de droits fondamentaux / des droits de l'homme.

Pour des raisons connexes, l'adhésion pourrait inciter les juridictions des États membres à formuler davantage de demandes «erronées» d'avis de consultation émanant de Strasbourg qu'auparavant. Une fois que la CEDH lie l'Union européenne, une cour d'un État membre peut considérer l'avis consultatif comme un rempart contre le droit de l'UE (secondaire) que la cour d'un État membre n'aime pas. Avant l'adhésion, la cour d'un État membre devrait invoquer la pleine souveraineté et les obligations indépendantes qui lui incombent en vertu de la Convention pour résister aux commandes d'une infraction du droit de l'UE. Selon Halberstam, après l'adhésion, en revanche, le tribunal d'un État membre pourrait être encouragé à simplement jouer avec sa propre obligation moins favorisée de l'UE (disposition secondaire du droit de l'UE que la Cour membre n'aime pas) contre l'obligation de rang plus élevé de l'UE (respect de la CEDH) après une conversation avec Strasbourg[1964]. Le fait que Strasbourg puisse impliquer Luxembourg dans la réponse à cette question via la procédure d'implication préalable ajoute une insulte au préjudice du point de vue de la CJUE car toute la procédure doit se dérouler à Luxembourg, sous la juridiction de la CJUE. Une fois de plus, examiner la question d'un point de vue constitutionnel rend les préoccupations de la Cour un peu plus plausibles. Mais devons-nous modifier les accords en conséquence?

[1963] Protocole n ° 16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, février 2013, C.E.T.S. No 214, art. 5

[1964] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal, N° 1, 2015, p. 122.

L'AG affirme que toute menace est atténuée par l'obligation incombant aux cours de dernière instance des États membres en vertu de l'article 267 TFUE de renvoyer à Luxembourg les questions ouvertes du droit de l'Union à Luxembourg[1965].

Compte tenu de la possibilité généralisée de «confusion» des cours des États membres exposée ci-dessus, toutefois, cela pourrait ne pas suffire. En outre, il peut être utile de faire la distinction entre la simple possibilité d'une violation du droit de l'Union européenne et la signature d'un accord qui exige ou garantit pratiquement la participation de la Cour EDH à la violation du droit de l'UE. En l'espèce, l'obligation apparente de la juridiction de Strasbourg de connaître de tels avis consultatifs est en effet moins prononcée que dans le cas de l'article 33 CEDH. Strasbourg peut rejeter de telles demandes mais doit «en donner les raisons». Mais rien ne dirait actuellement à Strasbourg de refuser une demande d'avis consultatif sur une question ouverte de la CEDH relevant du droit de l'Union. Une déclaration unilatérale contraignante fournirait des orientations et fournirait une base juridique solide à la Cour européenne des droits de l'homme pour refuser la compétence d'un tribunal lorsqu'un État membre demande à tort un avis consultatif lorsque la question relève de la compétence de la CJUE. Étant donné que les risques en ce qui concerne le Protocole N° 16 paraissent assez limités, une déclaration par laquelle l'Union européenne clarifie que la procédure de l'article 267 TFUE, dans son champ d'application, aura la priorité dans tous les cas où des États membres auraient ratifié le Protocole n° 16 devrait remédier le problème de « l'articulation entre le mécanisme institué par le Protocole N° 16 et la procédure de renvoie préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE[1966] » soulève par la Cour[1967].

[1965] CJUE, 13 juin 2014, Prise de Position de l'AG Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 141.

[1966] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point. 199.

[1967] ,I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CDE, 2015, N°1?p.62.

Comme dans le cas de l'article 344 du TFUE, cette solution d'une déclaration unilatérale contraignante au problème du protocole 16 tient dûment compte de la prémisse constitutionnelle de la Cour sans pour autant sacrifier le pluralisme. Une déclaration engagerait expressément les États membres vis-à-vis de la CEDH à utiliser les procédures de l'UE pour les questions concernant le droit de l'Union. Cela éliminerait ainsi l'obligation légale potentielle imposée à la Cour européenne des droits de l'homme d'entendre des questions erronées qui devraient être introduites dans le système juridique de l'UE. Pourtant, contrairement à l'exclusion expresse plus explicite éventuellement suggérée par la Cour, cela laisserait la porte ouverte: dans un cas extraordinaire où le système juridique de l'UE avait échoué massivement dans un sens structurel, un État membre pourrait plaider devant le tribunal. Cour EDH qu'aucune procédure légale de l'Union européenne n'était disponible, d'où la déclaration inapplicable.

La section a examiné la conception, la nature et les effets juridiques du mécanisme de l'implication préalable, à la lumière des spécificités du projet d'accord d'adhésion et des conséquences estimées qu'il aura sur la pratique. Le chapitre proposait une analyse spécialisée des mécanismes sous-jacents à ce mécanisme, ainsi que de leur compréhension juridique, tant du point de vue du droit constitutionnel de l'Union européenne que du droit de la Convention, ce dernier étant également fondé sur des arguments de droit international. En règle générale, on peut en conclure que le mécanisme de participation préalable est une innovation appréciée de la DAA, qui protégera suffisamment l'autonomie du droit de l'Union européenne de ses propres lacunes face aux ingérences probables de la Cour de Strasbourg. Le chapitre a d'abord examiné les garanties de procédure légale sur lesquelles ce mécanisme justifie son application, en proposant certains arguments sur les moyens et méthodes susceptibles de remplir les critères pour rendre sa demande éligible. En déconstruisant les critères qui rendent son utilisation éligible, le chapitre a fait valoir que le mécanisme de participation préalable pouvait permettre à la Cour de Luxembourg d'aller plus loin dans sa compétence et de ne

pas se limiter à la seule disposition présumée contraire au droit de l'UE. En se voyant offrir cette salle, il est conclu que le mécanisme de participation préalable peut donner à la Cour de Luxembourg une capacité juridictionnelle beaucoup plus large. D'autre part, cette section proposait une analyse approfondie des moyens permettant de rendre l'utilisation du mécanisme de participation préalable intégrée dans les traités de l'UE. La section conclut que les traités de l'UE se verront positivement ajustés - s'ils ne sont pas formellement modifiés - par le PDA en ce qui concerne le mécanisme de participation préalable. De tels ajustements aux traités de l'UE peuvent être un effet involontaire du PDA, mais cela reste le seul moyen possible de rendre possible l'application du mécanisme de participation préalable.

Le chapitre a également analysé avec soin les mécanismes juridiques sur la base desquels la Cour de Luxembourg utilisera la compétence en matière d'implication préalable, démontrant ainsi les effets juridiques pouvant résulter de l'utilisation de ce mécanisme. La section conclut donc que les effets de l'utilisation de la participation antérieure sur la Cour de Luxembourg peuvent conduire soit à une adaptation du sens de certaines dispositions du droit primaire, soit à l'invalidation ou à la validation de certaines dispositions du droit dérivé. D'autre part, la section s'interroge également sur la question de savoir si l'implication préalable introduit certaines modifications dans les traités et si elle devient un nouveau recours juridique pour les candidats liés à l'Union européenne. Le chapitre conclut donc qu'il existe un "oui" à ces deux questions: ces "oui" ont différents niveaux de soutien des arguments

Enfin, la section conclut que le mécanisme d'implication préalable constituera un mécanisme extrêmement précieux en droit international en ce qui concerne les moyens qui peuvent être utilisés pour maintenir certaines juridictions concurrentes des cours internationales détendues et non perturbées institutionnellement. Par conséquent, le mécanisme d'implication préalable assurera probablement la légalité de la relation entre les tribunaux de Strasbourg et de Luxembourg et réglera les tendances allergiques luxembourgeoises sur des

arguments potentiels selon lesquels ce n'est pas la Cour qui vérifie et interprète normalement le droit de l'Union.

L'objectif principal de la procédure d'avis consultatifs introduite par le protocole n ° 16 à la CEDH est de s'assurer que les plus hautes juridictions nationales peuvent engager un dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme à un stade relativement précoce. Cela donne à la Cour la possibilité de donner plus d'indications sur la manière dont la Convention devrait être interprétée et appliquée. Potentiellement, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait développer davantage son rôle constitutionnel à la suite de cette nouvelle procédure, apparemment parallèlement à la CJUE. L'analyse faite dans cette section a toutefois montré qu'il est loin d'être certain que la procédure permettra d'atteindre ces objectifs. Cela est particulièrement évident lorsqu'on compare la procédure préjudicielle telle qu'elle a été développée dans le droit de l'Union. Pour le système de l'Union européenne, plusieurs facteurs expliquent l'impact considérable de la procédure, tels que la possibilité pour la CJUE de s'impliquer à un stade relativement précoce dans d'importantes questions relatives aux droits fondamentaux. En revanche, dans la mesure où seules les plus hautes juridictions nationales (sélectionnées) peuvent demander un avis consultatif en vertu du Protocole n ° 16, une telle implication précoce n'est pas possible pour la Cour-EDH. En plus, les opinions de la Cour EDH ne seront pas obligatoires pour la juridiction de renvoi demande un avis, ce qui nuit potentiellement aussi de l'impact de la procédure. Il a été mentionné que cet aspect particulier aurait peut-être moins d'importance dans la pratique puisque les interprétations générales de la Cour EDH auront la force de l'interprétation et pourront être considérées comme contraignantes pour les États. Néanmoins, comme c'est le cas actuellement avec les arrêts de la Cour, il appartiendra aux autorités nationales de décider de la manière dont ces arrêts seront mis en œuvre. Par conséquent, la mesure dans laquelle la procédure aura pour effet recherché de contribuer à la mise en œuvre correcte de la Convention dans le droit national ne dépend pas seulement de la structure juridique de la procédure. Cela dépendra également de la volonté des autorités nationales de

les demander et de la manière dont elles utiliseront leurs compétences. L'expérience de la CJUE et celle de la Cour EDH montrent clairement que les courts nationales manquent parfois de cette volonté. En outre, même si elles utilisent la procédure, les juridictions nationales ne peuvent le faire que pour des raisons stratégiques et politiques, entachant ainsi l'idée même d'un dialogue entre partenaires égaux. Étant donné que la procédure d'avis consultatifs exigera une capacité importante de la Cour et pourrait entraîner des retards dans le traitement des affaires de droits fondamentaux par les juridictions nationales, il est donc douteux que l'introduction de la procédure puisse réellement faire la différence. Avec l'entrée en vigueur , le 1er aout 2018 à l'égard des Etats l'ayant signé et ratifié, le Protocole n°16 permet aux plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées par cette dernière, d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.[1968]

Comme conclusions de ce chapitre on peut dire que la réinterprétation de l'article 344 du TFUE dans l'avis 2/13 n'est pas cruciale pour le processus d'adhésion de l'UE à la CEDH. Cependant, il est important pour les négociations futures d'accords mixtes et d'une importance critique et potentiellement dévastatrice pour de nombreux accords mixtes déjà conclus par l'Union. Nous ne pouvons que spéculer sur le point de savoir si la CJUE adaptera son approche - et révélera ainsi que sa réinterprétation apparente de l'article 344 du TFUE dans l'avis 2/13 était simplement un moyen d'atteindre l'objectif ultime de la Cour consistant à rejeter l'accord d'adhésion -- ou s'elle confirmera le changement de cap obligeant l'Union et ses États membres à s'adapter.

[1968] Entrée en vigueur du Protocole N°16 à la Convention européenne des droits de l'homme.
https://www.coe.int/fr/web/human-rights-rule-of-law/-/entry-into-force-of-the-protocol-no-16-to-the-european-convention-of-human-rights

TITRE II. Les limites de l'efficacité du système au regard des limitations de compétence de la CJUE et de l'autonomie procédurale des États Membres.

Du point de vue des exigences d'une protection juridictionnelle effective, lequel est un principe général du droit (PGD)[1969] de l'Union européenne (UE), consacré par les droits constitutionnels nationaux, la Cour Européenne des Droits de l'homme (CEDH) et réaffirmé par la Charte des droits fondamentaux. Sous réserve des voies de droit ouvertes devant le juge communautaire, il revient aux juridictions nationales d'assurer cette protection, selon les modalités que l'ordre juridique national détermine. Ces dernières doivent être conformes aux principes d'équivalence et d'effectivité. Plusieurs lacunes ont été habituellement dénoncées dans le système juridictionnel de l'Union européenne, qu'il s'agisse de l'accès restrictif des particuliers à la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans le cadre du contrôle de légalité d'actes normatifs qui violeraient leurs droits fondamentaux ou des restrictions plus importantes qui existaient dans les matières ayant trait à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) ou à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

Cette situation reflète la considération traditionnelle de la PESC comme un domaine « tabou », du ressort exclusif du politique sans qu'un contrôle juridictionnel ne soit envisagé à l'égard des actes adoptés dans ce cadre. La pratique a révélé les importantes lacunes que cette exclusion du contrôle juridictionnel européen engendre en termes de protection juridictionnelle effective.[1970]

Les particuliers pouvaient aussi être confrontés à des difficultés spécifiques comme celles auxquelles se sont heurtés des personnes physiques ou morales pour contester leur inscription sur des listes de présumés terroristes aux fins de procéder au gel de leurs avoirs.[1971] L'arrêt rendu par le TPI dans les affaires Kadi et Yusuf montre à suffisance que le poids accordé au droit à un recours juridictionnel effectif est, dans ce contexte, très faible au égard aux enjeux de sécurité internationale, au point de considérer que l'absence

---

[1969] CJUE,15 mai 1986, Johnston ,aff.222/84, ECLI:EU:C:1986:206, pts 18 et 19 ; et CJUE, 15. Octobre 1987,Heylens, aff.222/86, ECLI:EU:C:1987:442, pt 14

[1970] E.Bribosia, L'avenir de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne , in Genèse et destinée de la Constitution européenne, Commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives de l'avenir, G.Amato, H.Bribosia, B. de Witte (dir), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1027

[1971] M.Nekmouche, « L'extension des compétences de la Cour de justice », in Quel avenir pour l'intégration européenne ? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne !, A.Berramdane, W.Cremer, A.Puttler, J.Rossetto, PUFR,2010.p. 61

de toute voie de recours juridictionnelle pour contester l'inscription sur la liste des personnes devant être soumises au gel des fonds n'est pas en soi contraire au *jus congens*.[19721973]

Le traité de Lisbonne améliore cette situation du point de vue des traités, notamment en ce qui concerne l'accès au juge par les particuliers. Pour ce qui est de l'obligation des États membres de prévoir les voies de recours appropriés afin de contribuer à une protection juridictionnelle effective, comme le suggère Olivier De Schutter, la mise en œuvre pourrait en être favorisée par une étude comparative mettant en lumière tant les bonnes pratiques que les lacunes persistantes.

Ces améliorations qui en résultent sont principalement de deux ordres. D'une part, ils facilitent l'accès des particuliers au juge de l'Union, pour le contrôle de légalité - et entre autres de conformité aux droits fondamentaux - des actes européens. D'autre part, la suppression des piliers aboutit à l'alignement du contrôle juridictionnel dans les matières liées à l'ELSJ sur les anciennes modalités « communautaires » plus étendues de contrôle juridictionnel. Désormais, il n'y a plus qu'une structure, l'UE, qui possède une personnalité juridique, se substituant et succédant à celle de la Communauté européenne. Cette uniformisation du système européen permet d'harmoniser la nomenclature des actes de l'UE, en ouvrant aux particuliers des recours contre des actes des deux autres piliers qui en étaient, jusque-là, préservées.[1974] D'une part, les conditions de recevabilité des particuliers pour l'introduction d'un recours en annulation contre un acte de portée générale sont assouplies mais uniquement en ce qui concerne les actes réglementaires qui ne comportent pas de mesures d'exécutions au plan national. De l'autre, conformément au principe de subsidiarité et à la décentralisation de la protection juridictionnelle, l'accent est mis parallèlement sur l'obligation des États membres de contribuer à l'élaboration d'un système complet de voies de recours en établissant *« les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »* (art. 19,§1, al.2 TUE) . Le caractère novateur de cette disposition doit néanmoins être relativisé dans la mesure où il ne constitue qu'une forme d'explication du principe

[1972] JOUE, n°L334, 28 déc. 2001, Position commune du Conseil, du 27 décembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme, , p.90.

[1973] Tribunal, 21 septembre 2005, Kadi/Commission, aff. T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332; Tribunal, 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation/ Conseil de l'Union Européenne, aff. T-306/01, ECLI:EU:T:2005:331.

[1974] K.Lenaerts, Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union , JDE, déc.2009. p.711

général de coopération loyale figurant à l'art.4,§ 3 TUE dans sa version actuelle et une codification de la jurisprudence de la Cour de justice. [1975]

Ces réformes comblent les lacunes principalement décriées en matière de recours direct devant les juridictions de l'Union. Toutefois cela ne résout pas apparemment les problèmes liés à l'absence de possibilités pour les particuliers d'agir en annulation contre les directives, en cas de violation alléguée d'un droit fondamental. Ainsi, par exemple, face à une directive adoptée en matière d'asile qui violerait par hypothèse, le droit de chacun de vivre en famille, les individus seront toujours contraints d'agir à l'encontre des mesures de transposition sans avoir directement de prise sur la directive elle-même. Il est aisé de se représenter que, dans certains cas, ces contraintes procédurales risquent d'engendrer des lourdeurs excessives obligeant le cas échéant, à introduire une procédure prétendument contrainte à un droit fondamental ne sort pas ses effets sur le territoire de l'Union.[1976]

La suppression partielle de la structure en piliers et la fusion de l'ancien Titre IV du traité CE (Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes) et du Titre VI du traité CE (coopération policière et judiciaire en matière pénale) dans un nouveau Titre V du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) intitulé « Espace de liberté, de sécurité et de justice » (article 67 à 89 TFUE) a notamment pour conséquence l'application de l'ensemble des recours juridictionnels valables en droit des l'UE à ces domaines. La seule exception qui subsiste réside, pour le domaine pénal, dans l'absence de compétence de la Cour de justice *« pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ou pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. »* (art. 276 TFUE)

La valeur ajoutée en matière de protection juridictionnelle est énorme dans ces domaines particulièrement sensibles pour les droits fondamentaux. Toutes les juridictions (et pas uniquement celles statuant en dernier ressort)[1977] de tous les États membres (et plus seulement de ceux ayant accepté formellement la juridiction de la Cour de justice) seront autorisées à interroger la Cour de justice, à titre préjudiciel, sur l'interprétation à donner aux droits fondamentaux ceux de la Charte ou ceux qui ont été reconnus en tant que

---

[1975] E.Bribosia, Le traité de Lisbonne, un pas supplémentaire dans le processus de constutionnalisation des droits fondamentaux , in L'Union Européenne : la fin d'une crise ?, P.Magnette et A. Weeymebergh (dir), Bruxelles, Édi. de l'Univ. de Bruxelles, Bruxelles,2008, p.193

[1976] F.X.Priollaud et D .Siritzky « Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens », La documentation Française,Paris, 2008, p. 255

[1977] En matière d'asile et d'immigration notamment (titre IV CE), seules les juridictions statuant en dernier ressort sont actuellement autorisées à adresser des questions préjudicielles à la CJUE (article 68 CE).

principes généraux du droit. Elles pourront également demander à la Cour de se prononcer, par exemple, sur la validité au regard du principe de la légalité des délits et des peines (article 49 de la Charte), d'une directive procédant au rapprochement des législations dans le domaine de la définition de certaines infractions pénales.[1978] En ce qui concerne plus spécifiquement l'espace pénal européen, les recours en annulation, carence et indemnité seront ouverts dans les mêmes conditions que celles prévalant pour les autres domaines d'activité de l'Union (anciennement de la Communauté).

En revanche, à l'instar du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE), le traité de Lisbonne exclut globalement la compétence de la Cour de justice dans le cadre de la PESC. Il est toutefois prévu une double exception à cet égard : Comme dans les Traités précédents, la Cour est compétente, d'une part, pour vérifier si la mise en œuvre de la PESC n'affecte pas les autres compétences de l'Union et vice-versa (art. 40 TUE) et de l'autre, pour contrôler, à l'initiative de particuliers, la légalité des décisions européennes prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, adoptées par le Conseil dans le cadre de la PESC (art.275 TFUE) [1979]. Cette dernière exception, qui s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence récente de la Cour de justice, présente une importante évidente en matière de protection des droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, un contrôle juridictionnel de conformité aux droits de la défense ou à l'obligation de motivation pourra, sans conteste, être exercé à l'égard des mesures adoptées dans le domaine de la PESC qui affectent directement et individuellement certains particuliers, comme par exemple le gel des fonds appartenant à des personnes qui auraient des liens avec des organisations terroristes.

Que ce soit dans le cadre de l'ELSJ et de la PESC (I) ou dans le cadre des limites de l'accès des particuliers à la juridiction communautaire (II), ou le recours en annulation (III) des restrictions plus au moins importantes à la compétence de la Cour de justice figurent aussi dans le traité de Lisbonne, lesquelles seront discutées dans le premier chapitre.

[1978] E.Bribosia, « Le traité de Lisbonne, un pas supplémentaire dans le processus de constutionnalisation des droits fondamentaux », *opt.cit*, p.194

[1979] J.P.Jacqué, Le traité de Lisbonne, Une vue cavalière , *RTDE,* 2008, p.466

CHAPITRE 1 : L'amélioration limitée des mécanismes internes à l'Union de protection juridictionnelle des droits fondamentaux .

Dans le traité de Lisbonne la compétence de la Cour est étendue à l'ensemble des traités et en particulier, aux matières de l'ex -3ème pilier, les procédures dérogatoires disparaissent.

Si les affaires de l'ex-3ème pilier bénéficient d'une juridictionnalisation accrue par l'extension des voies de droit communautaires aux matières qui en relevait, la restriction établie pour certains contrôles demeure concernant la validité où la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre.[1980]

La proposition de l'instauration d'un recours spécial pour la protection des droits fondamentaux n'a pas été retenue.

L'article 263, §4 TFUE, comporte une formule simplifiée partiellement nouvelle par rapport à l'article 230, §4, TCE, mais l'élargissement des possibilités de recours des particuliers exclut cependant implicitement, par l'usage de l'expression *actes réglementaires,* les recours contre les actes législatifs, lois et lois cadres, énumérant les actes soumis au contrôle de la Cour. Il se borne donc à assouplir les recours des particuliers contre les actes non législatifs. On pouvait toutefois l'interpréter comme laissant ouverte la possibilité d'attaquer un acte législatif à condition qu'il concerne directement et individuellement le requérant et donc qu'il n'était pas un acte législatif, tout au moins à son égard. Le recours contre les actes législatifs n'aurait donc pu, de manière générale, être introduit que par les requérants privilégiés (Etats et institutions) et institutions et organes autorisés à le faire pour la sauvegarde de leurs prérogatives (Cour de comptes, Banque centrale européenne, Comité des régions.)[1981]

Cette modification est accompagnée d'autres modifications limitées de certains recours directs d'un intérêt inégal. Le traité de Lisbonne reprend l'ensemble de ces modifications (art.19 TUE, art.260,263,265,169,275,277 TFUE).

L'article 260 TFUE, paragraphe 2 relatif au recours en manquement supprime la nécessité d'un avis motivé en cas de manquement constaté et non respecté, ce qui simplifie la procédure et devrait donc la raccourcir.

[1980] F.X. Priollaud et D.Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens , *opt.cit*, p. 201.

[1981] J.Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes per le traité de Lisbonne, RAE, 2007-2008/2,p.201

L'art. 231 TCE permettait à la Cour d'indiquer ceux des effets d'un règlement annulé devant être considérés comme définitifs. La Cour ne s'était pas sentie limitée par cette indication et avait fait jouer cette possibilité pour des actes autres que des règlements. L'art. 264 TFUE consolide cette jurisprudence en prévoyant cette possibilité pour tous les actes annulés.

L'art. 265 TFUE, relatif au recours en carence, prévoit le recours contre les carences du Conseil européen. Le Conseil européen, désormais considéré comme une institution, peut également introduire un recours en carence. Cet article s'applique aussi aux organes et organismes de l'Union qui s'abstiennent de statuer.

L'article 269 TFUE reprend les limitations du contrôle des décisions concernant le respect par les États des valeurs fondamentales de l'art. 7 TUE. Ce contrôle ne peut être mis en jeu que sur demande de l'État membre qui fait l'objet d'une constatation du Conseil européen ou du Conseil, et se borne à l'examen du respect des seules prescriptions de procédure prévues par cet article. La demande doit être faite dans un délai d'un mois à compter de ladite constatation, la Cour statuant dans un délai d'un mois à compter de la date de la demande.[1982]

Selon l'article 277 TFUE, concerne l'exception d'illégalité. L'exception d'illégalité pourra donc jouer contre tous les actes normatifs et non contre les seuls règlements. La modification se borne en réalité à prendre en considération l'évolution jurisprudentielle.

L'art.218,§ 6 TFUE, reprend la forme d'examen de compatibilité des accords internationaux qui permettra à la Cour, saisie par les États membres, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission, d'examen la compatibilité avec le TUE et le TFUE de tous les accords internationaux conclus par l'Union européenne (et non les seuls accords communautaires comme le texte actuel.)

L'art.19 TUE, concernant les juridictions nationales, reprend la même formule que l'art. I-29 TECE et formule dans son paragraphe 1,al. 2 : *« Les États membres établissent les voies de recours juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. »*

Les lacunes du système juridictionnel de l'Union ont déjà été abondamment mises en évidence par la doctrine. La première concerne les déficits de protection juridictionnelle qui résultent des limites de la compétence de la CJUE dans certains domaines, en particulièrement dans le cadre de l'ELSJ, dans le domaine de la coopération judicaire et policière en matière pénale , très sensibles pour les droits et les libertés fondamentaux des citoyens, ainsi que ceux liés à la PESC (I). Et la seconde concerne l'ouverture aux particuliers des voies de recours directes, et spécialement du recours en annulation (II).

[1982] C.Blumann et L.Dubouis, Droit institutionnel de l'Union Européenne , LexisNexis, Paris, 4e édition, 2010, p.145

L'efficacité d'un système de protection des droits fondamentaux dépend non seulement de l'existence d'un catalogue des droits mais aussi des moyens de contrôle – notamment juridictionnels- qui permettent d'assurer le respect de ces droits. Le système de protection dépend d'abord de l'étendue de la juridictionnalisation. La protection dépend de l'existence et de la nature des votes de droit. Il n'existe pas dans l'Union européenne de voies de droit spécifiques pour la protection des droits fondamentaux. La création des voies de droit spécifiques a parfois été envisagée mais jamais été retenue. C'est donc par le biais des voies de droit ordinaires que la protection des droits fondamentaux peut être assurée. La Cour de justice est chargée d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application de chaque traité constitutif.[1983] Elle est ainsi investie du monopole de l'interprétation authentique du droit de l'Union européenne qu'elle exerce dans le cadre des différends voies de droit ouvertes devant elle. D'autres juridictions - le Tribunal, le Tribunal de la fonction publique - ont été créées, mais la Cour conserve par le jeu des pouvoirs dans l'intérêt de la loi, le contrôle final sur l'interprétation du droit de l'Union européenne.[1984] Dans les lignes qui suivent nous allons voir la compétence de la Cour de Justice dans le domaine de la Politique étrangère et de sécurité commune (I) et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (II) et l'accès des particuliers aux juridictions de l'UE.

SECTION I. Le contrôle juridictionnel de la PESC dns le droit positif de l'Union européenne et le rapport avec la CEDH.

La politique étrangère et de sécurité commune (PESC) de l'UE a été conçue comme un domaine peu apte à un contrôle juridictionnel complet par la Cour de justice de l'Union européenne. Le traité de Lisbonne confère à la Cour une compétence limitée, interprétée en termes généraux par la jurisprudence récente. Premièrement, il convient de prendre au sérieux les limites de la compétence de la CJUE et les deux récupérations explicitement prévues à l'article 24 du TUE et à l'article 275 du TFUE. En ce qui concerne les actes relevant de la PESC, la CJUE n'a compétence que pour contrôler le respect de l'article 40 du TUE et décider de la légalité de mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales.

Deuxièmement, tout en reconnaissant les limitations explicites de sa compétence dans les traités, la CJUE rappelle que ces limitations doivent être interprétées de manière

---

[1983] J.Rideau et F. Picod, Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne , Litec, Paris, 2e édition, 2002,p. 143

[1984] J.Rideau, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne.Perspectives ouvertes per le traité de Lisbonne, , *RAE,* 2007-2008/2,p.189

restrictive. Ou, autrement dit, les dispositions de récupération de compétence doivent être interprétées de manière extensive.

Cette section placera cette jurisprudence dans le cadre constitutionnel plus large de l'ordre juridique de l'UE et fournira une analyse critique des limites de le protection des droits fondamentaux (1) et les conséquences de l'avis 2/13 concernant les droits fondamentaux et la PESC (2).

1§.Les limites de la protection des droits fondamentaux dans l'UE dns le cadre de la PESC.

La PESC n'est pas « communautarisée ». Elle maintient donc ses spécificité et reste soustraite au contrôle de la Cour de Justice.[1985]

Par rapport à la situation actuelle, les innovations essentielles du traité de Lisbonne résident dans l'introduction d'une clause de défense mutuelle (art.42, § 7, TUE) et d'une clause de solidarité selon laquelle l'UE et les États membres portent assistance par tous les moyens à un État victime d'une catastrophe d'origine humaine ou naturelle ou d'un attaque terroriste (art.222 TFUE). Cette clause de solidarité concrétise la solidarité entre les États membres, que l'art. 3 TUE inscrit parmi les objectifs de l'Union. Ces moyens peuvent servir à prévenir la menace terroriste (uniquement sur le territoire des États membres), à protéger les institutions et la population civile d'un attaque terroriste, ainsi qu'à porter assistance à l'État, qui a subi une attaque où qui a été victime d'une catastrophe naturelle.

Sur le plan de la défense, l'Agence européenne de défense est introduite dans le traité lequel prévoit également une coopération structurée entre les États, qui le souhaitent et sont capables de mettre à disposition de l'Union des unités d'intervention rapide. Sur le plan institutionnel, l'innovation majeure reste la création du Haut Représentant de l'Union européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et du service européen pour l'action extérieure. Si l'unanimité reste le mode principal de prise de décision, une clause passerelle permis d'élargir le champ de la majorité qualifiée (art.31, §3 TUE). On notera que la clause de flexibilité de l'article 352 n'est pas applicable à la PESC.

Dans le cadre de « ses relations avec le reste du monde », l'Union a pour objectif, en vertu de l'art.3, § 5, TUE, d'affirmer et de promouvoir ses valeurs et de contribuer notamment à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant[1986]. Plus largement, dans le cadre de ses relations extérieures, l'Union a pour objectif, en vertu de l'art.21, § 2 TUE, *« de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et*

[1985] J.P.Jacqué, Le traité de Lisbonne, Une vue cavalière , *RTDE*, 2008, p.467.

[1986] F. Picaud, Traité de Lisbonne, libertés et droits fondamentaux, Jurisclasseur Libertés, 01.05.2010,p.4

les principes du droit international ». Cet objectif vaut ainsi pour l'ensemble de l'action extérieure de l'Union. Plusieurs dispositions spécifiques du TUE (art.23) et du TFUE (art.205, 208, 212, et 214) redoublent cette exigence en indiquant que l'action de l'UE sur la scène internationale est menée conformément à de tels objectifs.

On observe parallèlement un développement et une diversification des modes de projection des droits fondamentaux dans les relations internationales. En outre la stratégie de l'Union devient plus visible et tend à une efficacité croissante[1987].

L'un des buts les plus importants de l'UE dans le cadre de la PESC est d'incorporer les droits de l'homme et les questions de démocratisation dans tous les aspects du processus décisionnel et la mise en œuvre des politiques de l'Union, dont l'assistance extérieure. Ces sujets importants incluent : la lutte contre la peine de mort, la lutte contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants, les droits de l'enfant, les droits de la femme et l'égalité des genres, le racisme, la xénophobie et la protection des minorités, l'assistance et l'observation électorales.

Pourtant concernant la protection des droits fondamentaux par la CJUE dans le domaine de la PESC il y a une délimitation de compétences (A) qui s'exprime aussi dans le contrôle des droits fondamentaux dans le domaine de la PESC au regard de la CEDH (B).

A. L'absence de compétences de la CJUE dans le cadre de la PESC.

L'art. 275 TFUE, s'exprime prévoit que :*« La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base.*

Toutefois, la Cour de Justice est compétente pour contrôler le respect de l'art. 40 du traité sur l'Union européenne et se prononcer sur les recours formés dans les conditions prévues à l'art. 263, quatrième alinéa, du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union Européenne. »

L'interdiction posée par le premier alinéa de l'art.275 du TFUE, est claire: toute action qui serait portée à la connaissance de la CJUE et qui concernerait les dispositions figurant sous le titre V du traité sur l'UE, qu'il s'agisse des dispositions qualifiées comme étant « générales » ou « spécifiques » (art.21 à 46), devrait être déclarée irrecevable pour cause

---

1987 J. Auvret-Finck, "La projection des droits fondamentaux dans les relations extérieures", in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, Dans le sillage de la Constitution européenne, J.Rideau (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009,p.407.

de défaut de compétence. Ce qui signifie, en particulier que le contrôle de la légalité des actes décisionnels propres au domaine de la PESC, est soustrait à l'examen de la Cour de justice.

Comme nous l'avons vu dans l'article 275 TFUE, il y a deux exceptions concernant la compétence de la CJUE en matière de PESC. La première accorde compétence à la Cour « pour contrôler le respect de l'art. 40 du TUE. » Et la deuxième reconnaît la compétence à la CJUE pour se prononcer sur les recours en annulation formés par des particuliers (personnes physiques ou morales) contre des mesures restrictives adoptées par le Conseil sur la base des dispositions en matière de PESC.

Selon l'art. 40 TUE : *« La mise en œuvre de la politique étrangère et de sécurité commune n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union visées aux articles 3 à 6 du traité sur le fonctionnement de l'Union.*

De même, la mise ne œuvre des politiques visées auxdits articles n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respectives des attributions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union au titre du présent chapitre. »

L'art. 40 reprend, en effet tout en le modifiant et en restreignant sa portée[1988], l'ex-art. 47 TUE qui établissait qu'aucune disposition du TUE n'affectait *« les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et actes subséquentes qui les ont modifiés ou completés. »*

La CJUE reste donc la gardienne des frontières juridiques entre les traités et veille à ce que les procédures et les pouvoirs respectifs attribués aux institutions soient respectés. En ce sens, elle assume un rôle équivalent à celui d'une Cour constitutionnelle.[1989]

Plus précisément, le point de référence de ce contrôle est fixé dans l'article 3 à 6 du TFUE. Ces articles 3 à 6 fondent les catégories et domaines de compétences de l'UE et constituent en quelque sorte le cadre constitutionnel de référence du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Les compétences de la Cour de justice de l'Union Européenne ont été plus ou moins étendues par les différents traités de modification. Le traité de Lisbonne simplifie le problème par l'abandon de la structure en pilier du traité et de la concurrence qu'elle entraînait entre les procédures décisionnelles et les contrôles juridictionnels. Elle couvre désormais l'ensemble du traité à exception de la PESC (art. 275 TFUE), mais avec trois dérogations à cette exception : les avis en matière d'accords internationaux (art.218§11),

---

[1988] G. Vandersanden, Le traité de Lisbonne et le contentieux de la politique étrangère et de sécurité commune, in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, G.Cohen-Jonathan, V.Constantinesco, V.Michel, J-C Piris, P.Wachsmann (dir.), Dalloz, Paris, 2010,p. 675

[1989] *Ibid.*

les mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales dans le cadre de la PESC (art.275, §2) et la clause de non affectation (art.40 TUE). En matière de coopération policière et judiciaire dans le domaine pénal, la Cour n'est compétente ni pour vérifier la validité et la proportionnalité des opérations de police, ni pour statuer sur la responsabilité qui incombe aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité interne. (art.276 TFUE).

Cette autonomisation n'empêche pas la Cour de faire appel aux principes et règles de droit international lorsque c'est nécessaire[1990], tout en n'hésitant pas non plus à récuser toute règle de droit international qui irait à l'encontre du cadre constitutionnel créé par le traité.

Comme souligne l'avocat général Maduro *« l'application et l'interprétation du droit communautaire sont (....) guidées par la présomption que la Communauté veut honorer ses engagements internationaux*[1991]*. »*, mais l'effet de ces obligations internationales dans l'ordre juridique communautaire reste toutefois défini par référence aux conditions fixées par le droit communautaire.

Par conséquent, le rôle de la Cour est de garantir l'intégrité du droit communautaire face au droit international. C'est donc à un contrôle étendu sur les relations internationales de l'Union Européenne que se livre la Cour. En effet, la condition du droit international, notamment conventionnel dans l'ordre juridique de l'UE, ne fait pas l'objet de dispositions générales des traités[1992]. Ce sont donc les arrêts de la Cour qui ont contribué à préciser le statut du droit international, à éclaircir la question de la hiérarchie entre le droit de l'Union et le droit international[1993], à établir les conditions d'insociabilité des accords internationaux[1994]. En outre, dans le domaine des accords externes, ce sont principalement les accords de l'ancien GATT, désormais OMC, qui ont alimenté la jurisprudence de la Cour, dont il ressort que ces accords ne produisent pas d'effet direct, sauf si leurs dispositions sont réceptionnées sous une forme ou une autre par le droit communautaire[1995].

1990 A.Berramdane, L'application de la costume International dans l'ordre juridique communautaire , *CDE*, 2000,p.253

1991 CJUE,Conclusions, 23 janvier 2008, , Al Barakaat International Foundation, aff.C-415/05 P, ECLI: ECLI:EU:C:2008:30, pt.22.

1992 V. Constantinesco, La CJCE et le droit International, in Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Ch.Chaumont, Pedone,Paris,1984p.35

1993 CJUE, 12 décembre 1972, International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit, aff. jointes 21 à 24-72, ECLI: ECLI:EU:C:1972:115.

1994 La jurisprudence portant sur l'effet direct des accords internationaux auxquels l'UE est partie est assez abondante. L'arrêt le plus complet et dont la Cour a fait une véritable synthèse de sa doctrine est celui rendu dans l'affaire Kupferberg (26 octobre 1982,104/81,Rec.,p.3641).

1995 CJUE, 01 mars 2005 Léon Van Parys NV /Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB), , aff.C-377/02, ECLI: ECLI:EU:C:2005:121, pts. 53 et 54.

La Cour s'est reconnue également le droit de contrôler *a posteriori* les accords internationaux de l'UE. En étendant indirectement ses compétences aux différends entre l'UE et les États membres d'une part, et les États tiers et les organisations internationales, d'autre part, la Cour s'est forgée une propre titre de compétence et n'est donc plus tenue de se référer aux règles du droit international et notamment aux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986.[1996]

En revanche, cet affranchissement ne s'est pas fait en ce qui concerne le droit international non conventionnel tel que la coutume internationale. En effet, l'application du droit international coutumier dans l'ordre juridique communautaire a connu un développement important dans l'affaire Racke[1997]. La Cour a jugé que *« les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit communautaire. Par conséquent celle-ci est tenue de respecter les règles du droit communautaires international (..). Il s'en suit que les règles du droit coutumier international (...) lient les instituions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire[1998].»*

B. Le contrôle des droits fondamentaux dns le domaine de la PESC au regard de la CEDH.

Le but de cette section est de montrer que malgré quelques exceptions, le traité de Lisbonne confirme l'extension des compétences de la Cour, ce qui va permettre à cette dernière de renforcer le contrôle du droit international public dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Quant au pouvoir reconnu à la Cour et que celle-ci s'était elle-même attribué dans certains des arrêts de se prononcer sur la séparation des champs d'application respectifs des traités en veillant à assurer le respect du TFUE et de l'intégralité des compétences qui s'y rattachent, il confère à la Cour une compétence quasi constitutionnelle en lui assignant pour mission de sanctionner tout dépassement ou empiètement qui serait porté à sa connaissance par tout requérant, qu'il s'agisse d'une institution (ou d'un État) ou d'un particulier.

Avant d'examiner l'extension des compétences de la Cour en matière de droit international par la voie du traité de Lisbonne, il faut se tourner vers la jurisprudence antérieure, et tout particulièrement versa la jurisprudence récente relevant de la lutte contre le terrorisme

---

1996 M.Nekmouche, L'extension des compétences de la Cour de Justice , in Quel avenir pour l'intégration européenne ? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne, A.Berramdane, W.Cremer, A.Putter, J.Rossetto (dir.),PUFR, Tours,2010, p.58

1997 CJCE, 16. juin 1998, A.Racke GmbH & Co/Hauptzollamt Mainz, aff. C-162/96, ECLI: ECLI:EU:C:1998:293.

1998 Ibidem, pts. 45 et 46.

international, afin de montrer que l'extension des compétences de la Cour se fait d'abord par voie prétorienne[1999].

Quant aux résolutions du Conseil de sécurité, dans sa jurisprudence récente relevant de la lutte contre le terrorisme international, la Cour par le biais de « quelques acrobaties juridiques [2000]» s'est déclarée compétente pour se prononcer sur leur portée juridique après s'être gardée d'y procéder dans plusieurs affaires. C'est cette branche du droit international qui sera développé dans le corps de cette section. Le Tribunal a récemment rendu une série d'arrêts dans lequel il s'est dit compétent pour contrôler la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité (CS) au regard de sa conformité à l'ordre public international[2001]. De nombreuses affaires ont été rendues à propos de contestation portant sur des mesures jugées illégales et/ou constitutives de préjudices, prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

L'attention du juge s'est concentrée, principalement sur le respect des droits de la défense et sur celui du principe du droit à une protection juridictionnelle effective[2002].

Sans entrer dans les détails de chaque affaire, on peut constater qu'elles se déroulent toutes selon le même processus décisionnel : au départ, il y a une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (lequel charge un comité des sanctions, de veiller à la mise en œuvre des mesures imposées aux États par les résolutions). Sur cette base, le Conseil de l'UE arrête une position commune PESC, qui en assure la transposition dans l'UE conformément aux objectifs de sécurité de l'Union et il adopte une réglementation, pour la mise en œuvre des aspects « économiques » liés à la position commune préalablement prise, réglementation qui, à son tour génère des décisions qui en assurent l'application et l'actualisation.

La structure décisionnelle s'élabore donc sur trois niveaux (international, PESC, UE) et selon des règles différentes mais dans la perspective d'une finalité commune garantie par les principes de primauté et d'exécution conforme.

[1999] M.Nekmouche, « L'extension des compétences de la Cour de Justice », *op.cit*, p.60

[2000]D.Simon et F.Mariatte, Le Tribunal de première instance des communautés.Professeur de droit international ? , Rev.Europe n°1, 1 jan.2005,p.10, CJUE, 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/Conseil et Commission, aff.T-306/01 ECLI:EU:T:2005:331 et CJUE, 21 septembre 2005, Kadi/Conseil et Commission, aff. T.T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332.

[2001] Tribunal, Chambre élargie, 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al International Foundation T- 306 / 01 ECLI: ECLI: EU: T: 2005 : 331 et , Yassin Abdullah Kadi aff. T- 315 / 01 , ECLI: ECLI:EU:T:2005:332;CJUE, 12 juin 2006, Faraj Hassan, aff. T-49/04, ECLI: ECLI:EU:T:2006:201 et CJUE, 12 juillet 2006, Chafiq Ayadi aff. T-253/02, ECLI: ECLI:EU:T:2006:200

[2002] Y. Moiny, Le contrôle, par le juge européen, de certaines mesures communautaires visant à lutter contre le financement du terrorisme , JDE, mai 2008, p. 137.

Outre la violation allégué du droit des requérants à disposer de leurs biens et celle tenant au non-respect des droits de la défense (toutes deux rejetées par le Tribunal), figurait aussi celle de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif.

Faisant suite à diverses résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, tous les États membres de l'ONU ont été appelés à geler les fonds et autres actifs financiers contrôlés directement ou indirectement par des personnes ou entités désignées par le comité des sanctions du Conseil de sécurité comme étant associées à Oussama ben Laden, à Al-Qaida ou aux Talibans.

Afin de mettre en œuvre ces résolutions, le Conseil a adopté une position commune dans le cadre de la PESC concernant des mesures restrictives à l'encontre des personnes concernées et ensuite, sur la base des articles 60, 301 et 308 CE, le règlement 881/2002 qui prévoit, *inter alia*, le gel des fonds et autres avoirs économiques de ces personnes et entités, qui sont d'ailleurs reprises sur une liste annexée au règlement et régulièrement mise à jour sur base des résolutions ONU successives.

M. Kadi résident saoudien, et Al Barakaat International Foundation, établie en Suède - dont les noms figuraient dans la liste en annexe de ce règlement - ont introduit des recours en annulation devant le Tribunal de première instance, alléguant que le Conseil n'était pas compétent pour adopter ce règlement et que ce dernier violait plusieurs de leurs droits fondamentaux, notamment le droit de propriété et les droits de la défense.

Par ses arrêts du 21 septembre 2005[2003], le Tribunal a rejeté ces recours, en considérant, notamment, que les États membres étaient tenus de se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité selon les termes de la Charte des Nations Unies, Traité international qui prime sur le droit communautaire. Dès lors, selon le Tribunal, les juridictions communautaires ne peuvent contrôler la légalité du règlement en cause qu'au regard des règles supérieures du droit international général - entendus comme un ordre public international auquel ni les États membres, ni les instances de l'ONU ne peuvent déroger (*jus cogens*) - lesquelles n'étaient pas violées en l'espèce. Le juge est arrivé à la conclusion, notamment pour les arrêts Yusuf et Kadi du 21 septembre 2005, que *« les résolutions (...) du CS échappent en principe au contrôle juridictionnel du tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fut-ce de manière incidente, leur légalité à l'égard du droit communautaire[2004]. »* Toutefois le Tribunal s'est déclaré compétent pour contrôler la légalité desdites résolutions du CS au regard du *jus cogens, « entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger[2005]. »* Il reconnaît par la même

---

[2003] Tribunal, 21 septembre 2005, Yusuf et Al Barakaat Foundation/Conseil, T-306/01 et Kadi/Conseil et Commission, T-315/01,ECLI: ECLI:EU:T:2005:332.

[2004] Pts.274 et 275 de l'arrêt Yusuf; pts. 222 et 223 de l'arrêt Kadi.

[2005] Pt.276 de l'arrêt Yusuf;pt.225 de l'arrêt Kadi.

occasion que le droit des requérants à un contrôle juridictionnel effectif s'est caractérisé par une « lacune » du fait que le CS n'avait pas *« estimé opportun d'établir une juridiction internationale indépendante chargée de statuer, en droit commun comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le Comité des sanctions*[2006]*.»* Il en a pourtant déduit que ni les résolutions du CS imposant les sanctions internationales ni les règlements du Conseil n'étaient entachés de vices d'illégalité *« au regard des normes supérieures du droit internationale relevant du jus cogens*[2007]*.»*

M. Kadi et Al Barakaat ont alors introduit des pourvois contre ces arrêts devant la Cour de justice.

La Cour confirme que les articles 60, 301 et 308 CE constituent la base juridique correcte du règlement attaqué. En particulier, la Cour souligne la pertinence de l'article 308 CE non pas, comme l'avait dit le Tribunal, pour poursuivre l'objectif de la lutte contre le terrorisme international - qui est un objectif de la PESC et ne rentre donc pas dans les "*objets de la Communauté*" au sens de l'article 308 CE - mais plutôt pour rendre possible l'adoption de mesures restrictives de nature économique relevant d'un instrument communautaire, afin de mettre en œuvre des actions décidées dans le cadre de la PESC. Ces arrêts ont fait l'objet de pourvois devant la Cour de justice[2008]. Ces derniers ont été rendus le 3 septembre 2008. La Cour a annulé les arrêts du Tribunal et par conséquent le règlement litigieux pour autant qu'il concerne les requérants. En effet la Cour affirme que *« les principes régissant l'ordre juridique international issu du Nations Unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux aux regards des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du CS adoptée au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies*[2009]*. »* La Cour en déduit qu'effectivement les moyens invoqués, à savoir, ceux tirés d'une violation de leurs droits de défense, en particulier leur droit à être entendu, ainsi que du principe d'une protection juridictionnelle effective sont fondées[2010]. » C'est donc un pas en avant dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour.

D'autre part, la Cour souligne que le contrôle complet par le juge communautaire de la validité de tout acte soumis à sa juridiction au regard des droits fondamentaux est l'expression d'une garantie constitutionnelle découlant du Traité CE. Le fait que le juge communautaire puisse être amené à contrôler la légalité d'un acte communautaire visant à

2006 Pts.340 à 341 de l'arrêt Yusuf, pts. 285 à 286 de l'arrêt Kadi.

2007 Pt.337 de l'arrêt Yusuf;pt.282 de l'arrêt Kadi.

2008 CJUE, 3 septembre 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes. aff.jointes C-402/05 P, C-415/05 P, ECLI: ECLI:EU:C:2008:461.

2009 Ibibd, Pt.299,

2010 Ibid .Pt.353,.

mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU ne permet pas de faire exception à cette garantie constitutionnelle, sans pour autant remettre en cause la primauté, au plan du droit international, d'une telle résolution. Ainsi la Cour conclut dans le sens qu'en jugeant que les juridictions communautaires n'avaient compétence pour contrôler la légalité du règlement 881/2002 qu'au regard du *jus cogens*, le Tribunal a commis une erreur de droit. Les arrêts attaqués sont par conséquent annulés.

Ensuite la Cour décide de statuer elle-même sur le fond de l'affaire comme cela lui est permis par l'article 61 de son Statut.

En examinant le moyen concernant le respect des droits de la défense, la Cour rappelle que l'efficacité du contrôle juridictionnel implique que l'autorité communautaire soit tenue de communiquer à la personne concernée les motifs sur lesquels la mesure lui faisant grief est fondée afin de lui permettre d'exercer éventuellement son droit de recours. La Cour reconnaît que l'efficacité des mesures de gel de fonds requiert que celles-ci bénéficient d'un effet de surprise et s'appliquent avec effet immédiat. Dès lors, si les autorités communautaires n'étaient pas tenues de procéder à une communication des motifs ou à une audition des personnes concernées préalablement à l'inclusion de leurs noms dans la liste, ces autorités auraient néanmoins dû procéder de la sorte dans un délai raisonnable après l'édiction de ces mesures. Comme cela n'a pas été le cas, les droits de défense des requérants, notamment leur droit d'être entendus, n'ont pas été respectés. Cette violation mène aussi à une violation du droit à un recours juridictionnel, dans la mesure où les requérants n'ont pas non plus pu défendre leurs droits dans des conditions satisfaisantes devant le juge communautaire.

S'agissant du moyen concernant la restriction du droit de propriété, si d'une part la Cour admet cependant qu'en principe une telle restriction pourrait être justifiée dans la lutte contre les menaces à l'égard de la paix et de la sécurité internationales que font peser les actes de terrorisme, d'autre part elle relève que le règlement attaqué a été adopté sans fournir aucune garantie permettant à M. Kadi d'exposer sa cause aux autorités compétentes, alors que, eu égard à la portée générale et à la persistance effective des mesures de gel à son égard, une telle garantie est nécessaire pour assurer le respect du droit de propriété.

Eu égard à ces violations, la Cour est amenée à annuler le règlement 881/2002 pour autant qu'il concerne M. Kadi et d'Al Barakaat. Cependant, compte tenu du fait que l'annulation avec effet immédiat serait susceptible de porter une atteinte sérieuse et irréversible à l'efficacité des mesures restrictives et que, par ailleurs, il ne peut pas être exclu que l'imposition de telles mesures à M. Kadi et à Al Barakaat puisse tout de même s'avérer justifiée, la Cour maintient les effets de ce règlement pendant une période de trois mois, pour permettre au Conseil de remédier aux violations constatées[2011].

[2011] http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/05c402_fr.pdf

Dans les arrêts Ayadi et Hassan du 12 juillet 2006, en s'inspirant de l'affirmation figurant dans les arrêts Yusuf et Kadi selon laquelle les États membres sont tenus de laisser inappliquée toute disposition entravant l'exécution des résolutions du CS, le Tribunal a précisé que le respect des droits fondamentaux demeure une obligation dans la mesure où il ne constitue pas une telle entrave. Par ces arrêts, le Tribunal a complété le niveau de protection de deux droits fondamentaux : les droits de la défense ainsi que le droit à une protection de deux droits fondamentaux : les droits de la défense ainsi que le droit à une protection juridictionnelle effective[2012]. Cependant comme les deux arrêts précédents le Tribunal n'a pas été dans le sens d'une violation de ces droits. Ils n'ont par ailleurs pas fait l'objet de pourvoi devant la Cour.

Un peu plus tard le Tribunal a annulé, dans un arrêt rendu le 12 décembre 2006, pour non respect du droit à la défense et motivation insuffisante, la décision par laquelle le Conseil avait inscrit l'organisation des Moudjahidines du peuple d'Iran sur la liste des organisations terroristes [2013].

À la différence des arrêts précédents *« dès lors que l'identification des personnes, groupes et entités visés par la résolution 1373/2001 du CS et l'adoption de la mesure de gel des fonds qui s'ensuit relèvent de l'exercice d'un pouvoir propre, impliquant une appréciation discrétionnaire de la Communauté, le respect des droits de la défense des intéressés s'impose en principe aux institutions communautaires concernées, en l'occurrence le Conseil, lorsqu'elles agissent en vue de se conformer à ladite résolution[2014].» « Il s'ensuit que la garantie des droits de la défense est, en principe, pleinement applicable dans le contexte de l'adoption d'une décision de gel des fonds au titre du règlement n°2580/2001[2015].»*

Il en est de même pour l'obligation de motivation. C'est donc sur cette base que le Tribunal a annulé la décision attaquée, pour autant qu'elle concerne la requérante.

Ces arrêts ont confirmé la possibilité pour le juge communautaire, déjà amorcée par la jurisprudence de la Cour dans les années 1990[2016] d'appréhender correctement la réalité

[2012] Pts.144 à 152 de l'arrêt Ayadi, Pts.114 à 112 de l'arrêt Hassan.

[2013] Tribunal ,12 décembre 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c.Conseil de l'UE, aff. T-228/02, ECLI:EU:T:2006:384.

[2014] Ibid, pt.107.

[2015] Ibid, pt.108

[2016] La CJUE s'es penchée à plusieurs reprises sur l'application des mesures d'embargo auxquelles le CS avait décidé de soumettre la Yougoslavie. CJUE 19 mars 1996, Commission/Grèce, aff. C-120/94, ECLI:EU:C:1996:116, CJUE 30 juillet 1996, Bosphorus , aff.C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312 ; CJUE 14 janvier 1997, The Queen, ex parte Centro-Com / HM Treasury et Bank of England, aff. C-124/95, ECLI:EU:C:1997:8.

du droit international par la voie de la soumission des normes internationales à un contrôle restreint de leur légalité.

Il faut rappeler que le recours aux sanctions est décidé par les États Membres au cours d'une concertation éminemment politique effectuée dans le cadre de la PESC, et trouve par la suite (en raison du caractère économique des sanctions) son prolongement dans l'ordre juridique communautaire, qui met en œuvre la décision politique préalable, se concrétisant par l'adoption d'un acte du droit communautaire dérivé (art.60 CE et 301 CE). Autrement dit, les actes mis en cause sont des règlements adoptés par le Conseil afin de mettre en œuvre au plan communautaire les positions communes décrivant les mesures de la PESC. Ces positions communes, elles-mêmes, ont pour objet d'assurer une certaine coordination dans la manière dont les États membres mettent concrètement en œuvre les résolutions du CS (elles peuvent être à cheval sur le 2e et 3e pilier).

L'avènement de la légalité, fût-il restreint, des actes communautaires relevant de la politique extérieure de l'Union européenne est novateur dans le sens où l'exclusion de tout contrôle juridictionnel demeurait la règle dans ce domaine au vu de la sensibilité accrue des États Membres pour leur souveraineté dans les affaires de politique étrangère et de sécurité.

Par ailleurs, il est à noter que le contrôle international se rapportant à ces actes de sanctions est limité voire inexistant. Le système des Nations Unies ne permet pas la contestation directe d'une résolution du CS. La seule voie possible est celle de l'avis consultatif, laquelle n'est couverte ni aux individus, ni aux États membres, mais aux organes des NU. En effet la Cour internationale de justice ne dispose, ni en vertu de son Statut ni en vertu de la Charte, d'un pouvoir de contrôle de la validité des actes pris par les organes politiques des NU, dont le Conseil de sécurité[2017]. Dans sa sentence du 2 décembre 1963, Cameroun septentrional, elle avait rappelé qu' *« il y a des limitations inhérentes à l'exercice de sa fonction judicaire[2018]. »* Dans son avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les États de la précéder son analyse du « dictum » suivant :
« Il est évident que la Cour n'a pas le pouvoir de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit[2019].»

La Cour va, toutefois dans des arrêts ultérieurs, mettre davantage l'accent sur la nécessité de prendre en compte certains droits et garanties fondamentaux, dont le droit à une procédure juridictionnelle effective, dans des affaires se déroulant toujours dans l'espace

---

2017 S.M.Schwebel, "Relations between the International Court of Justice and the United Nations." in Mélanges Michel Virally : Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Pedonne, Paris, 1991.p 431-433.

2018 CIJ, Recueil 1963, p.29

2019 CIJ, Recueil 1971,p.88.

triangulaire constitué par le droit international (résolutions du Conseil de sécurité), le droit de la PESC (positions communes) et le droit communautaire (règlements et décisions) et concernant des personnes où groupes de personnes considérées comme terroristes et placés sur des listes dites « noires » avec pour conséquences le gel de leurs fonds, avoirs financiers ou ressources économiques.

Au regard d'un tel contexte, le contrôle exercé par le Tribunal, « s'avère d'autant plus indispensable qu'il constitue la seule garantie procédurale permettant d'assurer un juste équilibre entre les exigences de la lutte contre le terrorisme international et la protection des droits fondamentaux. Les limitations apportées par le Conseil aux droits de la défense des intéresses devant être contrebalancées par un strict contrôle juridictionnel indépendant et impartial. » Toutefois sur la légalité de décisions de gels des fonds doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, ainsi que de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits et de détournement de pouvoir. Ce contrôle restreint s'applique, en particulier, à l'appréciation des considérations d'opportunité sur lesquelles de telles décisions sont fondées[2020].»

Il faut rappeler que l'art. 275, § 2 TFUE étend, mais dans les conditions restrictives, le droit des particuliers de recourir en annulation contre des *« mesures restrictives »* liées à la mise en œuvre de la PESC.

Ce qui n'est, toutefois, pas extrêmement clair à la lecture du deuxième alinéa précité de l'art. 275, qui vise *« des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union européenne. »*

En réalité cette phrase doit s'entendre comme visant des mesures de nature économique ou autre, prises dans le cadre du traité de fonctionnement de l'Union, qui affecteraient la situation de ces personnes, entités ou groupes, et qui constitueraient la mise en application d'autres dispositions adoptées par le Conseil sur la base de la PESC (dispositions qui, elles-mêmes, comme nous l'avons vu dans la jurisprudence commentée ci-dessous, seraient des transpositions plus au moins conformes d'actes de caractère international pris en amont.)

D'abord il ne s'agirait pas, en l'occurrence, de contester une action ou une position de caractère général, par exemple, identifiant des intérêts stratégiques, visant à l'élaboration de la PESC ou définissant la position de l'Union sur une action opérationnelle ou sur une question particulière de nature géographique. Ensuite, les actions ou positions qui pourraient être attaquées en annulation revêtent tous les caractères qui s'attachent à la définition d'un acte faisant grief, c'est-à-dire un acte produisant des effets juridiques et qui, de plus, comme en l'espèce, affecte directement la situation des intéressés en contrevenant aux droits de la défense et notamment à l'obligation de motivation et empêchent le juge de

[2020] P. Gillaux, "L'intensité du contrôle par les juridictions communnautaires", JDE, 2000. p. 37.

se prononcer en violation du principe du droit à une protection juridictionnelle effective ; ceci, sans compter les effets préjudiciables qui peuvent, en outre, en découler pour les intéresses. Enfin l'art. 275, englobe désormais sous l'appellation unique de « décisions » les actions, les positions et les modalités de mise en œuvre liées à la conduite de la PESC, mettant de la sorte en relief que toutes ces mesures produisent des effets juridiques tant à l'égard de leurs destinataires qu'à l'égard de tiers qui pourraient s'en trouver directement affectés.

La jurisprudence de la Cour en matière de droit international évolue en fonction des changements qui affectent les relations internationales et en cas de lacune des traités. Son apport jurisprudentiel a souvent été codifié par les traités antérieurs. Nous allons voir si c'est le cas pour le Traité de Lisbonne.

2§. L'avis 2/13 de la CJUE concernant la PESC.

Le dernier point soulevé par la Cour concerne la question du contrôle juridictionnel relatif à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). La Cour de justice a une compétence très limitée en matière de PESC, car elle ne peut que contrôler le respect de l'article 40 du TUE et contrôler la légalité de certaines décisions conformément à l'article 275, deuxième alinéa, du TFUE. Cela signifie que certains actes adoptés dans le cadre de la PESC ne relèvent pas du contrôle juridictionnel exercé par la Cour de justice. Le projet d'accord habiliterait toutefois la Cour européenne des droits de l'homme à se prononcer sur la compatibilité avec la CEDH de certains actes, actions ou omissions accomplis dans le cadre de la PESC, alors que la Cour n'a pas cette compétence et confie le contrôle juridictionnel à une institution non européenne. Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour de justice, la compétence pour effectuer un contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'UE ne peut être conférée exclusivement à une cour internationale situé en dehors du cadre institutionnel et judiciaire de l'UE[2021]. Eu égard à tout ce qui précède, la Cour de justice a conclu que l'accord sur l'adhésion de l'UE à la CEDH n'était pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, du traité UE ou avec le protocole n ° 8.

Le septième point de l'avis 2/13, probablement le plus important, concerne le contrôle juridictionnel des questions relevant de la PESC. Ces mesures sont couvertes par la CEDH sans que l'UE ait la possibilité de formuler une réserve excluant ce domaine du droit. Dans une procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'UE peut être

[2021] A. Mohay, Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR - Case note, Pécs Journal of International and European Law - 2015/I, p. 33

tenue pour responsable soit sur la base de l'article 1 er, paragraphe 3, du projet d'accord, soit en tant que codéfendeur, conformément à l'article 1 er, paragraphe 4. En revanche, le traité de Lisbonne exclut la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de PESC (art. 24 (1) TUE. Art. 275 (1) TFUE), limitant la compétence aux seules "mesures restrictives" (art. 275, paragraphe 2, du TFUE) et le contrôle des limites entre les compétences en matière de PESC et de TFUE[2022]. Par conséquent, la procédure d'implication préalable ne peut être appliquée, sauf dans le cas de l'article 275, paragraphe 2, du TFUE. La Cour soutient qu'il serait incompatible avec les « caractéristiques spécifiques" du droit de l'Union de conférer la compétence en matière de PESC exclusivement à une cour internationale, tel que la Cour européenne des droits de l'homme, qui se situe en dehors du cadre institutionnel et judiciaire de l'Union. La conclusion de la Cour est simple: le projet d'accord d'adhésion relatif au contrôle juridictionnel en matière de PESC est certes une conséquence des dispositions des traités relatifs à la compétence restreinte de la CJUE en la matière. La conséquence implicite de cette position est aussi simple que problématique: l'UE ne peut adhérer à la CEDH tant que la CJUE est limitée à sa juridiction pour examiner les questions relevant de la PESC. Pour mieux comprendre l'avis de la CJUE concernant la PESC dans le cadre de l'adhésion de l'UE à la CEDH on va voir d'abord l'absence de référence explicite de la PESC dans le PDA (A) et la question de la demande d'avis de la Commission à l'occasion de l'examen par la CJUE (B).

A. L'absence de référence explicite à la PESC dans le projet d'accord d'adhésion.

Le dernier argument de la CJUE concernant l'incompatibilité de l'accord d'adhésion avec les traités de l'Union européenne est fondé sur la compétence restreinte de la CJUE en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC) de l'UE. Selon l'article 1, paragraphe 4 de l'accord, les actes d'un État sont imputés à celui-ci même lorsqu'il met en oeuvre le droit de l'Union et le rapport explicatif précise que cette règle s'appliquait en particulier à la PESC ce qui était une manière élégante de résoudre le problème puisque la quasi-totalité des comportements sur le terrain sont commis par des personnes agissant au premier chef sous la responsabilité d'un commandement national[2023]. Pour justifier sa position la CJUE rappelle à cet égard la position qu'elle avait précédemment adoptée dans l'avis 1/09: *« la compétence pour effectuer un contrôle juridictionnel d'actes, d'actions ou d'omissions de l'Union, y compris au regard des droits*

[2022] Editorial Comments, Common Market Law Review 52, 2015, p. 10.

[2023] J.P.Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, CDE, N°1, 2015, p.39.

fondamentaux, ne saurait être attribuée exclusivement à une juridiction internationale qui se situe en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union.[2024] » Dans ce cas, la situation était fort différente car la juridiction du brevet pouvait seule saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, privant ainsi les juridictions nationales de ce droit, mais ici la Cour-EDH n'intervient que subsidiairement, le contentieux relevant des juridictions des EM qui conserveront la possibilité d'utiliser le renvoi préjudiciel, laissant à la CJUE le soin d'apprécier sa propre compétence[2025]. Il est difficile de voir, dans ces conditions, quelles seraient les « caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'Union en matière de PESC » mises en cause par l'accord d'adhésion à la CEDH permettant à la Cour de Strasbourg de juger des cas où un acte relevant de la PESC est accusé de violer les droits de l'homme garantis par la Convention[2026].

En vertu de l'article 24, paragraphe 1, du traité UE, la Cour n'a généralement pas compétence en la matière, à l'exception notable du contrôle du respect de l'article 40 du traité UE (indiquant que la mise en œuvre des mesures relevant de la PESC n'affectera pas l'application d'autres politiques de l'Union) et de l'article 275 TFUE (régissant le contrôle juridictionnel exercé par la Cour sur des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales). Il est vrai que l'accord conduirait à une méconnaissance de la subsidiarité en ce que la cour de Strasbourg pourrait se prononcer alors même que la Cour de justice n'a pas eu l'occasion de le faire mais l'argument semble déplacé dans la mesure où par définition elle ne peut exercer un tel contrôle et que l'adhésion n'aggrave en aucun cas son incompétence[2027].

En substance la solution retenue avait été d'admettre que les requêtes devaient être dirigées contre l'auteur des infractions de la Convention, qui, hors le cas particulier des mesures restrictives ciblées, pour lesquelles la Cour de justice est compétente en vertu de l'article 275, alinéa 2 TFUE, sont le plus souvent imputables aux États membres, sauf pour l'Union à demander le statut de codéfendeur[2028]. Cela pose bien sûr la question de la Cour européenne des droits de l'homme d'examiner les activités de l'Union dans un domaine

---

[2024] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, février 2015, La Revue des Droits de l'Homme.

[2025] J.P.Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, CDE, N°1, 2015, p.40.

[2026] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CED, N°1, 2015, p.70.

[2027] E. Dubout, Une question de confiance:nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la convention européenne des droits de l'homme, CED, N°1, 2015, p.84

[2028] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13. Rev. Europe, février 2015, p. 7.

politique que la CJUE ne peut contrôler en vertu du droit de l'Union[2029]. Bien que plusieurs États membres aient soutenu dans leurs observations devant la Cour que sa compétence était suffisamment large pour englober toute situation susceptible de faire l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, la CJUE a répondu négativement à cet argument: non seulement la Cour avait encore eu l'occasion de définir dans quelle mesure sa compétence était limitée en matière de PESC, mais elle a également fait valoir que, dans l'état actuel du droit de l'Union, certains actes adoptés en tant que mesures relevant de la PESC échapperaient de toute façon au contrôle juridictionnel de la CJUE[2030]. Étant donné que, dès l'adhésion, la Cour européenne des droits de l'homme serait habilitée à se prononcer sur la compatibilité de telles mesures avec la CEDH, un organe n'appartenant pas à l'Union européenne se verrait effectivement confier une compétence qui fait défaut à la CJUE. À la lumière de sa compétence exclusive et de l'autonomie juridique de l'Union européenne, une telle approche a été jugée inacceptable par la CJUE[2031].

Ainsi, « *en raison de l'adhésion telle que prévue par l'accord envisagé, la Cour EDH serait habilitée à se prononcer sur la conformité avec la CEDH de certains actes, actions ou omissions intervenus dans le cadre de la PESC et, notamment, de ceux pour lesquels la Cour n'est pas compétente pour contrôler leur légalité au regard des droits fondamentaux*[2032] ». *L'incompatibilité du projet de d'accord de ce chef tient donc à l'attribution d'un contrôle exclusif à la Cour EDH dans le domaine de la PESC, même si cette exclusivité n'est due qu'à l'état actuel du droit de l'Union*[2033].

Le dernier groupe d'arguments ne comprend qu'un seul point qui touche le cœur du droit de l'Union et pourrait donc être le plus difficile à réfuter: l'objection formulée par la CJUE de donner à la CEDH le droit de se prononcer sur la compatibilité des mesures PESC avec la CEDH - un droit de la CJUE a été refusé en vertu de l'article 24, paragraphe 1, du TUE. L'avocat général Kokott a admis que cette question était bien nouvelle, car la question de l'autonomie du droit de l'Union en ce qui concerne la conclusion d'un accord international

---

[2029] Jean-Paul Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Common Market Law Review, 48 , 2011, p.1005.

[2030] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, European Yearbook on Human Rights, 2015, p. 25

[2031] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, points 249-257.

[2032] CJUE, 18 décembre 2014, Adhésion de l'UE à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 254.

[2033] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, février 2015, La Revue des Droits de l'Homme.

ne s'est encore posée que dans le contexte d'un conflit juridictionnel potentiel entre la CJUE et une cour internationale, mais pas dans le contexte où la Cour a des pouvoirs moins étendus que la cour internationale en question[2034].

En effet, le fait que la compétence préjudicielle de la CJUE soit limitée dans le domaine de la PESC n'a rien à voir avec la négociation du projet d'accord sous examen et ne pourrait dès lors être reproché aux négociateurs[2035]. Il convient dès lors de prendre cette préoccupation au sérieux, car une telle inégalité de compétences pourrait entraîner une asymétrie entre le contrôle exercé par la CJUE et celui de la Cour européenne des droits de l'homme[2036]. De plus, les plaintes alléguant la violation de la CEDH par une PESC spécifique ne sont pas invraisemblables, compte tenu des diverses missions de maintien de la paix et de prévention des conflits menées par les autorités civiles et militaires des États membres dans le cadre des mesures de la PESC[2037]. Ce problème pourrait, à première vue, être évité en faisant une réserve concernant la PESC lors de l'adhésion. La validité d'une telle réserve serait toutefois hautement douteuse au regard de l'article 57 CEDH et de son interdiction des réserves de caractère général. Seule l'hypothèse que l'Union soit empêchée- en dehors des actes prévoyant des mesures restrictives visés à l'article 275§2 TFUE- de prendre des actes qui affecteraient des droits des individus et que de tels actes seraient considérés comme des actes des EM participant à la réalisation des politiques décidées au sein du Conseil, prises sous leur responsabilité exclusive, pourrait justifier l'exclusion de la compétence de la Cour de justice dans ce domaine[2038].

Comme l'a souligné l'avocat général Kokott, une telle réserve serait de toute façon inutile. Selon elle, le principe de l'autonomie juridique de l'Union n'empêcherait pas celle-ci de reconnaître la compétence d'une cour internationale dont la compétence dans un domaine particulier, tel que la PESC, s'étend plus loin que celle de la CJUE. La

---

[2034] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général Mme. Kokott, point 190.

[2035] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, février 2015, La Revue des Droits de l'Homme.

[2036] Jean-Paul Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Common Market Law Review, 48 , 2011, p.1005.

[2037] T. Lock, End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR, Yearbook of European Law, 31, 2012, p.181.

[2038] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CED, N°1, 2015, p.70.

jurisprudence antérieure de la Cour[2039] montre que la principale préoccupation de la CJUE était généralement de prévenir les conflits entre sa propre juridiction et celle de la cour internationale en question et donc de menacer l'ordre juridique de l'Union et ses caractéristiques spécifiques. Cependant, étant donné l'incompétence générale de la CJUE dans le domaine de la PESC, de tels conflits et des menaces potentielles pour l'autonomie du droit de l'Union ne pourraient jamais se produire. Plus important encore, l'adhésion renforcerait donc l'efficacité de la protection juridique des personnes et les cours des États membres pourraient, en tant que deuxième pilier du système de protection juridique de l'Union européenne, garantir que toute violation de la CEDH sera sanctionnée[2040]. À cet égard, cela irait également dans le sens des auteurs du traité de Lisbonne, qui ne voyaient aucune contradiction entre la compétence limitée de la Cour dans le domaine de la PESC et la reconnaissance de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme dans ce domaine lors de l'adhésion[2041]. Cette hypothèse même si elle était correcte, ne serait pas à même de résoudre le problème que pose l'avis 2/13, puisque rien d'exclut qu'un individu ne soumette une requête à la Cour-EDH contre un autre du Conseil pris dans le domaine de la PESC, en l'accusant de violer un droit garanti à son égard par la convention et c'est dans cette hypothèse que la CJUE conclut que seule la Cour-EDH serait compétente de juger, ce qui est contraire à sa jurisprudence mentionnée ci-dessus, selon laquelle la compétence pour juger des actes de l'Union ne saurait être attribuée exclusivement à une autre juridiction[2042].

En raison de ces arguments convaincants, le rejet par la CJUE de l'accord d'adhésion en raison de son incompétence en matière de PESC doit être d'autant plus réprimandé: il semble que ce soit le domaine où la CJUE ne peut plus contenir sa jalousie et suit le modèle psychologique droit et propriété, qui peuvent être exprimés de manière plus informelle par le simple *«si je ne peux pas avoir ces pouvoirs de contrôle judiciaire, personne ne le peut»*[2043]. Ces *«politiques judiciaires du terrain de jeu»* sont inacceptables, car elles pourraient avoir de graves conséquences, laissant les victimes de graves violations

---

[2039] CJUE, 14 décembre 1991, Avis 1/91,Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, pt.34-35, 41-46 et 61-65.

[2040] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, European Yearbook on Human Rights, 2015, p. 25.

[2041] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général Mme. Kokott, point 191-195.

[2042] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, CED, N°1, 2015, p.71.

[2043] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, European Yearbook on Human Rights, 2015, p. 40.

des droits de l'homme sans recours effectif au niveau international[2044]. C'est un problème interne à l'UE. En analysant ce problème comme un motif d'incompatibilité, la CJUE « n'obtiendra pas le but recherché puisque la PESC fera de toute manière l'objet d'un contrôle exclusivement externe, mais sans que l'Union puisse participer à la procédure [2045]»

Le point le plus controversé de l'avis 2/13 est l'argument de la Cour relatif au contrôle juridictionnel dans les affaires de politique étrangère et de sécurité commune (PESC)[2046]. La Cour estime que, du fait de la limitation de sa compétence dans ce domaine, conformément à l'article 275 du TFUE, la cour de Strasbourg pourrait également ne pas être compétente. L'autorité du droit de l'Union européenne serait en contradiction si le contrôle juridictionnel de ses actes était confié à un organe n'appartenant pas à l'Union. La Cour de justice n'accepte pas d'entériner cette solution, en considérant qu'elle « reviendrait à confier le contrôle juridictionnel desdits actes, actions ou omissions de l'Union, fût-ce un contrôle limité au respect des seuls droits garantis par la CEDH, exclusivement à un organe externe à l'Union », ce qui est jugé incompatible avec les principes du droit de l'Union[2047].

En réalité, à première vue, il est difficile de voir en quoi la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de la PESC devrait avoir une incidence négative sur l'autonomie du droit de l'Union. Cette préoccupation légitime ne saurait pour autant justifier l'exclusion systématique du contrôle qui pourrait être exercé par d'autres juridictions en renforçant la protection juridictionnelle effective, en l'occurrence par la Cour-EDH, même si l'on peut comprendre les préoccupations de la Cour face à un système dont elle est partiellement écartée en matière de PESC par le jeu des traités et qui comporte le risque de compromettre l'uniformité et l'autorité du droit de l'UE[2048]. Comme l'a

---

[2044] Steve Peers, The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU Law Analysis, 18 December 2014, available at http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/the-cjeu-and-eus- accession-to-echr.html,

[2045] J. P Jacqué, « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTD Eur*. 2014 dans A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, février 2015, La Revue des Droits de l'Homme. https://journals.openedition.org/revdh/1065#ftn18

[2046] Steve Peers, The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU L. ANALYSIS BLOG (Dec. 18, 2014), http:// eulawanalysis.blogspot.de

[2047] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Rev. Europe, février 2015, p. 7.

[2048] J. Rideau, L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. De F. Picod et J.Rideau, R.E.A-L.E.A, 2015/1, p.39.

souligné l'avocat général Kokott, dans des affaires comparables relatives à la création d'une cour de l'Espace économique européen, l'objectif de la protection de l'autonomie était d'éviter les conflits de jurisprudence et de menacer la structure supranationale de l'Union[2049]. Ces deux menaces ne s'appliquent pas, car aucun conflit ne surviendra, la CJUE n'ayant aucune compétence, aucune structure supranationale ne devant être préservée[2050].

C'est donc uniquement la fierté constitutionnelle qui pousse la CJUE à interdire la compétence exclusive de la CEDH en matière de PESC? On peut soutenir que les préoccupations de la Cour vont au-delà. Tout d'abord, il convient de rappeler qu'il est un souhait constitutionnel important d'élargir les compétences de la CJUE dans le domaine de la PESC, de renforcer l'État de droit et le caractère supranational du droit de l'Union dans un domaine sensible et dynamique du droit. Mais plus important encore, comme l'a souligné Daniel Halberstam de manière convaincante, l'uniformité et l'autorité du droit de l'Union constituent un défi si une cour, autre que la CJUE, fournit des orientations définitives aux cours nationales[2051].

Mais il s'agit là d'un problème mineur par rapport aux objections de la Cour relatives à la PESC et au contenu de la CEDH. En ce qui concerne la PESC, l'objection de la Cour est, avec beaucoup de respect, extrêmement problématique. Les violations des droits de l'homme se produisent malheureusement dans les opérations de politique étrangère, allant des violations du droit à la vie à la détention arbitraire, en passant par la traite des êtres humains par des forces étrangères. La CJUE n'a pas compétence pour protéger, en ce qui concerne la plupart des questions relevant de la PESC, mais elle déclare que la Cour-EDH ne peut pas non plus disposer de pouvoirs de contrôle juridictionnel[2052]. Par analogie, la décision de la CJUE sur ce point signifie nécessairement que le fait de soumettre un différend relevant de la PESC à la Cour de justice internationale, voire à toute autre juridiction internationale, constituerait également une violation du droit de l'Union européenne, même si l'on peut présumer que les juridictions nationales sont toujours compétentes[2053]. Cela va au-delà de la définition d'une ligne de démarcation sur laquelle la Cour est compétente pour interpréter le droit de l'Union. La position de la CJUE est que si

---

[2049] Ch. Krenn, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13, 16 German Law Journal, N°1, 2015, p.160-161.

[2050] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, points 192-195.

[2051] D. Halberstam, It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward.

[2052] CJUE, 27 février 2007, Segi e.a / Conseil de l'Union européenne, aff. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116.

[2053] *Id.*

elle ne peut pas avoir compétence sur la PESC, aucune autre cour internationale ne peut le faire non plus. Cela pourrait avoir des conséquences majeures, laissant les victimes de graves violations des droits de l'homme sans recours effectif au niveau international.

Cela nous amène aux deux points de fond: la nécessité de veiller à ce que les États membres n'imposent pas de normes plus strictes dans le domaine du droit de l'Union et la nécessité de protéger le principe de confiance mutuelle en matière de JAI (Justice et Affaires Intérieures). Sur le premier point, l'arrêt de la Cour n'est pas vraiment nécessaire, étant donné que l'arrêt Melloni est fondé sur l'hypothèse que les règles d'harmonisation de l'UE sont déjà conformes à la CEDH[2054]. Il n'est pas particulièrement surprenant que cette règle, qui s'applique dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'applique également à la CEDH.

Commençons par les préoccupations de la Cour. Une idée constitutionnelle faussement simple se trouve au début de cet argument: il n'y a qu'une seule Union européenne. Certes, l'ombre du système de piliers du Traité de Maastricht subsiste même après l'adoption du Traité de Lisbonne. Par exemple, les questions relevant de la PESC fonctionnent souvent selon des règles spéciales, notamment les règles de vote à l'unanimité[2055], l'absence de pouvoir législatif[2056] et, ce qui est le plus important aux fins actuelles, l'absence de compétence de la CJUE sur certaines questions relevant de ce domaine[2057]. Les actions de la PESC semblent donc à coup sûr appartenir à une catégorie assez distincte du reste des activités de l'Union. Néanmoins, quelles que soient les règles de vote et le contrôle juridictionnel, il n'existe qu'un seul ordre juridique européen.
Même lorsque nous avons eu la Communauté d'un côté et l'Union de l'autre, la Cour a préconisé une lecture intégrant d'importants principes de base entre les deux.

Lecture seule Pupino[2058], où la Cour a rejeté catégoriquement les arguments des États membres selon lesquels les décisions-cadres et les directives communautaires de la justice et des affaires intérieures (JAI) sont des sources de droit complètement différentes et distinctes, et que les cours des États membres ne sont pas tenus de: interpréter le droit national conformément aux décisions-cadres en raison du «*caractère intergouvernemental de la coopération entre les États membres dans le contexte du titre VI du traité sur l'Union européenne*[2059]». En dépit des règles d'unanimité et de l'absence d'effet direct au titre de l'article 24 de l'UE alors en vigueur et du caractère facultatif des actions de référence JAI

[2054] CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

[2055] Art. 22, 24, 31(1). TUE

[2056] Art. 24(1), 31(1). TUE

[2057] Art. 24(1), TFEU art. 275. TUE.

[2058] CJUE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

[2059] *Idem.* points 25-26.

en vertu de l'article 35 du TUE de l'époque, la Cour a estimé que les obligations communautaires habituelles de loyauté et d'interprétation conforme s'appliquaient également aux mesures de la JAI de l'Union. Certes, il s'agissait de la justice et des affaires intérieures, et c'est dans le cadre de la PESC que la Cour intervient encore moins[2060]. Néanmoins, avec la fusion formelle de la Communauté et de l'Union après Lisbonne, il n'y a qu'un seul ordre juridique européen.
C'est la grande revendication constitutionnelle. Bien que des éléments spécifiques de l'ordre juridique puissent être ajustés dans différents domaines de fonctionnement, la forte présomption est que les grands principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union européenne devraient rester les mêmes[2061]. En guise d'interprétation, dans un domaine tel que la PESC, nous commençons par les principes constitutionnels et nous nous demandons comment ils pourraient être modifiés au minimum par des exceptions expresses du traité. Halberstam ne considère plus la PESC comme un ordre juridique séparé largement régi par ses propres principes intergouvernementaux généraux; nous ne prenons pas non plus les dispositions de la PESC relatives à la faible gouvernance comme suggérant une vision plus intergouvernementale de l'Union dans son ensemble. C'est l'approche constitutionnelle qui sert de base à la plainte concernant le projet d'accord.

L'absence de compétence de la CJUE dans la perspective de l'adhésion à l'UE aurait privé la Cour de toute autorité pour aider à "consolider" la jurisprudence nationale sur des questions qui entraînent la responsabilité internationale de l'Union dans son ensemble. Compte tenu de l'absence de compétence de la CJUE sur certaines questions relevant de la PESC, l'adhésion dans ces conditions place l'Union européenne sur un pied très différent - et plutôt désavantagé - par rapport à toutes les autres parties contractantes. Toutes les autres Parties contractantes à la Convention bénéficient d'un système judiciaire national en consolidation qui harmonise l'interprétation et le contrôle juridictionnel du droit interne avant qu'une affaire ne soit portée à Strasbourg. L'UE ne le fait pas. C'est plus qu'une politique de terrain de jeu.

Comme cela a déjà été discuté, cette absence de juridiction nationale consolidée peut contribuer à la fusion du contrôle de la convention et de la légalité dans la mesure où les cours des États membres traitent individuellement avec Strasbourg. Toutefois, le refus

---

[2060] Ch. Hillion et R. Wessel, Restraining External Competences of EU Member States under CFSP, in EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals 79, (Marise Cremona & Bruno de Witte eds., 2008).

[2061] Ch. Hillion, A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy, in The European Court of Justice and external relations Law: Constitutional Challenges 47, (Marise Cremona & Anne Thies, eds., 2014), p. 49-51.

de donner au Luxembourg le pouvoir de consolider la jurisprudence nationale après l'adhésion a deux autres conséquences concrètes.

Premièrement, étant donné la multiplicité des voix des cours des États membres et l'absence de la CJUE, la Cour européenne des droits de l'homme se retrouvera probablement également comme une sorte d'interprète de la loi sous-jacente de la PESC. En l'absence de toute harmonisation au niveau de l'UE, si différents États membres se retrouvent devant la Cour européenne des droits de l'homme avec des points de vue divergents sur ce qu'une mesure de la PESC sous-jacente exige, la Cour de Strasbourg aura beaucoup de latitude pour fonder sa décision sur ce qu'il faut pour être la plus plausible des diverses interprétations du droit de l'Union. Compte tenu de la position privilégiée de Strasbourg dans cet arrangement et de l'absence de la CJUE, la version du droit de l'Union de Strasbourg risque de revenir dans la jurisprudence des cours des États membres. La fonction de consolidation du droit de l'Union dans le domaine de la PESC aura été confiée à Strasbourg.

Deuxièmement, l'UE dans son ensemble pourrait engager sa responsabilité juridique internationale en raison d'une violation qui aurait pu être évitée si seule la CJUE avait eu compétence. Qui plus est, l'UE dans son ensemble peut être jugée en violation de la Convention à Strasbourg en raison de la décision d'une cour supérieure d'un seul État membre, même si toutes les cours supérieures des autres États membres (et la CJUE) auraient statué différemment et maintenu l'Union (ou placé l'Union) en conformité avec la Convention.

C'est une chose d'empêcher expressément la CJUE de consolider le droit dans certaines questions relevant de la PESC, comme c'est le cas aujourd'hui.

Après tout, les effets d'une décision d'une cour supérieure d'un État membre sur les questions relatives à la PESC pourraient être (et devraient probablement être) limités à la compétence territoriale de ce tribunal de grande instance particulier.

Cependant, après l'adhésion, les décisions d'une cour suprême donnée auraient entraîné une responsabilité internationale directe de l'Union dans son ensemble, sans possibilité de recours à une juridiction consolidée au sein de l'Union. C'était une conséquence entièrement nouvelle et problématique pour l'Union à la suite de l'adhésion aux termes du projet d'accord.

Troisièmement, l'importance de la fonction de consolidation d'une cour suprême nationale est corroborée par le double critère qui aurait été implicitement incorporé dans le Protocole 16 vis-à-vis de l'Union européenne après l'adhésion du projet d'accord. Notez que les États membres autorisent uniquement les juridictions «suprêmes» désignées à demander à Strasbourg des avis consultatifs[2062].

[2062] Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg 2 octobre 2013, Série des traités du Conseil de l'Europe - n° 214, Art. 1,10.

En vertu du protocole 16, les États membres ne permettraient pas à leurs hautes juridictions régionales, par exemple, de contacter directement Strasbourg.
En ce qui concerne chaque État membre, donc, avec ou sans le protocole 16, la consolidation de la jurisprudence nationale est pleinement préservée dans ses interactions avec Strasbourg. Dans le cas de l'UE, en revanche, l'adhésion selon le projet d'accord aurait signifié que toutes les hautes juridictions des États membres pourraient appeler Strasbourg, tandis que Luxembourg est exclu de la conversation.
La décision de la Cour sur ce point serait moins problématique si ce n'était sa décision sur la confiance mutuelle en matière de JAI.
Un argument spécifique utilisé par la Cour concerne la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), domaine dans lequel elle a une compétence limitée. En déclarant que "certains actes adoptés dans le cadre de la PESC ne relèvent pas du contrôle juridictionnel de la Cour de justice[2063]", la Cour de justice exprime son mécontentement à l'idée que la Cour EDH puisse se prononcer sur la compatibilité avec le CEDH de "certains actes, actions ou omissions accomplis dans le cadre de la PESC[2064] ». La mesure dans laquelle la Cour de justice est compétente pour statuer sur les questions relatives à la PESC a été largement débattue au fil des ans[2065]. Bien que la compétence de la Cour soit clairement limitée, la Cour a déclaré à juste titre que la PESC dans son intégralité n'était pas à l'abri de tout contrôle juridique[2066]. Fait intéressant, elle ne souhaite pas donner un dernier mot sur l'étendue de sa compétence[2067]. En particulier, en ce qui concerne l'article 275 du TFUE - permettant le contrôle de la légalité de décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, adopté par le Conseil sur la base du chapitre 2 du titre V du traité UE ", la Cour maintient ses options ouvertes: *« la Cour n'a pas*

[2063] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 252.

[2064] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 254.

[2065] S. Griller, 'The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy', in A. Rosas, E. Levits et Y. Bot (Eds), Court of Justice of the European Union - Cour de Justice de l'Union Européene, The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case- law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2013, p. 675-692.

[2066] C. Hillion, 'A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy', dans M. Cremona et A. Thies (eds), The ECJ and External Relations: Constitutional Challenges, Oxford: Hart Publishing ,2014,p. 96.

[2067] A. Lazowski et R. A. Wessel, When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, 16 German Law Journal N°1, 2015, p. 200.

encore eu l'opportunité de préciser la portée des limitations de sa compétence résultant, en matière de PESC, desdites dispositions[2068]*. »*

En ce qui concerne la PESC , l'AG a conclu, au point 103 de sa prise de position, que l'Union pouvait adhérer à la CEDH sans qu'il soit nécessaire de créer de nouvelles compétences pour la CJUE dès lors que la protection juridictionnelle effective des particuliers est assurée en partie par les juridictions de l'UE (article 275 deuxième alinéa, TFUE) et en partie par les juridictions nationales (article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE et article 274 TFUE. [2069]) L'avocate générale Kokott a également évoqué la question lorsqu'elle a affirmé que *"l'adhésion à la CEDH impliquera sans aucun doute que l'UE doit respecter la protection des droits fondamentaux qui découle de la CEDH - et donc aussi l'exigence d'une protection juridique effective conformément à l'article 6 et 13 CEDH - dans tous ses domaines d'activité, y compris la PESC. «*

L'avocate générale Kokott a également évoqué la question lorsqu'elle a affirmé que: *« l'adhésion à la CEDH aura sans aucun doute pour conséquence que l'Union devra respecter les garanties des droits fondamentaux résultant de la CEDH, et donc également l'obligation d'une protection juridictionnelle effective imposée par les articles 6 et 13 de celle-ci, dans tous ses domaines d'activité, y compris dans le domaine de la PESC.*[2070] *»* Elle a également soulevé la question fondamentale de savoir si la protection juridique offerte par l'ordre juridique de l'UE dans le cadre de la PESC peut être considérée comme une protection juridique efficace au sens des articles 6 et 13 de la CEDH. Le point de vue de la Commission à ce sujet est également intéressant:
« *cette disposition soit comprise en ce sens que la Cour n'est pas uniquement compétente à statuer sur les recours en annulation formés par des particuliers contre des mesures restrictives, mais qu'elle peut, en outre, connaître également de recours en indemnité et répondre aux demandes préjudicielles présentées par des juridictions nationales dans le domaine de la PESC. Elle préconise en outre une application des possibilités de protection juridictionnelle des particuliers dans le domaine de la PESC qui comprenne non seulement les actes sortissant des effets juridiques au sens de l'article 263, premier alinéa, TFUE,*

[2068] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 251.

[2069] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux. Rev. du Droit de l'Union européenne, 3/4-2016, p. 526.

[2070] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général Mme. Kokott, point 83.

mais également de simples actes matériels («Realakte»), c'est-à-dire des actes dépourvus d'effets juridiques.[2071] »

Bien que la Commission puisse être complétée pour son point de vue audacieux selon lequel, dans certaines interprétations, la compétence élargie de la Cour semble bien découler du nouvel ordre juridique de l'UE qui est apparu après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne[2072], l'avocat général Kokott est plus prudent et ne pas suivre l'interprétation de la Commission. Peut-être encore plus intéressant, Kokott affirma de manière un peu cryptique:

« *l'interprétation particulièrement large qu'elle propose de donner aux compétences des juridictions de l'Union n'est, par ailleurs, absolument pas nécessaire pour garantir une protection juridictionnelle effective aux particuliers dans le domaine de la PESC. En effet, la constatation, parfaitement correcte, que ni les États membres ni les institutions de l'Union n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes aux traités en tant que charte constitutionnelle de l'Union ne doit pas dans tous les cas forcément entraîner la conclusion que les juridictions de l'Union seraient compétentes.* [2073]»

La raison en est que: *« les juridictions nationales sont et demeurent compétentes.*[2074] » Bien que nous n'ayons pas de raisons de le nier, le fait demeure, comme l'a reconnu l'avocat général Kokott, qu'il est douteux que l'UE puisse elle-même fournir une protection juridique efficace dans le cadre de la PESC. Mais l'avis de l'AG n'a pas été suivi par la CJUE: selon elle, une telle situation reviendrait à confier, en méconnaissance des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union, le contrôle juridictionnel exclusif des actes, actions ou commissions e cause à un organe externe à l'Union[2075]. Au moins, la Cour

---

[2071] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général Mme. Kokott, point 86.

[2072] C. Hillion, 'A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy', dans M. Cremona et A. Thies (eds), The ECJ and External Relations: Constitutional Challenges, Oxford: Hart Publishing ,2014,p. 96.

[2073] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général Mme. Kokott, point 95.

[2074] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général Mme. Kokott, point 96.

[2075] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux, Rev. du Droit de l'Union européenne, 3/4-2016, p. 256-257.

a soutenu, que: *« en l'état actuel du droit de l'Union, certains actes adoptés dans le cadre de la PESC échappent au contrôle juridictionnel de la Cour. [2076]»*

Et c'est cette situation qui est à l'origine des préoccupations de la Cour. Elle évoque la possibilité non seulement d'étendre le contrôle juridictionnel à la PESC en recourant à la porte arrière (de Strasbourg), mais également à l'idée que la Cour EDH pourrait se prononcer sur la compatibilité avec la CEDH d'actes dans les cas où elle n'aurait elle-même aucun pouvoirs. Un «organe non membre de l'Union européenne» disposerait ainsi de pouvoirs qui ont été consciemment laissés hors des traités de l'UE pour la CJUE elle-même. Dans son avis, la Cour s'efforce également d'empêcher d'autres tribunaux de dire quelque chose sur d'éventuelles violations des droits de l'homme - si je n'ai pas le pouvoir, personne d'autre ne l'aura. On peut se demander si cette affirmation peut être faite. La question est de savoir si le choix des négociateurs du traité sur l'UE de maintenir une position spéciale pour de nombreuses normes de la PESC en ce qui concerne leur contrôle juridictionnel implique que les violations des droits de l'homme liées aux actions de la PESC devraient en général être exemptes de contrôle juridictionnel. L'accord spécial de l'UE visait sans doute à empêcher l'activisme judiciaire dans ce domaine relevant de la compétence de l'UE. À ses débuts en particulier, l'idée était de séparer la PESC de la «méthode de la communauté» et certains États membres hésitaient à donner à la Cour une position lui permettant de développer la PESC dans des directions non souhaitées. On peut se demander si la Cour de justice peut légitimement revendiquer une compétence exclusive dans ce domaine. Le traité de Lisbonne a certes mis en perspective l'exclusion de la Cour en ce qui concerne la PESC, mais des lacunes manifestes subsistent et permettre au système de Strasbourg de combler certaines de ces lacunes aurait constitué une amélioration bienvenue. En outre, pour certains États membres, il n'est pas du tout rare de faire confiance à la CEDH pour jouer un rôle clé dans la protection constitutionnelle[2077].

De toute évidence, un autre moyen de sortir de ce dilemme serait d'étendre la compétence de la Cour en matière de PESC[2078]. Cela contribuerait à résoudre le problème clé de «subsidiarité» évoqué par la Cour: la nécessité d'un contrôle interne d'un acte de

---

[2076] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 252.

[2077] Aux Pays-Bas, par exemple, l'absence d'une cour constitutionnelle et l'impossibilité générale d'un contrôle de constitutionnalité ont amené la CEDH à combler cette lacune.

[2078] Il a même été suggéré que «l'avis 2/13 pourrait être considéré comme un geste stratégique de la CJCE pour provoquer une telle modification des dispositions mal traitées des traités qui limitent ses pouvoirs judiciaires»,'Editorial Comments', 52 CMLRev. ,2015, p.14.

l'Union avant que cet acte ne soit contesté devant la CEDH[2079]. Bien que le traité de Lisbonne ait déjà conduit à une inclusion (certes souvent implicite) de la PESC par le renforcement des liens entre les différents domaines politiques[2080], cela nécessiterait néanmoins une autre modification du traité; une solution qui ne serait peut-être pas acceptable pour certains États membres une fois que la question aurait été présentée de manière plus explicite. Même si l'on peut comprendre que la Cour n'accepte pas que des violations éventuelles des droits fondamentaux dans le champ des compétences de l'Union ne fassent l'objet que d'un contrôle externe, ce refus d'admettre l'éventuelle compétence de la Cour-EDH, sauf à ce que les violations soient exclusivement imputées aux EM, sans que l'Union puisse intervenir, même comme codéfendeur, ne peut s'analyser comme renforcement du respect des droits fondamentaux, dans un domaine (actions PESC), où le risque d'atteintes aux droits de l'homme est particulièrement présent[2081].

B. L'émergence de la question de la PESC à l'occasion de l'examen par la CJUE de la demande d'avis de la Commission.

Aux fins de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), la compétence de la Cour est limitée dans les traités à savoir si l'art. 40 TUE a été respecté et à la légalité de certaines décisions prises sur la base de l'art. 275 §2 TFUE, ces dernières concernant essentiellement des actions en justice intentées contre la légalité des décisions en matière de mesures restrictives prises à l'encontre de personnes physiques et morales par le Conseil. L'une des questions les plus simples devant la CJUE dans l'affaire Rosneft était de savoir si la validité des décisions de la PESC au regard de l'article 40 du TUE pouvait être tranchée dans une décision préliminaire. L'article 24, paragraphe 1, du traité sur

---

[2079]Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, para 11.
https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr.pdf

[2080] **C.** Hillion, 'A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy', dans M. Cremona et A. Thies (eds), The ECJ and External Relations: Constitutional Challenges, Oxford: Hart Publishing ,2014,p. 96.

[2081] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Rev. Europe, février 2015, p.7.

l'Union européenne et l'article 275, paragraphe 2, du TFUE, prévoient simplement que la CJUE est compétente pour "contrôler le respect de l'article 40 du traité UE".
Rien ne permet de penser qu'une telle surveillance ne peut avoir lieu que par exemple dans le cadre d'actions en annulation. Dans d'autres domaines du droit de l'Union, il est clair depuis longtemps que la CJUE est compétente pour déclarer invalides les actes de l'Union dans les décisions préjudicielles (voir par exemple l'affaire 314/85, Foto-Frost [1987]). Ainsi, en l'absence de limitation expresse et spécifique, la CJUE a conclu que sa compétence s'étendait également au contrôle du respect des décisions de la PESC avec l'article 40 du TUE dans les décisions préjudicielles [2082]. [2083]
La question est donc de savoir dans quelle mesure la Cour européenne des droits de l'homme peut être compétente pour examiner la compatibilité d'actes juridiques avec la CEDH sans que la CJUE puisse exprimer son point de vue sur de tels actes. Seul le cas de la PESC pose un problème difficilement évitable à court terme, et l'on peut regretter la position de la Cour de justice sur cette question, elle pour qui, à d'autres moments, l'Union de droit et la soumission de l'ensemble des actes des institutions au contrôle du respect des droits fondamentaux constituait un gage de qualité démocratique du système européen[2084].
La dernière partie de l'avis 2/13 a été critiquée comme étant «ahurissante», comme *«une politique du terrain de jeu»* et comme donnant lieu à *«un devoir moral de refuser l'adhésion de l'UE à la CEDH[2085]».* L'avocat général ne trouve lui non plus aucune faute en attribuant à Strasbourg la compétence sur les revendications des droits de l'homme en rapport avec la PESC, même dans les cas où la CJUE n'a pas compétence en la matière. Comme le dit l'AG, s'il n'y a pas de gouvernance supranationale dans les affaires relevant de la PESC, y a-t-il un rôle privilégié à protéger de la CJUE? Et est-ce que certaines critiques ne valent pas mieux que pas de critiques? La décision de la Cour semble être un simple coup de force.

[2082] CJUE, 28 mars 2017, Rosneft, aff. C-72/15 , ECLI:EU:C:2017:236, points 62-63.

[2083] S. Øby Johansen, Judicial control of EU foreign policy: the ECJ judgment in Rosneft, 29 mars 2017.
https://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/judicial-control-of-eu-foreign-policy.html?fbclid=IwAR05hpaUB7YzKJHHaTBgvTJTiNTD4s179ZxbPa2-ryrJWS3lKNF6M83D6dY

[2084] E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la convention européenne des droits de l'homme, CDE, N°1, 2015. p.86

[2085] Steve Peers, The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU LAW ANALYSIS BLOG (Dec. 18, 2014), http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus- accession-to-echr.html?utm_source=Weekly+Legal+Update&utm_campaign=b9719ea1b3-WLU_19_12_2014&utm_medium=email&utm_term=0_7176f0fc3d-b9719ea1b3-422285509.

Pas si vite. Selon Halberstam, il n'est pas nécessaire d'être naïf quant à la motivation des juges pour constater que l'opinion de la Cour ne se résume pas à une politique de terrain de jeu[2086]. Une fois encore, si l'on s'intéresse exclusivement aux régimes internationaux des droits de l'homme, il peut être difficile de comprendre l'objection que l'on pourrait avoir à amener un autre acteur sous l'égide de la CEDH. Après tout, l'objectif de la protection des droits est louable et juste.

Mais la perspective des droits de l'homme ne nie pas le fait que, d'un point de vue constitutionnel de l'Union, le projet d'accord dans le domaine de la PESC peut néanmoins susciter des préoccupations légitimes. Cela prendra quelques instants à expliquer. En résumé, la préoccupation constitutionnelle de la Cour peut se résumer ainsi:: la CJUE doit pouvoir jouer un «rôle de consolidation[2087]» si les revendications nationales justiciables selon lesquelles le droit de l'Union européenne viole les droits fondamentaux / des droits de l'homme sont déférées devant une cour internationale.

La Commission avait entrevu la difficulté diagnostiquée par l'AG et elle avait pris donc soin, dans ses écritures, de démontrer que le régime juridictionnel des actes PESC remplissait les exigences de la CEDH en matière de recours juridictionnel[2088]. La Commission a relevé dans ses appréciations que la mise en oeuvre de la PESC était assurée par les EM pour la conduite d'opérations militaires et que, pour tenir compte de cette caractéristique, l'article 1 paragraphe 4; du PDA prévoyait que, même en ce qui concerne les opérations conduites dans le cadre de la PESC, les actes des EM étaient imputés à l'EM en question et non pas à l'UE et en plus elle a jouté que cette précision devait permettre d'exclure la transposition aux relations entre l'UE et ses EM de la jurisprudence de la Cour-EDH retenant la responsabilité d'une organisation internationale à propos de ses actes accomplis par une Partie contractante afin de mettre en ouvre une décision de cette organisation[2089]. La Commission avait fait valoir qu'une interprétation systématique serait possible selon laquelle la Cour disposerait d'une compétence suffisamment large. En conséquence d'une telle interprétation, tous les cas susceptibles de constituer le fondement d'une plainte au titre de la CEDH seraient considérés comme des actions en annulation, mais aussi des actions en dommages et intérêts et des procédures préjudicielles engagées par les cours nationales dans le domaine de la PESC.

[2086] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N°1, 2015, p. 137.

[2087] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N°1, 2015, p. 137.

[2088] N. Petit et J. Pilorge-Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A, 2014/4, p. 829.

[2089] J. Rideau, L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. De F. Picod et J.Rideau, R.E.A-L.E.A, 2015/1, p.35.

Sa position peut être résumée comme suit: tout acte pris par l'Union européenne en matière de PESC et à même de concerner directement un particulier est susceptible de recours juridictionnel, soit devant les juridictions nationales, soit devant la Cour de justice, selon le cas[2090]. Toutefois, la Cour avait de sérieuse doutes à cet égard, dans la mesure où elle n'avait pas encore eu la possibilité de se pencher sur l'étendue des limitations de sa compétence dans le domaine de la PESC[2091]. En raison de la limitation de la compétence de la CJUE dans les traités, la Cour estime qu'une adhésion fondée sur le projet d'accord créerait actuellement une situation dans laquelle le contrôle juridictionnel des actes ou omissions pertinents de l'Union européenne en ce qui concerne leur compatibilité avec la CEDH serait exclusivement attribuée à un organe extérieur à l'UE[2092].

En termes simplement dogmatiques, la Cour a certainement raison dans son interprétation de l'art. 275 § 2 TFUE. L'interprétation suggérée par la Commission n'est guère convaincante: cette disposition constitue déjà systématiquement une exception à la règle de l'incompétence de la CJUE. En outre, son libellé ne fait référence qu'aux actions en annulation intentées par des particuliers sur la base des conditions de l'art. 263 §4 TFUE et non comme suggéré par la Commission dans d'autres types de procédure[2093]. En revanche, le rejet fondamental de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme est moins convaincant, comme le montre la réponse plutôt succincte de la Cour. On peut déjà noter avec curiosité que la Cour fait ici des déclarations exclusives sur la compétence, étendant ainsi sa propre compétence exclusive à un domaine où - en vertu du traité - sa propre compétence est expressément exclue[2094].

Un examen plus approfondi du domaine de la PESC montre que l'on peut regretter, du point de vue de l'intégration, la décision prise par les rédacteurs du traité de Lisbonne[2095]; toutefois, il faut admettre qu'elles ont intentionnellement créé une situation dans laquelle les juridictions nationales se substituent à la CJUE, ce qui évite également l'apparition de tout problème de violation de la compétence exclusive de cette dernière.

[2090] N. Petit et J. Pilorge-Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A, 2014/4, p. 829.

[2091] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 251.

[2092] *Ibid.* point 255.

[2093] CJUE, 13 juin 2014, Procédure d'avis 2/13, Prise de Position de l'Avocat Général Mme. Kokott, point 89.

[2094] S. Reitemeyer et B. Pirker, Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the Eu to the ECHR-One step ahead and two steps back. http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/

[2095] *Ibid. point* 101-103.

De ce point de vue, l'adhésion à la CEDH ne serait pas exclue[2096]. Dans le cas de la PESC, les juridictions nationales remplacent la CJUE et doivent assurer une protection juridictionnelle effective des personnes, également en l'absence de compétence. Ainsi, si l'acte litigieux émane d'un État et porte atteinte aux droits fondamentaux d'une personne, celle-ci peut le contester devant les juridictions nationales et par ailleurs, si l'acte litigieux est exceptionnellement fondé sur une disposition d'une décision du Conseil adoptée « lorsqu'une situation internationale exige une action opérationnelle de l'Union » (article 28/1 TUE), la décision du Conseil entrerait, selon la Commission, dans la catégorie des « mesures restrictives », pour lesquelles la Cour est compétente en vertu de l'article 275, alinéa 2, TFUE- notamment pour se prononcer dans le cadre d'un renvoi préjudiciel[2097]. Quoi qu'il en soit, les juridictions nationales sont dans l'obligation d'appliquer le droit de l'UE et doivent contrôler la compatibilité d'actes relevant de la PESC avec le droit de rang supérieur, quitte , sans doute, à les laisser inappliquées en cas d'incompatibilité (la Cour de justice ne disposant pas de compétence préjudicielle en matière de PESC, comment pourrait-elle se fonder sur sa jurisprudence Foto -Frost[2098] et revendiquer un monopole sur le contrôle de la validité des actes de l'UE dans ce cadre?[2099]) On peut penser que pour les actes PESC entrant dans les compétences dérogatoires de contrôle de la Cour de justice les juridictions nationales sont dans la même situation qu'en présence d'actes non-PESC et qu'elles sont, lorsqu'elles se trouvent saisies de recours, obligées en vertu de la jurisprudence *Foto-Frost* de procéder à des renvois préjudiciels à la CJUE lorsqu'elles éprouvent des doutes sur leur validité et de renvoyer à la Cour lorsqu'elle sont des juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de droit interne[2100].
L'adhésion selon les termes du projet d'accord aurait effectivement transformé la Cour de Strasbourg en une cour constitutionnelle de l'Union - du moins pour certaines questions. Rappelons que la CEDH est intégrée au droit de l'UE en tant qu'accord international contraignant; que l'UE sera réputée avoir mis en œuvre la CEDH en vertu de l'article 52, paragraphe 3, de la CHDF; et que la CEDH deviendra donc pleinement contraignante pour

---

[2096] *Ibid.*

[2097] N. Petit et J. Pilorge-Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A, 2014/4, p. 829.

[2098] CJUE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

[2099] G. Bachoué Pedrouzo, Avis 2/13 de la CJUE : l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après ?, ELSJ, 31 janvier 2015, http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/31/droits-fondamentaux/3742/

[2100] J. Rideau, L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. De F. Picod et J.Rideau, R.E.A-L.E.A, 2015/1, p..40

les institutions de l'UE et les États membres, en priorité sur le droit dérivé de l'UE[2101]. Après l'adhésion aux termes du projet d'accord, les États membres (et leurs juridictions) auraient probablement pris la cour de Strasbourg comme guide faisant autorité en ce qui concerne la compatibilité des mesures PESC des États membres avec les droits fondamentaux, au moins chaque fois que la CJUE ne pourrait dire le contraire. Sur le plan pratique, les tribunaux des États membres auraient probablement pris la Cour européenne des droits de l'homme pour s'assurer de la légalité des questions relevant de la PESC en vertu du droit de l'Union européenne, alors même que cette autorité était formellement hors de sa compétence. e Protocole 16 aurait rendu ce résultat plus probable, car il insère institutionnellement la cour de Strasbourg dans le processus décisionnel de ces États signataires. Cela permet aux hautes juridictions des États membres de communiquer directement avec Strasbourg sur des questions de droit européen sans le tampon de la CJUE en tant qu'autorité consolidante. Du point de vue de l'Union dans son ensemble, cela risque de désagréger institutionnellement l'Union, à l'instar de l'article 177 CEE (267 TFUE maintenant) avec tant de brio avec le traité de Rome.

À certains égards, l'effet de désagrégation du protocole 16 aurait probablement été encore plus extrême que dans le cas de l'article 177 du traité CEE. L'action de référence préliminaire de l'UE a toujours été parallèle et en concurrence avec les hautes juridictions des États membres existantes. Encore une fois, c'était le pluralisme constitutionnel. Comme prévu dans les conditions d'adhésion du projet d'accord, en revanche, le protocole 16 aurait mis en place un système d'avis consultatif sur certaines questions relevant de la PESC sans la haute cour de justice de l'UE[2102].

Certes, les jugements de Strasbourg ne prétendent pas suprématie ni applicabilité directe; et Strasbourg ne se prononcerait officiellement que sur la compatibilité des mesures de la PESC avec la CEDH en tant que question du droit de la CEDH. Néanmoins, comme la CEDH elle-même serait contraignante pour l'UE avec tous les effets juridiques qui en résultent dans l'ordre juridique de l'UE, les hautes juridictions des États membres auraient très bien pu prendre le mot de Strasbourg sur la compatibilité avec la Convention aussi sérieusement que les arrêts de la CJUE sur la légalité d'une mesure relevant de la PESC en droit de l'Union. Concrètement, alors, en ce qui concerne les droits fondamentaux et les droits de l'homme, la révision de la conventionnalité à Strasbourg aurait très bien fonctionné comme la révision de la légalité de l'UE.

[2101] CJUE, 30 avril 1974, Haegemann / État belge, aff. C-181/73 , ECLI:EU:C:1974:41, point 5. et B. de Witte, Beyond the Accession Agreement: Five Items for the European Union's Human Rights Agenda, in The EU Accession to the ECHR , V. Kosta, N. Skoutariset V. P. Tzevelokos eds., 2014 ,p. 349.

[2102] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N°1, 2015, p. 138.

Rappelons que les sanctions prévues par la législation européenne (également appelées "mesures restrictives") sont mises en œuvre selon un processus en deux étapes. Premièrement, le Conseil adopte une décision en vertu du titre V, chapitre 2 du TUE. Cette décision est ensuite transposée dans le droit de l'Union (et donc au niveau national dans les États membres de l'UE) en vertu d'un règlement adopté en vertu de l'article 215 du TFUE. En ce qui concerne les sanctions contre la Russie, comme dans la plupart des sanctions, le libellé des décisions et des réglementations respectives est pratiquement identique.
L'utilisation de deux instruments juridiques dotés de bases juridiques différentes - une décision reposant sur une base juridique PESC et un règlement reposant sur une base juridique dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - complique les choses en ce qui concerne la compétence de la CJUE. En ce qui concerne le règlement, l'arrêt Rosneft confirme l'évidence: tout règlement adopté sur le fondement de l'article 215 du TFUE relève de la compétence de la CJUE (Rosneft, par. 105-106). Il en est ainsi indépendamment du fait que le règlement répète simplement la décision ou non[2103].

Les juridictions des États membres auraient sûrement encore pu insister sur leur propre lecture interne de la Charte (ou in extremis peut-être même de la Convention), en se mettant à la place d'une CJUE absente. Mais probablement ils ne l'auraient pas fait. Compte tenu de la multiplicité des hautes juridictions des États membres, l'adhésion aux termes du projet d'accord aurait placé Strasbourg dans une position d'harmonisation unique, privilégiée et juridiquement privilégiée pour statuer sur un régime de droits fondamentaux contraignant qui fait partie intégrante du droit de l'Union.
Ajoutons à cela que les systèmes des États membres traitent de plus en plus d'obéissance au droit de l'UE et au droit de la CEDH, souvent en vertu d'un commandement constitutionnel national.[2104] L'adhésion aux termes du projet d'accord aurait également signifié que le droit de l'Union lui-même impose le respect de la CEDH en ce qui concerne toutes les obligations découlant du droit dérivé de l'UE (et éventuellement davantage)[2105]. Il convient de rappeler que, malgré l'article 19, paragraphe 1, du TFUE, les juges des États

---

[2103] S. Øby Johansen, Judicial control of EU foreign policy: the ECJ judgment in Rosneft, 29 mars 2017.
https://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/judicial-control-of-eu-foreign-policy.html?fbclid=IwAR05hpaUB7YzKJHHaTBgvTJTiNTD4s179ZxbPa2-ryrJWS3lKNF6M83D6dY

[2104] G. Martinico, Two Worlds (Still) Apart? ECHR and EU Law before National Judges, in The EU Accession to the ECHR, V. Kosta, N. Skoutaris et V.P. Tzevelokos eds., 2014 , p. 141.

[2105] Compte tenu de la substance de la CEDH en tant que catalogue de droits fondamentaux et de sa profonde intégration structurelle par référence et, après l'adhésion, de l'accord international contraignant au cœur de la protection des droits fondamentaux dans l'UE, la CEDH aura sans aucun doute, après l'adhésion, bien plus effet juridique d'un accord international ordinaire auquel l'UE est partie.

membres sont principalement formés chez eux et imprégnés de la bureaucratie judiciaire nationale. Il aurait peut-être été difficile pour eux de ne pas avoir recours à la Cour EDH pour la résolution complète et finale de tout conflit entre le droit de l'UE et la CEDH. Sans la CJUE en vue, les juges des juridictions des États membres auraient bien pu concevoir le droit de l'Union et le droit de la CEDH comme étant fondus et fongibles. Après tout, pour les cours des États membres, les deux ensembles de normes sont constitutionnellement importés d'Europe au-delà de l'État-nation.

En résumé, les juridictions des États membres auraient très bien pu prendre les décisions de Strasbourg sur le caractère conventionnel des mandats de la PESC, au-delà de la compétence de la CJUE, comme une décision finale sur la légalité du recours en droit de l'Union.

Si tel était le cas, l'adhésion aux termes du projet d'accord aurait signifié que, dans les affaires relevant de la PESC ne relevant pas de la compétence du Luxembourg, Strasbourg serait devenue la cour constitutionnelle de l'Union européenne. Certes, cette évaluation comprend de nombreuses prédictions (contestables) sur le comportement des juges. Mais la CJUE n'a plus qu'une chance pour identifier et prévenir le problème potentiel maintenant. Une fois que la Cour a donné son aval au projet d'accord, au contraire, l'adhésion est valable pour les âges[2106].

À l'heure actuelle, la CJUE n'a pas compétence pour certaines mesures de la PESC[2107]. Dans la mesure où la compétence en matière de PESC n'a pas été déléguée à la CJUE, les États membres et leurs cours restent compétentes[2108]. En conséquence, les cours des États membres ont actuellement le dernier mot sur certaines questions de droit de l'Union (même lorsque celle-ci est partie au litige)[2109]. Par conséquent, jusqu'à ce que la CJUE clarifie l'étendue de sa compétence en vertu de l'article 275 du TFUE (ce qu'elle a notamment refusé de faire dans l'avis 2/13), les hautes juridictions des États membres ont le dernier mot sur l'interprétation des droits énoncés dans la Charte, au moins dans certaines affaires relevant de la PESC.

À l'heure actuelle, alors, en l'absence de compétence de la CJUE, il n'existe pas d'institution européenne unique pour harmoniser les interprétations potentiellement contradictoires du droit de l'Union dans ce domaine. C'est plus que juste « regrettable"[2110].

[2106] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N°1, 2015, p. 138.

[2107] Art. 24 (1) TUE ; Art. 275 TFUE

[2108] CJUE, 27 février 2007, Gestoras Pro Amnistía e.a. / Conseil, aff. C-354/04 P ECLI:EU:C:2006:667.

[2109] Art. 274 TFUE.

[2110] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 101.

D'un point de vue constitutionnel, c'est un problème majeur, en particulier dans un domaine considéré comme vital pour la sécurité internationale de l'Union. Rappelez-vous le célèbre dicton de la juge Holmes: «Je ne pense pas que les États-Unis finiraient par prendre fin si nous perdions notre pouvoir de déclarer nul un acte du Congrès. Je pense effectivement que l'Union serait en péril si nous ne pouvions pas faire cette déclaration concernant les lois de plusieurs États.[2111] » Une gestion des droits entièrement décentralisée peut créer des problèmes similaires à ceux d'une législation nationale susceptible de révision. On peut affirmer qu'il est utile de préserver le pouvoir concurrent des cours des États membres d'interpréter les règles du système dans une constellation de pluralisme et de toujours voir que le déni de tout pouvoir de a CJUE de statuer sur le droit de l'Union est en grave conflit avec l'idée constitutionnelle d'union. Si les cours des États membres conservent le pouvoir exclusif de déterminer la légalité du droit de l'Union, celle-ci pourrait bien être menacée.

Néanmoins, la situation actuelle ne viole pas l'ordre constitutionnel de l'UE, ni ne la rend un simulacre. Premièrement, le traité limite expressément la compétence de la CJUE en matière de mesures relevant de la PESC dans le sens indiqué ci-dessus[2112]. Deuxièmement, comme le traité l'indique à juste titre à l'article 19, paragraphe 1, du TUE, les juridictions des États membres sont, en définitive, les juridictions de l'Union[2113]. Par conséquent, lorsque les cours des États membres interprètent le droit de l'Union dans le cadre du traitement des questions relevant de la PESC, ils ont l'obligation de se considérer comme engagés dans une entreprise commune de gouvernance collective, avec toutes les obligations de fidélité mutuelle que leurs propres constitutions, ainsi droit et principes généraux du droit, demande.

Aujourd'hui, à en juger par la jurisprudence de Strasbourg relative aux Nations Unies, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut statuer qu'une action en relation avec la PESC, c'est-à-dire uniquement dans la mesure où elle est au moins en partie imputable à un État membre. Si un État membre est en partie responsable, la Cour européenne des droits de l'homme imputera la responsabilité de l'État membre au titre de la Convention à ses propres activités en matière de PESC[2114]. À l'inverse, conformément à la jurisprudence actuelle, dès lors que l'action est exclusivement imputable à l'UE, la juridiction de Strasbourg n'est plus compétente, l'Union européenne n'étant pas une partie contractante à la CEDH[2115]. Certes, cela risque de créer une lacune en matière de

---

[2111] Oliver Wendell Holmes, COLLECTED LEGAL PAPERS, 295–296 (1921).

[2112] Art. 275 TFUE.

[2113] Art. 19(1) TUE.

[2114] Cour-EDH,7 juillet 2011, AL-Jedda c. Royaume Uni, Req. N° 270221/08.

[2115] Cour-EDH, 2 mai 2007, Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège, Req. N° n°71412/01 et 78166/01

responsabilité (même si elle n'appartient pas à la CJUE) en ce qui concerne l'administration du régime des droits de l'homme de la CEDH. Focalisant sur les préoccupations constitutionnelles de la Cour concernant l'ordre juridique de l'Union européenne, nous observons toutefois que Strasbourg n'examine aujourd'hui que le caractère conventionnel des actions des États membres. En revanche, la légalité des actions PESC relevant du droit de l'Union européenne est actuellement déterminée exclusivement par les juridictions de l'Union, c'est-à-dire les juridictions des États membres[2116].

Dès que l'Union européenne deviendra partie contractante à la Convention, Strasbourg obtiendra le pouvoir de statuer elle-même sur la compatibilité avec la CEDH de la mesure PESC de l'UE. Certains pourraient penser que cela ne devrait pas poser de problème, même du point de vue du droit de l'Union. Après tout, on pourrait dire que Strasbourg ne statuerait que sur le «caractère conventionnel» de la mesure PESC, et les arrêts de Strasbourg n'ont pas d'effet juridique immédiat dans les systèmes juridiques des États contractants. Et donc, alors comme maintenant, Strasbourg ne se prononcerait pas sur le droit de l'UE en tant que tel.

Cette dernière argumentation est peut-être techniquement exacte, mais elle risque de faire abstraction de l'effet pratique important que l'adhésion aux termes du PDA pourrait avoir sur le système constitutionnel de l'Union.

Revenons un instant au «fossé actuel en matière de droits de l'homme» en matière de PESC. Les commentateurs ont condamné l'avis 2/13 en déclarant qu'une adhésion aux termes de l'avis de la CJUE ne méritait pas d'être poursuivie[2117].

Toutefois, l'écart en matière de droits de l'homme et les préoccupations de la Cour pourraient être réglés assez confortablement en accordant à la CJUE la compétence pour tout ce qui, lors de son adhésion, pourrait être soumis à la cour de Strasbourg. Tout le monde gagnerait en conséquence.

Ce changement ne nécessiterait aucune implication des membres du Conseil de l'Europe ne faisant pas partie de l'Union européenne, ce qui signifie, de la manière la plus concrète, qu'il ne s'agirait pas d'une réouverture des négociations avec la Russie.

En outre, du point de vue des droits de l'homme, rien n'est gagné en permettant à la Cour EDH de statuer sur des violations de la PESC par la Convention tout en se soustrayant à la compétence de la CJUE pour contrôler leur compatibilité avec la Charte et, conformément au droit de l'Union, à la Convention. . Et si la *realpolitik* n'est que la seule explication de ce

---

[2116] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N°1, 2015, p. 137.

[2117] S. Douglas-Scott, Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas Bombshell From the European Court of Justice, U.K. CONST. L. BLOG (24 déc. 2014), http:// ukconstitutionallaw.org

résultat, il s'agit d'une justification assez faible pour une cour constitutionnelle telle que la CJUE[2118].

SECTION II. Le principe de confiance mutuelle et l'ELSJ.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) vise à assurer la libre circulation des personnes et à offrir un niveau élevé de protection aux citoyens. Il englobe plusieurs domaines politiques, notamment la gestion des frontières extérieures de l'Union ou encore la coopération judiciaire en matière civile et pénale, les politiques d'asile et d'immigration, la coopération politique et la lutte contre la criminalité (terrorisme, criminalité organisée, traite des êtres humains, drogue etc.)[2119]

La Convention européenne qui a rédigé le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, les disposition duquel ont été repris par le traité de Lisbonne, pour l'essentiel dans ce domaine, a accordé une grande importance à l'ELSJ, auquel un groupe de travail a été consacré.

Les orientations politiques présidant à la construction de cet espace ont été définies par le Conseil européen de Tampere, les 15 et 16 octobre 1999. Ce programme de Tampere a été actualisé avec l'adoption du programme pluriannuel de la Haye par le Conseil européen de Bruxelles, les 4 et 5 novembre 2004.

Le programme de Stockholm définit les orientations stratégiques pour l'ELSJ pour la période 2010-2014. Les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans cet espace seront désormais définies par le Conseil européen. Le programme de Stockholm est le troisième programme pluriannuel, après ceux de Tampere et de la Haye.

Le programme s'organise autour de quatre grandes priorités donnant lieu à des propositions concrètes pour rendre plus effectifs et tangibles aux yeux des citoyens les bénéfices d'un ELSJ : une Europe des droits, une Europe de la Justice ; une Europe qui protège ; une Europe solidaire. Son but est de promouvoir la citoyenneté et les droits fondamentaux . Le respect de la personne et de la dignité humaine ainsi que des autres droits énoncés dans la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) constitue une valeur essentielle. La réalisation d'un ELSJ doit être approfondie afin de dépasser la fragmentation actuelle. En priorité, il s'agit de mettre en place des mécanismes pour faciliter l'accès à la justice afin que les citoyens puissent

[2118] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N°1, 2015, p. 138.

[2119] Voir définition sur: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_fr.htm

faire valoir leurs droits partout dans l'Union. Il faudra aussi renforcer la coopération entre les professionnels de la justice, améliorer leur formation et mobiliser des moyens pour supprimer les entraves à la reconnaissance des actes juridiques dans d'autres États membres.

Maintenant , pour avoir un point de vue plus clair sur la complexité de la question liée à l'ELSJ et notamment le principe de confiance mutuelle on va étudier les changement apportées par le Traité de Lisbonne dans ce domaine (1) et puis le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciaires au sein de l'ESLJ. (2)

1§. Les changements apportés par le traité de Lisbonne au sein de l'ELSJ.

Dorénavant, l'ELSJ est régi par les règles applicables à l'ensemble du droit de l'Union européenne.

Le traité de Lisbonne abolit la structure en piliers de l'UE qui prévalait jusqu'à présent .Les matières qui relevaient précédemment du troisième pilier, telles que la coopération judicaire en matière pénale et la coopération policière sont régis par le même type de règles que celles relevant du marché unique. Le titre V du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) contient l'ensemble des dispositions applicables à l'ELSJ :

- la création d'un régime européen commun d'asile
- l'extension de la procédure législative ordinaire en matière d'immigration légale, ainsi qu'à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, sous réserve de l'introduction d'un mécanisme baptisé « frein-accélateur. »
- la perspective d'une police européenne des frontières et d'un parquet européen
- la consécration du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciares
- le renforcement d'Eurojust et d'Europol.

Dorénavant, l'ELSJ est régi par les règles applicables à l'ensemble du droit de l'Union européenne.

Les compétences de la CJUE étaient limités dans le cadre du titre IV de la 3ème partie du TCE (visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes) et aussi dans le cadre de l'ex-troisième pilier (titre VI TCE). Mais la suppression des piliers n'exclut pas le maintien de certaines spécificités institutionnelles propres à quelques secteurs. Le traité de Lisbonne a supprimé ces limitations de la

compétence de la CJUE, à part la coopération policière et judiciaire en matière pénale, afin de tenir compte de la nature particulière de ces matières, qui touchent au cœur de la souveraineté des États. Dans ces domaines la Cour ne pourra statuer sur la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ou en matière de maintien de l'ordre public ou de sauvegarde de la sécurité intérieure (art.276 TFUE). Cette question a été déjà abondamment mise en évidence par la doctrine, parce que c'est un sujet qui est très sensibles pour les droits et libertés fondamentales des citoyens et a fait l'objet de critiques abondantes[2120]. Cette extension des compétences de la Cour a amené à la mise en place de procédures accélérées pour le traitement des questions préjudicielles concernant l'ESLJ. Le traité de Lisbonne précise dans ce point que la Cour devra statuer dans les plus brefs délais lorsque l'affaire fait l'objet d'un renvoi préjudiciel, qui concerne une personne détenue (art.276 TFUE). La Cour de justice a déjà mis en place une procédure préjudicielle d'urgence, applicable depuis le 1er mars 2008 aux renvois relatifs à l'ELSJ lorsque la réponse à la question soulevée concerne, par exemple, une personne détenue ou un litige relatif à l'autorité parentale ou à la garde d'enfants. [2121]

Les innovations apportées par le traité de Lisbonne peuvent être déclinées dans les différentes domaines couverts par l'ELSJ : les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et a l'immigration, la coopération judiciaire en matière civile ; la coopération judiciaire en matière pénale ; la coopération policière.

De façon générale, on peut constater plusieurs modifications institutionnelles : la procédure de codécision impliquant le Parlement européen (PE) et le vote à la majorité qualifiée au Conseil avec droit d'initiative de la Commission sont largement généralisés dans le cadre de la procédure législative ordinaire au lieu notamment de la règle de l'unanimité qui avait cours auparavant. Le fait que le PE devienne co-législateur permet de replacer le citoyen au cœur du processus décisionnel et de mettre l'accent sur le volet « droits fondamentaux » dans ces domaines aussi sensibles que la protection des données par exemple.

Dans l'ESLJ ce qui prend le plus d'importance notamment c'est la consécration du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciaires (A) et la création d'un régime européen commun d'asile. (B).

[2120] E.Bribosia, L'avenir de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne , in Gènese et destinée de la Constitution européenne, G.Amato, H.Bribosia, B. de Witte (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p.1023

[2121] J.O.U.E,n° L 24, 29.01.2008, Modifications du règlement de procédure de la Cour de Justice, p.39

A. La consécration du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciaires.

Le traité de Lisbonne pose le principe de la création d'un ELSJ dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. Pour compenser, un mécanisme d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre par les autorités des États membres des politiques de l'Union dans le domaine de la justice et des affaires intérieures est instauré, en particulier pour vérifier la pleine application du principe de la reconnaissance mutuelle. Dans le domaine du droit pénal matériel, comme pour les mesures prises dans le domaine civil, le TFUE pose le principe de la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires. Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaire est prévu par l'art. 81, §1, TFUE, conformément à la recommandation du groupe de travail de la Convention consacré à l'ELSJ. Ce principe, fondé sur la confiance mutuelle que s'accordent les États membres, signifie que ces décisions doivent être exécutée dans les autres États membres comme s'il agissait de décisions nationales. Au fondement de la notion de reconnaissance mutuelle se situe l'idée que les États membres de l'UE peuvent s'accorder entre eux une confiance réciproque. Cette confiance à son tour est fondée sur l'appartenance de l'ensemble de ces États à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), et donc sur l'existence de certains standards *minima* que tous ces États sont censés respecter.[2122] En d'autres termes, la qualité d'États parties à la CEDH impliquerait que puisse jouer entre eux un « principe d'équivalence », c'est-à-dire une présomption selon laquelle chacun de ces États respecte effectivement la CEDH, qu'il s'est engagé internationalement à respecter, ce qui dispenserait chacun des États de l'UE de vérifier, au cas par cas, si cette présomption est effectivement fondée dans les circonstances propres de l'espèce : il découlerait de ce principe d'équivalence que, dans le cadre des coopérations qu'il noue avec d'autres États, - que sa propre intervention se situe en amont ou en aval de l'intervention de l'un de ceux-ci, un État partie à la Convention devra exercer un contrôle moins exigeant sur la conformité des actes d'un autre État contractant à la CEDH que sur celle des actes d'un État tiers, non partie à la Convention.[2123] Mais à défaut d'une harmonisation des garanties que prévoit, au bénéfice de l'accusé, la procédure pénale de chaque État membre, les États offrant les garanties les plus fortes vont être tenus de

---

[2122] O. De Schutter et P.Nihoul, Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne, Larcier, Bruxelles, 2004, p.88

[2123] O.De Schutter, "L'espace de liberté, de securité et de justice et la responsabilité individuelle des États au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in, L'espace penal européen : enjeux et perspectives, G.de Kerchove et A.Weyembergh (dir) préf. A.Vitorino, , éd. de l'U.L.B,Bruxelles, 2002, p.203

coopérer avec les États offrant les garanties les plus faibles, ce qui peut amener dans l'ensemble, une réduction des droits de l'accusé.

Certes, ici encore, les États membres de l'UE étant soumis au respect de certains standards communs en raison des engagements internationaux auxquels ils ont souscrit, l'on pourrait miser sur la possibilité d'une reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale justifiée par l'existence de tels standards, dès lors qu'il reste loisible à chaque État lorsque celui-ci se situe manifestement en de-là de ces exigences sans pour autant, naturellement, qu'il revienne à chaque État membre de définir le niveau de ces exigences selon la conception qu'il se fait des garanties que doit offrir la procédure pénale. Mais l'on peut aussi vouloir saisir cette opportunité afin d'élever ces standards au niveau d'une meilleure protection des droits de l'accusée, et éviter ainsi que la coopération judiciaire en matière pénale repose exclusivement sur un seuil minimal de protection, obligeant les États garantissant un niveau de protection élevé à coopérer avec des États qui, tout en se tenant au-dessus de seuil minimal de protection, la garantissent à un niveau moindre. A l'argument selon lequel il convient d'éviter que les progrès de la coopération judiciaire en matière pénale aboutissent à une réduction du niveau moyen des protections qu'offrent les procédures pénales des États membres, la Commission européenne en ajoute un second dans l'introduction au Livre vert sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mise en cause dans ces procédures pénales dans l'UE, là où elle estime que : *« Les citoyens européens et les personnes résidant dans l'UE peuvent raisonnablement s'atteindre à bénéficier des mêmes garanties en matière de procédure pénale dans l'ensemble de l'UE*[2124]*. »* Dans le document de consultation préparatoire au Livre vert du 19 février 2003, diffusé début 2002, la Commission soulignait, de manière plus explicite encore que :

« pour faire naître la confiance et le respect mutuels qu'exige un véritable « espace de liberté, de sécurité et de justice », les normes de protection applicables aux aspects et aux personnes mises en cause dans ces procédures pénales doivent être suffisantes dans toute l'Union européenne. Les citoyens voyageant à l'étranger doivent pouvoir être certains que les normes en vigueur offrent une protection équivalente dans tous les États membres, de manière à ce que leur libre circulation ne soit pas entravée par la crainte d'être soumis à un système juridique appliquant des normes moins strictes[2125]*. »*

Ici encore apparaît la contribution que peut apporter l'harmonisation de la protection des droits fondamentaux au plan de l'ensemble des États membres de l'UE à la constitution

---

[2124] Livre vert de la Commission, "Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne", COMM(2003) 75 final, Bruxelles, 19.02.2003, p.11.

[2125] Document de consultation de la DG Justice et affaires intérieures, « Garanties procédurales accordées aux aspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales », para.I.

d'un espace unique entre ces États. L'identification des critères minimaux à appliquer dans l'UE sur des sujets tels que le droit à l'avocat, le droit à l'interprète, l'administration de la preuve, la détention provisoire ou les procédures *in absentia* – dès le moment où une personne devient suspecte sert à favoriser la lire circulation au sein de cet espace : l'effectivité de la liberté de circulation suppose que l'on puisse avoir la garantie, où que l'on choisisse de l'exercer, que certains normes minimales seront respectées. L'argument rappelle celui invoqué par l'Avocat général Jacobs qui estimait dans des conclusions de 1992 que le ressortissant communautaire qui exerce une liberté de circulation reconnue dans le traité *« n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'État d'accueil ; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté , il sera traité selon un code de valeurs fondamentales, en particuliers celles inscrites dans la CEDH*[2126]*. »*

Sur le fond, la coopération judiciaire en matière pénale est sensiblement renforcée à travers l'adoption de règles minimales définissant les infractions et les sanctions pour des crimes graves frontaliers définissent ou via le rapprochement des législations pénales nationales. L'extension des compétences de la CJUE constitue également un progrès important, qui renforcera les effets de la Charte des droits fondamentaux.

Durant les 5 années suivant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les restrictions aux compétences de la Cour de justice prévues à l'ex article 35 TUE ainsi que l'exclusion de toute action en manquement sur l'initiative de la Commission continueront cependant a s'appliquer, sauf pour les actes de l'ex-3ème pilier (décisons-cadre, décisions et conventions) qui auront été transformé en règlements et directives[2127]. Les moyens opérationnels de l'UE sont renforcés à travers Eurojust et la possibilité de mettre en place un parquet européen. D'abord, les missions opérationnelles d'Eurojust sont potentiellement élargis et pourront comprendre le déclenchement d'enquêtes pénales (en tenant dûment compte des règles et pratiques nationales), ainsi que la coordination des enquêtes et des poursuites conduites par les autorités compétentes. Les mesures prises dans ces domaines, selon la procédure législative ordinaire, pourront prévoir la participation du PE et les parlements nationaux aux évaluations d'Eurojust. Ensuite, le TFUE prévoit une base juridique pour la mise en place d'un parquet européen institué à partir d'Eurojust. Le champ de compétences du parquet est limité à la poursuite des auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. La décision sera prise par le Conseil votant à l'unanimité après approbation du PE. Toutefois, le Conseil européen peut, au moment où la

---

[2126] CJUE, 30 mars 1993, Konstantinidis c. Stadt Altensteig et Landratsamt Calw, aff. C-168/91, ECLI:EU:C:1993:115, point.46.

[2127] F.X Prillaud et D.Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, Paris, 2008, p.221.

décision portant création du parquet est adoptée ou ultérieurement, décider d'étendre sa compétence à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière. La création éventuelle d'un parquet européen à été l'un des sujets les plus controversés. Certains États membres, le Royaume-Uni et l'Irlande en particulier, y sont en effet opposés, parce qu'ils craignent que cette institution ne remette en cause leur tradition juridique accusatoire, qui n'implique pas l'existence d'un ministère public[2128].

L'art.86 TFUE n'institue pas le parquet européen, mais autorise simplement le Conseil, à l'unanimité, à adopter un règlement en ce sens. L'unanimité constituant, sur un tel sujet, un obstacle difficilement surmontable dans une Europe à 27 et au-delà, un mécanisme de « frein-accélateur » a été introduit par la CIG 2007. En l'absence d'unanimité, un groupe de neuf État membres peut demander à ce que le Conseil européen soit saisi de la question. Si le Conseil européen peut déclencher une coopération renforcé en vue de mettre en place un parquet européen, l'autorisation de déclencher cette coopération est comme en matière d'harmonisation du droit pénal matériel et procédural (art.82 et 83 TFUE), automatiquement accordée.

Les pouvoirs de ce parquet européen seraient, si le Conseil décidait de la créer, importants. Il pourra rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des crimes relevant de sa compétence, et exercera l'action publique relative à ces infractions devant les juridictions des États membres. La référence faite à Europol ouvre la possibilité que les activités de l'Office européen de police soient placées sous le contrôle du parquet européen, conformément au modèle existant dans beaucoup d'États membres, où l'activité policière est dirigée par le parquet. Et il ne sera compétent que pour les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Le Conseil européen pourra cependant étendre cette compétence, par une décision unanime, à d'autres crimes. Cette extension pourra être réalisée simultanément ou ultérieurement à la création du parquet.

Cette possibilité de créer un parquet européen ne s'accompagne pas, comme certains le souhaitaient, de la création d'une chambre préliminaire européenne, chargée de contrôler la phase préparatoire et du renvoi en jugement. Rattachée à la Cour de Justice, cette chambre préliminaire aurait ainsi exercé les fonctions de juge des libertés à l'échelle de l'espace judiciaire européen, sur le modèle de la chambre préliminaire mise en place pour la Cour pénale internationale. Il n'est pas non plus question, *a fortiori*, d'une éventuelle Cour pénale européenne ou de la création d'une chambre pénale au sein de la Cour de justice, même si cette idée a été défendue par un État membre (les Pays-Bas) au sein de la Convention[2129]. Ce sont en effet les juridictions nationales qui seront compétentes pour juger les auteurs des infractions visées.

[2128] La déclaration n°27 à l'acte final de la CIG précise qu'il devra être tenu compte des règles et pratiques nationales concernant le déclenchement d'enquêtes penales.

[2129] F.Priollaud et D.Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens, La documentation française, Paris, 2010,p. 224.

Par ailleurs, la compétence de la CJUE est étendue à l'ensemble de la matière à part certains aspects de la coopération policière. Le traité ménage plus de souplesse aux États membres qui souhaitent avancer à des vitesses différentes en fonction des sujets. Ainsi, les coopérations renforcées pourront s'appliquer à tous les domaines de compétence non exclusive de l'Union. Les modalités de ce mécanisme ont été assouplies : quel que soit le nombre d'États membres de l'Union, et sous réserve du respect de certaines conditions, une coopération renforcée sera possible dès lors qu'elle regroupe au moins neuf États membres. Les autres pays peuvent, au cours du processus législatif, ou lorsque celui-ci est finalisé, choisir de rejoindre les États membres de cette coopération renforcée[2130].

B. La création d'un régime européen commun d'asile.

Les domaines de compétences de l'Union sont étendus aux politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, puisque qu'est désormais prévue la mise en place d'un système intégré de gestion des frontières extérieures. En matière d'asile, le développement d'un système européen commun d'asile est consacré, ainsi que les mesures qui pourront être prises à cette fin, incluant notamment une nouvelle base juridique pour le partenariat et la coopération avec des pays tiers afin de gérer les flux de demandeurs d'asile. Traitée dans le cadre intergouvernemental jusqu'à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en 1999, cette manière était en partie une compétence communautaire, bien qu'elle présente encore des spécificités notables par rapport aux autres matières de l'ex premier pilier. La Communauté ne détenait pas pour autant une compétence exclusive dans ce domaine. Jusqu'à présent, seules les juridictions suprêmes, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel en droit interne, pouvaient effectuer un renvoi préjudiciel auprès de la CJUE. De plus la Cour de justice n'était pas compétente pour statuer sur les actes pris en matière de suppression des contrôles aux frontières intérieures lorsqu'ils portent sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. Ces restrictions à ça compétence de la CJUE qui étaient prévues à l'art. 68 TCE sont supprimées par le traité de Lisbonne. Ces limitations du contrôle juridictionnel étaient difficilement justifiables, dans une Union qui se veut une « Communauté de droit ». La CJUE a déjà mis en place une procédure préjudicielle d'urgence, applicable depuis le 1er mars 2008 aux renvois relatifs à l'ELSJ, lorsque la réponse à la question soulevée est déterminante pour le sort d'une personne détenue ou

[2130] J.Cordier,"L'Union européenne: un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens », Questions d'Europe n°156, Fondation Robert Schuman, 1 févr.2010, p.3

privée de sa liberté, par exemple[2131]. Ses initiatives devaient être justifiées au regard du principe de subsidiarité. Mais précisément, certaines de ces initiatives pouvaient se fonder sur le constat qu'à défaut d'une certaine harmonisation entre les États membres, des écarts entre les protections qu'ils offraient pourraient conduire à des distorsions, de manière telle que les choix de chaque État produisaient nécessairement des répercussions à l'égard de tous les autres États qui partageaient avec lui un même espace. Ainsi, l'élaboration de normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres était justifié comme suit dans l'Exposé des motifs que la Commission joint à la Proposition du directive du Conseil qu'elle a présentée dans ce domaine :

« Ces normes minimales communes contribueront à limiter les mouvements secondaires de demandeurs d'asile qui résultent des disparités de procédure entre les États membres. De cette façon, les demandeurs d'asile choisiront leur pays de destination pour des raisons qui tiendront moins aux règles et aux pratiques procédurales que cela n'a été le cas jusqu'à présent. L'absence persistante de normes sur la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié aurait un effet contraire sur l'efficacité des autres instruments prévus en matière d'asile. En revanche, dès lors que des normes minimales auront été établies, la mise en œuvre, entre autres, d'un système efficace pour la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile sera pleinement justifiée[2132]. »

Pour le même motif celui de l'interdépendance des États dans le mise en œuvre des droits fondamentaux, dès lors que ces États partagent un même espace au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée, une réflexion sur les objectifs qui doivent être poursuivis à l'échelle de l'Union peut appeler une observation mutuelle des pratiques suivies par les États dans le domaine, lui aussi partagé entre l'Union et ses États membre, de l'immigration[2133]. Concernant la jurisprudence de la CJUE dans un domaine sensible aux États membres comme l'asile et l'espace Schengen on peut citer différents arrêts :

Le 8 mars 2011, la Cour de justice a rendu un arrêt important relatif au droit de séjour et au droit de travail de ressortissants de pays tiers à l'Union européenne, parents d'enfants citoyens de l'Union[2134]. En 1999, des ressortissants colombiens avaient fui la Colombie

---

[2131] J.O.U.E, n° L 24,29.01.2008, Modifications du règlement de procédure de la Cour de Justice,p.39

[2132] J.O.U.E, n° C 62, 27 Févr. 2001 Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugiés dans les États membres (Com(2000)578 final,) , p. 231

[2133] Communication de la Commission du Conseil et du Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM(2001)287 final, 18 juill.2001.

[2134]CJUE, 08 mars 2011, Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi, aff. C 34-09, ECLI:EU:C:2011:124.

pour la Belgique. Le statut de réfugié ne leur avait pas été accordé par l'État belge. Ils avaient demandé une régularisation de leur séjour ainsi que, pour le mari, un permis de travail, ce qui leur avait été également refusé.

Toutefois, plusieurs autorisations de séjour provisoire leur avaient permis de rester en Belgique, où ils avaient eu deux enfants qui avaient acquis la nationalité belge. Le père avait travaillé puis perdu son travail, faute de permis de travail. En dernier lieu, devant le refus des autorités de lui verser des allocations chômage, il avait agi en justice afin d'en demander le paiement.

Saisi de cette demande, le Tribunal du travail de Bruxelles avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice qui, en un mot, consistait à savoir si les parents chiliens pouvaient se prévaloir d'un droit de séjour et d'un permis de travail du fait de la citoyenneté européenne de leurs enfants.

La Cour de justice apporte une réponse positive à cette question, sur le fondement de l'article 20 TFUE qui institue la citoyenneté européenne et confère aux citoyens de l'Union notamment un droit de circulation et de séjour.

Elle considère que *"L'article 20 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre, d'une part, refuse à un ressortissant d'un État tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union, le séjour dans l'État membre de résidence de ces derniers et dont ils ont la nationalité et, d'autre part, refuse audit ressortissant d'un État tiers un permis de travail, dans la mesure où de telles décisions priveraient lesdits enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union."*

Par son arrêt, la Cour admet qu'un ressortissant d'un Etat tiers puisse bénéficier des droits attachés à la qualité de citoyen de l'Union européenne, alors même que la situation n'était pas intracommunautaire. Pourtant, tous les gouvernements intervenus à la procédure avaient conclu que la situation de la famille ne relevait pas des libertés de circulation et de séjour garanties par le droit de l'Union. Cette position était fondée sur la jurisprudence de la Cour de Justice qui admettait traditionnellement que le ressortissant d'un Etat tiers ne pouvait se prévaloir de droits que dans l'hypothèse d'une situation intracommunautaire, c'est à dire lorsque la personne concernée se trouvait dans une situation impliquant au moins deux États de l'Union européenne ou, autrement dit, en présence de ce que l'on appelle parfois aujourd'hui un élément "transfrontière".

Tel était, par exemple, le cas dans l'arrêt Zhu et Chen[2135]. Mme Chen, de nationalité chinoise, avait accouché en Irlande du Nord. Grâce à sa naissance dans cette partie du Royaume Uni, sa fille, Catherine, avait acquis la nationalité irlandaise (en vertu d'une loi

[2135] CJUE,19 octobre 2004 , Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department, aff. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

de 1956 sur la nationalité et la citoyenneté irlandaise admettant que toute personne née sur l'île d'Irlande, y compris celle née en Irlande du Nord, obtenait la nationalité Irlandaise). Madame Cheng avait ensuite demandé un droit de séjour de longue durée, sans succès, au Royaume Uni. Saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice avait alors considéré qu'il *"n'appartient pas à un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité* [2136]" mais que " *tel serait précisément le cas si le Royaume Uni était en droit de refuser aux ressortissants d'autres États membres tels que Catherine le bénéfice d'une liberté fondamentale garantie par le droit communautaire au seul motif que l'acquisition de la nationalité d'un État membre viserait en réalité à procurer un droit de séjour en vertu du droit communautaire à un ressortissant d'un État tiers"*. En l'espèce, la situation était bien "intra communautaire" puisqu'elle concernait deux Etats membres, le Royaume Uni et l'Irlande. En revanche, dans l'affaire Ruiz Zambrano, la situation ne concernait que la Belgique puisque les enfants de nationalité belge résidaient en Belgique avec leurs parents. Il n'y avait donc en l'espèce aucun élément "transfrontière". Malgré tout, la Cour a décidé d'accorder le bénéfice de certains droits de l'Union européenne aux parents des enfants.

L'arrêt est fondé sur l'idée que "le statut de citoyen de l'Union a vocation à être fondamental des ressortissants des Etats membres". La Cour décide que *" l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union"*. Selon elle : *"Le refus de séjour opposé à une personne, ressortissant d'un État tiers, dans l'État membre où résident ses enfants en bas âge, ressortissants dudit État membre, dont elle assume la charge ainsi que le refus d'octroyer à cette personne un permis de travail auront un tel effet"*. Plus précisément, elle considère *"qu'un tel refus de séjour aura pour conséquence que lesdits enfants, citoyens de l'Union, se verront obligés de quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents. De la même manière, si un permis de travail n'est pas octroyé à une telle personne, celle ci risque de ne pas disposer de ressources nécessaires pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille, ce qui aurait également pour conséquence que ses enfants, citoyens de l'Union, se verraient obligés de quitter le territoire de celle-ci. Dans de telles conditions, lesdits citoyens de l'Union seront, de fait, dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union."* Le statut de citoyen de l'Union reste à préciser. Il n'est pas difficile d'imaginer qu'il sera, notamment sur le plan familial, source de discussions importantes. L'arrêt Zambrano facilite l'installation dans l'Union européenne de ressortissants d'un Etat tiers à celle ci. Dès lors que leurs enfants obtiennent

---

[2136] Voir, notam, arrêts CJUE. 07 juillet 1992, Micheletti e.a. c. Delegación del Gobierno en Cantabria, aff. C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295 ,point 10, et CJUE, 02 octobre .2003, Garcia Avello c. État belge, aff.C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, point 28

la nationalité de l'un des États membres, elle leur permet d'obtenir plus facilement un droit de séjour dans cet État membre. Il y a lieu de penser qu'au delà du séjour, ces ressortissants peuvent mettre en œuvre toute liberté pour subvenir à leurs propres besoins et aux besoins de leur famille. C'est évidemment le cas de la libre circulation du travail dont il était question dans l'arrêt. Mais la motivation générale de la Cour laisse penser que le ressortissant d'un État tiers peut bénéficier à cette fin de toute autre liberté conférée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en particulier du droit d'établissement et de la libre prestation. Cependant, l'arrêt laisse ouvertes de nombreuses questions. Ainsi, quelle sera la durée des droits consentis ? L'on pourrait penser que l'extension de droits sera restreinte au temps pendant lequel l'enfant dépend financièrement de ses parents. Mais peut-on imaginer qu'au bout d'une vingtaine d'années, les parents étrangers soient reconduits à la frontière tandis que leurs enfants européens resteront en Europe, parfois avec leurs propres enfants, qui n'auraient alors pas droit à leurs grands-parents ?

A l'évidence, le mandat d'arrêt européen est un sujet d'actualité, qui retient les attentions du législateur européen, des États, des juges nationaux, y compris les cours constitutionnelles, auxquelles il arrive de se montrer réticent à son endroit, ou encore de la Cour de Justice, laquelle a rendu deux arrêts importants à son sujet au cours du seul été 2008[2137]. L'objectif de cet instrument est de permettre la libre circulation des décisions judiciaires pénales, ce qui est audacieux dans un domaine particulièrement régalien. Au climat de méfiance qu'inspirait le régime de l'extradition, le mandat d'arrêt européen tente en effet de substituer un climat de confiance, même si certaines transpositions nationales restent infidèles au texte de la décision-cadre. Au regard de l'extradition, le mandat d'arrêt européen procède, d'abord, à un changement sémantique : État d'émission et État d'exécution. Il existe entre eux, ensuite, une différence de nature puisque l'extradition était une décision politique, alors que le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire. En outre, les motifs de refus d'un mandat d'arrêt européen sont limités; notamment, ils ne peuvent plus porter sur la nationalité ou sur des motifs politiques. Par ailleurs, trente-deux infractions sont ciblées par le mandat d'arrêt européen, mettant fin au délicat problème de la double incrimination.

Dans l'arrêt *Kozlowski*[2138], la Cour fournit des indications importantes pour l'interprétation de la décision sur le mandat d'arrêt européen. Depuis mai 2006 M. Kozłowski purge une peine d'emprisonnement en Allemagne, suite à sa condamnation par un tribunal allemand pour une série de délits commis en Allemagne. En 2002 M. Kozłowski avait été condamné à une peine d'emprisonnement par un tribunal polonais pour un délit commis en Pologne, cette peine – devenue définitive - n'a pas encore été exécutée. Ainsi, en avril 2007

[2137] CJUE, 17 juillet 2008, Kozlowski, aff. C-66-08, ECLI:EU:C:2008:437 et CJUE, 12 aout 2008, Santesteban Goicoechea, aff. C-296/08 ,ECLI:EU:C:2008:457.

[2138] CJCE, 17 juillet 2008, Kozlowski, aff. C-66-08, ECLI:EU:C:2008:437

l'autorité judiciaire compétente polonaise a demandé à l'Allemagne, par un mandat d'arrêt européen, la remise de M. Kozłowski aux fins de l'exécution de cette peine d'emprisonnement. Entendu à ce sujet par le tribunal allemand compétent, M. Kozłowski a déclaré ne pas consentir à sa remise à l'autorité judiciaire polonaise. Saisi par l'autorité judiciaire d'exécution allemande de la question d'exécution de la demande polonaise, le *Oberlandesgericht Stuttgart* a posé à la Cour de Justice de questions portant sur l'interprétation de la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen. En particulier le juge de renvoi s'interroge sur la portée de l'article 4, point 6, qui prévoit que l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen délivré aux fins de l'exécution d'une peine, lorsque celui-ci concerne une personne qui «demeure dans l'État membre d'exécution, en est ressortissante ou y réside», et que cet État s'engage à faire exécuter cette peine conformément à son droit interne. Après avoir rappelé que les termes «demeure» et «réside» - qui déterminent le champ d'application de la disposition en cause - doivent faire l'objet d'une interprétation uniforme, la *Cour clarifie que le motif de non-exécution facultative lié au fait, pour la personne visée, de résider ou de demeurer dans l'État membre d'exécution a notamment pour but de permettre à l'autorité judiciaire d'exécution d'accorder une importance particulière à la possibilité d'accroître les chances de réinsertion sociale de cette personne à l'expiration de la peine à laquelle elle a été condamnée. Partant la disposition en cause concerne les situations dans lesquelles la personne visée soit a établi sa résidence réelle dans l'État membre d'exécution, soit a acquis, à la suite d'un séjour stable d'une certaine durée dans ce même État, des liens de rattachement avec ce dernier d'un degré similaire à ceux résultant d'une résidence.* Pour déterminer si, dans une situation concrète, il existe entre la personne visée et l'État membre d'exécution de tels liens, il faut effectuer une appréciation globale des éléments objectifs caractérisant la situation de cette personne et, notamment, la durée, la nature et les conditions du séjour de celle-ci ainsi que les liens familiaux et économiques qu'elle entretient avec cet État membre. La Cour précise néanmoins que le fait que cette personne n'a pas séjourné de manière ininterrompue dans l'État membre d'exécution ou le fait qu'elle ne séjourne pas dans cet État conformément à la législation nationale relative à l'entrée et au séjour des étrangers ne permettent pas à eux seuls de conclure que cette personne ne «demeure» pas dans cet État membre. *Par ailleurs, ni le fait que cette personne commet habituellement des infractions dans l'État membre d'exécution ni le fait qu'elle y est placée en détention aux fins de l'exécution d'une peine privative de liberté, ne constituent, pris isolement, des éléments pertinents à cet égard.*

Dans l'affaire *Wolzenbourg*[2139], la Cour était appelée à interpréter la décison-cadre sur le mandat d'arrêt européen et l'article 12 CE (principe de non-discrimination) par rapport à une législation hollandaise qui prévoyait une exception à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen lorsque le citoyen européen dont l'extradition est demandée a obtenu un droit de

---

[2139] CJUE, 6 octobre 2009 , Dominic Wolzenburg, aff. C- 123 / 08 , ECLI: ECLI:EU:C:2009:616

séjour à durée indéterminée. Tour d'abord, la Cour établit l'applicabilité de l'article 12 CE dans ce domaine. Ensuite, un État membre ne peut pas exiger qu'un citoyen européen ait une autorisation de séjour à durée indéterminée pour faire jouer cette exception. Enfin, l'article 12 CE ne s'oppose pas à une législation comme celle en cause *in casu* qui exige du citoyen qui réside dans l'État membre en vertu des droits qu'il tire de l'article 18 CE, un séjour d'au moins 5 ans sur le territoire de l'État concerné pour s'opposer à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen.

2 §. Les limites de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l' ELSJ.

L'idée derrière la protection résiduelle offerte par la CEDH, par le biais de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme, est que même dans les démocraties matures, la protection des droits fondamentaux peut présenter des ratés. La CEDH vise donc deux objectifs: premièrement, elle garantit le respect du minimum de droits fixé par le standard de la Convention, en corrigeant «l'erreur» commise au niveau national[2140]. Deuxièmement, la Cour européenne des droits de l'homme veille à ce que les préjugés culturels inhérents susceptibles d'entraîner une évaluation inappropriée des intérêts opposés soient traités. La CEDH introduit donc un élément de pluralisme dans l'évaluation de l'action de l'État afin de garantir que le discours majoritaire n'ait pas d'incidence excessive ou indue sur les droits des individus. C'est pour ces raisons que la CEDH revêt une importance cruciale non seulement pour les démocraties «plus jeunes», mais également pour les États qui jouissent d'un bilan sain en matière de protection des droits fondamentaux, qui sont dotés d'un système judiciaire pleinement indépendant et souvent aussi d'une cour constitutionnelle. Il est clair que ces considérations s'appliquent de la même manière, et peut-être même de manière plus urgente, à une démocratie imparfaite dotée d'un système judiciaire imparfait et dont les compétences s'étendent désormais à des domaines particulièrement sensibles au respect des droits fondamentaux (par exemple, droit pénal, droit d'asile, droit de l'immigration et sanctions contre les personnes).

Il est donc indifférent que les juridictions de l'UE protègent déjà des droits fondamentaux: la CEDH n'est pas destinée à assurer une protection primaire - c'est le rôle des juridictions nationales (et des juridictions de l'UE dans le contexte de l'UE). Plutôt, et cela semble être une nuance perdue dans la compréhension du système de la Convention par la CJUE, la CEDH fournit une protection résiduelle. S'il est certes vrai que, comme

---

[2140] E. Spaventa, A very fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, Maastricht Journal of European Comparative Law, 2015, Vol 22. N°1, p. 38.

tout autre acteur judiciaire, on peut être en désaccord avec son interprétation de droits donnés, sa fonction est unique et précieuse. Dans le contexte de l'UE, quelques exemples pourraient bien servir à illustrer les avantages du contrôle externe. Prenons par exemple trois domaines distincts: la structure institutionnelle de l'UE; droits fondamentaux vis-à-vis du parti pris d'intégration; et l'application des droits fondamentaux de l'UE au droit national. En ce qui concerne la structure institutionnelle de l'Union européenne, il suffit de rappeler le rôle de l'avocat général, qui a été mis en cause dans le litige Kaba. Dans l'affaire Kaba II, la juridiction de renvoi a posé la question de savoir si le fait que les parties ne pouvaient pas répondre à l'avis de l'avocat général soit compatible avec l'article 6 CEDH[2141]: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas tout à fait à cet égard claire car elle avait jugé que l'absence de duplique était compatible avec l'article 6 (1) CEDH dans certains cas mais pas dans d'autres[2142]. L'avocat général a rendu un avis très ferme en rejetant le défi et, compte tenu du parti pris évident, non pas du tout à fait convaincant[2143].

La Cour de justice a décidé d'inverser l'ordre des questions et ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de sa structure avec la CEDH, bien que cette question soit d'une pertinence absolue tant pour la procédure en cours que pour l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne. Il est clair que dans de tels cas et compte tenu du principe de base selon lequel personne (pas même un tribunal) ne devrait statuer sur ses propres affaires, un contrôle externe serait bénéfique pour l'UE et pour sa crédibilité.

En ce qui concerne le parti pris d'intégration, à savoir que des droits fondamentaux pourraient être sacrifiés sur l'autel d'intérêts prétendument supérieurs pour poursuivre et / ou renforcer l'intégration européenne, la nécessité d'un contrôle externe est d'autant plus

---

[2141] CJUE, 6 mars 2003, Kaba, aff. C-466/00, ECLI:EU:C:2003:127.

[2142] Voir: Cour-EDH, 20 février 1996, Vermeulen c. Belgique , Req. N° 19075/91 dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le fait que les parties ne puissent pas répondre aux conclusions de l'opinion du Procureur général (belge) dans une procédure devant la Cour de cassation portait atteinte au droit à une procédure contradictoire et donc à l'article 6 CEDH. Comparer avec Cour-EDH, 7 juin 2001, Kress c. France, Req n ° 39594/98, sur le fCommissaire du Gouvernement en France (dont le rôle est similaire à celui de l'avocat général). En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le fait que les parties ne soient pas informées à l'avance des communications du Commissaire du Gouvernement et qu'elles ne pouvaient pas y répondre ne constituait pas une violation de l'article 6. La CEDH a souligné que: i) elle était ouverte aux parties de demander au GC d'indiquer la teneur générale de ses conclusions; ii) qu'il était loisible aux parties de répondre au GC par le biais d'un mémorandum pour les délibérations (par. 76). Considérez que dans le cas de l'avis de l' AG, cela n'est pas possible.

[2143] CJUE, 11 juillet 2002, Conclusions de l'AG Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, Kaba aff. C-466/00, EU:C:2002:447, L'avocat général a lancé une vive critique de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire , Kress c. France.

nécessaire que l'UE légifère droit pénal, droit d'asile et droit de l'immigration. Prenons ici la réticence de la Cour de justice à souscrire aux réserves exprimées par les juridictions nationales quant à la compatibilité du mandat d'arrêt européen avec les droits fondamentaux[2144] ou sa croyance quasi-religieuse dans la pertinence, du point de vue des droits fondamentaux, des 28 systèmes juridiques nationaux,[2145] ou sa jurisprudence variable sur la mesure dans laquelle les autorités nationales, y compris les tribunaux, sont liés par la Charte lors de l'application du droit de l'UE[2146].

Par exemple, lorsque les droits fondamentaux agissent en tant que substituts du renforcement de l'intégration, la Cour semble assez désireuse d'imposer aux juridictions nationales l'obligation d'appliquer les droits fondamentaux de l'Union européenne aux actes des institutions nationales: tel était le cas dans l'arrêt *Carpenter,* où un lien assez éloigné avec la libre circulation des services a joué un rôle déterminant dans l'imposition des droits fondamentaux de l'Union européenne aux autorités nationales[2147]; ou *Åkerberg Fransson* où un lien distant entre la législation à l'examen et la loi sur le marché intérieur était suffisant pour imposer à la juridiction nationale l'application des droits fondamentaux de l'Union[2148]. D'autre part, lorsque l'application des droits fondamentaux de l'Union entrave le bon fonctionnement du régime de l'Union, comme dans le cas des règlements Dublin II et Bruxelles II[2149], ou du mandat d'arrêt européen[2150], ensuite, les cours

---

[2144] CJUE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, aff. C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261; CJUE, 26 février 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

[2145] CJUE, 21 décembre 2011, N. S. e.a., aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

[2146] CJUE, 5 octobre 2010, MCB., aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582; CJUE, 21 décembre 2011, N. S. e.a., aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

[2147] CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434.

[2148] CJUE, 7 mai 2013., Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

[2149] Règlement 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, [2013] JO L 180/31 (règlement Dublin II - ancien règlement 343/2003 - tel que modifié également pour tenir compte de l'arrêt N.S; Règlement (CE) n ° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, [2003] JO L 338/1 (règlement Bruxelles II).

[2150] Décision-cadre 2002/584 / JAI du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, [2002] JO L 190/1, version consolidée du 28 mars 2009 (mandat d'arrêt européen).

nationales d'exécution, même si elles *«mettent en œuvre»* le droit de l'UE, ne peuvent pas appliquer les droits fondamentaux de l'UE[2151].

Enfin, l'élargissement de la portée des droits fondamentaux de l'UE à un nombre croissant de domaines du droit national renforce clairement la nécessité d'une adhésion. Il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence de la CJUE, une fois qu'un domaine politique est concerné par le droit de l'Union, les juridictions nationales pourraient ne plus être en mesure d'appliquer leur norme nationale de protection des droits fondamentaux. C'est le cas même lorsque le lien entre le droit de l'Union et le droit national est distant, comme ce fut le cas dans *Åkerberg Fransson*[2152], ou uniquement à la suite de l'exercice d'une disposition relative à la libre circulation, comme dans *Schmidberger*[2153], *Viking*[2154] et *Laval*[2155]. Une fois que la Cour de justice a décidé que l'affaire relevait du droit de l'Union européenne, elle a acquis le monopole herméneutique sur la recherche de l'équilibre entre des droits et des intérêts opposés. Cela signifie à son tour que les individus ne sont plus protégés par leurs droits fondamentaux (constitutionnels) nationaux et que, en l'absence d'adhésion, ils ne sont plus protégés par la CEDH. De même, lorsque l'UE décide de légiférer et manque de pouvoir d'application, elle transfère non seulement l'évaluation du respect des droits fondamentaux des cours nationales aux juridictions européennes, mais elle soustrait également, du moins en théorie, cette même évaluation du contrôle de la Cour-EDH[2156]. Compte tenu de la suppression des piliers de la coopération en matière pénale, cela est d'autant plus préoccupant qu'il pourrait en résulter une réduction importante de la protection des droits fondamentaux des citoyens de l'Union (voir, par exemple, Melloni).

[2151] CJUE, 5 octobre 2010, MCB., aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582; (bien que, dans cette affaire, la Cour de justice ait évalué indirectement la compatibilité de la disposition nationale en question avec les droits fondamentaux).

[2152] CJUE, 7 mai 2013., Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

[2153] CJUE, 12 juin 2003, Schmidberger, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333

[2154] CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti., aff. C-438/05 ,ECLI:EU:C:2007:772

[2155] CJUE, 18 décembre 2007, Laval un Partneri, aff. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

[2156] En outre, on peut parfois se demander si la décision d'agir par l'intermédiaire de l'UE plutôt que par une action nationale n'est pas déterminante pour éviter les garanties relatives aux droits fondamentaux. Par exemple. le système de listes terroristes de l'UE, dans lequel le Conseil a opté pour un instrument du 3e pilier (positions communes) alors totalement exclu de la compétence de la Cour. Voir, d'une manière générale, E. Spaventa, 'Remembrance of Principles Lost: on Fundamental Rights, the Third Pillar and the Scope of Union Law', 25 Yearbook of European Law (2006), p. 153–176.

Un élément nouveau que le Cour développe depuis les arrêts *Melloni* et *N.S,* d'une manière plus générale encore dans son avis 2/13 comme prémisse fondamentale » et principe fondamental de l'Union, c'est une principe de caractère horizontal qui vise désormais les relations entre les ordres juridiques et constitutionnels des EM: le principe de la confiance mutuelle[2157].

Dans son avis 2/13, et peut-être plus inquiétant encore, la Cour demande que tout projet d'accord prévoie une sorte d 'exceptionnalisme de la part de l'UE, c'est-à-dire un traitement spécial pour l'UE. La Cour est préoccupée par la législation adoptée dans le cadre de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice; et son propre manque de compétence dans la politique étrangère et de sécurité commune.

Deuxième problème, la Cour voit dans le projet d'accord un danger pour l'autonomie du droit de l'UE, car elle pourrait porter atteinte au principe de confiance mutuelle entre les États membres en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux, ce qui est particulièrement important dans l'Espace de Liberté , Sécurité et Justice[2158]. Le projet d'accord prévoit, selon la Cour, l'obligation pour les États membres de contrôler le respect de tous les autres États parties, même s'ils sont des États membres de l'UE[2159]. À l'appuie de la thèse de la spécificité du système de l'Union, la Cour énonce qu' « une telle construction spécifique juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnait que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE et cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les EM dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les mets en ouvre.[2160] »

Il est intéressant d'examiner l'ESLJ au niveau du régime européen commun d'asile (A) et les difficultés rencontrées dans ce domaine avec la protection des droits fondamentaux dans le cadre du mandat d'arrêt européen. (2).

[2157] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1,p.51.

[2158] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

[2159] Idem. Point 194.

[2160] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1,p.51.

A. L'ESLJ et le régime européen commun d'asile.

Le principe de confiance mutuelle entre les États membres est essentiel dans le droit de l'Union: il permet de créer et de maintenir un espace sans frontières intérieures. Conformément à ce principe, notamment en ce qui concerne l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice, chacun de ces États, sauf circonstances exceptionnelles, doit considérer que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union, en particulier les droits fondamentaux reconnus par ce dernier. Il est ainsi exclu qu'un EM exige, de la part d'un autre État membre, un niveau de protection plus élevé que celui garanti par le droit de l'Union, mais aussi qu'un État membre exige, de la part d'un autre EM, un niveau de protection plus élevé que celui garanti par le droit de l'Union, mais aussi qu'un EM vérifie, sauf circonstances exceptionnelles, si cet autre EM a effectivement respecté, dans un cas concret, le droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union[2161]. Pour cette raison, la reconnaissance mutuelle dans le cadre de l'ELSJ doit obligatoirement être établie par le législateur européen dans des actes de droit dérivé, parce que toutes les restrictions des droits fondamentaux doivent être prévues par la loi. (art 52, §1, CHDF)[2162]. Selon la Cour de justice, l'approche du projet d'accord envisagé, qui consiste à traiter l'UE en tant qu'État et à lui donner un rôle identique à celui de toute autre partie contractante, méconnaît le caractère intrinsèque de l'UE et ne tient pas compte du fait que les États membres ont accepté, en raison de leur appartenance à l'Union européenne, que leurs relations en ce qui concerne les matières couvertes par le transfert de compétences des États membres vers l'Union européenne sont régies par le droit de l'Union l'exclusion, si le droit de l'Union l'exige, de toute autre loi[2163]. Cette distinction est importante quant aux relations « intérieures » entre les EM, réglées par le droit de l'Union, contrairement aux relations « extérieures » entre les EM et d'autres États qui sont Parties contractantes de la CEDH[2164]. La CEDH obligerait les États membres de l'UE, dans leurs relations mutuelles, à vérifier si un autre État membre a respecté les droits fondamentaux, alors même que le droit de l'Union impose une obligation de confiance mutuelle entre ces États membres.

[2161] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Rev. Europe, Février 2015, p. 6.

[2162]M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.101.

[2163] A. Mohay, Back to the drawing board? Opinion 2/13 of the Court of justice on the Accession of the EU to the ECHR-Case note, Pécs International and European Law-2015/1, p. 31.

[2164] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1,p.54.

L'adhésion risque donc de «bouleverser l'équilibre sous-jacent» de l'UE et de saper l'autonomie du droit de l'Union. Le projet d'accord ne contient aucune disposition permettant d'éviter de tels développements.

En effet, on peut considérer que la vérification mutuelle du respect des droits fondamentaux au regard de la CEDH porte atteinte au principe de confiance mutuelle. Toutefois, la jurisprudence de la Cour ne dit pas que l'obligation en cause lie déjà les États membres de l'Union européenne. En outre, un argument plus conciliant aurait pu être avancé à ce stade[2165]. Le contrôle mutuel du respect des droits fondamentaux est généralement requis dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle des violations graves des droits de la CEDH seraient causées par la remise de personnes dans un autre État - par exemple. dans le cadre du système de Dublin[2166]. Toutefois, une dérogation au principe de confiance mutuelle dans le droit de l'Union européenne n'est généralement autorisée que dans des circonstances exceptionnelles, ce qui suppose une violation plus grave et plus systématique des droits consacrés dans la Convention. Il est déplorable que la Cour ne reconnaisse que la divergence des normes en la matière comme un problème sans chercher à aligner le droit de l'Union sur le niveau de protection plus élevé prévu par la CEDH. Elle a ainsi maintenu le principe de la confiance mutuelle pratiquement à tout prix[2167].

La CJUE a souligné l'importance du principe de confiance mutuelle entre les États membres, qui dénonce le concept selon lequel, dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice, la coopération entre États en matière pénale et civile repose sur la présomption que tous Les États membres protègent pleinement les droits fondamentaux[2168]. Cela implique que les États membres ne peuvent pas exiger les uns des autres un niveau de protection fondamental supérieur à celui prévu par le droit de l'Union. Étant donné que l'accord d'adhésion considère l'UE comme toute autre partie contractante et par conséquent identique à un État, la CJUE a toutefois estimé que l'accord d'adhésion ne tenait pas

---

[2165] S. Reitemeyer et B. Pirker, Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR-One step ahead and two steps back. European Law Blog, 31 mars 2015

[2166] Cour-EDH, 4 novembre 2014, Tarakhel c. Suisse, Req; N°. 29217/12

[2167] S. Reitemeyer et B. Pirker, Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR-One step ahead and two steps back. European Law Blog, 31 mars 2015. http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/

[2168] V. Mitsilegas, The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter- State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, Yearbook of European Law, 31, 2012,p. 319.

compte du fait que les domaines relevant du droit de l'Union sont régis par le seul droit de l'Union, à savoir à l'exclusion de toute autre loi. Pour la CJUE, la confiance entre EM doit être entendue comme le fondement de l'interdépendance particulière entre les EM et leurs citoyens dans un marché intérieur et dans un espace de liberté, de sécurité et de justice dont l'établissement n'est pas seulement un objectif fondamental des Traités mais, comme le souligne la Cour de justice, en résumé, pour la réalisation du processus d'intégration, la raison d'être de l'Union elle-même[2169]. Mais la Cour européenne des droits de l'homme exigerait que l'Union européenne et les États membres soient des parties contractantes non seulement dans leurs relations avec les parties contractantes extérieures à l'UE, mais également dans leurs relations réciproques[2170]. Cela impliquerait, dans le cadre du droit de l'Union, que les États membres vérifient si un autre État membre protège effectivement des droits fondamentaux - en violation du principe de confiance mutuelle. Aux yeux de la CJUE, cela bouleverserait l'équilibre sous-jacent de l'Union et minerait son autonomie juridique[2171]. L'autorité du droit de l'Union sur les droits nationaux se justifie en dernier ressort pour la nécessité d'assurer le respect des instruments de confiance mutuelle qui assurent le décloisonnement des droits nationaux et leur progressive interdépendance et afin de créer un espace unifié, l'intégration consiste à ouvrir les systèmes nationaux les uns aux autres en posant des règles et des mécanismes de reconnaissance, d'équivalence et ultimement de confiance transnationale[2172].

En ce qui concerne l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice, la Cour se prononce comme suit: l'UE repose sur la confiance mutuelle entre les États membres; dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, cela signifie que les États membres (sauf dans des cas exceptionnels) doivent considérer que leurs contreparties respectent les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union. En conséquence, les États membres peuvent être tenus non seulement de présumer le respect des règles, mais également d'éviter de vérifier dans des cas spécifiques si les droits fondamentaux garantis par l'UE ont bien été respectés[2173]. La Cour a ensuite poursuivi:

[2169] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1,p.55.

[2170] P. Gragl, The reasonableness of Jealosy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, European Yearbook on Human Rights. Jahrbuch Human Rights, 2015, p. 29

[2171] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 191-195.

[2172]E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1, p. 93.

[2173] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 192.

Or, l'approche retenue dans le cadre de l'accord envisagé, consistant à assimiler l'Union à un État et à réserver à cette dernière un rôle en tout point identique à celui de toute autre Partie contractante, méconnaît précisément la nature intrinsèque de l'Union et, en particulier, omet de prendre en considération la circonstance que les États membres, en raison de leur appartenance à l'Union, ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet du transfert de compétences des États membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit[2174].

Dans la mesure où l'adhésion exigerait des États membres qu'ils vérifient qu'un autre État membre respecte les droits fondamentaux même lorsque "*le droit de l'Union impose une obligation de confiance mutuelle", "l'adhésion risque de compromettre l'équilibre sous-jacent de l'UE et de porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union*[2175]*"*. Le système de Dublin, instauré par une convention signée en 1990 dans la ville dont elle porte le nom, attribue la responsabilité de l'examen des demandes d'asile déposées par les ressortissants de pays tiers dans l'UE,, de manière à ce qu'un seul État ait en principe le droit d'examiner chaque demande d'asile présentée sur le territoire de l'Union européenne. Poursuivant l'harmonisation des politiques d'asile des États membres, le traité d'Amsterdam a conféré à la Communauté européenne (article 63 CE et maintenant article 78 du TFUE) le pouvoir d'adopter des mesures supplémentaires en vue de la mise en place d'un régime commun européen d'asile (RAEC). Sur cette base, la convention de Dublin a été remplacée par le règlement «Dublin II» (règlement n ° 343/2003), puis par le règlement «Dublin III» (règlement n ° 604/2013). En outre, un certain nombre de directives ont été adoptées afin d'établir des normes minimales concernant les qualifications et le statut des réfugiés et des personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire (Directive 2011/95 / UE), de procédures d'asile (actuellement la directive 2013/32 / UE) et de conditions d'accueil des demandeurs d'asile (actuellement directive 2013/33 / UE). Le système de Dublin, qui constitue un élément fondamental du RAEC, a pour principaux objectifs (i) de garantir l'accès des ressortissants des pays tiers à la procédure de demande d'asile et (ii) de rationaliser le traitement des demandes d'asile en évitant le forum shopping et l'existence de multiples applications[2176]. Il établit donc un ensemble de critères permettant de

---

[2174] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 193.

[2175] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 194.

[2176] C. Rizcallah, The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection, 20 février 2017, https://eulawanalysis.blogspot.com/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html?fbclid=IwAR0iQ8GezcXRWeEz9ERBx8gYKyrpUHmVs2ubuykwAm6574-CkAaiRZUWkxU

déterminer quel État membre est, dans une situation donnée, responsable de l'examen de la demande d'un demandeur d'asile. La règle générale est que (dans les faits) l'État de première entrée dans l'Union européenne est l'État membre responsable, à quelques exceptions près. Si un autre État membre est approché, celui-ci peut soit, sur la base du système de Dublin, transférer automatiquement le demandeur d'asile qui dépose la demande à l'État responsable, mais il peut également - et il a un droit souverain de - décider d'examiner le l'application elle-même comme elle le souhaite (article 17 du règlement Dublin III: la «clause de souveraineté»). Il est important de noter que le système de Dublin repose sur l'idée fondamentale d'équivalence des systèmes d'asile des États membres, ce qui suppose que les demandeurs d'asile ne bénéficieraient d'aucun avantage en faisant examiner leur demande dans un pays spécifique.

La raison de la fermeture de la Cour s'explique aisément par les particularités de certaines des lois adoptées dans l'Espace de liberté, sécurité et de justice. Des instruments tels que le mandat d'arrêt européen, le règlement Dublin II et le règlement Bruxelles II. Ils visent à coordonner les systèmes juridiques des États membres afin de permettre un règlement plus rapide des demandes ayant une certaine relation transfrontalière. En ce qui concerne ces instruments, la CJUE a créé une exception à sa jurisprudence sur la protection des droits fondamentaux: si les droits fondamentaux de l'Union doivent toujours être appliqués aux actes nationaux transposant ou donnant effet au droit de l'Union, il n'en va pas de même pour les instruments de coordination. Afin de préserver l'efficacité du droit de l'Union, les juridictions nationales pourraient être tenues de ne pas procéder à un contrôle des droits fondamentaux[2177] ou de limiter cet examen au plus extrême des violations.[2178]

Aux yeux de la Cour, cette approche est justifiée par le *«degré de confiance élevé qui devrait exister entre les États membres»*[2179]. Ainsi, la juridiction nationale qui exécute un mandat d'arrêt européen doit présumer que les droits fondamentaux seront respectés par les autorités d'émission. Il en va de même pour une juridiction nationale qui exécute une décision en vertu du règlement Bruxelles II[2180] et, de manière plus controversée, en ce qui concerne les décisions renvoyant les demandeurs d'asile à leur premier port d'entrée. C'est en ce qui concerne cette dernière catégorie - les demandeurs d'asile - que la présomption de

[2177] CJUE, 29 janvier 2013, Radu, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39; CJUE, 5 octobre 2010, MCB, aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582,

[2178] CJUE, 21 décembre 2011, N. S. e.a., aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

[2179] CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, point 37.

[2180] Et pour l'acceptation du système Bruxelles II par la Cour EDH, voir: Cour-EDH, 18 juin 2013, Povse v. Austria , Req. N°. 3890/11.

respect des droits fondamentaux a été mise à mal par l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme.
L'automatisme du transfert de demandeurs d'asile entre États membres, fondé sur la prémisse de l'équivalence, est rapidement apparu comme problématique en termes de protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile. Notamment en raison de leur situation géographique, certains États membres ont été confrontés à un nombre élevé d'arrivées qui ont mis sous pression les infrastructures d'accueil de leurs demandeurs d'asile et entraîné une dégradation de leurs systèmes d'asile nationaux.

Il n'a pas fallu attendre longtemps avant que des contestations contre les décisions de transfert ne soient introduites, en raison des risques encourus par les demandeurs d'asile en ce qui concerne leurs droits fondamentaux dans l'État que le système de Dublin a rendu responsable de l'examen de leurs demandes.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a rendu l'un des premiers arrêts marquants dans cette affaire. La Belgique a été tenue pour responsable de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme pour avoir renvoyé un demandeur d'asile en Grèce le la base du système de Dublin, alors que ce pays, dans son examen des demandes d'asile, ne remplissait pas les obligations qui lui incombent en vertu de la CEDH. La CEDH a noté, dans l'arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*, estimant que la Belgique, consciente ou mal informée des mauvaises conditions de détention et d'accueil des demandeurs d'asile en Grèce, aurait dû invoquer la "clause de souveraineté" du règlement Dublin II, s'abstenir de transférer cet individu dans un pays où il risquait réellement d'être victime d'un traitement inhumain et dégradant, conformément à l'article 3 de la CEDH.

En particulier, dans le cas des *M.S.S*[2181], la Cour EDH a constaté que, puisqu'il existe une réserve de souveraineté en vertu de laquelle un État membre peut toujours décider d'évaluer une demande d'asile, même s'il n'est pas une autorité désignée en vertu du règlement, la Convention s'applique aux exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Dans l'affaire *M.S.S* concernant la mise en oeuvre du règlement n° 343/2003, dit « règlement Dublin», la Cour européenne, réunie en grande chambre le 21 janvier 2011, a rappelé la jurisprudence Bosphorus, selon laquelle la protection des droits fondamentaux assurée par le droit communautaire était équivalente à celle assurée par le mécanisme de la Convention pour ensuite relever que selon le règlement Dublin: « chaque EM peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixes dans le règlement et il s'agit la de la

[2181] Cour-EDH, 21 janvier 2011, aff. M.S.S C. Belgique et Grèce, Req N° 30696/09 .

clause dite de « souveraineté[2182] ». En d'autres termes, chaque État membre renvoyant un demandeur d'asile dans un autre État membre dans le cadre du système Dublin II devait examiner si les droits de la Convention sur les demandeurs d'asile seraient violés. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme a admis que les États membres pouvaient être convaincus que l'État membre responsable *"respectait"* apparemment la Convention[2183], *"les États doivent veiller à ce que la procédure d'asile du pays intermédiaire offre des garanties suffisantes pour éviter qu'un demandeur d'asile ne soit déplacé, directement ou indirectement, vers son pays d'origine sans aucune évaluation des risques auxquels il est exposé au regard de l'article 3 de la Convention[2184] ».* La Cour-EDH a estimé que, compte tenues rapports d'organisations et organes internationaux, les défaillances de la procédure d'asile en Grèce devaient être connues des autorités belges au moment de la délivrance de l'ordre d'expulsion, et il n'y avait donc pas lieu de faire peser sur le requérant toute la charge de la preuve des risques auxquels l'exposerait cette procédure[2185]. En premier lieu, le contrôle de conventionalité de la mesure de renvoi s'est fait en écartant la présomption Bosphorus selon laquelle le droit de l'Union offre une protection équivalente à celle de la Convention et pour y parvenir, la Cour estime que la mesure est imputable à la Belgique agissant en son nom propre, et non à l'Union, dès lors que la possibilité existait pour l'État de ne pas renvoyer le demandeur en Grèce et de traiter lui-même la demande d'asile ainsi que l'y autorise le droit de l'Union sur le fondement d'une *« clause de souveraineté. [2186]»*

La Cour-EDH s'est efforcée de remédier à cette situation. Elle a établi une jurisprudence en fixant les conditions dans lesquelles un tel transfert entre les membres du système de Dublin est en conflit avec la Convention, en particulier avec l'article 3 de la CEDH. La Cour-EDH a dès lors conclu à la violation par la Belgique et par la Grèce de l'article 3 de la CEDH (interdiction des traitements dégradants) en raison des défaillances dans l'examen par les autorités grecques de la demande d'asile du requérant encouru par celui-ci d'être refoulé directement ou indirectement vers son pays d'origine sans un

---

[2182] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux, Rev du Droit de l'Union européenne, 3/4-2016, p.519.

[2183] Cour-EDH, 7 mars 2000, T.I c. Royaume Uni, Req N° 43844/98 ; Cour-EDH, 2 décembre 2008, K.R.S c. Royaume Uni, Req N° 32733/08.

[2184] Cour-EDH, 21 janvier 2011, aff. M.S.S C. Belgique et Grèce, Req N° 30696/09, point 342.

[2185] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.102.

[2186]E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1, p.98.

examen sérieux du bien-fondé de sa demande d'asile et sans avoir eu accès à un recours effectif[2187].

Le premier jalon dans cette jurisprudence a été *M.S.S c.Belgique et Grèce*[2188], où la Cour de Strasbourg a conclu que le transfert d'un demandeur d'asile afghan de la Belgique vers la Grèce constituait une violation de l'article 3 de la CEDH en raison des lacunes systématiques du système d'asile grec. La notion de déficience systémique a continué à imprégner la discussion.

Quelques mois plus tard, la CJUE s'est largement inspirée de la Cour européenne des droits de l'homme et a déclaré que la présomption selon laquelle les États membres respectent les droits fondamentaux - principe central de l'efficacité du système de Dublin -est réfuté lorsque les procédures d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs d'asile sont systématiquement défaillantes.

Autrement, l'article 4 de la Charte - qui est en substance identique à l'article 3 CEDH - serait violé. Les violations mineures, à savoir les violations non systémiques des règles de protection des réfugiés, ne suffiraient pas pour une interdiction de transfert. La présomption que les États membres de l'UE respectent les droits fondamentaux reconnus par la Charte ne peut être réfutée que dans des circonstances exceptionnelles[2189].

Dans l'arrêt *Tarakhel*[2190], la Cour européenne des droits de l'homme avait encore étendu les obligations de la Convention incombant aux États membres lors de l'application du règlement Dublin II. Dans cette affaire, la Cour avait conclu que, dans une affaire concernant une famille de six enfants, la Suisse était tenue par la Convention de demander l'assurance à l'Italie (port de première entrée) que la famille soit maintenue ensemble et logée d'une manière adaptée à l'âge des enfants.

Le contrôle de la Cour de Strasbourg en la matière est ce qu'il est-c'est-à-dire exigeant car prioritairement tourné vers le respect des droits des individus- comme l'a encore montré le récent arrêt *Tarakhel,* et il devrait en principe le rester à l'avenir,

---

[2187] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.102.

[2188] Cour-EDH,21 Janvier 2011, M.S.S. c. Belgique et Grèce, Req. N°. 30696

[2189] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, points 78-80.

[2190] Cour-EDH, 4 novembre 2014, aff. Tarakhel c. Suisse, Req. N° 29217/12; voir aussi Cour-EDH, 21 octobre 2014, Sharifi et autres C. Italie et Grèce, Req. N° 16643/09 , constatant que l'expulsion immédiate vers la Grèce de demandeurs d'asile entrés illégalement en Italie en provenance de Grèce était contraire à la Convention.

nonobstant l'avis négatif de la Cour de justice[2191]. Alors que la CJUE avait suivi l'initiative de la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence récente, la cour de Strasbourg a fait un pas de plus dans la protection des droits des demandeurs d'asile. *Tarakhel c. Suisse*[2192] concerne une famille de ressortissants afghans demandeurs d'asile en Suisse, qui ont contesté une décision des autorités suisses de transférer la famille en Italie, le pays par lequel ils sont entrés dans l'Union. Dans cette affaire, le tribunal de Strasbourg a estimé que, même si le système d'asile italien n'était pas systématiquement déficient[2193], les autorités suisses devaient examiner la situation individuelle du requérant et obtenir des garanties individuelles de la part des autorités italiennes pour assurer une protection adéquate[2194]. La Cour-EDH a jugé en particulier que, compte tenu de la situation du système d'accueil en Italie et en l'absence d'informations détaillées et fiables quant à la structure d'accueil précise de destination, les autorités suisses ne disposent pas d'éléments suffisants pour être assurées qu'en cas de renvoie en Italie, les requérants seraient pris en charge d'une manière adaptée à l'âge des enfants[2195]. La Cour-EDH adopte une approche en apparence totalement justifiée du point de vue du respect des droits fondamentaux consistant à évaluer le risque individuel encouru par les requérants, notamment des enfants, face aux dysfonctionnement possible du système italien de traitement des demandes d'asile[2196].

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, compte tenu de la vulnérabilité d'une famille avec de jeunes enfants et de la situation précaire en matière de logement en Italie, un transfert aurait été contraire à l'article 3 de la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi laissé la même compréhension de l'article 3 de la CEDH et de l'article 4 de la Charte entre Strasbourg et Luxembourg, reconfigurant

---

[2191] ,D. Szymczak, L'avis 2/13 du 18 décembre 2014: de l'art d'être contre-productif, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/2013, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau,RA.E-L.E.A,, 2015/1, p.14.

[2192] Cour-EDH, 4 novembre 2014, Tarakhel c. Suisse, Req; N°. 29217/12

[2193] Id. points 114-115.

[2194] Id. poins 116-122.

[2195] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.103.

[2196] E. Dubout, Une question juridique de confiance: Nature juridique de l'union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1,p.98

davantage l'équilibre entre les droits des individus et l'efficacité du système d'asile[2197]. La Cour-EDH établit alors une présomption opposée à celle sur laquelle repose le fédéralisme horizontal européen, à savoir la confiance mutuelle dans la capacité des EM à assurer efficacement des standards adéquats de protection des droits fondamentaux[2198].

En ce qui concerne la CJUE, l'uneDans l'avis 2/13, la Cour insiste sur le fait qu'il est nécessaire de remédier à cette divergence d'opinions avant que l'adhésion de la CEDH ne soit compatible avec les traités. Cela *«bouleverserait l'équilibre sous-jacent de l'UE et porterait atteinte à l'autonomie du droit de l'UE[2199]»* si les États membres de l'UE étaient obligés de s'éloigner davantage du principe de confiance mutuelle.

Du point de vue de l'individu, la position de la Cour est effectivement problématique, ce qui contredit l'argumentation de *Tarakhel* de se concentrer davantage sur la situation individuelle d'un groupe de personnes extrêmement vulnérables. Cependant, la position de la Cour n'est pas sans fondement. Pour la Cour, le principe de confiance mutuelle est crucial, non seulement dans le domaine du droit d'asile, mais également dans d'autres domaines tels que la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires. Il faut trouver un équilibre entre les considérations systémiques et les droits individuels, entre une approche individualisée et une approche systématique de la protection des droits de l'homme. Il est vrai aussi que la Cour-EDH s'est montrée plus compréhensive avec le principe de la reconnaissance mutuelle dans d'autres affaires relatives à l'application du règlement Bruxelles II sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, même après l'arrêt *Tarakhel*, et aussi par report à l'application du règlement Bruxelles I dans l'affaire *Avontins c. Lettonie[2200]*. La Cour-EDH dans cet arrêt rejoint donc la CJUE sur l'importance du principe de confiance mutuelle pour la création d'un tel espace, mais elle se distingue de celle-ci quant au contrôle du respect des droits fondamentaux qui doit pouvoir être exercé par les EM dans le cadre des mécanismes de reconnaissance mutuelle, en procédant en même temps à une critique ouverte de la position adoptée par la CJUE en se référant explicitement au raisonnement

---

[2197] V. Mitsilegas, The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, 31 Y.B. EUR. L. 319 (2012).

[2198] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.103.

[2199] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 -Adhésion de l'Ue à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 194.

[2200] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.103.

adoptée par la CJUE dans l'avis 2/13[2201]. Le cas est remarquable pour être le premier où la présomption de Bosphorus prend en compte le principe de confiance mutuelle. Notamment parce que la CJUE a érigé ce principe en statut constitutionnel au cours des dernières années - avec l'avis 2/13 en tant que catalyseur majeur (voir notamment l'avis 2/13, points 191-194). En effet, le raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13 sur le principe de confiance mutuelle peut s'analyser une réponse implicite de la juridiction de l'Union à la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Tarakhel c. Suisse*, où la Cour-EDH confirme sa position développée dans l'arrêt *Tarakhel,* à savoir que les mécanismes de reconnaissance mutuelle ne doivent pas être appliqués de manière automatique au détriment de la protection des droits fondamentaux[2202]. Du point de vue de la CJUE, l'affaire est effectivement la bienvenue, comme les affaires concernant le règlement de Dublin (par exemple, MSS c. Belgique et Grèce), dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que les États membres de l'UE avaient violé l'article 3 de la CEDH en renvoyant des demandeurs d'asile dans le premier pays de l'UE où ils étaient entrés, n'ont pas été bien accueillis. Cependant, il ne faut pas oublier qu'il existe des différences juridiques importantes entre des cas tels que MS.S.S. et le cas présent d' Avotiņš. Notamment, le règlement de Dublin ne contient pas - malgré les mythes contraires - l'obligation de renvoyer les demandeurs d'asile dans le premier pays de l'UE où ils sont entrés[2203]. À Avotiņš, la situation est nettement différente: les autorités lettones sont apparemment clairement tenues de reconnaître et d'exécuter le jugement chypriote. Certes, le raisonnement peu clair de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les règles lettones relatives à la charge de la preuve rend cette distinction un peu moins claire. Dans son avis 2/13, la CJUE a estimé qu'en imposant aux EM de l'Union dans leurs relations réciproques la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre EM alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces EM, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union, mais dans le raisonnement de la Cour européenne adoptée dans l'arrêt *Avotins* démontre que, pour celle-ci, même en l'absence d'adhésion, le droit de la Convention européenne impose aux États membres de l'Union un contrôle minimum du respect des droits fondamentaux par les

[2201]D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour-EDH, 23 mai 2016) ,R.A.E-L.E.A. 2016/3,p.476.

[2202] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour-EDH, 23 mai 2016) ,R.A.E-L.E.A. 2016/3,p.476-477.

[2203] S. Øby Johansen, EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of Avotiņš v. Latvia, 24 mai 2016, http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html

autres EM dans le cadre des relations régies par le droit de l'Union et fondées sur la confiance mutuelle[2204]. Bien sûr, ces différences de logique, qui peuvent donc toucher à des éléments présentés comme fondamentaux dans l'avis 2/13

Il peut y avoir un désaccord raisonnable sur l'endroit où tracer la ligne. En fin de compte, il convient de considérer que c'est la ligne tracée par le législateur européen que préconise la CJUE; un législateur qui a mis en place le système de Dublin et l'a réformé à plusieurs reprises pour inclure l'exception de déficience systémique dans le règlement Dublin III[2205]. En principe, un seul État doit examiner chaque demande d'asile et, en cas de demandes multiples, les autres pays vont rester ces demandes d'asile et effectuer le transfert des requérants à l'État responsable. Bien sûr, le système de Dublin est fondé sur l'idée de confiance mutuelle entre les États participants, qui renoncent à la possibilité d'invoquer la protection des droits fondamentaux de demandeurs d'asile sauf dans des cas exceptionnels prévus à l'article 17 du règlement Dublin III[2206].

La Cour de justice a interprété de manière restrictive dans le cas M.S.S. l'obligation de veiller à ce que l'État membre responsable de l'évaluation de la demande d'asile ne contrevienne pas aux droits de la Convention.

Moins d'un an plus tard, la CJUE a abordé le même problème avec la difficulté supplémentaire de préserver l'obligation de préserver l'effet utile du système de Dublin. Dans le célèbre affaire *N.S.* (C-411/10), il était en effet demandé à la Cour si "un État qui devrait transférer le demandeur d'asile [à l'État membre responsable conformément au règlement de Dublin] est tenu d'évaluer le respect, par cet État membre, des droits fondamentaux de l'Union européenne » . Pour relever ce défi, la CJUE s'est fondée - pour la première fois dans le domaine de l'asile - sur le principe de confiance mutuelle entre les États membres, fondé sur la présomption que «tous les États participants [au système de Dublin] respectent les droits fondamentaux», conclure qu'il était inconcevable que "toute violation d'un droit fondamental par l'État membre responsable" affecterait les obligations des autres États membres de se conformer au règlement de Dublin[2207] .

[2204] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour-EDH, 23 mai 2016) ,R.A.E-L.E.A. 2016/3,p.477.

[2205] Règlement (UE) n ° 604/2013 , JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59.

[2206] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.101.

[2207] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, point 82.

Dans l'arrêt *N.S.* après avoir rappelé que l'objectif du système Dublin II était de garantir un règlement rapide des demandes d'asile (et d'éviter le "forum shopping[2208]"), la CJUE a limité l'obligation des États membres de faire valoir leur compétence à l'égard des demandes d'asile de personnes qui pourraient autrement être renvoyé dans un autre État membre dans des circonstances:

où il y aurait lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre[2209].

La CJUE traite du principe de "confiance mutuelle" entre les États membres (comme cela était en cause dans l'arrêt N.S[2210]) qui s'applique dans le cadre du droit de l'UE mettant en œuvre des valeurs communes[2211] et qui repose sur la présomption que tous les États membres: se conformer à la législation de l'UE. L a Cour de justice a accepté que le niveau d'atteinte de la Cour-EDH atteste qu'il existait en Grèce une défaillance systémique de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile[2212]. En ce qui concerne le respect de la Charte, le principe de "confiance mutuelle" exclut une approche fondée sur la Convention, après quoi un État membre devrait vérifier dans chaque cas particulier si les autres États membres ont respecté les droits fondamentaux de la CEDH[2213]. Une telle obligation ferait fi de *"la nature intrinsèque de l'UE[2214]"*, fondée sur la confiance mutuelle. La CJUE est d'avis que le projet d'accord ne

---

[2208] E. Spaventa, A very fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, Maastricht Journal of European Comparative Law, 2015, Vol 22. N°1, p. 50.

[2209] CJUE, 21 décembre 2011, N. S. e.a., aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865. , point 86.

[2210] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, points 83.

[2211] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 168.

[2212] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.102.

[2213] Editorial Comments, The EU's Accession to the ECHR-« NO » from the ECJ! CMLR 51, 2015, p. 1

[2214] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 193.

contient aucune disposition garantissant le respect du principe de confiance mutuelle, ce qui risque de porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union[2215]. En conséquence, la Cour de justice a jugé que l'article 4 de la CHDF permet à un EM de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'*« État membre responsable »* lorsqu'il y a des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre qui peuvent constituer des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens dudit article 4[2216]. Il convient toutefois de noter que la CJUE, dans sa propre jurisprudence, a limité le principe de confiance mutuelle en cas de *"circonstances exceptionnelles";* par exemple, lorsque le respect des valeurs fondamentales dans un État membre est entaché de lacunes ou de défauts fondamentaux[2217]. De tels risques individuels étant, en l'état actuel des choses, inévitables, la détermination de l'État responsable du traitement d'une demande deviendrait parfaitement aléatoire, mettant à mal l'ensemble l'édifice procédural qui est au fondement d'une politique commune d'asile[2218].

Cette question a de nouveau été évoquée dans l'avis 2/13, dans lequel la Cour de justice s'est tournée vers le principe de confiance mutuelle, fondement et préalable de la reconnaissance mutuelle. Selon la Cour, le fait que l'adhésion à la CEDH permette également l'application de cette convention entre les États membres de l'UE lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit de l'Union pourrait saper la confiance mutuelle en demandant aux autorités de vérifier le respect des droits fondamentaux par les autres États membres. Du point de vue de la Cour de justice, il *« est susceptible de compromettre*

[2215] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 194-195.

[2216] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1, p.102.

[2217] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, points 86-88,89,94; CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191-192.; Cour-EDH, 4 novembre 2014, Tarakhel c. Suisse, Req; N°. 29217/12, point 90

[2218] E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1, p.99.

l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union. »[2219]. Il s'agit du deuxième verrou majeur mis au point par la Cour de justice et la question de son interprétation demeure. Une lecture restrictive du paragraphe 194 de l'avis implique qu'une règle sur mesure doit être élaborée pour exempter l'application de la CEDH entre les États membres lorsque des instruments de reconnaissance mutuelle sont en jeu[2220]. Bien que la Cour se concentre strictement sur les affaires pénales, le principe de reconnaissance mutuelle fondé sur la confiance mutuelle s'applique également à d'autres domaines relevant de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice. Il faut toutefois garder à l'esprit que le principe de reconnaissance mutuelle a ses limites et que le respect des normes des droits fondamentaux par les États membres n'est pas un fait accompli. Le jugement de la Cour dans l'affaire *N.S.* parle pour lui-même[2221]. Une lecture large du paragraphe 194 de l'avis peut indiquer que la Cour réclame la non-application de la CEDH entre les États membres de l'UE lorsque leurs relations sont régies par le droit de l'Union. Quoi qu'il en soit, les négociateurs doivent également aborder cette question lorsqu'ils révisent le mandat des négociations d'adhésion et tentent finalement de renégocier le projet d'accord d'adhésion.

C'est dans cette optique que la demande de la Cour concernant un régime spécial applicable aux règles adoptées au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice doit être comprise: dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour veut éviter la pleine application de la Convention car, si la CEDH devait être appliquée intégralement, l'État membre dans lequel se trouve la personne devrait s'assurer que la restitution à l'État compétent en vertu du règlement n'enfreindrait pas les droits reconnus aux demandeurs par la Convention[2222]. En outre, il semble que la Cour, par le biais de ses demandes, tente également de limiter la jurisprudence existante de la Cour européenne des droits de l'homme. Laissant de côté des considérations quant à l'opportunité d'interférer dans l'interprétation par la Cour des droits de l'homme de l'obligation imposée aux États

---

[2219] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 194: « Dans la mesure où la CEDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union. »

[2220] Ibidem.

[2221] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

[2222] E. Spaventa, A very fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, Maastricht Journal of European Comparative Law, 2015, Vol 22. N°1, p. 50.

membres en vertu de la CEDH, on pourrait se demander si la «confiance mutuelle» sur laquelle la Cour a fondé son approche «non interventionniste» dans sa jurisprudence, on peut vraiment compter sur des règles susceptibles d'avoir une incidence importante sur les droits des individus, tels que protégés par la Charte ainsi que par la Convention. *N.S.* a une signification constitutionnelle comparable. Il s'agit d'exceptions au principe de confiance mutuelle - un principe constitutionnel clé de l'UE - dans le contexte du système d'asile européen. En vertu des règles du système de Dublin, le pays dans lequel un demandeur d'asile pose pour la première fois le pied sur le sol de l'UE est responsable du traitement de la demande d'asile. En principe, si un demandeur d'asile s'installe dans un autre État membre de l'Union européenne, celui-ci le transfèrera dans l'État où la première demande a été introduite. Le contexte critique de cette pratique est bien connu: les demandeurs d'asile ont de bonnes raisons de quitter des pays tels que la Grèce ou l'Italie, où les conditions de logement et de vie des demandeurs d'asile et de leurs familles sont souvent insoutenables[2223].

Lorsque la CJUE a été confrontée à un cas presque identique dans l'affaire *N.S.* concernant l'éventuelle expulsion de deux demandeurs d'asile du Royaume-Uni et d'Irlande, respectivement, en Grèce, elle a tout d'abord souligné que le régime d'asile européen commun ne pouvait être fondé que sur le principe de confiance mutuelle et la confiance que tous les États membres se conformaient aux exigences de la Charte et de la CEDH[2224]. Par la suite, toutefois, la CJUE a souscrit à l'arrêt rendu par la Cour EDH dans l'affaire *M.S.S.* et a conclu que, si cela devenait nécessaire, l'État membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile doit lui-même examiner la demande d'asile conformément à la clause de souveraineté de l'article 3, paragraphe 2, du règlement Dublin II[2225]. Cela signifie que, même si cela n'a pas été explicitement indiqué dans l'arrêt, des situations telles que celle décrite dans M.S.S. ou N.S obligent l'État membre dans lequel le demandeur d'asile est présent à exercer la clause de souveraineté et à devenir l'État membre responsable de l'examen de la demande[2226]. À la suite de ces affaires, une disposition de sauvegarde visant à éviter les expulsions vers des États membres dont la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs d'asile sont systématiquement défaillantes et, partant, en violation de l'article 4 de la Charte, figure désormais à l'article 3, paragraphe 2, alinéa. 2 du

---

[2223] CH. Krenn, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13, German Law Journal, Vol 16 N°1, p. 159

[2224] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, points 78-80.

[2225] *ibid.* point 108.

[2226] P. Gragl, The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg's M.S.S. Judgment and its Implications for the European Union's Legal Order, in Wolfgang Benedek/Florence Benoît-Rohmer/Wolfram Karl/Manfred Nowak (eds), European Yearbook of Human Rights 2012, p.134.

règlement Dublin III, entré en vigueur en 2013[2227]. À la lumière de l'arrêt *N.S.* affaire dans laquelle la CJUE a accepté (avec réticence) les constatations de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *M.S.S* et la révision de la législation pertinente de l'Union afin de prendre en compte ces développements dans le règlement Dublin III, il reste incertain que la CJUE ait maintes fois mentionné principe de confiance mutuelle et fait explicitement référence à l'arrêt N.S et M.E dans l'avis 2/13[2228]. Pourquoi l'adhésion devrait-elle changer le statu quo si la jurisprudence et la législation de l'UE ont déjà été mises en conformité avec la jurisprudence de la CEDH et de la CEDH[2229]? En fait, l'arrêt N.S. et l'arrêt et l'harmonisation ultérieure des obligations des États membres en vertu du droit de l'UE et de la Convention pourraient plutôt être considérés comme une manœuvre bien conçue pour éviter de manière précoce un jugement contre l'Union après l'adhésion[2230]. Et si l' arrêt *N.S.* peut en effet être considéré comme un acte préparatoire à l'adhésion, seule l'adhésion elle-même et la mise en œuvre appropriée du mécanisme de codéfendeur pourraient aider à combler les lacunes en matière de droits fondamentaux de l'ELSJ et à empêcher simultanément la Cour européenne des droits de l'homme de se pencher sur les dispositions détaillées compétence dans ce domaine spécifique du droit de l'UE[2231]. Il faut donc en conclure que les préoccupations de la CJUE étaient à nouveau complètement dénuées de fondement en raison de sa propre jurisprudence[2232].

La décision de la Cour sur ce point serait moins problématique si ce n'était sa décision sur la confiance mutuelle en matière de JAI. Après tout, s'il était possible de résister au renvoi dans un autre État membre pour des raisons liées aux droits de l'homme malgré les règles de Dublin sur la responsabilité en matière d'asile, ou à l'exécution d'un

---

[2227] Règlement (UE) n ° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride. JO L 180 du 29.6.2013, p. 31-59.

[2228] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

[2229] P. Gragl, The reasonableness of Jealosy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, European Yearbook on Human Rights. Jahrbuch Human Rights, 2015, p. 38.

[2230] P. Gragl, The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg's M.S.S. Judgment and its Implications for the European Union's Legal Order, in Wolfgang Benedek/Florence Benoît-Rohmer/Wolfram Karl/Manfred Nowak (eds), European Yearbook of Human Rights 2012, 2012, p.139.

[2231] P. Craig, The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform, 2010, p. 338.

[2232] P. Gragl, The reasonableness of Jealosy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, European Yearbook on Human Rights. Jahrbuch Human Rights, 2015, p. 34.

mandat d'arrêt européen pour de tels motifs, de nombreuses violations des droits de l'homme dans des cas individuels être évité[2233]. Mais la Cour réitère avec force sa présomption bien établie que l'UE repose sur le principe de confiance mutuelle dans ce domaine, principe qui ne peut être écarté que par des exceptions. On peut en déduire que la CJUE s'oppose au récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Tarakhel*[2234], qui a manifestement omis de s'abstenir de défendre le système de Dublin devant la CJUE dans le précédent arrêt *Abdullahi*[2235]. Sur le point JAI, la Cour insiste sur le fait que sa propre conception du système européen JAI doit prévaloir sur la protection des droits de l'homme telle que définie par la Cour européenne des droits de l'homme. Le thème sous-jacent de ces deux points de fond est que la CEDH devrait s'adapter au droit de l'Union tel que défini par la CJUE, et non l'inverse. Dans un arrêt du 5 avril 2016[2236], elle est cependant venue assouplir sa position, où elle a reconnue que, dans l'hypothèse où il existe des éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignent de l'existence de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit touchant certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, l'autorité judiciaire d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée par un mandat d'arrêt européen courra, en raison des conditions de sa détention dans cet État membre, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens d l'article 4 de la CHDF, en cas de remise audit EM[2237].

À cet égard, la présomption de respect minimum des droits fondamentaux semble reposer davantage sur une fiction juridique que sur des faits[2238]: pour n'en nommer que

---

[2233] S. Peers, The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare, German Law Journal, Vol 16 N°1, 2015, p. 220.

[2234] Cour-EDH, 4 novembre 2014, Tarakhel c. Suisse, Req; N°. 29217/12,

[2235] CJUE, 10 décembre 2013, Abdullahi c. Bundesasylamt, aff. C-394/12 , ECLI:EU:C:2013:813

[2236] CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Caldararu, aff. jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198

[2237] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour-EDH, 23 mai 2016) R.A.E-L.E.A. 2016/3, p.478.

[2238] Voir par ex. Human Rights Watch, 'Annual Report 2015', *Website of Human Rights Watch* (2015), www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf.

quelques-uns, prenons la situation dans les prisons bulgares[2239]; la situation en Hongrie en ce qui concerne la liberté d'expression et l'indépendance du pouvoir judiciaire[2240]; les mauvais traitements infligés aux minorités roms dans de nombreux États membres[2241]; la violation persistante de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH par l'Italie[2242], en raison de la durée excessive des procédures; le traitement des demandeurs d'asile, en particulier dans les pays méditerranéens où l'afflux est plus important[2243].

En tout état de cause, la présomption de respect des droits fondamentaux ne pourrait être justifiée que dans la mesure où l'UE était disposée (ou en mesure) à contraindre ses États membres à respecter les droits fondamentaux. Et pourtant, tel n'est pas le cas pour deux raisons: tout d'abord, le Conseil n'a jamais utilisé les pouvoirs que lui confère l'article 7 du TUE pour réprimander ou sanctionner un État membre pour "un

---

[2239] Conseil de l'Europe, « Rapport au gouvernement bulgare sur la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Bulgarie du 24 mars au 3 avril 2014 », https://www.coe.int/fr/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-publishes-report-on-2015-visit-to-bulgaria

[2240] Conseil de l'Europe, Rapport par Nils Muižnieks , Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Hongrie du 1er au 4 juillet 2014, https://rm.coe.int/16806db80d , voir aussi: Human Rights Watch, 'Annual Report 2015', *Website of Human Rights Watch* (2015), www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf; Résolution du Parlement européen du 10 mars 2011 sur la loi hongroise sur les médias, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0094+0+DOC+XML+V0//fr ; Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2011 sur la constitution hongroise révisée, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0315+0+DOC+XML+V0//FR, ; La Commission a également saisi deux affaires pour résoudre certains des problèmes découlant des réformes hongroises.: CJUE, 6 novembre 2012, Commission / Hongrie, aff. C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687; sur la retraite obligatoire des juges; CJUE, 8 avril 2014, Commission / Hongrie, aff. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237; sur l'autorité de contrôle nationale pour la protection des données; Dans les deux affaires, la Cour a conclu que la Hongrie avait manqué à ses obligations.

[2241] Voir de manière générale le site du European Roma Rights Centre: www.errc.org/ ; et en particulier le rapport sur les expulsions forcées perpétrées par la France:ERRC, 'Census: Forced evictions of migrant Roma in France', *Website of the European Roma Rights Centre* (2014), www.errc.org/article/violent-unfair- unlawful-and-shameful-france-evicted-close-to-3-romani-settlements-per-week-in-2014/4351; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Opinion 1/2013 on the situation of equality in the European Union 10 years on from the initial implementation of the Equality directives, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra- 2013-opinion-eu-equality-directives_en.pdf.

[2242] Cour-EDH, 29 mars 2006, Cocchiarella c. Italie, Req. N° 64886/01, points 65 et suiv.

[2243] Voir l'abolition de l'opération Mare Nostrum par le gouvernement italien. Le 11 février 2015, plus de 300 personnes sont mortes en essayant d'atteindre les côtes italiennes et le nombre élevé de morts est directement lié à l'abolition du système de patrouille.

risque manifeste de violation grave des droits fondamentaux" "existence d'une violation grave et persistante" des droits fondamentaux. Cela a été le cas même si certains pays ont suscité de très sérieuses préoccupations d'ordre général (par exemple la Hongrie) ou sectorielle (par exemple la Grèce, l'Italie et la France) quant au respect des droits fondamentaux. Ainsi, l'article 7 du TUE, en raison de sa nature intrinsèquement politique, ne semble pas être en mesure de garantir cette uniformité fondamentale qui devrait constituer le fondement de la confiance mutuelle. S'agissant de la possibilité de contraindre les États membres à respecter les droits fondamentaux, il convient de noter que les droits fondamentaux de l'UE ne s'appliquent que lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, ce qui rend donc difficile une action en contrefaçon (même si ce n'est pas impossible). En outre, et bien que des lois sectorielles aient trait aux droits de l'homme (telles que les directives sur la non-discrimination[2244]), les procédures d'infraction pour violation tout à fait flagrante des règles relatives à la discrimination à l'égard de la population rom ont été lentes[2245]. Dans l'arrêt *LM*[2246] rendu par la CJUE le 25 juillet 2018, La High Court de la République d'Irlande, adressait une question préjudicielle à la CJUE concernant un mandat d'arrêt européen émis par la Pologne contre LM. Vue les derniers développements en Pologne concernant le respect du principe de l'État de droit et le déclenchement possible de l 'art 7 TUE envers ce pays la Cour fournit des critères d'appréciation du risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable tout en renvoyant le juge national d'exécution à sa responsabilité pour décider de l'existence ou non de motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée encourt ce risque en l'espèce[2247]. Si l'autorité judiciaire d'exécution considère, à l'aune de ces exigences d'indépendance et d'impartialité, qu'il existe dans l'État membre d'émission un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable, elle doit, dans un second temps,

---

[2244]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,JO L 180 du 19.7.2000, p. 22–26; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16–22.

[2245] Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Opinion 1/2013 on the situation of equality in the European Union 10 years on from the initial implementation of the Equality directives, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra- 2013-opinion-eu-equality-directives_en.pdf.

[2246] CJUE, 25 juillet 2018, LM, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

[2247] G. Taupiac-Nouvel, Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne, ELSJ, Réseau Universitaire Européen, Droit de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice. http:// www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/

apprécier, de manière concrète et précise, si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, à la suite de sa remise, la personne recherchée courra ce risque[2248]. Suivant la même logique que celle retenue dans son arrêt *ML*[2249] du même jour rendu à propos du risque de traitement inhumain et dégradant, la Cour fournit des critères d'appréciation du risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable tout en renvoyant le juge national d'exécution à sa responsabilité pour décider de l'existence ou non de motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée encourt ce risque en l'espèce. Dans son arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[2250], la CJUE avait d'ailleurs déjà affirmé que l'indépendance des juridictions est une garantie que doit protéger tout Etat membre, à la fois parce que c'est un élément du droit au juste procès et parce que c'est la condition indispensable au fonctionnement d'un espace judiciaire européen[2251]. En permettant aux autorités judiciaires nationales de refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen dans l'hypothèse d'une violation par un autre État membre d'un droit non absolu, tel le droit à un tribunal indépendant et impartial, la Cour renforce la confiance des autorités nationales dans le mécanisme même de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales[2252].

Ainsi, s'il n'existe aucun moyen efficace de contrôler le respect des droits fondamentaux dans l'Union européenne, pourquoi la confiance mutuelle devrait-elle devenir un intérêt / principe «suprême» dans les domaines sensibles aux droits de l'homme? Il ne s'agit pas du marché intérieur, où on peut raisonnablement s'attendre à ce que les États membres n'ayant que peu d'intérêt pour mettre leurs citoyens en danger, on peut leur faire confiance pour qu'ils fassent un travail raisonnable en matière de

---

[2248] CJUE, 25 juillet 2018 , Communiqué de presse n° 113/18. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-07/cp180113fr.pdf

[2249] CJUE, 25 juillet 2018, ML, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589.

[2250] CJUE, 27 février 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

[2251] R. Letteron, Le mandat d'arrêt européen, instrument de pression sur la Pologne, 26 juillet 2018, http://libertescheries.blogspot.com/2018/07/le-mandat-darret-europeen-instrument-de.html

[2252] G. Taupiac-Nouvel, Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne, ELSJ, Réseau Universitaire Européen, Droit de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice. http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/

réglementation du marché[2253]. En droit pénal, et plus encore en matière d'asile et d'immigration, des mesures sont généralement prises à l'encontre des individus les plus faibles et les plus marginalisés: la présomption de respect des droits fondamentaux semble donc au mieux naïve[2254]. Il est vrai que si l'Union européenne avait été un État au sens du droit international, elle aurait pu être tenue pour unique responsable de l'ensemble des agissement de ses composantes, sans qu'il ait à discuter sur le point de savoir si c'est le système de l'Union qui porte atteinte aux droits fondamentaux ou la défaillance du système de l'Union d'un de ses EM[2255].

Pour ces raisons, l'objection de «confiance mutuelle» est particulièrement préoccupante: premièrement, parce qu'elle vise à supprimer le filet de base de protection des droits fondamentaux prévu par la CEDH, là où il est le plus nécessaire. Deuxièmement, parce qu'il est difficile de prendre en compte un nouvel accord d'adhésion. La même exception (insurmontable) est présente en ce qui concerne l'objection de la Cour à la compétence de la Cour EDH en matière de politique étrangère et de sécurité commune lorsque la Cour de justice n'en a aucune. L'avocat général Kokott a examiné l'affaire dans la perspective de la protection juridictionnelle. Elle a notamment invoqué le fait que même lorsque la Cour de justice n'est pas compétente, les juridictions nationales agissent en tant que juridictions de l'Union afin d'assurer une protection juridictionnelle effective. Par conséquent, une question relevant de la politique étrangère et de sécurité commune aurait été examinée par les juridictions nationales, qui font partie de l'architecture judiciaire de l'UE, avant d'atteindre la Cour européenne des droits de l'homme[2256]. La Cour de justice ne partage toutefois pas cette vision d'un système judiciaire intégré dans l'UE, où les responsabilités en matière de protection des personnes sont partagées entre les juridictions

---

[2253] Même dans les affaires de marché intérieur et de manque d'harmonisation, les États membres peuvent s'appuyer sur les dérogations prévues par le traité et sur des exigences impératives pour protéger les intérêts de leurs consommateurs.

[2254] E. Spaventa, A very fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, Maastricht Journal of European Comparative Law, 2015, Vol 22. N°1, p. 52.

[2255] E. Dubout, Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1, p.100.

[2256] E. Spaventa, A very fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, Maastricht Journal of European Comparative Law, 2015, Vol 22. N°1, p. 53.

nationales et européennes[2257]. Elle indique plutôt que l'accord d'adhésion ne serait acceptable que dans la mesure où il excluait la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de politique étrangère et de sécurité commune (qui serait incompatible avec l'article 57, paragraphe 1, de la CEDH) ou si les traités étaient également modifiés la compétence sur la PESC pour la CJUE, ce qui est difficile étant donné que certains États membres (notamment la France) ont très peu de chances d'accepter une telle modification du traité[2258]. En outre, les objections formulées par la Cour à l'égard de la PESC semblent plutôt inutiles étant donné que la Cour EDH a déjà fait valoir sa compétence alors que la Cour de justice n'en avait aucune[2259]. Plus important encore, la Cour a indiqué qu'elle préférerait accepter qu'un individu soit totalement dépourvu de protection juridictionnelle plutôt que de faire appel à un autre organe chargé de vérifier le respect d'une convention internationale. Il conviendrait de noter que l'interdépendance mentionnée implique de plus en plus que non seulement les citoyens et les média d'un autre EM, mais surtout les gouvernements s'intéressent et doivent s'intéresser aux développements politiques et juridiques dans les autres EM, y compris le respect des droits fondamentaux vis-à-vis des citoyens de l'Union en ce compris ceux en provenance des autres EM puisque la consécration des valeurs et des principes communs dans l'article 2 TUE et la procédure de sanctionne l'art 7 TUE sont la preuve que la confiance mutuelle n'est pas aveugle, mais que chaque EM, comme d'ailleurs la Commission, est supposé veiller à ce que les droits fondamentaux et principe soient effectivement respectés[2260]. Ce qui est redouté dans l'adhésion n'est pas la fonction négative du système conventionnel qui consiste à assurer un standard minimal de protection des droits en Europe qui existe déjà en raison de la double appartenance des États et à la Convention, mais bien plutôt sa fonction positive qui tient au rapprochement de standards de protection des États et à la détermination de la marge de diversité

[2257] Ce qui est ironique, étant donné la position de la Cour en ce qui concerne les procédures de contrôle juridictionnel, selon laquelle le test de Plaumann ne laisse aucune faille dans la protection, car les particuliers peuvent contester la validité du droit de l'Union devant les tribunaux nationaux; voir par exemple: CJUE, 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil, aff. C-50/00 P , ECLI:EU:C:2002:462.

[2258] L'article 57 (1) de la Convention prévoit que les Parties contractantes peuvent formuler des réserves sur la Convention. Toutefois, il prévoit également que les réservations de caractère général ne sont pas autorisées.

[2259] Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews c. Royaume Un*i*, Req. N°. 24833/94

[2260] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1,p.55.

acceptable l'un vis-à-vis de l'autre[2261]. Il est pourtant difficile de voir en quoi l'adhésion de l'UE à la CEDH pourrait avoir pour conséquence d'autoriser les EM à s'affranchir de leurs obligations vis-vis-vis de l'Union lorsqu'il leur semblera que celles-ci entrent en conflit avec les droits de l'homme et en plus les EM devraient entièrement libres d'utiliser les voies de recours prévues par les traités pour contester les actes de l'Union européennes contraires à la CEDH[2262]. Dans vingt ou trente ans, il se peut que l'une ou l'autre juridiction revoie sa position: le juge de l'Union pourrait arriver à exporter le principe de la confiance mutuelle, ou bien le juge européen pourrait arriver à lui faire revoir sa position au terme d'une jurisprudence bien fournie[2263].

Jeudi 16 février, la CJUE a rendu un arrêt déterminant dans l'affaire *C.K. et autres*, C-578/16 PPU. Cette décision a été rendue sur une demande de décision préjudicielle formée par la Cour suprême de Slovénie, qui demandait en substance si le demandeur d'asile risquait d'être victime d'un traitement inhumain et dégradant en raison de sa situation personnelle, l'empêchera son transfert dans un autre État membre pour examiner sa demande d'asile sur la base du système de Dublin.

Afin de maintenir l'efficacité du règlement de Dublin malgré l'existence de failles dans les systèmes d'asile nationaux, la CJUE a innové en introduisant le «test des déficiences systémiques», prévoyant l'interdiction d'un transfert s' il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre, ce transfert serait incompatible avec ladite disposition. [2264]»

Afin de garantir une méthode claire, efficace et rapide pour déterminer l'État membre responsable du traitement d'une demande d'asile, la CJUE a ainsi opté pour une présomption de respect par les États de Dublin des droits fondamentaux qui pourraient être réfutés en présence d' »une défaillance systémique de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile[2265] ». Cette présomption de respect des droits fondamentaux par les États membres a ensuite été appliquée par la CJUE dans d'autres

---

[2261]E. Dubout, Une question juridique de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1, p. 95.

[2262] N. Petit et J. Pilorge-Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?,R.A.E-L.E.A,2014/4, p.820.

[2263] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'homme,

[2264] Idem. point 86.

[2265] Idem. 89.

arrêts[2266] (C-4/11, Puid et C-394/12, Abdullahi). En fait, ce dernier arrêt limitait expressément les motifs de fond et de procédure permettant de contester un transfert de Dublin.

Très critiquée, cette approche a été condamnée à Strasbourg avec l'affaire *Tarakhel* , en 2014, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme réaffirmait et spécifiait son arrêt *M.S.S* en statuant que le système de Dublin «n'exempte pas [les autorités nationales] de de procéder à un examen approfondi et individualisé de la situation de la personne concernée et de suspendre l'exécution de la mesure de renvoi si le risque de traitements inhumains et dégradants était établi ».

Dans une réponse évasive, l'un des arguments de la CJUE contre le projet d'accord sur l'adhésion de l'UE à la CEDH (Avis 2/13) était l'exigence de la CEDH selon laquelle les États membres «doivent s'assurer qu'un autre État membre a respecté les droits fondamentaux, même si le droit de l'Union impose obligation de confiance mutuelle entre ces États membres "(Avis 2/13, §194).

Le critère de la Cour relatif aux «déficiences systémiques» a été consolidé dans la refonte du règlement de Dublin (règlement n ° 604/2013, Dublin III), dont l'article 3, paragraphe 2, dispose que «lorsqu'il est impossible de transférer un demandeur dans l'État membre principalement désigné responsable». Il existe des motifs sérieux de croire que la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs dans cet État membre présentent des défauts systémiques, ce qui entraîne un risque de traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 4 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne, l'État membre déterminant continue à examiner les critères énoncés au chapitre III afin de déterminer si un autre État membre peut être désigné comme responsable ».

Une première évolution de cette jurisprudence a récemment été observée dans un autre domaine de la coopération de l'UE, à savoir le droit pénal de l'UE. La question posée à la CJUE était de savoir si des conditions de détention incompatibles avec l'art. 4 de la Charte dans un État membre émettant un mandat d'arrêt européen pourrait autoriser ou obliger l'autorité judiciaire d'exécution d'un État membre requis à refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Une fois encore, la CJUE était confrontée au dilemme entre la mise en place d'un mécanisme de l'UE basé sur la confiance mutuelle ou la prise en compte sérieuse des considérations de droits de l'homme. Dans son arrêt historique dans l'affaire *Aranyosi et Căldăraru*[2267], la CJUE a estimé que « afin d'assurer le respect de l'article 4 de la Charte dans le cas individuel de la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt européen, l'autorité judiciaire d'exécution, qui est confrontée à des éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de telles défaillances, est tenue de vérifier

[2266] CJUE, 14 novembre 2013, Puid, aff. C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740 et CJUE, 10 décembre 2013, Abdullahi, aff. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813.

[2267] CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Căldăraru, aff. C-404/15, ECLI:EU:C:2016:198.

si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, à la suite de sa remise à l'État membre d'émission, cette personne courra un risque réel d'être soumise dans cet État membre à un traitement inhumain ou dégradant, au sens de cet article. [2268]» Par conséquent, une analyse en deux étapes doit être effectuée par le juge national, qui doit d'abord évaluer l'existence de déficiences générales ou particulières dans le système de détention de l'État requérant, avant d'examiner, in concreto, si la personne recherchée fait face à un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants. Il n'a toutefois pas été précisé si l'exception à la confiance mutuelle prévue dans les lois *Aranyosi et Căldăraru* protégeait plus ou moins les droits fondamentaux. Bien qu'une deuxième condition ait été ajoutée, l'exigence de carence semblait atténuée.

Un couple avec un nouveau-né a déposé une demande d'asile en Slovénie, tandis que la Croatie était, selon les critères de Dublin, responsable de son examen. Constatant l'absence de défauts systémiques dans le système d'asile croate, mais notant que la mère de l'enfant était en très mauvais état de santé, le tribunal slovène a demandé à la CJUE si le recours à la clause de souveraineté (article 17 de Dublin III) pouvait être obligatoire pour assurer à la famille une protection efficace contre les risques de traitement inhumain et dégradant. En d'autres termes, le juge national a demandé si les transferts vers Dublin étaient interdits uniquement en cas de carences systématiques dans l'État responsable, exposant les demandeurs d'asile à des risques de violation de l'article 4 de la Charte, ou si un transfert devait également être effectué. exclu lorsqu'un tel risque était encouru en raison de la situation spécifique et individuelle de chaque demandeur d'asile.

Suivant l'approche de *N.S* et *Abdullahi,* l'avis de l'avocat général Tanchev faisait valoir que seules les failles systémiques de l'État responsable pouvaient imposer l'empêchement d'un transfert de Dublin. Sans surprise, il a justifié son opinion sur le principe de confiance mutuelle entre les États membres et sur la nécessité de garantir l'efficacité du RAEC (§51). Il a en outre reconnu que sa position n'était pas conforme aux normes de la Cour européenne des droits de l'homme, mais a souligné que l'UE n'était pas liée par celle-ci (§52).

Il a par ailleurs souligné que l'article 17 du règlement constituait une clause "discrétionnaire" qui, par définition, ne pouvait être interprétée comme imposant des obligations aux États membres (§ 67).

La cinquième chambre de la CJUE - assez inhabituelle - n'a pas suivi l'avis de l'avocat général. Au contraire, la CJUE a déclaré que, mis à part les situations dans lesquelles l'État responsable présentait des «déficiences systémiques», tout transfert de demandeurs d'asile est exclu s'il entraîne un risque réel que la personne concernée subisse un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte. Invoquant l'article 52§3 de la Charte, la CJUE a rappelé que les droits correspondants garantis tant par la Charte que par

[2268] *Idem*. Point 94.

la CEDH devraient bénéficier du même champ d'application que ceux énoncés dans la Convention.

Elle a ensuite cité l'arrêt récemment rendu par Strasbourg dans l'affaire *Paposhvili c. Belgique*[2269] selon lequel *« la souffrance due à une maladie survenant naturellement peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables.»* En conséquence, malgré l'absence de déficiences systémiques dans les conditions d'accueil des demandeurs d'asile croates[2270], la Slovénie était tenue de suspendre le transfert en raison du fait que celui-ci pouvait entraîner, en raison de la situation médicale particulière de l'immigré, risque réel de détérioration grave et irrémédiable de son état de santé[2271].

Selon le jugement, la suspension devrait être maintenue tant que ce risque existe. Sur la base de sa décision dans l'affaire Aranyosi, la Cour a également souligné que les autorités nationales étaient tenues d'évaluer le risque avant de transférer un individu[2272] (§76).

La Cour a ajouté que, si l'état de santé du migrant ne devait pas s'améliorer, l'État membre concerné avait la possibilité d'examiner lui-même la demande d'asile sur la base de la clause de souveraineté contenue à l'article 17§1 du règlement (§96). Toutefois, selon la CJCE, cette disposition n'oblige pas un État membre à examiner une requête dont il est saisi, même à la lumière de l'article 4 de la Charte.

La CJCE a finalement conclu que cette décision "respectait pleinement le principe de confiance mutuelle puisque, loin d'affecter la présomption de respect des droits fondamentaux par les États membres, elle garantissait que les situations exceptionnelles étaient dûment prises en compte par les États membres" et que " si un État membre procédait au transfert d'un demandeur d'asile dans de telles circonstances, le traitement inhumain et dégradant qui en résultait ne serait pas imputable, directement ou indirectement, aux autorités de l'État membre responsable, mais uniquement au premier État membre " .

La décision de la cinquième chambre semble introduire un changement crucial dans la jurisprudence de la CJUE en ce qui concerne la relation entre le principe de confiance mutuelle et la protection des personnes contre les traitements inhumains et dégradants. Au lieu de mettre en concurrence ces deux impératifs, la Cour semble, pour la première fois, bien évidemment reconnaître leur nécessaire interdépendance.

En estimant que le principe de confiance mutuelle serait renforcé par une application effective de l'article 4 de la Charte, la CJUE semble enfin prendre au sérieux le fait que ce

---

[2269] Cour-EDH, 13 décembre 2016, Paposhvili c. Belgique, Req. n ° 41738/10, point 175.

[2270] *Idem.* point 7.

[2271] Idem. point 84

[2272] Idem, point 76.

principe est précisément fondé sur le respect par les États membres des valeurs de l'Union, notamment , le principe de la dignité humaine, auquel l'interdiction des traitements inhumains et dégradants est étroitement liée (article 2 TUE).

Ce n'est donc pas uniquement en cas de dysfonctionnement systémique ou généralisé du système d'asile d'un État membre responsable qu'un transfert peut être empêché. Les considérations spécifiques et individuelles des demandeurs d'asile doivent être prises en compte afin de déterminer si elles risquent de subir un traitement incompatible avec l'article 4 de la Charte en raison de leur transfert. La Cour souscrit par ailleurs à cette exigence en considérant que, en cas d'échec dans la gestion de ce risque, le premier État membre assumera la responsabilité de la violation de la Charte.

Il convient toutefois de souligner que, si la Grande Chambre de la CJUE a rendu les premiers arrêts donnant la priorité au principe de confiance mutuelle, l'affaire a été rendue par une chambre de cinq juges dont l'autorité pouvait être considérée comme plus faible. Néanmoins, l'arrêt suit l'évolution générale de la jurisprudence de la CJUE qui a déjà souligné à plusieurs reprises, à la suite de la dernière refonte du règlement de Dublin, le fait que la modification du système *« vise à apporter les améliorations nécessaires, à la lumière de l'expérience, non seulement à l'efficacité du système de Dublin, mais aussi à la protection octroyée aux demandeurs, celle-ci étant notamment assurée par la protection juridictionnelle dont ils bénéficient. [2273]"*. Cet arrêt (de juin 2016) avait déjà renversé les aspects procéduraux de le jugement Abdullahi; la décision *C.K* renverse maintenant les aspects de fond. Ce pas décisif en faveur de la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile soulève néanmoins un certain nombre de questions pratiques. On pourrait se poser d'abord - et cette question a déjà été posée par d'autres commentateurs - si le risque de violation d'autres droits fondamentaux que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants doit justifier une exception à la répartition des responsabilités dans Dublin et principe de confiance mutuelle. Compte tenu de l'accent mis par la Cour sur le caractère exceptionnel de la situation, aucune violation des droits fondamentaux n'empêcherait les États membres d'invoquer le principe de confiance mutuelle pour transférer un demandeur d'asile. Au contraire, seuls des risques très graves de violation de droits fondamentaux absolus (Chapitre I de la Charte) justifieraient, à notre avis, une suspension obligatoire du transfert des demandeurs d'asile.

En outre, la décision soulève des questions quant aux conséquences d'une suspension. Comme l'a souligné la Cour, un État membre ne serait jamais obligé d'évaluer lui-même, sur la base de la clause de souveraineté (article 17.1 Dublin III), une demande d'asile relevant de la responsabilité d'un autre État. Et si, en raison de la situation individuelle du demandeur d'asile, le transfert devait être suspendu à long terme? La conclusion de la CJUE pourrait alors résulter en l'existence de "réfugiés en orbite", demandeurs d'asile qui perdent la certitude que leur demande soit examinée par un État membre de l'Union - ce

[2273] CJUE, 7 juin 2016, Ghezelbash, aff. C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409, point 52.

que le système de Dublin cherche particulièrement à empêcher et qui pourrait constituer en soi un traitement inhumain et dégradant. Enfin, la question de l'applicabilité de cette approche à la coopération pénale de l'UE devrait également être soulevée. Jusqu'à sa conclusion dans l'affaire *Aranyosi*, la Cour semblait très réticente à reconnaître une exception au principe de confiance mutuelle dans le cadre du mandat d'arrêt européen [2274]. (voir, entre autres, les affaires C-396/11 Radu et C-399 / 11, Melloni). La décision dans l'affaire *C.K.* devrait cependant, à notre avis, être considérée comme applicable également dans le domaine de la coopération pénale si de telles circonstances exceptionnelles sont réunies depuis la décision repose notamment sur l'arrêt *Aranyosi* et aussi en raison du caractère absolu de l'interdiction prévue à l'art. 4 de la Charte. Les deux lignes de jurisprudence ont été réunies, mais elles soulèvent des questions parallèles quant aux conséquences à long terme. En effet, la Cour de justice a déjà été invitée à donner des précisions sur l'arrêt *Aranyosi*, dans l'affaire pendante *Aranyosi II*[2275]. Le 15 novembre 2017, la CJUE a rendu une ordonnance dans laquelle elle déclarait qu'aucune décision ne serait prise concernant un renvoi préjudiciel relatif à la jurisprudence de la CJUE sur les conditions de détention de la Cour régionale supérieure de Brême. Après le jugement historique rendu par la CJUE le 5 avril 2016 dans l'affaire Aranyosi / Căldăraru, la Cour régionale supérieure a lancé un deuxième renvoi préjudiciel concernant la remise de M. Aranyosi (affaire C-496/16 - Aranyosi II). Le tribunal régional supérieur demanda des éclaircissements sur la procédure concrète permettant de déterminer s'il existait un risque réel de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'art. 4 ChDF concernant les conditions de détention qu'une personne extradée peut rencontrer dans l'État émettant un mandat d'arrêt européen. Il souhaitait principalement savoir dans quelles prisons l'évaluation des conditions de détention devait être étendue.

La CJUE a toutefois fait observer que le tribunal hongrois avait annulé les mandats d'arrêt à l'encontre de M. Aranyosi, ce qui signifiait qu'aucun mandat d'arrêt européen n'était actuellement exécuté. Par conséquent, la CJUE a précisé qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur le fond de l'affaire, car les questions posées n'avaient qu'un caractère hypothétique.

On peut désormais se demander si les arrêts *C.K.* et *Aranyos*i renversent généralement l'argument de l'avis 2/13 fondé sur le principe de confiance mutuelle opposé, entre autres, par la CJCE au projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH… Quoi qu'il en soit, ce nouveau cadre devrait indubitablement avoir impact important sur les relations actuelles et futures entre l'ordre juridique de l'UE, d'une part, avec la CEDH et les ordres juridiques nationaux, d'autre part.

[2274] CJUE, 29 janvier 2013, Radu, aff.C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, et CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11.

[2275] CJUE, 15 novembre 2017, Ordonnance de la Cour, Aranyosi, aff. C−496/16, ECLI:EU:C:2017:866.

B. Le mandant d'arrêt européen.

Au cours des deux ou trois dernières années, le nombre de demandes de décision préjudicielle relatives à des mesures pénales prises par l'Union européenne a considérablement augmenté. Cela n'a rien de surprenant et s'explique, du moins en partie, par le fait que, à compter du 1er novembre 2014, la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour rendre des décisions préliminaires sur les mesures de droit pénal de l'UE n'est plus soumise à l'acceptation préalable des États membres[2276]. Même si la Cour constitutionnelle allemande a affirmé que la protection des droits fondamentaux peut conduire à un contrôle de l'exécution du MAE, « l'identité constitutionnelle » allemande. En l'espèce un ressortissant allemand faisait l'objet d'un MAE émis par l'Italie et a été arrêté en Allemagne. Ce ressortissant américain s'est opposé à sa remise en avançant deux rasions principales : d'abord il n'était pas au courant d'une telle condamnation et deuxièmement il serait pour lui impossible d'être entendu devant une cour en Italie pendant la procédure d'appel. Même si le MAE remplissait formellement toutes les conditions prévues par la décision-cadre, elle considère qu'une telle décision viole les droits fondamentaux du justiciable en vertu de l'article 1 § 1 de la Loi Fondamentale allemande (LF). Cette décision semble prendre le contre-pied de la jurisprudence de la CJUE portant sur le MAE. Ensuite et surtout, parce qu'elle envoie un message très fort à l'ensemble des juges de l'UE[2277]. Pour la Cour constitutionnelle allemande le condamné doit avoir la garantie de pouvoir demander un nouveau procès correspondant aux exigences mentionnées dans la décision-cadre relative au MAE et les

[2276]Article 10 (3) du Protocole n ° 36 du TUE lu conjointement avec l'article 35 du TUE (version antérieure à Lisbonne).

[2277] M. Guiresse, Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux, 8 février 2016, Réseau Universitaire européen, Droit de Liberté de sécurité et de justice. http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08/cooperation-judiciaire-penale/quand-le-juge-constitutionnel-allemand-encadre-la-confiance-mutuelle-reflexions-sur-le-juge-europeen-des-droits-fondamentaux/

institutions de l'État extradant doivent le vérifier[2278]. En principe, toutes les juridictions nationales sont maintenant libres de s'adresser à la CJUE pour obtenir des éclaircissements sur le sens et la validité de telles mesures. Ce qui ne sera pas non plus surprenant, c'est que bon nombre des questions de ces juridictions ont récemment évoquées devant la CJUE concernent la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen[2279]. Adoptée au lendemain du 11 septembre, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen a remplacé, parmi les États membres, le système classique d'extradition par un système plus simple qui vise avant tout à accélérer la remise des accusés ou des condamnés d'un État membre à un autre. C'est la première mesure concrète dans le domaine du droit pénal qui applique le principe de reconnaissance mutuelle. L'essence du système de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen est simple: un mandat d'arrêt européen délivré par un État membre (l'État membre «émetteur») doit être exécuté par un autre État membre («l'État d'exécution»), sauf si la décision-cadre demande ou autorise la non-exécution. Depuis son adoption, la décision-cadre relative au MAE a fait l'objet de controverses, principalement parce que l'exécution du MAE conformément au principe de reconnaissance mutuelle peut entrer en conflit avec les droits fondamentaux de l'accusé ou du condamné. La reconnaissance mutuelle est basée sur la confiance mutuelle. On présume que les autorités de droit pénal des autres États membres respectent le droit à un procès équitable et les autres droits fondamentaux (connexes). En pratique, toutefois, cette présomption n'est pas nécessairement vraie[2280]. Parmi les questions les plus débattues à cet égard figurent

---

[2278] **C.** Dieter Classen, Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale-quel avenir dans l'espace juridique européen? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen du 15 décembre 2015, CDE, 2016, N°2, p. 673.

[2279] 2002/584/JAI: Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, J.O n° L 190 du 18/07/2002

[2280] Dans le contexte de l'élargissement de l'Union vers l'est en particulier, des doutes ont été exprimés quant à la compatibilité du principe de reconnaissance mutuelle avec les droits fondamentaux. Voir V. Mitsilegas, EU Criminal Law after Lisbon –Rights, Trust and Transformation of Justice in Europe , Hart Publishing, 2016, p. 147.

l'étendue et la légitimité de la confiance due et l'étendue des contrôles susceptibles d'être exercés par l'autorité d'exécution quant au respect des droits fondamentaux[2281].

Bien entendu, les institutions politiques de l'UE en sont pleinement conscientes et il serait erroné d'affirmer que, lors de la création du système de MAE, elles ont ignoré la question de la protection des droits fondamentaux. La décision-cadre relative au MAE contient des dispositions qui protègent les droits procéduraux et d'un procès équitable et, plus généralement, elle stipule qu '«*elle ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux* [2282]». Cependant, les institutions politiques ont décidé que toutes les violations des droits fondamentaux ne pouvaient pas justifier la non-exécution du MAE. Une violation de l'obligation générale de respecter d'autres droits fondamentaux n'a pas été reconnue comme un motif distinct de non-exécution. En d'autres termes, les institutions politiques n'ont pas fait du respect total de tous les droits fondamentaux une condition préalable à l'application légale du système de mandat d'arrêt européen[2283].

Dans une Union qui possède sa propre Charte des droits fondamentaux et attend de ses institutions et - lorsqu'elles appliquent leur droit de l'Union - que les États membres respectent les droits qui y sont consacrés, cela n'est évidemment pas sans poser problème[2284]. Aussi importants que puissent être les objectifs de prévention et de

---

[2281] E. Bribosia et A. Weyembergh, Confiance mutuelle et droits fondamentaux: « Back to the future », CDE, 2016, N°2, p.494

[2282] Art.1 §3, Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JO L 190 du 18.7.2002, p.1-20.

[2283] De plus, afin de garantir le fonctionnement efficace de tout le système de MAE, les ailes des tribunaux nationaux étaient coupé dans une certaine mesure. Les dispositions de décisions-cadres telles que la FDEAW n'ont pas d'effet direct (article 34, paragraphe 2, du TUE (version antérieure à Lisbonne), confirmées par: CJUE, 8 novembre 2016, Ognyanov, aff. C-554/14, ECLI:EU:C:2016:835, point 56 et CJUE, 29 juin 2017, Popławski, aff. C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503, point 26.) et, comme indiqué ci-dessus, ces cours ne bénéficiaient d'un accès conditionnel à la CJUE que dans le cadre des mesures de droit pénal de l'UE. Toutefois, les décisions-cadres lient les États membres, ce qui implique l'obligation pour les juridictions nationales d'interpréter, dans la mesure du possible, le droit national en conformité avec ces décisions.CJUE, 16 juin 2005, Procédure pénale contre Maria Pupino, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386, point 34.

[2284] S. Alegre et M. Leaf, 'Mutual Recognition in European Judicial Co-operation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – The EAW', 10 European Law Journal , 2004, p. 200-217.

répression de la criminalité et, plus généralement, de création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice , les traités exigent que ces objectifs soient poursuivis dans le respect des droits fondamentaux[2285]. La protection des droits fondamentaux faisant partie de ses tâches essentielles, on aurait peut-être pu s'attendre à ce que la CJUE examine avec soin si la décision-cadre relative au MAE elle-même, ainsi que les décisions nationales relatives à la délivrance et à l'exécution des MAE, est conforme aux droits fondamentaux. Cependant, au cours de la première décennie suivant l'entrée en vigueur de la décision-cadre relative au MAE, la CJUE ne semblait pas disposée à le faire. Il ne remettait pas vraiment en question les choix des institutions politiques et semblait particulièrement attentif à ne pas compromettre l'efficacité du système du MAE. La CJUE a souligné l'importance fondamentale de la confiance mutuelle[2286] et a refusé d'admettre qu'une violation des droits fondamentaux de l'UE[2287] ou nationaux puisse constituer un motif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen, dans les cas où aucune des exceptions de la décision-cadre relative au MAE ne s'applique[2288].

Cette section fournit un aperçu analytique de la jurisprudence de la CJUE sur la décision-cadre relative au MAE depuis le 1er novembre 2014. Elle examine comment la CJUE a interprété diverses dispositions de la décision-cadre relative au MAE et examine si, ou dans quelle mesure, elle a exploité les possibilités offertes par les juridictions nationales pour renforcer la protection des droits fondamentaux.

Le texte de la décision cadre relative au MAE laisse de nombreuses questions sans réponse. Celles-ci se rapportent d'abord à la notion même de «MAE». Tout comme un mandat d'arrêt national, un mandat d'arrêt européen est une décision d'un tribunal ou d'un organisme analogue qui autorise ou ordonne l'arrestation d'une personne aux fins de mener

---

[2285] L'article 3, paragraphe 2, lu conjointement avec l'article 6 du traité UE et l'article 67, paragraphe 1, du TFUE.

[2286] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

[2287] CJUE, 29 janvier 2013, Ciprian Vasile Radu, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, points 36-42.

[2288] Voir: T. Reinbacher et M. Wendel, 'The Bundesverfassungsgericht's European Arrest Warrant II Decision – The BVerfG, Case 2 BvR 2735/14, Order of 15 December 2015 – EAW II', 23 Maastricht Journal of European and Comparative Law ,2016, p. 702-713; et L. Kimek, European Arrest Warrant, Springer, 2015, Chapter 12.

une action pénale ou de faire exécuter une peine privative de liberté ou une peine comparable. Dans l'affaire *Bob-Dogi*[2289], toutefois, la CJUE a précisé que, aux fins de la décision-cadre relative au MAE, il est essentiel d'établir une distinction entre un mandat d'arrêt national et un mandat d'arrêt européen. L'affaire concernait un mandat d'arrêt européen délivré par les autorités hongroises demandant l'arrestation et la remise d'un ressortissant roumain, M. Bob-Dogi, accusé d'avoir causé un accident de la route en Hongrie et d'avoir causé des lésions corporelles graves à un cyclomotoriste. La cour roumaine chargée de l'exécution a constaté que le mandat d'arrêt européen s'étendait également au territoire de la Hongrie et présumait qu'il constituait également un mandat d'arrêt national. Cette hypothèse semblait être correcte. La loi hongroise prévoyait une «procédure simplifiée» dans les cas où la personne recherchée se trouvait déjà hors du territoire de la Hongrie lors de la délivrance d'un mandat d'arrêt européen. Dans un tel cas, aucun mandat d'arrêt national séparé n'a été émis. Une arrestation du mandat d'arrêt européen constituait en même temps un mandat d'arrêt national. Le tribunal roumain a douté que cela soit compatible avec la décision-cadre relative au MAE ,qui stipule qu'un MAE doit contenir, entre autres, « l'existence d'un jugement exécutoire, d'un mandat d'arrêt ou de toute autre décision judiciaire exécutoire ayant la même force.[2290]» La juridiction concernée a décidé de demander à la CJUE si la décision-cadre relative au MAE avait besoin d'un mandat d'arrêt national préalable et distinct et, dans l'affirmative, si l'absence d'un tel mandat impliquait un motif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen. La CJUE a établi que la décision-cadre relative au MAE exige en effet qu'un mandat d'arrêt européen contienne la preuve d'un mandat d'arrêt national ou d'une décision comparable. La CJUE a interprété cela comme impliquant qu'un MAE doit être fondé sur une décision de justice nationale distincte prenant la forme d'une décision délivrant un mandat d'arrêt national ou d'une décision similaire[2291]. Se référant à ses objectifs, la CJUE a expliqué que la décision-cadre relative au MAE impliquait un double niveau de protection des droits procéduraux et fondamentaux dont jouirait une personne recherchée. Le premier concerne

---

[2289] CJUE, 1er juin 2016, Niculaie Aurel Bob-Dogi, aff. C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385.

[2290] Art. 8 §1 (c) 002/584/JAI: Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre JO L 190 du 18.7.2002, p. 1-20.

[2291] CJUE, 1er juin 2016, Niculaie Aurel Bob-Dogi, aff. C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385, point 42-51.

la protection judiciaire fournie au niveau de la délivrance d'un mandat d'arrêt national; le deuxième niveau concerne la décision d'émettre le mandat d'arrêt européen. Ce double niveau de protection juridictionnelle était, en principe, absent de la procédure simplifiée en vigueur en Hongrie, dans la mesure où une seule décision avait été prise et non pas deux, comme le prévoyaient les dispositions de la décision-cadre relative au MAE[2292]. Qu'est-ce que cela impliquait pour la cour roumaine de renvoi? Devait-il ou a-t-il été autorisé à refuser l'exécution du mandat d'arrêt européen? La CJUE a constaté que l'absence de tout mandat d'arrêt national dans un mandat d'arrêt européen ne constitue pas l'un des motifs de non-exécution énumérés dans la décision-décision-cadre relative au MAE[2293]. Toutefois, comme le dit la CJUE, la décision-cadre relative au MAE est fondée sur le principe qu'un mandat d'arrêt européen mentionne un mandat d'arrêt national ou une décision comparable. Dans le cas contraire, le MAE est invalide, ce qui signifie que l'autorité d'exécution doit refuser d'exécuter le MAE[2294].

Dans l'affaire *Bob-Dogi,* la CJUE ne s'est pas référée directement à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais il est évident que les conclusions tirées sont de la plus haute importance pour la protection des droits des personnes recherchées. La structure du système de la décision-cadre relative au MAE est telle qu'il faut d'abord décider si une personne peut être ou sera privée de sa liberté. Cette décision fondamentale doit être prise par un tribunal sur la base des règles de droit pénal nationales et conformément au droit à un procès équitable et aux autres normes de droits fondamentaux garanties par le droit national et par la Convention européenne des droits de l'homme. Si les conditions prescrites sont remplies, c'est en règle générale la police nationale ou d'autres autorités répressives qui seront habilitées à arrêter la personne concernée. Ce n'est que dans les cas où l'accusé ou le condamné est (censé être) présent sur le territoire d'un autre État membre que le recours à un mandat d'arrêt européen entre en jeu. La décision-cadre relative au MAE n'exige pas de l'autorité judiciaire compétente pour délivrer un mandat d'arrêt européen qu'elle réévalue si la personne recherchée peut effectivement être incarcérée. Cette autorité judiciaire est autorisée à baser simplement sa décision sur le

[2292] Ibid.points 55-57.

[2293] Ibid. points 60-62.

[2294] Ibid, points 63-64.

mandat d'arrêt national. Un mandat d'arrêt européen est donc beaucoup moins fondamental qu'un mandat d'arrêt national. En substance, un mandat d'arrêt européen n'est rien de plus qu'un outil juridique permettant à l'État membre d'émission de faire arrêter une personne par les autorités d'un autre État membre, plutôt que par ses propres autorités. Si un mandat d'arrêt européen peut également constituer un mandat d'arrêt national, rien ne garantit qu'un tribunal ait d'abord établi que la personne recherchée peut effectivement être privée de sa liberté conformément au droit national et au droit de la CEDH. En outre, en l'absence de preuve de l'existence d'un mandat d'arrêt national, il peut être impossible à l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution de conclure que, comme le dit la CJUE, le premier niveau de protection juridictionnelle a effectivement été offert. Par conséquent, il est également logique que l'autorité d'exécution ne soit pas autorisée à exécuter le MAE. En outre, en l'absence de preuve de l'existence d'un mandat d'arrêt national, il peut être impossible à l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution de conclure que, comme le dit la CJUE, le premier niveau de protection juridictionnelle a effectivement été offert. Par conséquent, il est également logique que l'autorité d'exécution ne soit pas autorisée à exécuter le MAE. *Bob-Dogi* ne précise pas ce que le second niveau de protection implique réellement. Le texte de la décision-cadre relative au MAE autorise l'autorité judiciaire d'émission à fonder sa décision sur le mandat d'arrêt national sans avoir à se demander si l'arrestation est correcte au regard du droit national. Il peut simplement y faire référence. Le deuxième niveau de protection devrait-il peut-être être interprété comme signifiant que le mandat d'arrêt européen en question doit néanmoins examiner le mandat d'arrêt national et en réexaminer la compatibilité avec le droit national et le droit CEDH? Ou bien ce deuxième niveau consiste-t-il en une obligation de vérifier si l'arrestation dans un autre État membre est compatible avec les normes de l'UE en matière de droits fondamentaux? Si tel est le cas, qu'implique ce devoir *in concreto*? Une clarification juridique serait la bienvenue sur ce point. En effet, l'arrêt « Bob-Dogi » du 1er juin 2016 manque deux importantes occasions : d'abord, celle de remédier à l'absence de définition de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice sachant que si, depuis 1999, cela avait été fait il n'y aurait certainement pas eu en l'espère de renvoi préjudiciel par la juridiction de l'Etat d'exécution et ensuite, la CJUE ne saisit pas l'occasion, pourtant bien amenée par

son Avocat général, de se positionner sur une approche européenne de la proportionnalité dans les mécanismes européens de coopération judiciaire[2295].

Dans l'affaire *Mantello*[2296], la CJUE traite le motif de refus contraignant fondé sur le principe *ne bis in dem* qui est présent dans l'art 3§2 de la décision-cadre relative au MAE. La CJUE considère en effet, que, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, où l'autorité judiciaire d'émission, en réponse à une demande d'information, a constaté que son jugement précédent ne couvrait pas les faits visés dans ce mandat d'arrêt et ne faisait donc pas obstacle aux poursuites visées dans ce mandat d'arrêt, l'autorité judiciaire d'exécution devait tirer toutes les conséquences des appréciations effectuée dans sa réponse par l'autorité judiciaire d'émission[2297].

La décision-cadre relative au MAE exige que le mandat d'arrêt européen soit délivré par une autorité judiciaire[2298]. Il en va de même pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen et du mandat d'arrêt national sur lequel il doit être fondé. La décision-cadre relative au MAE prévoit un système «juridictionnel[2299]» dans lequel les principales décisions sont prises par les autorités judiciaires et le rôle des organes gouvernementaux ou exécutifs, en tant qu'« autorités centrales[2300]», se limite à offrir une assistance administrative et pratique aux autorités judiciaires. La raison en est double. Premièrement, comme l'ont montré les expériences avec les règles classiques en matière d'extradition, confier des décisions clés

---

[2295] G. Taupiac-Nouvel, L'arrêt Bob-Dogi de la Cour de justice, deux occasions manquées pour le droit de la coopération judiciaire pénale, Réseau universitaire européen, Droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, 8 juin 2016, http://www.gdr-elsj.eu/2016/06/08/cooperation-judiciaire-penale/un-arret-bob-dogi-de-la-cour-de-justice-deux-occasions-manquees-pour-le-droit-de-la-cooperation-judiciaire-penale/

[2296] CJUE, 16 novembre 2010, Mantello, aff. C-261/09, ECLI:EU:C:2010:683

[2297] E. Bribosia et A. Weyembergh, Confiance mutuelle et droits fondamentaux: « Back to the future », CED, 2016, N°2, p. 495

[2298] Art.1§1, Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1-20.

[2299] O. Bures, Politique antiterroriste de l'UE: un tigre de papier? ,Ashgate, 2011, p. 153.

[2300] Art.7, Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1-20.

en matière de remise à des organes politiques implique souvent un retard[2301]. Deuxièmement, le processus décisionnel judiciaire offre une garantie accrue que les règles de procédure et les droits fondamentaux prescrits seront respectés.

Il est donc important d'établir ce qui constitue réellement une autorité judiciaire. La décision-cadre relative au MAE demande aux États membres d'établir quelle autorité judiciaire sera compétente pour émettre et / ou exécuter les MAE[2302], mais elle ne définit pas le terme «autorité judiciaire» lui-même. Dans la pratique, cela a entraîné des divergences entre les États membres, certains d'entre eux ayant désigné des autorités qui sembleraient être des autorités politiques plutôt que judiciaires[2303].

À Poltorak, Kovalkovas et Özçelik, le tribunal de district d'Amsterdam, compétent pour exécuter les MAE de droit néerlandais, a décidé de demander à la CJUE des éclaircissements juridiques sur le sens exact de ce qui constitue une "autorité judiciaire ». Plus concrètement, le tribunal d'Amsterdam a souhaité savoir s'il était obligé d'exécuter des MAE délivrés par les services de police suédois (Poltorak), le ministère de la Justice lituanien (Kovalkovas) et un procureur hongrois (Özçelik). Dans les deux premières affaires, la CJUE a estimé qu'une «autorité judiciaire» est un concept autonome du droit de l'Union[2304] qui s'applique aux «autorités appelées à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné .[2305]» Ceux-ci incluent les cours nationales et les juges d'un État membre, mais pas les services de police et les organes exécutifs tels que les ministères. La CJUE a expliqué que le terme «pouvoir judiciaire» doit être distingué,

---

[2301] Proposition de Décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres/* COM/2001/0522 final - CNS 2001/0215 */JO C 332E du 27.11.2001, p. 305–319

[2302] Articles 6§1 et 2 Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1-20.

[2303] L. Kimek, European Arrest Warrant, p. 78-80; et W. van Ballegooij, The Nature of Mutual recognition in European Law – Re-examining the notion from an individual rights perspective with a view to its further development in the criminal justice area ,Intersentia, 2015, p. 167.

[2304] CJUE, 10 novembre 2016 ,Krzysztof Marek Poltorak, aff. C−452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, point 32 et CJUE, 10 novembre 2016, Kovalkovas, aff. C-477/16 PPU,ECLI:EU:C:2016:861, point 33.

[2305] Ibid, points 33 et 34.

conformément au principe de la séparation des pouvoirs, de l'exécutif. Ainsi, les autorités judiciaires sont traditionnellement interprétées comme des autorités administrant la justice, à la différence, notamment, des autorités administratives ou de la police, qui relèvent du mandat de l'exécutif[2306]. La délivrance d'un mandat d'arrêt par des «autorités centrales» telles que les services de police ou les ministères ne donne pas à l'autorité judiciaire d'exécution l'assurance que les décisions relatives aux MAE «sont assorties de toutes les garanties judiciaires» et ne peuvent donc pas fournir le «haut niveau». de confiance 'entre les États membres' qu'exige la reconnaissance mutuelle[2307]. Se fondant sur ce raisonnement, la CJUE a conclu dans l'affaire *Özçelik* que, contrairement aux autorités de police ou aux ministères, un parquet devait être considéré comme une autorité judiciaire[2308].

Les conclusions de la CJUE sont logiques[2309]. Le bon sens veut simplement que les services de police et les ministères ne puissent être considérés comme des autorités judiciaires. Il serait étrange et même indésirable que les juridictions de l'État membre d'exécution soient obligées «d'agir sous les ordres de policiers étrangers[2310]» ou d'hommes politiques. Pour que le système dans son ensemble soit légitime, il doit être garanti que les MAE soient délivrés dans le respect du droit à un procès équitable et des autres droits fondamentaux. Cette garantie ne peut pas être donnée de manière plausible par les services

---

[2306] Ibid, points 35 et 36.

[2307] Ibid. points 44 et 45.

[2308] CJUE, 10 novembre 2016, Özçelik, aff. C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:860, points 32-34.

[2309] A. Pieter van der Me, The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, Vol. 24(6) , p. 887.

[2310]Voir: P. De Hert et al., 'The Framework Decision of 18 December 2008 on the European Evidence Warrant for the Purpose of Obtaining Objects, Documents and Data for Use in Proceedings in Criminal Matters – a Critical Assessment', 1 New Journal of European Criminal Law ,2009, p. 55-78, 62.

de police ou d'autres organismes contrôlés par des responsables politiques[2311]. Reste à savoir s'il en va toujours de même pour les procureurs, ce n'est pas tout à fait clair. Dans l'affaire *Özçelik*, la CJUE a établi que le bureau du procureur hongrois à l'examen pouvait être considéré comme une autorité judiciaire au sens de la décision-cadre relative au MAE. Les attributions précises des bureaux des procureurs dans d'autres États membres peuvent toutefois différer, et tous ces services ne sont pas en mesure de fournir les garanties de procédure et de droits fondamentaux requises pour satisfaire à la CJUE. Ainsi, pour déterminer si les procureurs peuvent ou non être désignés comme "autorité judiciaire" compétente pour délivrer des MAE, une analyse au cas par cas semble être nécessaire.

Pour accélérer la remise des accusés ou des personnes condamnées, la décision-cadre relative au MAE prescrit un certain délai. Premièrement, l'autorité d'exécution doit décider de l'exécution dans un délai de 60 jours[2312].Deuxièmement, les autorités des États membres d'exécution et d'émission doivent convenir d'une date pour la remise effective, qui doit avoir lieu au plus tard dix jours après la décision finale sur l'exécution du mandat d'arrêt européen[2313]. En pratique, toutefois, ces délais ne sont pas toujours scrupuleusement respectés. Quelles sont alors les implications? Un MAE peut-il éventuellement expirer? Qu'en est-il des droits fondamentaux et du droit à la liberté en particulier? Les personnes recherchées peuvent-elles être maintenues en détention après l'expiration des délais et, dans l'affirmative, pendant combien de temps? La CJUE a été confrontée à ces mêmes questions à *Lanigan* et à *Vilkas.* D'une part, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a eu l'occasion de préciser dans l'affaire *Lanigan* que l'État requis qui sursoit à la

---

[2311] On peut sans risque supposer que les conclusions de l'affaire Poltorak, Kovalkovas et Özçelik,

s'étendent aux autorités de l'État membre d'exécution. Tout le système du MAE, comme l'a déjà dit la CJUE dans Jeremy F., doit être "exécuté sous contrôle judiciaire" afin de garantir que les décisions relatives aux MAE "bénéficient de toutes les garanties appropriées pour de telles décisions". CJUE, 30 mai 2016, Jeremy F. c. Premier ministre, aff. C-168/13, EU: C: 2013: 358, points. 39 et 46.

[2312] L'article 17, paragraphe 3, de la décision-cadre relative au MAE. Ce délai de 60 jours s'applique lorsque la personne recherchée ne consent pas à la remise. S'il le fait, l'autorité d'exécution doit décider dans un délai de dix jours. Article 17 (2) de la décision-cadre relative au MAE.

[2313] Articles 23§1 et §2 de la décision-cadre relative au MAE.

remise d'une personne recherchée veille de façon suffisamment diligente à ce que la durée de sa détention ne soit pas déraisonnable[2314].

Lanigan concernait un mandat d'arrêt européen émis par un tribunal britannique demandant l'arrestation et la remise par l'Irlande de M. Lanigan, accusé notamment de meurtre. M. Lanigan a bien été arrêté, mais il s'est opposé à sa reddition. Après une série d '« incidents de procédure », le tribunal irlandais compétent a conclu qu'il avait fallu près de deux ans depuis l'arrestation de M. Lanigan. Le délai d'exécution du mandat d'arrêt européen expirant, le tribunal s'est tourné vers la CJUE pour déterminer, d'une part, si elle pouvait toujours exécuter le mandat d'arrêt européen et, d'autre part, si une personne se trouvant dans la situation de M. Lanigan pouvait toujours être placée en détention provisoire.

La CJUE a estimé qu'étant donné que l'expiration du délai ne faisait pas partie des motifs de non-reconnaissance en vertu de la décision-cadre relative au MAE, l'autorité judiciaire d'exécution ne pouvait être dispensée de l'obligation d'exécution[2315]. Toute autre conclusion irait à l'encontre de l'objectif de la décision-cadre relative au MAE d'accélérer et de simplifier la coopération judiciaire. En particulier, l'État membre d'émission pourrait éventuellement être contraint de délivrer un deuxième mandat d'arrêt européen et l'exécution de ces mandats pourrait être entravée par des tactiques dilatoires[2316]. Qu'est-ce que cela signifie pour M. Lanigan? Pourrait-il être maintenu en détention? La décision-cadre relative au MAE dispose que, lorsqu'une personne est arrêtée sur la base d'un mandat d'arrêt européen, l'autorité d'exécution décide si elle doit rester en détention conformément au droit de l'État membre d'exécution. La personne peut être libérée, à condition que l'autorité d'exécution prenne toutes les mesures qu'elle juge nécessaires pour l'empêcher de prendre la fuite[2317]. De l'avis de la CJUE, cela n'impliquait pas que, une fois les délais expirés, l'autorité judiciaire d'exécution devait libérer cette personne. Une telle

---

[2314] W. Azoulay, Exécution d'un mandat d'arrêt européen : différer et détenir, Dalloz Actualité, 6 novembre 2017, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/execution-d-un-mandat-d-arret-europeen-differer-et-detenir#.XG7k-i17RN0

[2315] CJUE, 16 juillet 2015, Lanigan, aff. C -237/15, ECLI:EU:C:2015:474, point 37.

[2316] Ibib. poins 40-41.

[2317] Art.12 de la décision-cadre relative au MAE.

interprétation entraverait, selon la CJUE, les objectifs de la décision-cadre relative au MAE[2318].

Si la CJUE en était restée là, le résultat aurait été indésirable. Après l'expiration du délai, l'obligation d'exécuter et de se rendre existe toujours et la décision-cadre relative au MAE n'offrirait aucune protection contre la détention indéfinie sans procès[2319]. La CJUE a donc poursuivi en affirmant que, lorsqu'elles décidaient de la libération éventuelle de la personne recherchée, les autorités nationales compétentes devaient respecter le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, tel que garanti par la Charte[2320]. Se référant à la jurisprudence "Strasbourg"[2321] en la matière, la CJUE a estimé que l'autorité judiciaire d'exécution ne pouvait décider de maintenir en détention la personne recherchée que dans la mesure où la procédure d'exécution du mandat d'arrêt européen avait été menée de manière suffisamment diligente et, partant, tant que la durée de la détention n'est pas excessive[2322].

Pour que cela soit effectivement le cas, l'autorité judiciaire d'exécution doit procéder à un examen concret de la situation. Elle doit tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris l'éventuelle absence d'action des autorités des États membres concernés, toute contribution de la personne recherchée à cette durée, la peine encourue par la personne recherchée[2323], le risque potentiel de fuite de cette personne ainsi que le fait qu'elle est détenue pendant une période qui dépasse largement les délais prescrits par la décision-cadre relative au MAE[2324]. Si l'autorité judiciaire d'exécution conclut à la fin de la garde à vue de la personne recherchée, elle doit assortir sa mise en liberté provisoire des mesures qu'elle jugera nécessaires pour l'empêcher de prendre la fuite et veiller à ce que les

---

[2318] CJUE, 16 juillet 2015, Lanigan, aff. C -237/15, ECLI:EU:C:2015:474, points 45-52.

[2319] S. Peers, 'Free at Last? Detention, the European Arrest Warrant and Julian Assange', EU law Analysis, 2016, http://eulawanalysis.blogspot.nl/2016/02/free-at-last-detention-european-arrest.html.

[2320] Art. 6 de la ChDF.

[2321] Cour-EDH, 22 mars 1995, aff. Quinn c. France, Req. N° 18580/91 et Cour-EDH, 24 mars 2015, aff. Gallardo Sanchez c. Italie, Req. N° 11620/07, point 40.

[2322] CJUE, 16 juillet 2015, Lanigan, aff. C -237/15, ECLI:EU:C:2015:474, point 58.

[2323] Ibid, point 59.

[2324] Ibid, point 60.

conditions matérielles nécessaires à sa détention soient respectées. restitution effective reste remplie tant qu'aucune décision finale sur l'exécution du mandat n'a été prise[2325].

Comme indiqué ci-dessus, une fois que la décision d'exécuter un mandat d'arrêt européen a été prise, les autorités de l'État membre d'exécution et d'émission doivent convenir d'une date pour la remise effective dans un délai de dix jours. Si la remise est empêchée par «des circonstances indépendantes de la volonté de l'un des États membres», les autorités doivent immédiatement convenir d'une nouvelle date[2326]. Dans ce cas, la remise aura lieu dans les dix jours suivant l'accord de la nouvelle date. Si ces délais expirent et si la personne recherchée est toujours en détention préventive, la décision-cadre relative au MAE indique qu'elle doit être libérée. À *Vilkas*, la CJUE a été confrontée à une affaire dans laquelle la reddition avait échoué. M. Vilkas a fait l'objet de deux MAE délivrés par un tribunal lituanien, qui devaient être exécutés par les autorités irlandaises. M. Vilkas a été mis sur un vol commercial, mais il est devenu agité, agressif et a finalement refusé de monter à bord de l'avion. Le pilote ne l'a pas autorisé à monter à bord. Deux semaines plus tard, une autre tentative de remise a été faite mais, pour des raisons similaires, sans succès. Le ministre irlandais de la Justice a ensuite saisi le tribunal irlandais compétent pour une troisième tentative de remise de M. Vilkas aux autorités lituaniennes, cette fois par mer et par terre. Ce tribunal a refusé et ordonné sa libération. Le ministre a fait appel de ce jugement devant la cour d'appel irlandaise, qui a ensuite décidé de demander à la CJUE si la décision-cadre relative au MAE permettait de convenir d'une nouvelle date de remise en cas d'échec de la première remise en raison de la résistance répétée d'une personne recherchée telle que M. Vilkas. La CJUE a conclu que de nouvelles dates de remise pouvaient être convenues lorsque les raisons de la remise non capitalisée étaient indépendantes de la volonté des États membres concernés[2327]. En fait, pour atteindre l'objectif de la décision-cadre relative au MAE d'établir un système de reddition effectif, les États membres doivent le faire[2328]. La situation juridique est différente dans les cas où la remise échoue, en raison, comme dans le cas présent, de la résistance répétée de

[2325] Ibi, point 61.

[2326] Art. 23 § 3 de la décision-cadre relative au MAE.

[2327] CJUE,25 janvier 2017, Vilkas, aff; C-640/15, ECLI:EU:C:2017:39, point 25-33.

[2328] Ibid, points 34-39.

la personne recherchée. La CJUE a établi que "les circonstances indépendantes de la volonté de l'un des États membres" doivent être comprises comme se rapportant à des cas de force majeure[2329]. Citant une jurisprudence constante[2330], la CJUE a défini ce terme comme faisant référence à « circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées [2331]. » Appliquant cette définition générale au contexte spécifique du système de MAE, la CJUE a estimé qu'il était évident que la résistance à la reddition proposée par quelqu'un comme M. Vilkas pouvait être considérée comme une circonstance «anormale» échappant au contrôle des autorités concernées. Cependant, il n'a pas jugé cette résistance «imprévisible». Comme M. Vilkas avait déjà résisté à une première tentative de remise, sa résistance à la seconde tentative de remise était prévisible[2332]. La CJUE a toutefois laissé à la juridiction nationale de renvoi le soin de déterminer si la résistance opposée par quelqu'un comme M. Vilkas aurait effectivement pu être prévue ou non, et si les autorités concernées auraient pu prendre des mesures préventives. Si ce tribunal conclut à l'existence d'un cas de force majeure, les autorités d'exécution et d'émission doivent convenir d'une nouvelle date pour la remise. Au cas où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion opposée, les autorités resteraient obligées d'exécuter le mandat d'arrêt européen. Cependant, dans un tel cas, la personne recherchée doit, si elle est toujours en détention préventive, être libérée[2333]. Une lecture conjointe de Lanigan et de Vilkas permet de conclure que l'expiration des délais contenus dans la décision-cadre relative au MAE n'implique pas l'expiration ni l'abandon du mandat d'arrêt européen. Les devoirs d'exécution et de réalisation de la remise de la personne recherchée restent inchangés. Cela ne signifie toutefois pas que les délais peuvent être ignorés sans conséquences et sans respect du droit à la liberté en particulier. Lorsque le retard pris pour prendre la décision

---

[2329] Ibid, point 45-52.

[2330] CJUE, 18 décembre 2007, Pipeline Méditerranée et Rhône, aff. C-314/06, ECLI:EU:C:2007:817, point 23 et CJUE, 18 mars 2010, SGS Belgium e.a., aff. C-218/09, ECLI:EU:C:2010:152, point 44 et CJUE, 18 juillet 2013, Eurofit, aff. C-99/12, ECLI:EU:C:2013:487, point 31.

[2331] CJUE, 25 janvier 2017, Vilkas, aff. C-640/15, ECLI:EU:C:2017:39, point 53.

[2332] Ibid, point 60.

[2333] ibid, point 73.

finale d'exécution ou convenir d'une date de remise peut être attribué aux autorités impliquées, le droit à la liberté peut prévaloir sur l'objectif consistant à assurer une remise rapide.

Afin de garantir que, lors de sa remise, l'accusé ou le condamné ne soit pas privé de sa liberté pendant une période plus longue que celle pour laquelle il a été condamné, la décision-cadre relative au MAE prévoit que l'État membre d'émission doit déduire toutes les périodes que l'intéressé a subies en détention dans l'État membre d'exécution de la période totale à purger[2334]. Mais que faut-il entendre par «détention»? Ce concept couvre-t-il uniquement l'emprisonnement ou peut-être aussi d'autres mesures telles que, par exemple, le couvre-feu ou l'obligation de faire rapport régulièrement à la police ou aux autorités de la justice pénale?

Cette question même s'est posée dans le cas de *JZ*. JZ a été condamné à une peine de trois ans et deux mois d'emprisonnement en Pologne. Il a pris la fuite et un mandat d'arrêt européen a été délivré pour son arrestation. Plusieurs années plus tard, il fut arrêté au Royaume-Uni. JZ a été détenu pendant un jour, puis libéré sous caution. Il devait cependant rester à son adresse résidentielle le soir et s'assurer qu'il était soumis à une surveillance électronique. En outre, JZ devait se présenter régulièrement à un poste de police, il n'était pas autorisé à demander des documents de voyage et il était obligé de garder son téléphone portable allumé et en charge à tout moment. Au bout d'un an, il a été remis aux autorités polonaises. La juridiction polonaise compétente s'est demandée si les mesures auxquelles JZ avait été soumis au Royaume-Uni devaient être considérées comme une «détention» au sens de l'article 26 de la décision-cadre relative au MAE et donc si elle devait déduire de la peine privative de liberté infligée à JZ , la période de près d'un an pendant laquelle ces mesures lui étaient applicables.

La CJUE a noté que les termes «détention» et «privation de liberté» étaient utilisés de manière interchangeable dans l'ensemble de la décision-cadre relative au MAE[2335]. Les concepts sont similaires et évoquent, dans leur sens ordinaire, une situation d'emprisonnement ou de détention et non une simple restriction de la liberté de circulation. Une personne peut être privée de sa liberté non seulement par l'emprisonnement, mais

[2334] Art, 26§1 de la décision-cadre relative au MAE

[2335] CJUE, 28 juillet 2016, JZ, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610, point 40.

aussi dans des cas exceptionnels, par d'autres mesures tellement restrictives qu'il convient de la traiter de la même manière que l'emprisonnement au sens strict[2336]. Par conséquent, le terme "détention" couvre non seulement l'emprisonnement, mais également toute mesure imposée à la personne concernée et qui, en raison du type, de la durée, des effets et des modalités d'application de la ou des mesures en question, elle prive la personne concernée de sa liberté d'une manière comparable à l'emprisonnement[2337]. En outre, la CJUE a souligné que la "Cour de Strasbourg" a déclaré que la privation de liberté ne couvrait pas les mesures imposant à l'intéressé de se présenter une fois par mois aux autorités de police surveillantes, de rester en contact avec un hôpital, de vivre dans un lieu déterminé , ne pas quitter le quartier dans lequel il résidait et rester chez lui entre certains moments précis[2338]. De ce fait, la CJUE a conclu que le tribunal polonais n'avait pas à considérer les mesures imposées à JZ au Royaume-Uni comme une privation de liberté, même si elle laissait à ce tribunal la possibilité d'offrir un traitement "plus généreux" et de déduire les frais de justice, même si elle a laissé cette juridiction libre d'offrir un traitement «plus généreux» et de déduire les périodes pendant lesquelles JZ était soumis à ces mesures de la période totale de la peine d'incarcération qui lui a été infligée[2339].

La décision-cadre relative au MAE stipule que l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen émis aux fins d'exécuter une peine privative de liberté ou une ordonnance de détention si la personne ne s'est pas présentée en personne au «procès qui a abouti à la décision». Comment interpréter cette notion dans les cas où la personne concernée a été condamnée en première instance mais demande par la suite un nouveau procès ou fait appel de la décision? La notion renvoie-t-elle à la procédure en première instance, à la procédure d'appel ou peut-être aux deux?

La CJUE a été confrontée à de telles questions à *Tupikas*. Le tribunal d'arrondissement d'Amsterdam a été chargé d'exécuter un mandat d'arrêt européen délivré à un ressortissant lituanien, M. Tupikas, qui a été condamné à un emprisonnement d'un an et

[2336] Ibid, point 44.

[2337] Ibid, point 47.

[2338] Cour-EDH,20 avril 2014, aff. Villa c. Italie, Req. N°19675/06, points 43 et 44.

[2339] CJUE, 1er décembre 2008, Leymann et Pustovarov, aff. C-388/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:669, point 37.

quatre mois par un tribunal lituanien. M. Tupikas avait comparu en personne au procès en première instance, mais le mandat d'arrêt européen n'a pas révélé qu'il en était de même pour la procédure d'appel. Si la décision-cadre relative au MAE ne s'appliquait qu'aux procédures en première instance, le tribunal de district d'Amsterdam aurait pu constater qu'il n'avait pas d'autre choix que d'autoriser la remise de M. Tupikas à la Lituanie. Toutefois, si la décision-cadre relative au MAE est également applicable dans le cadre d'une procédure d'appel, le tribunal néerlandais ne pourrait, en vertu du droit néerlandais, le faire. La CJUE a estimé que la notion de "procès aboutissant à la décision" devait être comprise comme désignant "la procédure qui a conduit à la décision judiciaire qui a finalement condamné la personne recherchée[2340]. La CJUE a cité la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle (i) le terme "condamnation" désigne à la fois un verdict de culpabilité et l'imposition d'une peine ou d'une autre mesure privative de liberté[2341], que (ii) les conditions d'un procès équitable s'appliquent également à la procédure d'appel[2342], et que (iii) ces conditions ne sont pas automatiquement remplies lorsque la personne concernée était présente à la procédure en première instance, mais pas à la procédure d'appel[2343].

Dans l'affaire *Zdziaszek*, la CJUE a précisé la conclusion tirée à Tupikas. Dans cette affaire, le tribunal de district d'Amsterdam avait été chargé d'exécuter un mandat d'arrêt européen «polonais» faisant référence à une «peine cumulative» combinant diverses peines privatives de liberté précédemment prononcées contre M. Zdziaszek et une réduction de la peine globale. M. Zdziaszek n'était pas présent personnellement à la procédure ayant abouti à la peine cumulative. Il fallait donc que le tribunal d'Amsterdam sache si cette procédure était couverte par la notion de «procès aboutissant à la décision». Elle avait des doutes sur cette question car, selon la législation polonaise, de telles procédures ne peuvent

---

[2340] CJUE, 10 août 2017, Tupikas, aff. C-270/17, ECLI:EU:C:2017:628, point 74.

[2341] Ibid, point 78 et Cour-EDH, 21 octobre 2013, aff. Del Rı́o Prada c. Espagne, Req. N° 42750/09 , point 123.

[2342] Ibibd, point 79 et Cour-EDH, 14 février 2017, Hokkeling c. Pays-Bas, Req. N° 30749/12, points 56 et 58.

[2343] Ibid, point 80 et Cour-EDH, 14 février 2017, Hokkeling c. Pays-Bas, Req. N° 30749/12, points 5è, 58 et 61.

affecter le verdict de culpabilité et impliquent uniquement les sanctions ou les peines prononcées à l'encontre de la personne concernée.

La CJUE a estimé que la procédure était régie par le concept susmentionné contenu dans la décision-cadre relative au MAE[2344]. Elle a cité la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle le droit à un procès équitable s'applique non seulement à la déclaration de culpabilité, mais également à la détermination de la peine[2345], à condition que la procédure de détermination de la peine globale "ne soit pas un exercice purement formel et arithmétique mais implique une marge d'appréciation dans la détermination du niveau de la peine, notamment en tenant compte de la situation ou de la personnalité de la personne concernée, ou de circonstances atténuantes ou aggravantes [2346]». La CJUE a donc conclu qu'un jugement prononçant une peine cumulative, telle que celle en cause, constitue un «procès qui a abouti à la décision». Étant donné que ces procédures déterminent la dernière sentence à exécuter, l'intéressé doit être en mesure d'exercer efficacement ses droits de la défense afin d'influencer de manière favorable la décision à prendre à cet égard. Le fait que la nouvelle peine puisse être moins sévère ou plus favorable à l'intéressé n'était pas pertinent à cet égard[2347].

Tupikas et Zdziaszek, lus ensemble, démontrent qu'il est indifférent, aux fins de la décision-cadre relative au MAE, que la personne recherchée ait ou non comparu en personne à la première instance du procès. Ce qui est décisif, c'est que la personne recherchée soit présente aux dernières instances de la procédure au cours de laquelle la culpabilité a été établie et la peine finale a été déterminée. Si ces deux questions sont traitées séparément, la personne recherchée doit avoir été présente à chacune d'elles. Si l'autorité d'exécution établit qu'il en était bien ainsi, elle doit exécuter le mandat d'arrêt

---

[2344] La CJUE a également confirmé l'affaire Tupikas en concluant que la notion de "procès aboutissant à la décision" faisait référence à une procédure d'appel. Le simple fait que la peine infligée en appel ait été modifiée par la suite ne saurait modifier cette conclusion. CJUE, 10 août 2017, Zdziaszek, aff. C-271/ 17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629, points 76-82.

[2345] Ibid, point 87 et Cour-EDH, 28 novembre 2013, Dementyev c. Russie, Req; N° 43095/05 , point 23.

[2346] Ibid, point 89 et Cour-EDH, 15 juillet 1982, Eckle c. Allemagne, Req. N° 8130/78 , point 77 et Cour-EDH, 28 novembre 2013, Dementyev c. Russie, Req; N° 43095/05 , point 25 et 26.

[2347] Ibid, 90-92.

européen. Si cette autorité conclut le contraire, elle ne peut pas automatiquement refuser l'exécution. Auparavant, il doit vérifier si l'une des exceptions au motif de contumace par contumace est applicable.

La direction-cadre relative au MAE stipule que l'autorité d'exécution peut refuser l'exécution du mandat d'arrêt européen si les personnes recherchées ne se sont pas présentées en personne au procès, sauf si, en résumé, il / elle a (i) convoqué lui-même en temps voulu ou était autrement informé de la date et le lieu du procès, (ii) a été défendu par un conseil juridique, (iii) a décidé de ne pas contester une condamnation antérieure ou (iv) a obtenu le droit à un nouveau procès ou à un recours dans l'État membre d'émission après la remise[2348].

Dans l'affaire *Dworzecki*, il a été demandé à la CJUE de préciser le sens précis de la première des quatre exceptions. M. Dworzecki, un ressortissant polonais résidant aux Pays-Bas, a été condamné à une peine privative de liberté par contumace par un tribunal polonais. Les autorités polonaises avaient délivré un mandat d'arrêt européen, mais le tribunal néerlandais compétent avait conclu, d'après le mandat d'arrêt, que M. Dworzecki n'avait pas été convoqué en personne. La citation à comparaître a été recueillie par son grand-père. Cela était conforme à la loi polonaise, qui stipule que si l'accusé n'est pas chez lui, une assignation peut être signifiée à un résident adulte de son ménage à la condition qu'il s'engage à la transmettre à l'accusé. Le tribunal néerlandais a toutefois indiqué qu'il n'était pas clair que le grand-père avait bien remis la citation à comparaître à M. Dworzecki et que celui-ci était au courant de la date et du lieu du procès.

La CJUE a précisé que la décision-cadre relative au MAE exige que l'accusé soit informé de la date et du lieu de son procès afin de lui permettre d'organiser efficacement sa défense. La CJUE a reconnu que l'accusé pouvait aussi être informée de la date et du lieu fixés pour son procès par «d'autres moyens», mais elle a souligné qu'il devait alors être «établi sans équivoque» que l'accusé était au courant du procès prévu[2349]. Cette garantie

[2348] Art 4§a 2002/584/JAI: Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1–20 , CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, point 40.

[2349] CJUE, 24 mai 2016, Dworzecki, aff. C-108/ 16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346, point 32.

n'existe pas dans les cas où la convocation a été remise à un tiers qui s'est engagée à la transmettre à l'accusé[2350].

Pour l'autorité d'exécution, il n'est peut-être pas toujours si facile d'établir que la personne recherchée a bien été convoquée en personne et était effectivement au courant du procès. La CJUE a souligné que l'autorité judiciaire d'émission doit inclure dans le mandat d'arrêt européen des éléments de preuve permettant de conclure que la personne concernée a effectivement reçu des informations officielles concernant la date et le lieu de son procès et que cette autorité doit, à la demande du l'autorité d'exécution, fournir des informations supplémentaires. La CJUE a ajouté que l'autorité d'exécution est libre de se fier à d'autres preuves ou circonstances, y compris à des circonstances dont elle a eu connaissance lors de l'audition de la personne concernée. Il peut être tenu compte, par exemple, de la conduite ou de tout manque manifeste de diligence de la personne concernée, notamment lorsqu'il s'avère qu'il a cherché à éviter la signification des informations qui lui étaient adressées. De même, l'autorité judiciaire d'exécution peut prendre en considération le fait que le droit national de l'État membre d'émission peut prévoir - comme c'est le cas en Pologne - le droit de demander un nouveau procès, où - comme en l'espèce - une citation à comparaître être remis aux membres adultes de la famille[2351].

Ces dernières observations démontrent que la CJUE prend particulièrement au sérieux le droit à un procès équitable et le droit d'être présent au procès. À *Zdziaszek*, cela a été formulé de manière plus générale et encore plus ferme: l'autorité d'exécution «ne saurait tolérer une méconnaissance des droits fondamentaux,»[2352]. Dans le même temps, la CJUE a indiqué qu'elle ne permettait pas à l'autorité d'exécution de prendre trop de temps. Si cette autorité n'a pas obtenu suffisamment de garanties en ce qui concerne les droits de la défense, elle peut refuser l'exécution de la décision-cadre relative au MAE, mais elle reste liée par les délais imposés par la décision-cadre relative au MAE pour l'exécution des MAE. Traduit librement, cela semble impliquer que l'autorité d'exécution a, en principe, 60 jours pour vérifier si les droits de la défense de la personne recherchée ont été respectés.

[2350] Ibid, point 47.

[2351] Ibid, points 48-53 comme l'a confirmé la Cour de justice dans l'affaire: CJUE, 10 aout 2017, Zdziaszek, aff. C-271/ 17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629, points 107-108 et CJUE, 10 aout 2017, Tupikas, aff. C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628, point 105.

[2352] CJUE, 10 aout 2017, Zdziaszek, aff. C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629, point 150.

La décision-cadre relative au MAE a en partie supprimé la règle classique du droit de l'extradition ordinaire qui stipule que les États ne peuvent être contraints d'extrader leurs propres ressortissants. Un mandat d'arrêt européen peut être délivré quelle que soit la nationalité de la personne recherchée et doit être exécuté, même lorsque la personne concernée est un ressortissant de l'État membre d'exécution. Les États membres ne peuvent empêcher les poursuites et le jugement de leurs propres ressortissants dans d'autres États membres. Cependant, ils ont toujours le pouvoir d'éviter que leurs ressortissants soient condamnés à une peine privative de liberté ou à une peine de détention dans d'autres États membres. En particulier, l'exécution peut être refusée si « la personne recherchée demeure dans l'État membre d'exécution » et que cet État membre «s'engage à exécuter cette peine ou mesure de sûreté conformément à son droit interne. [2353]» L'objectif de ce motif de non-exécution est d'augmenter les chances de la personne recherchée de se réinsérer dans la société lorsque la peine qui lui est infligée expire[2354].

La CJUE a été invitée à préciser ce dernier motif de refus d'exécution à *Poplawski*[2355]. Dans cette affaire, le tribunal du district d'Amsterdam avait été chargé d'exécuter un mandat d'arrêt européen délivré par un tribunal polonais à un ressortissant polonais, Poplawski, résidant aux Pays-Bas. Le tribunal d'Amsterdam avait des doutes quant à savoir s'il pouvait ou non refuser l'exécution. Le droit néerlandais stipule que la remise d'un ressortissant néerlandais ou d'un ressortissant étranger possédant une résidence à durée indéterminée n'est pas autorisée si cette remise est demandée aux fins de l'exécution d'une peine privative de liberté. En droit néerlandais, le refus d'exécution est toutefois subordonné aux conditions suivantes: premièrement, un procureur néerlandais «est disposé» à exécuter le jugement sur la base d'une convention conclue entre les Pays-Bas et l'État qui a délivré le jugement, en l'occurrence la Pologne, et , que ce dernier État en fait la demande. Toutefois, conformément à la législation polonaise, aucune demande en ce sens ne peut être faite lorsque la personne recherchée est un ressortissant polonais. Ainsi, comme l'a observé la Cour d'Amsterdam, dans une situation telle que celle de M.

[2353] Art. 4§6 2002/584/JAI: Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1–20

[2354] CJUE, 5 septembre 2012, Lopes Da Silva Jorge, aff. C-42/11, ECLI:EU:C:2012:517, point 32.

[2355] CJUE, 29 juin 2017, Popławski, aff. C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503.

Poplawski, un refus de se rendre pourrait conduire à une situation d'impunité. La Cour d'Amsterdam s'est tournée vers la CJUE pour vérifier, en substance, si la direction-cadre relative au MAE permet l'application d'une règle nationale en vertu de laquelle le refus d'exécuter une peine privative de liberté infligée à un résident par les autorités judiciaires d'un autre État membre est simplement soumis à la l'obligation pour ses propres autorités de prendre en charge l'exécution de la peine.

La CJUE a répondu à cette question par la négative. Elle a reconnu que l'autorité judiciaire d'exécution devait disposer d'une certaine marge d'appréciation quant à l'application d'un motif optionnel de non-exécution tel que celui en cause,, afin de donner plus de poids à la possibilité d'augmenter les chances de la personne recherchée de se réinsérer dans la société à l'expiration de sa peine[2356]. Toutefois, la CJUE a également estimé qu'il ressort clairement de la décision-cadre relative au MAE, que tout refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen nécessite un engagement effectif à exécuter la peine privative de liberté. Le simple fait que l'État membre d'exécution se déclare «disposé» à exécuter la peine ne suffit pas. Cet État membre doit examiner s'il est effectivement possible d'exécuter la peine conformément à son droit interne. Si cela semble impossible, cet État membre doit exécuter le mandat d'arrêt européen et ainsi remettre la personne recherchée à l'État membre d'émission[2357].

Pour accélérer la remise d'un accusé ou d'un condamné, la direction-cadre relative au MAE a assoupli la règle dite de la double incrimination, telle qu'elle existe dans le droit international classique en matière d'extradition. Pour une série de 32 infractions[2358], les

---

[2356] Ibid, point 21.

[2357] Ibid, points 82-83.

[2358] Les infractions doivent être définies par le droit de l'État membre d'émission et punissables par une peine privative de liberté ou une ordonnance de détention de trois ans au moins: article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre relative au MAE. Sur l'article 2, paragraphe 2, voir également l'affaire *Akarsar* dans laquelle il est demandé à la CJUE si un État membre peut refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen relatif à l'exécution d'une peine privative de liberté prononcée conjointement avec plusieurs infractions , lorsqu'une de ces infractions ne constitue pas une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution et qu'il n'est pas possible, dans l'État membre d'émission, d'ordonner la division de la peine. CJUE, 6 décembre 2016,, Riksaklagaren c. Zenon Robert Akarsar, pendante, aff. C-148/16, ECLI:EU:C:2016:969.

autorités d'exécution doivent autoriser la remise même si les actes en question ne constituent pas une infraction au regard de leur droit national. Pour d'autres infractions, toutefois, l'autorité d'exécution est autorisée à vérifier au préalable que l'acte pour lequel un mandat d'arrêt européen

a été délivré constitue également une infraction au regard de sa propre législation[2359] et, dans le cas contraire, elle doit refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen[2360].

Dans l'affaire *A*, la CJUE a été invitée à préciser ce motif facultatif de non-exécution. L'affaire concernait un mandat d'arrêt européen délivré par l'autorité belge compétente pour la remise de A, condamné à une peine de cinq ans d'emprisonnement et détenu aux Pays-Bas. Le tribunal d'arrondissement d'Amsterdam, l'autorité d'exécution compétente, avait des doutes quant à la nécessité d'exécuter le mandat d'arrêt européen. *A*

[2359] La condition de double incrimination autorise l'État d'exécution à subordonner l'exécution d'un mandat d'arrêt européen à la condition que les actes concernés constituent également un délit au sens de sa propre législation «quels que soient les éléments constitutifs ou la manière dont ils sont décrits». Dans l'affaire *Grundza*, la CJUE a précisé le motif de non-exécution énoncé de manière identique dans la Décision-cadre 2008/909/ JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, JO L 327 du 5.12.2008, p. 27–46. L'affaire concernait un ressortissant slovaque condamné en République tchèque à une peine de quinze mois d'emprisonnement pour «entrave à l'exécution d'une décision officielle», ce qui impliquait une violation plus concrète de l'interdiction de conduire prononcée par un tribunal tchèque. Le tribunal tchèque compétent a demandé que le jugement rendu contre M. Grundza soit reconnu et que la peine soit purgée en Slovaquie.L'autorité slovaque chargée de l'exécution avait cependant des doutes sur son obligation d'exécuter le mandat. Le droit pénal slovaque inclut l'infraction «entrave à l'application d'une décision officielle», mais fait explicitement référence aux décisions des tribunaux ou organes slovaques.M. Grundza ayant empêché la décision d'un organe tchèque et non slovaque, l'acte en question n'était pas qualifié de délit au regard du droit slovaque.La CJUE a toutefois précisé que cela ne pouvait pas libérer les autorités slovaques de son obligation de reconnaître et d'exécuter la peine. En résumé, elle a estimé que l'exigence de double incrimination devait être interprétée de manière stricte, dans la mesure où il s'agissait d'une exception à la règle générale de reconnaissance et d'exécution des décisions. Par conséquent, le tribunal des autorités slovaques chargé de l'exécution a l'obligation de vérifier que, si les éléments factuels sous-jacents à l'infraction étaient présents en Slovaquie - donc, si M. Grundza conduisait un véhicule en Slovaquie en violation d'une interdiction prononcée par un tribunal slovaque - il serait également passible d'une sanction pénale. CJUE, 11 janvier 2017, Grundza, aff.C-289/15,ECLI:EU:C:2017:4, point 46-54.

[2360] L'article 4, paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 2, paragraphe 4, de la décision-cadre relative au MAE.

avait été condamné en Belgique pour voies de fait et blessures d'un conjoint, ainsi que de possession d'une arme prohibée. Ces infractions, qui ne figurent pas sur la «liste des 32 crimes», constituent des infractions pénales en Belgique et aux Pays-Bas. Cependant, la loi néerlandaise stipule que la remise n'est autorisée que lorsque la personne recherchée a commis un acte punissable aux termes de la loi de l'État d'émission et aux Pays-Bas d'une peine privative de liberté maximale de 12 mois. En droit néerlandais, le port d'une arme prohibée n'est punissable que d'une amende. Le tribunal d'Amsterdam s'est demandé, et a demandé à la CJUE, si l'exécution d'un mandat d'arrêt européen pouvait être subordonnée à une condition de double incrimination et à la condition que l'infraction en cause est punissable, en vertu de la législation de l'État membre d'exécution, d'une peine privative de liberté d'au moins douze mois.

De l'avis de la CJUE, il n'existait aucun doute raisonnable quant à la réponse correcte[2361]. La décision-cadre relative au MAE établit que l'autorité d'exécution peut refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen pour certains actes qui ne constituent pas une infraction au regard de la loi que cette autorité applique. Cette option ne s'étend toutefois pas aux actes qui constituent une infraction[2362]. Par conséquent, la direction-cadre relative au MAE ne laisse pas de place à une règle, telle que celle néerlandaise à l'examen, qui, en plus de la double incrimination, exige une peine privative de liberté minimale. La CJUE a expliqué que cette conclusion était corroborée par le fait que, dans le cadre de la décision-cadre relative au MAE, les poursuites pénales ou l'exécution des peines pour lesquelles un mandat d'arrêt européen est délivré se déroulent conformément aux règles de l'État membre d'émission. La décision-cadre relative au MAE ne tient pas compte du niveau de sanction dans les États membres d'exécution et, selon la CJUE, contribue à assurer la libre circulation des décisions de justice en matière pénale au sein de l'ELSJ[2363].

Les motifs de non-exécution contenus dans la décision-cadre relative au MAE ne couvrent pas toutes les violations des droits fondamentaux. Cela implique-t-il que les États membres peuvent être amenés à exécuter un mandat d'arrêt européen même s'il est évident

---

[2361] En conséquence, la CJUE a eu recours à la possibilité (article 99 du règlement de la CJUE) de répondre à cette question non par un jugement, mais par une ordonnance motivée. CJUE, 25 septembre 2015, Openbaar Ministerie contre A, aff. C-463/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:634, point 21-22.

[2362] Ibid, point 24-25.

[2363] Ibid, points 29-30.

que la personne recherchée, lors de la remise, subira ou pourra faire face à de telles violations? Comme indiqué dans cette section, de l'avis des rédacteurs de la décision-cadre relative au MAE, la réponse serait claire: oui. Ils n'ont pas fait du respect intégral des droits fondamentaux une condition *sine qua non* de l'application du système de MAE[2364]. Dans un premier temps, la CJUE a donné la même réponse. Elle a confirmé que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne peut être refusée que pour l'un des motifs mentionnés dans la décision-cadre relative au MAE. Plus précisément, dans l'affaire *Radu,* la CJUE a estimé qu'une violation d'un droit fondamental (en l'occurrence, le droit d'être entendu), reconnue par le droit de l'Union mais non incluse dans la décision-cadre relative au MAE , ne peut justifier une non-exécution[2365]. Dans ses conclusions publiées le 18 octobre 2012, l'AG E. Sharpston répondait par l'affirmative et préconisait un contrôle plus approfondi ou des possibilités plus étendues de refus que celui résultant de la jurisprudence de la Cour-EDH, mais la CJUE a, par contre, reformulé et réduit la portée des questions qui lui étaient adressées, évacuant complètement la question sensible précitée[2366]. Il en va de même pour la CJUE dans l'affaire Melloni qui est valable pour un droit fondamental garanti par le droit constitutionnel national mais non stipulé dans le texte de la décision-cadre relative au MAE[2367]. Cependant, la décision dans l'affaire d'asile N.S. et l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'UE à la CEDH suggéraient un changement d'approche de la CJUE en matière de confiance et de reconnaissance mutuelles. En NS, la CJUE a déclaré que les juridictions nationales ne peuvent renvoyer un demandeur d'asile vers "l'État membre responsable" lorsqu'elles "ne peuvent pas ignorer que des déficiences systémiques dans la procédure d'asile et dans les conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des inconvénients substantiels." motifs permettant de croire que le demandeur d'asile encourt un risque réel d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant ».

[2364] A. Pieter van der Me, The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, Vol. 24(6) , p. 897.

[2365] CJUE, 29 janvier 2013, Radu, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, points 36-42.

[2366] E. Bribosia et A. Weyemnergh, Confiance mutuelle et droits fondamentaux: « Confiance mutuelle et droits fondamentaux: « Back to the future »,

[2367] CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, points 61-64.

Dans l'affaire *N.S*, la CJUE a déclaré que les juridictions nationales ne peuvent renvoyer un demandeur d'asile vers "l'État membre responsable » lorsqu'ils « ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants[2368] .» Dans l'avis 2/13, la CJUE a confirmé que les États membres doivent présumer que les autres États membres respectent les droits fondamentaux de l'Union et qu'ils ne peuvent pas, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union[2369]. Cela impliquait-il que la CJUE soit disposée à accepter le fait qu'une violation des droits fondamentaux puisse constituer, dans des circonstances exceptionnelles, un motif supplémentaire et non écrit pour la non-exécution de MAE? Telle était la question centrale qui avait été renvoyée à la CJUE dans les affaires Aranyosi et Căldăru[2370].

Aranyosi concernait un mandat d'arrêt européen délivré en Hongrie cherchant la remise d'un ressortissant roumain accusé d'entrée par effraction dans une maison d'habitation et pour vol. À *Căldăru*, un tribunal roumain a délivré un mandat d'arrêt européen à un ressortissant roumain reconnu coupable de conduite sans permis de conduire. Dans les deux cas M.Aranyosi et M. Căldăru, ont été arrêtés en Allemagne et, dans les deux cas, l'autorité judiciaire d'exécution avait des doutes quant à la nécessité d'exécuter les MAE. Cela s'expliquait par les éléments de preuve relatifs aux conditions de

---

[2368] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. jointes C−411/10 et C−493/10, ECLI:EU:C:2011:865, point 94.

[2369] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 191-192.

[2370] Avant Aranyosi et Căldăru, la CJUE avait réussi à éviter de traiter le problème à Radu. M. Radu s'était opposé à sa remise, affirmant qu'il n'avait pas été entendu avant la publication du mandat d'arrêt européen. La juridiction nationale compétente a demandé à la CJUE, d'une manière générale, si une autorité judiciaire d'exécution pouvait refuser l'exécution lorsque les droits fondamentaux de la personne recherchée, tels que mentionnés dans le ChDF, étaient violés. La CJUE s'est toutefois limitée à traiter de la violation du droit d'être entendu. La décision-cadre relative au MAE ne reconnaissant pas la violation de ce droit comme motif de non-exécution, la CJUE a demandé l'exécution du mandat d'arrêt européen en question. Selon la CJUE, toute autre conclusion conduirait inévitablement à la défaillance du système de MAE. CJUE, 29 janvier 2013, Radu, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, point 36-42.

détention dans les prisons hongroises et roumaines contraires aux droits de l'homme, ainsi que le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, comme l'a déjà établi la Cour européenne des droits de l'homme. Le tribunal allemand a demandé conseil à la CJUE sur la marche à suivre.

En matière pénale, la CJUE était jusqu'il y a peu moins loin dans la jurisprudence qu'elle ne l'était en matière d'asile: elle n'avait, jusqu'à ses récents arrêts rendus dans les affaires *Aranyosi et Cãldãraru,* pas encore tranché la question de la possibilité même de refuser d'exécuter la décision concernée, par exemple un mandat d'arrêt européen; lorsque l'exécution entrainerait ou risquerait d'entrainer une violation des droits fondamentaux[2371]. La CJUE a confirmé que les autorités judiciaires d'exécution devaient exécuter les MAE, sauf dans les cas de motifs de non-exécution expressément reconnus[2372]. Cependant, en citant l'avis 2/13 et en faisant indirectement référence à l'arrêt *N.S.* concernant le système d'asile de Dublin, la CJUE a en effet reconnu que, dans des «circonstances exceptionnelles», des restrictions aux principes de reconnaissance mutuelle et de confiance mutuelle pouvaient être imposées. La CJUE a évoqué l'interdiction des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ce qui est absolu dans la mesure où elle est étroitement liée au respect de la dignité humaine[2373]. Selon la CJUE, il s'ensuit que, lorsque l'autorité judiciaire d'exécution est en possession de "preuves d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant" de personnes détenues dans l'État membre d'émission, cette autorité est tenue d'évaluer l'existence de ce risque , eu égard à la norme de protection des droits fondamentaux de l'UE. L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas avoir pour conséquence que la personne recherchée subisse un traitement inhumain ou dégradant[2374]. Lors de l'évaluation de ce risque, la CJUE a demandé à l'autorité judiciaire d'exécution de procéder à une analyse en deux étapes. La première étape a consisté en une évaluation des conditions de détention dans l'État membre d'émission en général. L'autorité judiciaire d'exécution doit s'appuyer sur des «informations générales, fiables, spécifiques

---

[2371] E. Bribosia et A. Weyembergh, Confiance mutuelle et droits fondamentaux: « Back to the future », CDE, 2016, N°2,p. 498.

[2372] CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Căldăraru, aff. C-404/15, aff.jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, points 75-81.

[2373] Ibid, point 85.

[2374] Ibid, point 88.

et correctement mises à jour» sur les conditions de détention dans l'État membre d'émission afin de déterminer s'il existe ou non des déficiences pouvant être systémiques ou généralisées, ou pouvant affecter certains groupes de personnes ou certains lieux de détention. Ces informations peuvent être obtenues auprès de la Cour de Strasbourg ou d'autres tribunaux internationaux, des tribunaux de l'État membre d'émission, ainsi que de décisions, rapports ou autres documents produits par le Conseil de l'Europe ou sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies[2375]. Si l'autorité judiciaire d'exécution conclut à des déficiences générales ou systémiques, il faut passer à la deuxième étape, ce qui implique une évaluation du risque que la personne recherchée soit elle-même exposée à un traitement inhumain ou dégradant[2376]. L'autorité d'exécution doit demander à l'autorité nationale d'émission de fournir d'urgence toutes les informations supplémentaires nécessaires sur les conditions dans lesquelles la personne concernée sera détenue[2377]. Si, à la lumière des informations reçues, l'autorité d'exécution estime qu'il existe un risque que la personne recherchée soit effectivement soumise à un traitement inhumain ou dégradant, elle doit surseoir à l'exécution du mandat d'arrêt européen l'existence d'un tel risque. jusqu'à ce qu'il reçoive des informations indiquant que le risque lui permet d'écarter l'existence d'un tel risque[2378]. Si cela ne peut être fait dans un délai raisonnable, l'autorité d'exécution, ainsi que la CJUE s'est référée à *Lanigan*, ne peut placer la personne concernée en détention que dans la mesure où la durée de sa détention n'est pas excessive.[2379] Il est à noter que dans son arrêt *Aranyosi* et *Cãldãraru*, la CJUE va au-délà de la directive sur la décision d'enquête européenne en consacrant non uniquement une possibilité de refus mais bien une obligation d'apprécier l'existence du risque de traitement inhumain et dégradant, d'appliquer les deux volets du test et, en cas de risque avéré, de reporter l'exécution du mandat d'arrêt européen[2380].

[2375] Ibidn point 89.

[2376] Ibid, points 91-94.

[2377] Ibid, poins 95-97.

[2378] Ibid, points 98-103.

[2379] Ibid, point 100.

[2380] E. Bribosia et A. Weyembergh, Confiance mutuelle et droits fondamentaux: « Back to the future », CED, 2016, N°2, p.502.

Aranyosi et Căldăraru constituent un arrêt décisif: la violation d'un droit garanti par la Charte peut constituer en soi un motif de report et, en fin de compte, de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen. Outre celles prévues et reconnues par le législateur européen, il existe des situations dans lesquelles la protection des droits fondamentaux doit prévaloir sur les objectifs de la lutte contre la criminalité et de la remise rapide des accusés ou des personnes condamnées. La confiance mutuelle n'implique pas une confiance aveugle. Dans le même temps, il est clair qu'Aranyosi et Căldăraru ne peuvent pas être interprétés comme ayant introduit une clause générale relative aux droits fondamentaux, interdisant l'exécution et la remise chaque fois qu'une violation des droits garantis par la Charte dans l'État membre d'émission peut être établie. La portée de l'exception de type règle de raison introduite par Aranyosi et Căldăraru est limitée, même si ses contours précis ne sont toujours pas tout à fait clairs. La CJUE ne s'est exprimée que sur l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, qui, comme elle l'a souligné, est de nature absolue dans la mesure où elle est liée à la dignité humaine. Cela suggère que seule une violation de ce droit, et peut-être quelques autres droits absolus, peut justifier la non-exécution d'un mandat d'arrêt européen. Aucune certitude n'existe cependant. On ne peut exclure la possibilité qu'une violation de droits non absolus, tels que le droit à la vie de famille, le droit de l'enfant ou le droit à un procès équitable[2381], puisse également justifier la non-exécution. L'intensité ou la gravité de l'infraction peuvent jouer un rôle ici[2382].

En outre, la CJUE ne permet le report de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen que lorsqu'il existe des preuves « d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant des personnes détenues dans l'État membre d'émission, à l'aune du standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union.[2383] » On peut en déduire d'abord que seule la situation des droits fondamentaux dans l'État membre d'origine est pertinente et

[2381] S. Prechal, 'Mutual trust before the Court of Justice of the European Union', 2 European Papers (2017), p. 75-92, 88.

[2382]Voir: G. Anagnostaras,'Mutual Confidence is not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Căldăraru, 53 Common Market Law Review (2016), p. 1675-1704, 1691; et CJUE, 29 janvier 2013, Radu, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, point 82 (en faisant observer que les violations du droit à un procès équitable des accusés qui sont si graves qu'elles privent un procès de toute son équité peuvent également constituer un motif de non-exécution).

[2383] CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Căldăraru, aff.jointes C−404/15 et C−659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 point 88.

non, comme l'avait suggéré l'avocat général Bot dans ses conclusions[2384], la nature du crime que la personne recherchée est accusée d'avoir commis ou pour lequel il a déjà été reconnu coupable. Si cette lecture d'Aranyosi et de Căldăru est correcte, la conclusion est que non seulement une personne reconnue coupable de conduite sans permis de conduire valide, mais également un terroriste condamné peut être soumise à un traitement inhumain ou dégradant et s'opposer légitimement à la remise. Deuxièmement, il découle de la décision que le risque de traitement inhumain ou dégradant doit ou non être évalué sur la base des normes de l'Union européenne, et non sur la base des normes constitutionnelles nationales applicables dans l'État membre d'émission ou dans l'État membre d'exécution. *Melloni* est toujours debout, comme l'a expressément confirmé la CJUE[2385]. La CJUE demande en outre à l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution de juger des conditions générales de détention dans l'État membre d'émission et de déterminer ensuite si l'intéressé sera exposé au risque de traitement inhumain ou dégradant. L'accent doit donc en fin de compte être mis sur l'individu et sur les risques auxquels il pourrait être exposé. Il n'est pas clair si la première étape de l'analyse doit toujours être suivie. En d'autres termes, si l'autorité judiciaire d'exécution ne trouve aucune preuve de violations généralisées ou systémiques des droits fondamentaux dans l'État membre d'émission, cela signifie-t-elle qu'elle peut ou doit mettre fin à son analyse et conclure que la personne concernée ne sera pas exposée à un traitement inhumain et dégradant? Par exemple, si aucune preuve de ce type n'est trouvée, mais que l'autorité d'exécution possède des informations lui donnant des raisons de croire que la remise d'une personne recherchée atteinte d'une maladie mentale ou physique particulièrement grave entraîne un risque de détérioration importante de son état de santé, l'exécution du mandat d'arrêt européen constituerait-elle un traitement inhumain et dégradant? Dans une telle situation, le MAE doit-il être exécuté ou non?

Aranyosi et *Căldăraru* sont susceptibles de déclencher davantage de décisions préliminaires sur le sens précis des obligations que la CJUE a imposées aux tribunaux nationaux. Une référence préliminaire a déjà été faite. La même juridiction nationale qui a

---

[2384] CJUE, 5 avril 2016 , Avis de l'AG Bot, Aranyosi et Căldăraru, aff. jointes, C−404/15 et C−659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, points 75-81.

[2385] CJUE, 5 avril 2016 , Aranyosi et Căldăraru, aff. jointes, C−404/15 et C−659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, point 88.

posé des questions dans les affaires *Aranyosi* et *Căldăraru* a demandé à la CJUE si elle devait évaluer les conditions de détention uniquement dans la première prison dans laquelle la personne recherchée sera incarcérée à la suite de sa remise à l'État membre d'émission ou également dans la prison où il pourrait être réinstallé par la suite[2386].

Le système MAE ne régit que la coopération judiciaire entre les États membres. La remise des accusés ou des condamnés ressortissants d'États membres de l'UE à des pays tiers est toujours régie par le droit national et les accords d'extradition internationaux. La décision dans l'affaire *Petruhhin* montre toutefois que la décision-cadre relative au MAE joue un rôle dans les situations dans lesquelles un État membre est invité à extrader un citoyen de l'UE vers un pays tiers. L'affaire concernait un ressortissant estonien, M. Petruhhin, qui avait fait l'objet d'une notice rouge prioritaire sur le site Internet d'Interpol et qui avait ensuite été arrêté et placé en détention provisoire en Lettonie. Les autorités lettones ont reçu de la Russie une demande d'extradition que le procureur compétent a décidé d'honorer. M. Petruhhin s'est opposé à son extradition. La législation lettone interdisant l'extradition de citoyens lettons vers un pays étranger, son extradition vers la Russie impliquerait une discrimination en raison de la nationalité qui serait contraire au droit de l'Union. Le tribunal letton est apparu tout à fait sensible à cet argument. Il a estimé que l'absence de protection d'un ressortissant d'une Union membre contre l'extradition d'un autre État membre vers un pays tiers était "contraire à l'essence de la citoyenneté de l'Union[2387]". La cour s'est tournée vers la CJUE pour savoir si le TFUE s'opposait à l'extradition dans une situation telle que celle à l'examen.

Dans ses conclusions, l'avocat général Bot a affirmé que le traité ne le fait pas[2388]. Il a admis qu'un citoyen de l'Union tel que M. Petruhhin qui s'est installé dans un autre État membre a le droit d'être traité sur un pied d'égalité avec les ressortissants de l'État membre d'accueil, même en cas d'extradition vers des pays tiers. Toutefois, de l'avis de l'avocat général, M. Petruhhin ne ferait pas l'objet de discrimination car il ne se trouverait pas dans une situation comparable à celle des ressortissants lettons. En ce qui concerne ces derniers,

---

[2386]CJUE, 15 novembre 2017, Aranyosi II, aff. C-496/16, ECLI:EU:C:2017:866.

[2387] CJUE, 6 septembre 2016, Petruhhin, aff. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, point 16.

[2388] CJUE, 10 mai 2016, Conclusions de l'AG Bot, Petruhhin, aff. C−182/15, ECLI:EU:C:2016:330, points 53-70.

la maxime a*ut dedere aut judicare*[2389], qui vise à lutter contre l'impunité lorsque l'accusé se trouve à l'étranger, s'applique: la Lettonie doit extrader ou poursuivre un ressortissant letton lui-même. Toutefois, cette maxime ne peut être étendue et appliquée à quelqu'un comme M. Petruhhin, étant donné qu'en droit letton, seuls les Lettons et les résidents lettons peuvent être poursuivis en Lettonie pour un crime qui aurait été commis en Russie. Par conséquent, pour éviter l'impunité, la Lettonie n'aurait qu'une option: l'extrader vers la Russie. La CJUE n'a pas suivi son avocat général. Restant silencieuse sur la question des situations comparables, elle estima que l'inégalité de traitement des ressortissants lettons et non lettons en matière d'extradition vers un pays tiers entraînait une restriction de la liberté de circulation à l'intérieur de l'Union[2390]. Une telle restriction ne peut être justifiée que par l'objectif de «prévention du risque d'impunité» que l'extradition cherche effectivement à atteindre[2391]. La CJUE a toutefois poursuivi ses travaux en cherchant à savoir s'il n'existait pas d'autres mesures permettant d'atteindre cet objectif d'impunité d'une manière aussi efficace, mais qui soient moins préjudiciables à l'exercice du droit de libre circulation au sein de l'Union. La CJUE a en effet constaté que de telles mesures alternatives existaient. Faisant notamment référence au principe de coopération loyale[2392] et au système de mandat d'arrêt européen, il a déclaré qu'un État membre (comme la Lettonie) qui avait reçu une demande d'extradition d'un pays tiers à l'encontre d'un ressortissant d'un autre État membre (Estonie) pouvait et devait informer dernier État membre de la demande et lui donner la possibilité de poursuivre la personne concernée. Si les autorités compétentes de cet autre État membre sont compétentes pour engager des poursuites pénales pour les crimes que leurs propres ressortissants pourraient avoir commis à l'étranger, elles ont la possibilité de créer un mandat d'arrêt européen afin de demander la remise de la personne recherchée[2393]. La Cour de justice constate une différence de traitement, selon que la personne dont l'extradition est demandée par un Etat tiers est un ressortissant national ou le ressortissant

---

[2389] A. Pieter van der Me, The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, Vol. 24(6) , p. 901.

[2390] CJUE, 10 mai 2016, Petruhhin, aff. C−182/15, ECLI:EU:C:2016:330, point. 33.

[2391] Ibid, points 34-39.

[2392] Art 4§3 TFUE.

[2393] Ibid, points 42-50.

d'un autre État membre, qui se traduit par une restriction à la liberté de circulation de ce dernier, au sens de l'article 21 TFUE. Toutefois, la Cour estime cette restriction justifiée par l'objectif de la lutte contre l'impunité d'une personne se trouvant sur un territoire autre que celui sur lequel elle a prétendument commis une infraction[2394].En substance, la CJUE a donc ordonné à la Lettonie de donner à l'Estonie la possibilité d'engager une procédure pénale. Si l'Estonie ne le fait pas, la Lettonie peut alors procéder à l'extradition vers un pays tiers, en l'occurrence la Russie. Ce faisant, cependant, un État membre tel que la Lettonie doit respecter la Charte, et en particulier le droit de ne pas être renvoyé, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux de le soumettre à la peine de mort, torture ou autres peines ou traitements inhumains ou dégradants [2395]». La CJUE a demandé à un État membre comme la Lettonie de vérifier qu'une extradition ne porterait pas atteinte à ces droits. Cette vérification doit comporter davantage que la simple vérification du fait que le pays tiers en question est partie à la CEDH ou a adhéré à d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme. Lorsque des "sources fiables" ont signalé des pratiques contraires aux droits de l'homme, l'État membre doit déterminer s'il existe un risque de traitement inhumain ou dégradant dans l'État qui a demandé l'extradition. Se référant à *Aranyosi* et à *Căldăru*, la CJUE a estimé que cette évaluation devait reposer sur «des informations générales, fiables, précises et correctement mises à jour» et que ces informations pouvaient être obtenues auprès de la Cour européenne des droits de l'homme ou d'autres jugements rendus par des tribunaux internationaux, cours du pays tiers demandeur ou décisions, rapports ou autres documents produits par le Conseil de l'Europe ou sous l'égide des Nations Unies[2396]. Petruhhin nous enseigne que le droit de l'Union impose aux États membres deux obligations avant de pouvoir extrader un ressortissant d'un autre État membre vers un pays tiers. Premièrement, ils doivent s'adresser à l'État membre dont la personne recherchée est ressortissante et l'inviter à engager une procédure pénale. Cela est important car cela peut impliquer qu'un citoyen de l'Union sera poursuivi en justice dans son propre État membre, capable de se défendre dans sa propre langue et d'être

---

[2394] Th. Dumortier, F. Guiomard, C. Langlais, M. Roccati et M. Touillier, Chronique de droit des discriminations (avril 2016-septembre 2016) , La Revue des droits de l'homme, 11 juillet 2017, consulté le 13 juillet 2017. URL : http://revdh.revues.org/3251 ; DOI : 10.4000/revdh.3251

[2395] Art. 19§2 ChDF.

[2396] CJUE, 10 mai 2016, Petruhhin, aff. C−182/15, ECLI:EU:C:2016:330, point. 56-60.

détenu dans un lieu plus proche de sa famille et de ses amis[2397]. Plus généralement, la priorité accordée aux MAE aux demandes d'extradition émanant de pays tiers renforce la notion de ELSJ en tant qu'espace commun dans lequel les accusés ou les personnes condamnées restent protégés par la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne plutôt que par la protection offerte dans le pays tiers concerné. Deuxièmement, si l'autre État membre décide de ne pas engager de poursuites, les États membres doivent vérifier de manière proactive si l'extradition entraînera un traitement inhumain ou dégradant dans le pays tiers concerné. Ce devoir n'atteint toutefois pas le devoir que la CJUE a reconnu dans les affaires *Aranyosi* et *Căldăraru*. La CJUE ne semble exiger une telle vérification que si l'État membre requis dispose déjà des preuves d'un risque réel de dégradation ou traitement inhumain. En outre, la CJUE n'exige pas de cet État membre qu'il s'adresse au pays tiers concerné et lui demande toutes les informations nécessaires pour établir les implications de la reddition pour l'individu concerné.

Petruhhin soulève de nombreuses nouvelles questions[2398], dont certaines ont déjà été soumises à la CJUE. Par exemple, l'obligation d'évaluer d'abord la situation des droits fondamentaux dans un pays tiers se limite-t-elle au risque que la personne recherchée soit soumise à la peine de mort, à la torture ou à tout autre traitement ou peine inhumain ou dégradant? Ou bien l'autorité d'exécution devrait-elle aussi vérifier si les normes d'un procès équitable sont respectées et, dans l'affirmative, ces normes devraient-elles alors être des normes de l'UE ou des normes internationales des droits de l'homme? Est-ce que ou dans quelle mesure cette autorité devrait-elle prendre en considération la règle ne bis in idem[2399]? En outre, dans quelle mesure les conclusions de l'affaire Petruhhin s'étendent-

---

[2397] See, S. Peers, 'Extradition to Non-EU Countries: the Limits Imposed by EU Citizenship', EU Law Analysis (2016), http://eulawanalysis.blogspot.nl.

[2398] Voir A. Klip, 'Europeans First!: Petruhhin, an Unexpected Revolution in EU Extradition Law', 25 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (2017), p. 195-204;

[2399] CJUE,6 septembre 2017, Peter Schotthöfer & Florian Steiner, aff. C-473/15, ECLI:EU:C:2017:633,

elles aux pays tiers avec lesquels l'Union a elle-même conclu des accords d'extradition, tels que les États-Unis[2400]?

Dans l'affaire *M.L* du 25 juillet 2018 la CJUE s'est exprimée sur le degré de contrôle que le juge national doit opérer dans un cas pour le détenu de subir des traitements inhumains et dégradants dans l'État d'émission[2401]. En premier lieu, et à titre principal, la Cour rend une décision argumentée pouvant servir de mode d'emploi de la jurisprudence *Aranyosi* lorsque les autorités nationales auront recours au motif de refus des « circonstances exceptionnelles » pour faire obstacle à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen et concernant cette seconde étape du contrôle devant être effectué par le juge d'exécution du mandat d'arrêt européen, la Cour de justice vient préciser l'étendue de l'examen individuel des conditions de détention dans l'État membre d'émission[2402].

L'affaire *R.O,* concerne la question de savoir si après le Brexit , les les pays EM de l'UE sont obligés ou non d'exécuter les les mandats d'arrêt européens émis par le pays sortant. La Cour rappelle les règles institutionnelles de l'Union en vertu desquelles seul le Conseil européen peut décider de suspendre l'application d'un mandat d'arrêt européen au regard d'un État membre (pt. 47)[2403]. Cela signifie que les États membres de l'Union liés par l'application du mandat d'arrêt européen ne peuvent pas décider, unilatéralement, de

---

[2400] Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition, JO L 181 du 19.7.2003, p. 27–33 et CJUE, 10 avril 2018, Romano Pisciotti c. Bundesrepublik Deutschland, aff. C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222.

[2401] CJUE, 25 juillet 2018, M.L, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589.

[2402] G. Taupiac-Nouvel, Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne, Réseau Universitaire européen, Droit de l'Espace de Liberté de Sécurité et de justice, 28 octobre 2018, http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/

[2403] CJUE, 18 mai 2018, R.O, aff. C-327/18, ECLI:EU:C:2018:733, point 47.

mettre un terme à leurs relations judiciaires avec un État sortant sur le fondement de l'article 50 TUE, quel que soit cet État[2404].

Depuis sa création, le système de mandat d'arrêt européen a suscité un débat en raison de son prétendu manque de protection suffisante des droits fondamentaux. Initialement, la CJUE ne semblait pas particulièrement sensible aux critiques qu'elle recevait et, à l'instar des institutions politiques de l'UE, semblait plutôt veiller à l'efficacité du système de MAE dans son ensemble. Les cas abordés dans cet article révèlent toutefois une tendance à la hausse. La CJUE accorde désormais plus de poids aux droits fondamentaux, qui sont visibles de différentes manières dans la jurisprudence. Premièrement, bien que la CJUE ne les mentionne pas explicitement, les droits fondamentaux peuvent imprégner son raisonnement ou son interprétation des dispositions de la direction-cadre relative au MAE. Les droits fondamentaux produisent un tel "effet d'ombre[2405]", par exemple dans les affaires dans lesquelles la CJUE a interprété des concepts tels que "MAE" (*Bob-Dogi*), "autorité judiciaire" (*Poltorak, Kovalkovas, Ozcelik*) ou «procès ayant abouti à la décision» (*Tupikas, Zdziaszek*). Deuxièmement, la CJUE utilise les droits fondamentaux comme outil d'interprétation de la direction-cadre relative au MAE. Cela est vrai pour les affaires concernant des situations dans lesquelles la décision-cadre relative au MAE permet aux autorités nationales de priver la personne pour qui un mandat d'arrêt européen est délivré (*Lanigan, JZ*) ou ne pas exécuter un mandat d'arrêt européen au motif que le droit à un procès équitable n'est pas respecté. Troisièmement, les droits fondamentaux peuvent constituer un motif distinct pour la suspension éventuelle ou la non-exécution des MAE (*Aranyosi et Căldăraru*) ou pour le refus de l'extradition vers un pays tiers (*Petruhhin*). On peut présumer que la CJUE continuera à utiliser les droits de la Charte pour interpréter la décision-cadre relative au MAE, que ce soit de manière secrète ou ouverte. Il est beaucoup moins sûr que la CJUE

[2404]G. Taupiac-Nouvel, Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne, Réseau Universitaire européen, Droit de l'Espace de Liberté de Sécurité et de justice, 28 octobre 2018, http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/

[2405] C. Barnard, 'The Charter, the Court – and the Crisis', University of Cambridge Faculty of Law: Legal Studies Research Papers No. 18/2013 (2013), https://www.law.cam.ac.uk/press/news/2013/08/legal-studies- research-paper-series-vol-4-no-6/2310, p. 2.

s'appuie sur *Aranyosi* et *Căldăraru* et laisse aux autorités d'exécution une marge de manœuvre importante pour la non-exécution des MAE au motif de violations des droits fondamentaux. Une raison importante à cela est que la CJUE n'est pas, et ne se considère pas[2406], la seule (et même pas la principale) protectrice de ces droits. Le législateur européen a également un rôle à jouer. Premièrement, la jurisprudence révèle que, selon la CJUE, il appartient en principe au législateur de l'Union de déterminer pour quels motifs ou dans quelles situations l'exécution de MAE au service du principe de reconnaissance mutuelle peut être refusée. Deuxièmement, le législateur de l'UE peut poursuivre les objectifs consistant à garantir simultanément l'efficacité des MAE et à protéger les droits fondamentaux en adoptant des actes législatifs harmonisant certains aspects du droit pénal ou des procédures pénales[2407]. Au cours des dernières années, le législateur européen a en effet adopté une série de lois de ce type "renforçant la confiance", sur des sujets tels que le

[2406] K. Lenaerts, 'La Vie après L'Avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust', 54 Common Market Law Review (2017), p. 805-840.

[2407] A. Pieter van der Me, The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, Vol. 24(6) , p. 23.

droit de consulter un avocat, le droit à l'information, l'interprétation et la traduction en matière pénale[2408], la présomption d'innocence[2409] et le rassemblement de preuve[2410].

Ces mesures d'harmonisation favorisent la confiance mutuelle et réduisent ainsi la nécessité de faire des exceptions à la reconnaissance mutuelle des décisions de justice dans le cadre de la décision-cadre relative au MAE. Ainsi, bien que les droits fondamentaux semblent jouer un rôle de plus en plus important dans la jurisprudence, cela ne signifie pas que la CJUE assume la responsabilité première de la protection de ces droits. Au contraire, elle laisse au législateur européen le soin de trouver le juste équilibre entre l'efficacité du système de la décision-cadre relative au MAE et la protection des droits fondamentaux. La CJUE laisse au législateur une «marge d'appréciation[2411]» et n'interviendra probablement et n'assumera ses responsabilités que dans des circonstances exceptionnelles.

[2408] Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, JO L 280 du 26.10.2010, p. 1–7, et Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JO L 142 du 1.6.2012, p. 1–10. Sur ces instruments, voir: CJUE, 9 juin 2016, Balogh, aff. C-25/15, ECLI:EU:C:2016:423.(considérant que la directive 2010/64 n'est pas applicable à une procédure spéciale nationale de reconnaissance d'une décision de justice définitive d'un tribunal d'un autre État membre condamnant une personne pour la commission d'une infraction);CJUE, 15 octobre 2015., Procédure pénale contre Gavril Covaci, aff. C-216/14., ECLI:EU:C:2015:686 (considérant, en résumé, que (i) la directive 2010/64 prévoit uniquement le droit de faire traduire des "documents essentiels" et que (ii) la directive 2012/13 ne s'oppose en principe pas à une règle nationale selon laquelle l'accusé ne résidant pas dans l'État membre concerné doit désigner une personne habilitée à accepter l'exécution d'une ordonnance de pénalité)

[2409] Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, JO L 65 du 11.3.2016, p. 1–11, comme interprété dans: CJUE, 27 octobre 2016, Procédure pénale contre Emil Milev, aff. C-439/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:818, (considérant que les juridictions nationales ne sont pas tenues, jusqu'à l'expiration de la directive 2016/43 du 1er avril 2018, d'interpréter de manière proactive le droit national à la lumière de celle-ci et qu'elles se contentent de s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit national susceptible de compromettre gravement la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive).

[2410] Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JO L 130 du 1.5.2014, p. 1–36

[2411] Voir: M. Dawson, The Governance of EU Fundamental Rights (Cambridge University Press, 2017), Chapter 2.

SECTION III : La persistance de limites à l'accès des particuliers aux juridictions de l'Union.

L'accès des particuliers à la Cour de justice demeure limité. C'est par le traité de Lisbonne, et ainsi pour la première fois depuis l'entrée en vigueur du traité instituant la Communauté économique européenne (TCEE) en 1958, que la réglementation de la protection juridique de l'individu contre les actes relevant du droit dérivé de la Communauté, à l'origine, et, désormais contre ceux de l'Union, a été modifiée au niveau du droit primaire. La disposition correspondante se trouve dans l'article 263§4 du traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et elle précise que : *« toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne concernent pas de mesures d'exécution. »*

La modification des dispositions en cause (art.173, §4 TCE, puis 230, §4 TCE, actuel article 263, § 4 TFUE), pourtant préconisé par la doctrine et même par la Cour lors de l'élaboration du traité sur l'Union européenne et après, n'avait pas été jugée nécessaire ou n'avait pas pu être réalisée par les conférences intergouvernementales successives jusqu'à la CIG Lisbonne qui a repris les modifications adoptées par le TECE. Le projet de Traité constitutionnel, tel que proposé à l'issue des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, proposait de nombreuses reformes parmi lesquelles l'ouverture de l'accès des particuliers à la Cour de justice. Ce sujet avait d'ailleurs été au centre d'un certain nombre de groupes de travail et de réflexion, dont le *Groupe de travail II* dédié à *« l'incorporation de la Charte, et à l'accession à la CEDH*[2412]*. »*

Le résultat de ces débats fit l'objet de l'article III-365§4 du projet de traité constitutionnel qui disposait: « *Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux paragraphes 1 et 2, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et infidèlement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. »* Cette disposition établissait donc une différence de traitement entre, d'une part, les actes qui ne pouvaient pas être attaqués que si le requérant prouvait qu'il en était le destinataire ou qu'il était directement et individuellement concerné et, d'autres part les *« actes réglementaires »* qui ne comportent pas de mesures d'exécution pouvant être attaques dès lors que le requérant prouvait être directement concerné. Cette disposition avait donc pour objectif d'élargir, dans une certaine mesure, la compétence de la Cour de justice dans le domaine des recours en annulation intentés par les personnes contre les actes réglementaires de l'Union ne comportant pas de mesures d'exécution par la

[2412] http://european-convention.eu.int/doc_register.asp?lang=FR&Content=WGII

suppression de la nécessité d'être *« individuellement concerné »*. Si toutes les innovations du TECE n'ont pas été reprises par le traité de Lisbonne, on y retrouvera néanmoins les principales réformes institutionnelles[2413]. Le citoyen se voit donc reconnaitre une nouvelle possibilité d'agir en annulation et outre le droit d'attaquer un acte dont il est destinataire ou qui le concerne directement et individuellement, il peut désormais agir contre les actes règlementaires qui le concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution[2414].

Le principal changement explicite apporté par le traité est relatif au recours en annulation. Si les autres voies de recours ont été modifiées de façon moins importante cela ne signifie pas qu'elles ne subiront pas l'impact des modifications du nouveau traité relatives au recours en annulation[2415]. Tel est le cas de la recevabilité du recours en carence intenté par une personne physique ou morale et visant à faire constater que, en n'engageant pas contre un État membre une procédure en constatation de manquement, la Commission s'est abstenue de statuer en violation du traité. Le Tribunal a récemment jugé que les particuliers ne peuvent se prévaloir de l'article 265, §3 TFUE *« qu'en vue de faire constater qu'une institution s'est abstenue d'adopter, en violation du traité, des actes, autres que les recommandations ou des avis, dont elles sont les destinataires potentiels ou qui concerneraient lesdites personnes de manière directe et les cas échéant individuelle conformément à l'art. 263 TFUE*[2416]*.»*

En ce qui concerne l'ancien deuxième pilier, à savoir la PESC, l'ouverture est limitée sans être négligeable. En effet, les personnes physiques et morales peuvent désormais introduire un recours en annulation contre les décisions adoptées sur la base des dispositions relatives à la PESC, à condition qu'elles comportent des mesures restrictives à leur encontre[2417]. L'ancien troisième pilier, qui était relatif à la coopération judiciaire et policière en matière pénale, n'était en principe pas directement accessible aux particuliers.

[2413] K.Lenaerts, Le traité de Lisbonne et la Cour de Justice de l'Union européenne , JDE, décembre 2009. p. 297

[2414] J. Wildemeersch, L'article 263, alinéa 4, du traité FUE: une modification des conditions de recevabilité du recours en annulation sans (véritables) conséquences, in Contentieux de l'Union européenne, Questions choisies, sous la direct. De S. Mahieu , Larcier, Bruxelles, 2014, p. 162.

[2415] J. van Meerbeck et A. van Waeyernberge , Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du dédale européen, in Les innovations du traité de Lisbonne, Incidences pour le praticien , N. de Sadeleer,H. Dumont, P.Jadoul, S. van Drooghenbroeck (dir.),Bruylant,Bruxelles, 2011.p.174

[2416] CJUE.Ord. 30 septembre 2010, Snemo Mars-Momchil Donbrev/Commission et Bulgarie, aff.T-195/10,ECLI:EU:T:2010:420, point 6.

[2417] H.Labayle, Le traité de Lisbonne et l'entraide répressive dans l'Union européenne , R.A.E, 2008, p. 218.

L'ancien article 35 TUE limitait en effet le contrôle juridictionnel des actes adoptés dans ces matières aux recours introduit par un État membre ou par la Commission, au règlement des différends entre État membres et revoie préjudiciel. Ces actes sont dorénavant ouverts aux recours en annulation ou en carence des particuliers de la même façon que les actes de l'ancien premier pilier, à trois exceptions. Tout d'abord, l'article 10 du protocole n°36 sur les dispositions transitoires prévoit une période de cinq ans après l'entrée en viguier du traité de Lisbonne, en ce qui concerne les actes adoptés avant cette entrée en vigueur, pendant laquelle ces actes restent soumis à l'ancien régime. Ensuite la Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres service répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. Enfin, le Royaume-Uni et l'Irlande se sont ménagés une situation d'exception dans le cadre des dispositions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En second lieu, la classification des actes juridiques de l'Union est modifiée. Dorénavant, une distinction est opérée entre les actes législatifs et les actes non législatifs, qui comprennent notamment les actes délégués et les actes d'exécution[2418]. La jurisprudence de la CJUE va permettre certainement de clarifier les contours de ces catégories d'actes non législatifs, susceptibles d'influencer la recevabilité des recours en annulation. Les requérants peuvent attaquer les actes dont ils sont destinataires ou qui les concernent directement et individuellement. La nouvelle formulation aboutit à un texte simplifiée par rapport au texte antérieur dans lequel disparaît la référence à la notion de décision (décisions dont les requérants étaient destinataires et les décisions prises sous l'apparence d'un règlement ou décisions adressées à une autre personne) , qui était une source de complexité créant un hiatus toujours plus grand entre le texte et ses aménagements jurisprudentiels[2419]. Le nouveau texte supprime, en outre, pour les actes réglementaires qui ne comportent pas de mesures d'exécution, l'exigence que les particuliers soient concernés directement, en se bornant à exiger qu'ils soient concernés directement.

Par cette modification du traité les États membres ont réagi à une critique subsistant depuis des décennies et largement répandue dans la doctrine du droit européen, et ceci parce que, d'une part, la disposition correspondante, dans cette mesure, notamment l'ex art.230, §4 TCE, définissant de façon trop étroite la protection juridique de l'individu et parce que, d'autre part, la disposition subissait une interprétation trop restrictive de la part de la Cour de justice. Il est plus simple pour les particuliers qui s'estiment victimes d'une violation de leurs droits fondamentaux d'introduire une requête en vertu de l'art.34 de la CEDH, y compris lorsque la violation alléguée a sa source dans un acte normatif de portée générale,

---

[2418] J. van Meerbeck et A. van Waeyernberge Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du dédale européen , *opt.cit,*.p.175

[2419] J.Rideau, Droit Institutionnel de l'Union européenne, , Lextenso éditions L.G.D.J, 6e édition, Paris, 2010, p. 849.

que d'agir devant le juge communautaire en annulation des actes communautaires de portée générale[2420]. Ce n'est pas simplement la restriction quand à l'accès aux juridictions qui est critiquée; mais également la complexité et l'apparente incohérence qui ont résulté des tentatives de la Cour d'admettre des actions lorsque l'approche traditionnelle aurait mené à un « déni de justice manifeste. Il est certainement indiscutable que l'accès à la Cour est l'un des domaines qui, plus que tout autre, exige que le droit soit clair, cohérent et aisément compréhensible[2421].

Au centre de la critique dont fait l'objet de la jurisprudence de la CJUE concernant la protection juridique de l'individu selon l'art.230,§ 4 TFUE se trouve l'interprétation de la Cour concernant la notion d'être « individuellement concerné » qui remonte à l'arrêt *Plumann* de l'année 1963. Selon celui-ci, outre les destinataires d'une décision, des requérants particuliers ne sont individuellement concernés que lorsqu'ils sont atteints par un acte de l'UE en raison de certaines qualités qui leurs sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne[2422]. Ceci étant, surtout le fait d'être concerné par un acte en sa qualité de participant à la libre concurrence, ne suffit pas à individualiser un requérant étant donné qu' *« une activité commerciale qui, à n'importe quel moment, peut être exercée par n'importe quel sujet, et qui n'est donc pas de nature à la caractériser par rapport à la décision attaqué d'une façon analogue à celle du destinataire[2423]. »* Selon cette jurisprudence, des recours formés directement contre ce qu'on appelle les actes à porté générale sont régulièrement frappés d'irrecevabilité étant donné qu'un particulier n'est que très rarement individuellement concerné au sens de l'art.230, § 4 TFUE par ces actes de portée générale. Dès son arrêt *Plaumann,* la Cour de justice avait interprété la condition de l' « intérêt individuel » en ce sens qu'il fallait que le requérant établisse que l'acte attaqué « l'atteigne en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d' une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, l'individualise de manière analogue à celle d'un destinataire.[2424]» La

---

2420 M.Dony et E.Bribosia, "Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union européenne", in Commentaire de la Constitution de l'Union européenne, Éd. de l'Université de Bruxelles,Bruxelles, 2005, p. 132

2421 J. Wildemeersch, L'article 263, alinéa 4, du traité FUE: une modification des conditions de recevabilité du recours en annulation sans (véritables) conséquences, dans Contentieux de l'Union européenne, Questions choisies, sous la direct. De S. Mahieu , Larcier, Bruxelles, 2014, p. 156.

2422 CJCE, 15 juillet 1963, Plaumann c. Commission, aff. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17 ,p.I-199.

2423 Tribunal, 11 septembre 2002, Pfizer Animla Health./ Conseil, aff. T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209, point. II-3305.

2424 CJUE, 15 juillet 1963, Plaumann c. Commission, aff. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17, point 106.

jurisprudence ultérieure a vu, dans cette formule, l'obligation pour le requérant non privilégié de démontrer que l'acte comporte en fait une décision indirecte ou déguisée à son encontre[2425]. Les personnes concernées sont régulièrement renvoyées à attaquer-indirectement-l'acte communautaire devant les juridictions des États membres. Comme on le sait, la Cour de justice a confirmé sa position fondamentale restrictive encore une fois dans l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores* ainsi que le contre-pied de l'arrêt *Jégo-Quéré,* du Tribunal du 3 mai 2002[2426] lesquels avaient tous les deux postulé d'abandonner l'interprétation restrictive de la condition constitutive d'être « individuellement concerné ».

Donc on peut s'exprimer que le juge de l'Union, tout en assouplissant les conditions de recevabilité, n'a cependant jamais cessé d'affirmer son refus de remettre en cause les conditions établies par les traités.

Le juge communautaire a souvent rappelé les limites des possibilités de recours, en écartant généralement les remises en cause de ces limites, et en les justifiant par le caractère complet du système des vois de recours instauré par les traités et la nécessité de respecter les dispositions qui les organisent[2427].

Ont été souvent invoqué : le recours en indemnité[2428] et l'exception d'illégalité[2429]. Le juge a évoqué aussi l'existence des recours nationaux avec renvoi préjudiciel. Toutefois, ces voies de droit peuvent ne pas apporter entièrement la protection recherchée. Il en est notamment ainsi lorsque les actes communautaires ne comportent pas mesures d'application communautaires ou nationales.

Avant même l'arrêt dans l'affaire *UPA*, la Cour avait indiqué qu' *«un recours direct en annulation devant le juge communautaire ne saurait être ouvert même s'il pouvait être démontre, après un examen concret par ce dernier des règles procédurales nationales, que celles-ci n'autorisent pas le particulier à introduire un recours lui permettant de mettre en cause la validité de l'acte communautaire contesté, dans la mesure où un tel régime exigerait dans chaque cas concret que le juge communautaire examine et interprète le*

[2425] D. Waelbroeck et Th. Bombois, Des requérants « privilégiés » et des autres….. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen, CDE, 2014, N°1, p. 23.

[2426] Tribunal, 1er avril 2004, Jègo-Quéré c. Commisssion, aff. C-263/02 P ,ECLI:EU:C:2004:210, p.II-2365

[2427] CJUE, 23 mars 1993,Weber c. Parlement, aff.C-324/91, Rec.p.I-1093,point 8.

[2428] Tribunal , 15 janvier 2003, Philip Morris International c. Commission, aff.T-377/00, ECLI:EU:T:2003:6.

[2429] CJUE, 25 juillet 2002, UPA c. Conseil, aff.C-50/00P, ECLI:EU:C:2002:462 ,point.40

droit procédural national, ce qui excèderait sa compétence dans le cadre du contrôle de la légalité des actes communautaires[2430].»

Pour la Cour, c'est aux EM qu'il appartenait de se prononcer sur la question, soit en modifiant le traité pour élargir les conditions de recevabilité du recours en annulation introduit par les particuliers[2431], soit en prévoyant, au sein de leur propre ordre juridique, « un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le droit à une protection juridictionnelle effective.[2432] »

On ne peut pas, en outre, oublier les limitations apportées par la jurisprudence aux voies indirectes. L'expiration du délai de deux mois fixé par l'article 230, § 5 TFUE, empêche la remise en cause de la légalité de l'acte par voie de l'exception d'illégalité s'il était attaquable par la voie du recours en annulation[2433] ou l'appréciation de la validité dans le cadre du renvoi préjudiciel[2434].

À la suite de nombreuses critiques émanant non seulement de la doctrine mais également de membres de la Cour, l'avocat général Jacobs et le Tribunal ont œuvré pour faire évoluer dans un sens libéral l'interprétation de l'article 230,§4 TCE (actuel art.263,§4 TFUE). Dans ses conclusions sur l'affaire *Union de Pequeños Agricultores* l'avocat général Jacobs a proposé une évolution de la jurisprudence en proposant que le particulier soit considéré comme individuellement concerné par une mesure communautaire lorsque la mesure nuit ou est susceptible de nuire à ses intérêts de manière substantielle.

Le Tribunal s'est, pour sa part, résolument engagé dans la voie d'une remise en cause de la jurisprudence traditionnelle considérée comme portant atteinte au droit de recours effectif protège par les articles 6 et 13 de la CEDH et visé par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux[2435]. Il proposait, sans procéder à une modification du système des voies de recours et des procédures établi par le traité, d'interpréter de manière constructive l'article 230, §4 TFUE, en admettant qu'une personne est individuellement

---

[2430] CJUE, ord. du 01 février 2001, Area Cova et a. c.Conseil, aff. C-300/99 P et C-388/99 P, ECLI:EU:C:2001:71, points 54 et 55.

[2431] P. Gilliaux,: L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiairité juridicitonnelle et effectivité, CDE, 2003 p.177-202, spéc. p. 191.

[2432] CJUE, 25 juillet 2002, UPA c.Conseil, aff. C-500/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, point 41.

[2433] CJCE, 06 mars 1979, Simmenthal c.Commission, aff. 92/78, ECLI:EU:C:1979:53, point 39

[2434] CJCE, 09 mars 1974, TWD c.Bundesrepublik Deutschland, aff.C-188/92,ECLI:EU:C:1979:53.

[2435] Tribunal, 03 mai 2002, Jégo-Quérél c.Commission, aff.T-177/01, ECLI: ECLI:EU:C:2004:210.

concernée par une disposition communautaire de portée générale *« si la disposition affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes ».* (Point 51)

Encouragé par les conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire UPA, plus tard le Tribunal estima en effet qu' »afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers », ceux-ci devaient être considérés comme individuellement concernés par un acte de l'Union de portée générale « si la disposition en question affectait d'une manière certaine et actuelle , leur situation juridique en restreignant leurs droits ou en leur imposant des obligations. [2436]»

La Cour a rejeté les solutions proposées en faisant appel à l'intervention du constituant, sans admettre pour autant l'existence d'une violation du droit à un recours juridictionnel effectif. Le Tribunal a donc été obligé de s'aligner sur cette jurisprudence. La CJUE en revint à la lecture « plaumannienne » de la nation d' « intérêt individuel » et rappelant ainsi que ce n'est que dans l'hypothèse où un règlement revêt, à titre exceptionnel, « un caractère décisionnel » à l'égard des requérants que ceux-ci peuvent en poursuivre l'annulation[2437], la Cour de justice constata que tel n'était pas le cas en l'espèce et que, partant, le recours d'*UPA,* n'était pas recevable[2438].

La Cour a écarté un moyen tiré d'une prétendue contrariété de l'article 230, §4 avec la CEDH en jugeant qu' *«Que dans les circonstances de la présente affaire, il n'est démontré aucune contradiction entre la CEDH et l'article 230, quatrième alinéa, TCE[2439].»*

[2436] Tribunal, 3 mai 2002, Jego-Quéré c. Commission, aff. T-177/01,ECLI: ECLI:EU:C:2004:210, point 51.

[2437] CJUE, 25 juillet 2002, UPA C. Conseil, aff. C-50/00P, ECLI:EU:C:2002:462, point 36.

[2438] D. Waelbroeck et Th. Bombois, Des requérants « privilégiés » et des autres…. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen, CDE, 2014, p.25.

[2439] CJCE, 18 janvier 2007, PKK et KNK/Conseil, aff. C-229/05 P, ECLI: ECLI:EU:C:2007:32.

1§. Les particuliers ne peuvent attaquer que les actes réglementaires qui ne leur sont pas adressés.

Le traité de Lisbonne procède finalement à un ajustement minimum, élargissant le droit de recours pour les actes réglementaires (et non tous les actes de portée générale, y compris législatifs) pour les quels aucune mesure d'exécution n'est nécessaire (self-executing), c'est-à-dire pour les actes lesquels la situation actuelle était effectivement la plus choquante. Elle a également consacré l'obligation, imposée par la CJUE aux États membres d'établir des voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans le domaine du droit de l'Union.

Un compromis plus ambitieux aurait pu s'appuyer sur la distinction entre les actes réglementaires (pour lesquels les deux conditions prévues auraient été rendues alternatives : « ou » au lieu de « et » et législatifs (pour lesquelles les conditions actuelles auraient été maintenues, avec un assouplissement si aucune mesure d'exécution n'est nécessaire[2440].)

Les personnes physiques et morales doivent avoir un intérêt à agir. Cette condition est souvent passée inaperçue parce que les recours sont rejetés pour d'autres motifs d'irrecevabilité. L'intérêt doit être affectée par l'acte attaqué. Il doit également être né et actuel. Aussi l'argument fondé sur une affection future ne suffit-il pas à démontrer d'un intérêt pour agir[2441]. L'intérêt doit perdurer pendant l'examen de la requête devant la Cour, faute de quoi le recours sera irrecevable. Cependant, la Cour de justice n'interprète pas de manière excessivement sévère, l'exigence d'un intérêt pour agir. Elle a admis que, dans certains cas le fait que l'annulation pouvait éviter la répétition de certaines illégalités, suffisant à établir son intérêt. Mais, surtout, l'annulation d'un acte peur servir de fondement à un recours en indemnité, ceux qui peut justifier l'intérêt à agir. Les associations et groupements d'intérêts peuvent agir en annulation dès lors qu'ils sont atteints par la décision dans leurs intérêts propres de la même manière qu'un particulier. Mais, à vrai dire, ce n'est pas tant cette circonstance que les préoccupe que la possibilité d'user de la voie de l'annulation à l'encontre de décisions qui concernent les objectifs qu'ils se sont données comme vocation de défendre, tels, par exemple la protection ou la défense d'une catégorie professionnelle[2442]. La Cour de justice n'accepte pas la recevabilité de recours formés par des associations, même au nom de leurs membres, pour

[2440] F.X Priollaud et D.Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens., La documentation Française, Paris, 2008, p.344.

[2441] CJCE, 17 septembre 1992, NBVet NVB c. Commission, aff. T-138/89, ECLI:EU:T:1992:95.

[2442] J.P.Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, Paris, 6e édition, 2010, p.645

la défense des objectifs généraux de l'association. Le droit de recours des associations et groupements d'intérêt est soumis aux conditions prévues pour celui exercé de l'association. Aussi ne peuvent-elles agir, outre le cas où leurs intérêts sont affectés par une décision qui leur est adressée, notamment lorsqu'elles participent à des procédures ayant conduit à l'adoption de l'acte attaqué, que lorsqu'elles ont mandat pour représenter leurs membres et que les recours de ces derniers auraient été recevables parce qu'ils remplissent les conditions fixées à l'art.230 TCE (maintenant art. 263, §4.TFUE)[2443]. L'article 263, § 4 TFUE distingue deux hypothèses s'agissant des recours des personnes physiques et morales. S'il s'agit de décisions qui leur sont adressées, les particuliers ont toujours le droit de demander l'annulation de celles-ci. Ils peuvent également attaquer les décisions qui les concernent individuellement et directement, lorsqu'elles sont prises sous la forme de décisions adressées à d'autres personnes ou de règlements. L'objet de cette disposition est simple, il s'agit d'éviter de faire jour l'apparence et de permettre le contrôle d'actes qui contiennent en fait une décision individuelle, mais qui ont été adoptés sous une autre forme. Dans son essence, cette disposition préserve l'esprit du système qui est d'exclure le recours des particuliers contre des actes généraux.

L'interdiction faite aux particuliers d'attaquer les actes de portée générale a été fréquemment critiquée par la doctrine qui y voit une lacune regrettable dans le système de protection juridictionnelle mis en place par le traité. Les États hésitent donc à ouvrir largement aux personnes privées le recours en annulation contre les actes de portée générale. Plus encore que la « submersion du système juridictionnel », sans doute redoutent-ils les entraves que, malgré l'absence d'effet suspensif, l'introduction systématique de recours dans un but dilatoire risquerait d'apporter à l'action communautaire[2444]. Cependant, si l'acte de portée générale a donné lieu à une mesure nationale d'exécution, il sera toujours possible d'utiliser la voie de la demande préjudicielle en invalidité pour faire constater l'invalidité de l'acte communautaire qui a servi de base à la mesure d'exécution. Si la mesure d'exécution est communautaire, l'exception d'illégalité constituera la voie appropriée pour préserver les droits du particulier. Cette solution laisse cependant persister une lacune dans le cas du règlement directement applicable qui ne nécessiterait aucune mesure nationale pour être appliqué. En l'absence de décision nationale susceptible de recours, la seule voie ouverte au particulier serait d'enfreindre les dispositions du règlement pour disposer d'un recours contre la sanction qui sera infligée et d'utiliser, le cas échéant, le référé pour éviter de subir la sanction, ce qui n'est guère satisfaisant compte tenu du risque que doit prendre le particulier pour faire constater la nullité. Dans ce contexte, certains requérants ont tenté d'invoquer le droit à un recours effectif pour que leur requête soit déclarée recevable par le

---

[2443] CJUE, 02 avril 1998, Greenpeace c. Commission, aff. C-321/95 P, ECLI: ECLI:EU:C:1998:153.

[2444] R.Mehdi. La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu. RTDE, 2003, p. 48.

juge communautaire. La réponse qui leur était donnée par le Tribunal était toujours la même : *« concernant, d'une part, l'argument tiré de l'absence de voies de recours nationales et, d'autres part, l'argument selon lequel elles ne seraient pas effectives, il convient de constater que de telles circonstances, à les supposer établies, ne sauraient pas justifier une modification, par la voie d'une interprétation juridictionnelle, du système des voies de recours et des procédures, établi par le traité*[2445]*.»* Cependant, suite à une ordonnance en irrecevabilité rappelant ces solutions[2446], un pourvoi fut formé devant la Cour de Justice et celle-ci décidait de l'examiner en séance plénière afin, selon l'avocat général, de revoir éventuellement sa jurisprudence sur l'interprétation de la notion de particulier *« individuellement concerné. »*

Dans les conclusions rendues sur ce pourvoi[2447], l'avocat général Jacobs préconisait une remise en cause complète de la jurisprudence de la Cour. Partant du principe selon lequel un particulier qui s'estime lésé par une acte qui lui prive une droit ou d'un avantage doit pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle complète, M. Jacobs estimait que le renvoi préjudiciel ne pouvait offrir cette protection parce que la saisine de la Cour de justice était entre les mains du juge national et qu'elle était par définition tardive, ce qui nuisait aussi bien à la protection du particulier qu'à la sécurité juridique, l'invalidité d'une mesure pouvant intervenir plusieurs années après son entrée en vigueur. Était-il possible, dans un État de droit, d'imposer au particulier d'enfreindre volontairement la législation pour pouvoir bénéficier d'un recours ? L'avocat général repoussait également toute solution qui reviendrait à n'admettre la recevabilité qu'à titre subsidiaire, en dernier ressort, en l'absence de toute autre voie de recours, notamment nationale. Pour lui, les conditions de recevabilité doivent être objectives et ne pas dépendre de l'existence de voies de droit nationales. De surcroît, la Cour était mal armée pour évaluer l'état du droit procédural national. Enfin, on créerait de la sorte un traitement différencié entre les particuliers. Aussi l'avocat général proposait-il de donner une nouvelle définition du concept d'individuellement concerné. Un particulier serait *« individuellement concerné par une mesure communautaire lorsque la mesure nuit, ou est susceptible de nuire à ses intérêts, de manière substantielle. »*

C'est dans ce contexte, alors même que la Cour ne s'était pas encore prononcée, que le tribunal décidait de modifier sa jurisprudence et de retenir la ligne générale proposée par l'avocat général. En agissant de la sorte, il prenait certes risques de voir son arrêt censuré au cas où la Cour ne modifierait pas sa jurisprudence, ce qui a bien été le cas. Mais il

---

[2445] Tribunal, 22 février 2000, Armement coopératif artisanal vendéen c. Conseil, aff. T-138/98, ECLI: ECLI:EU:T:2000:45.

[2446] Ord. du Tribunal, 23 novembre 1999, UPA c.Conseil, T-173/98, ECLI: ECLI:EU:T:1999:296.

[2447] CJCE.Conclusions du 21 mars 2002, Union de Pequeños Agricultores, aff.C-50/00 P, ECLI: ECLI:EU:C:2002:197, pt.102.

donnait un signal à la Cour de justice, signal d'autant plus important qu'il s'est chargé en première instance des recours en annulation formés par des particuliers. Dons son arrêt du 3 mai 2002 *Jégo-Quéré* et *Cie SA/Commission*, le Tribunal se prononçait en faveur de la recevabilité d'un recours contre un règlement de la Commission en matière de pêche : *« force est de conclure que les procédures prévues aux articles 234 CE, d'une part, et 235 et 288, deuxième alinéa, TCE ne peuvent plus être considérées, à la lumière des articles 6 et 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, comme garantissant aux justiciables un droit de recours effectif leur permettant de contester la légalité de dispositions communautaires de portée générale qui affectent directement leur situation juridique. »* Le Tribunal jugeait qu'une personne est *« individuellement »* concernée par une disposition communautaire de portée *générale « si la disposition affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont, pas à cet égard, des considérations pertinentes. »* Forte d'une impulsion bien affichée dans les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *UPA* remises en cause à la même époque, le Tribunal avait donc dégagé une nouvelle possibilité d'ouvrir le prétoire des juridictions de l'Union européenne dans les cas où le particulier serait privé, du fait de l'irrecevabilité de sa demande en annulation devant les juridictions de l'Union européenne, de toute protection juridique effective[2448].

Dans son arrêt du 25 juillet 2002, *UPA* la Cour de justice confirmait sa jurisprudence traditionnelle. Certes, elle consacre, une fois de plus, le droit à un recours effectif, mais elle estime que le système communautaire garantit ce droit. C'est cependant au prix d'une réaffirmation nette de l'obligation des États membres de prévoir un tel recours. En d'autres termes, la Cour se décharge de l'obligation de prévoir un recours effectif devant elle sur les États membres ce qui lui permet ainsi de laisser intact l'actuel système de recevabilité. La Cour rappelle en effet sa jurisprudence quant à l'article 236, §4 TFUE et notamment l'irrecevabilité des recours des particuliers contre les mesure générales sauf lorsque ceux-ci sont individuellement concernées. Mais elle ajoute que le traité a établi un système de recours et que, dans ce cadre, les particulier ont la possibilité soit d'actionner l'exception d'invalidité prévue à l'article 241 devant le juge communautaire, soit d'agir directement devant le juge communautaire, soit d'agir devant le juge national qui saisira alors la Cour de d'une question préjudicielle. Elle conclut *: « Ainsi, il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédure permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective dans ce cadre, conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 10 (article 4 TUE amendé), les juridictions nationales sont tenues, dans toute la mesure de possible, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet*

[2448] J. van Meerbeck et A. van Waeyernberge, Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du dédale européen , *opt.cit,*.p.172

aux personnes physiques et morales de contester en justice légalité et toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier. »

En résumé, et à condition de retenir la première interprétation de la notion d' « acte réglementaire » il faudra effectuer le test de vérification suivant. Outre les autres conditions précitées, qui restent d'application, il conviendra de déterminer si un acte constitue un acte législatif ou non législatif, selon la procédure d'adoption de l'acte. Si l'acte est de nature législative, le seul moyen pour un particulier de le contester sera d'établir qu'il est directement et individuellement concerné par cet acte.

Si l'acte n'est pas législatif, le particulier peut être confronté à trois cas de figure :

Il s'agit d'un acte de portée générale qui comporte des mesures d'exécution ou d'une décision visant à un tiers : il doit prouver qu'il est concerné directement et individuellement par cet acte, conformément à la jurisprudence antérieure au traité de Lisbonne.

Il s'agit d'un acte à portée générale qui ne comporte pas de mesure d'exécution : il doit uniquement prouver qu'il est concerné directement par cet acte.

Il s'agit d'une décision dont il est le destinataire explicite : le Traité ne requiert pas la justification de l'affection directe ou individuelle vu la nature personnalisée de cet instrumentum[2449].

Dans son arrêt *Telefonica,* la CJUE rappelle que lorsqu'un acte réglementaire comporte des mesures d'exécution, « le contrôle juridictionnel du respect de l'ordre juridique de l'Union est assurée indépendamment de la question de savoir si lesdites mesures émanent de l'Union ou des États membres [2450]». La cour rappelle ici l'enseignent qui découle de l'arrêt *Inuit* selon lequel lorsqu'un particulier ne peut, en raison des conditions de recevabilité d l'art 263 TFUE, attaquer directement devant les juridictions de l'Union un acte réglementaire de l'Union, il est protégé en pouvant attaquer les mesures d'exécution, soit directement devant le juge de l'Union (si la mesure émane d'une institution ou d'un organe de l'Union), soit devant le juge national (s'il s'agit d'une mesure étatique) , qui interrogera la Cour par le biais du mécanisme préjudiciel[2451]. L'arrêt *Inuit* , affirme néanmoins que « les justiciables ont, dans le cadre d'une procédure nationale, le droit de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union de portée générale, en excipant de

[2449] J. van Meerbeck et A. van Waeyernberge « Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du dédale européen» *opt.cit,* p. 188

[2450] CJUE, 13 décembre 2017, Telefónica c. Commission, aff. C-487/16P, ECLI:EU:C:2017:961, point 28.

[2451] Ibid, point 28 et 29.

l'invalidité de ce dernier[2452]. » Une telle interprétation prendrait toutefois ses distances avec l'arrêt *Unibet*, qui avait exclu, certes sous réserve du principe d'effectivité, que le principe de protection juridictionnelle effective aille jusqu'à exiger la création, en tant que telle, d'un recours permettant de contester, de manière autonome et à

titre principal, la compatibilité du droit interne au droit européen[2453].

§2. Les conditions du recours demeurent inchangées pour les actes de portée générale.

L'option choisie par la Cour -c'est-à-dire refuser d'assimiler la condition relative à l'absence de mesures d'exécution à celle de l'affectation directe-n'est pas sans incidence sur la protection juridictionnelle des particuliers[2454]. Bien qu'elle insiste au départ sur la nécessité - conformément à une jurisprudence bien établie - de tenir compte , dans l'interprétation d'une disposition, de ses termes, de son objectif, de son contexte et de sa genèse, tout comme de l'ensemble normatif au sein duquel elle s'insère, la CJUE recourt, en fait exclusivement à l'interprétation littérale et historique de la notion d' « acte réglementaire » présente dans l'article 263, alinéa 4, du TFUE[2455].

A.L'existence d'une décision.

En dehors du cas des décisions dont le particulier est le destinataire qui ne soulève pas de problème quant à la recevabilité dès lors qu'existe un intérêt pour agir puisque l'article 263, §4 TFUE les mentionne expressément, la difficulté est d'identifier les actes qui, sous l'apparence d'actes de portée générale, constituent en fait des décisions. S'il est clair que la Cour doit aller au-delà de l'apparence pour déterminer la nature de l'acte, certains actes peuvent présenter un caractère réglementaire, mais être considérés sous certains aspects comme des décisions. Une décision est caractérisée par le fait que ses effets sont limités aux personnes auxquelles elles est adressé tandis qu'une mesure d'ordre générale n'est applicable en tant que telle à un nombre limité de personnes identifiées ou

---

[2452] CJUE, 3 septembre 2015, Inuit c. Commission, aff. C-398/13P, ECLI:EU:C:2015:535, point 94.

[2453] CJUE, 22 juin 2017, Unibet International, C-49/16, ECLI:EU:C:2017:491, point 47. Voir aussi: O De Schutter, Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif , JTDE, 2006, p.104.

[2454] J. Wildemeersch, L'article 263, alinéa 4, du traité FUE: une modification des conditions de recevabilité du recours en annulation sans (véritables) conséquences, dans Contentieux de l'Union européenne, Questions choisies, sous la direct. De S. Mahieu , Larcier, Bruxelles, 2014, p. 181.

[2455] D. Waelbroeck et Th. Bombois, Des requérants « privilégiés » et des autres….. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen, CDE, 2014, N°1, ,p. 27.

identifiables, mais à des catégories de personnes visées de manière abstraite[2456]. C'est donc le caractère abstrait de la mesure qui détermine sa nature d'acte général, ce qui exige une analyse au cas par cas, nonobstant la dénomination utilisée. Dans ces conditions, l'examen d'un acte peut montrer qu'il contient, sous une forme réglementaire, un faisceau de décisions individuelles[2457]. Mais l'analyse ne doit pas seulement porter sur l'acte dans son ensemble, mais aussi sur chacune de ces dispositions, car il n'est exclu que l'une de ces dispositions ne constitue une décision tandis que les autres conserveront leur caractère général. L'arrêt , *Molitaria Immolese*, admet le principe qu' : *« il peut arriver qu'un acte, tout en ayant dans son ensemble, un caractère règlementaire, contient des mesures adressées à des personnes déterminées de manière à les individualiser, au sens de l'article 173§2 du traité[2458].»* La même disposition peut présenter un caractère général à l'égard de certains particuliers tandis que pour autres, elle constituera une décision parce qu'elle les concerne en raison de caractéristiques qui leur sont spécifiques. Ainsi, la Cour a jugé qu'un règlement relatif à l'utilisation d'une dénomination viticole pouvait constituer une décision à l'égard d'un producteur qui avait enregistré celle-ci comme marque déposée et l'avait utilisée bien avant l'adoption du règlement[2459]. La situation est relativement plus fréquente en matière d'antidumping lorsqu'un producteur à été impliqué dans l'enquête préalable à la décision ou lorsqu'étant le principal producteur sur le marché communautaire, la procédure a été menée en fonction de sa situation et qu'il apparaît ainsi comme le principal bénéficiaire du règlement : *« les actes portant institution de droits antidumping peuvent, sans perdre leur caractère réglementaire, concerner, dans certains circonstances, individuellement certains opérateurs économiques….*[2460].» La jurisprudence est ici plus libérale. Les entreprises productrices ou exportatrices qui peuvent « démontrer qu'elles ont été identifiées dans les actes de la Commission ou du Conseil (établissant des droits antidumping) ou concernées par les enquêtes préparatoires » à ces actes, sont recevables à demander l'annulation du règlement adopté[2461].

Dans ce cas, la détermination de la nature de la mesure et la vérification du fait que le requérant est individuellement concerné par celle-ci sont des opérations fort proches l'une

---

[2456] CJCE, 14 décembre 1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes/Conseil, aff.16 /62 et 17/62, ECLI:EU:C:1962:47.

[2457] CJCE, 13 mai 1971, International Fruit e.a c. CO/Commission, aff. 41- 44/70, ECLI:EU:C:1971:53, pt 41 à 44.

[2458] CJCE, 13 mars 1968, Molitaria Immolese, aff. 30/67, ECLI: ECLI:EU:C:1968:14.

[2459] CJCE, 18 mai 1994 , Cordoniu SA / Conseil, aff. C- 309 / 89 , ECLI: ECLI:EU:C:1994:197.

[2460] CJCE, 16.05.1991, Extramet Industries c.Conseil, aff. 358/89, ECLI: ECLI:EU:C:1992:257.

[2461] C.Blumann et L.Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne , *opt.cit* , p.651

de l'autre. Aussi arrive t-il souvent que la Cour se limite, pour déclarer la requête irrecevable, à examiner si l'intéressé est individuellement concerné sans se prononcer sur la nature de la mesure. Il en découle que la lecture de la jurisprudence n'est pas toujours aisée.

Dans de nombreux cas, le requérant invoquera à l'appui de sa requête le fait que l'acte de portée générale vise un nombre limité et identifiable de personnes ce qui aurait pour conséquence d'entrainer sa requalification en décision. Cette logique du « cercle fermé » a fait l'objet d'une analyse nuancée dans la jurisprudence, car le fait que les destinataires soient identifiées ou identifiables au moment de la prise de décision ne constitue pas un élément suffisant pour conférer une portée générale à l'acte. Ce dernier sera considéré comme une décision lorsqu'il vise un cercle fermé, est rétroactive ou porte sur des opérations en cours au moment de la prise de décision. Comme le rappelle la Cour, dans l'affaire *Cordoniu* (précitée), *« ....la portée générale, et partant, la nature normative d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte en relation avec la finalité de ce dernier. »*

Si l'acte correspond à ces caractéristiques, le fait qu'il ne s'applique qu'à une seule personne ne lui retira pas son caractère de mesure de protée générale[2462]. En revanche, dès lors que l'acte vise un groupe fermé identifié au moment de la prise de décision en fonction de critères qui sont propres au seuls membres de ce groupe, le recours sera recevable. Il en va ainsi d'une décision de la Commission qui autorise rétroactivement un État membre à établir des mesures de sauvegarde ce qui entraîne le refus d'octroi de licences d'importation aux seules personnes qui avaient déposé des demandes avant que la décision ne soit adoptée[2463].

On s'est demandée si un recours d'une personne physique ou morale à l'encontre d'une directive pouvait être recevable. La réponse devrait être, en principe, négative puisque seuls les actes nationaux de transposition affecteront la situation des particuliers. Même le fait que les États membres doivent s'abstenir, pendant la période de transposition, de prendre des mesures qui mettraient en péril la réalisation des objectifs de la directive ne saurait être invoqué, car cette obligation pèse sur les États membres et non sur les

[2462] CJCE, 01 avril 1965, Getreide-import Geselleschaft c. Commission. aff. 38/64, ECLI: ECLI:EU:C:1965:35.

[2463] CJCE, 01 juillet 1965,Toepfer c. Commission, aff.106 et 107/63, ECLI: ECLI:EU:C:1965:65.

particuliers[2464]. Il en résulte que le cas de figure dans lequel une directive pourrait être analysée comme une décision et où le particulier serait directement et individuellement concerné, s'il n'est pas exclu, ne devrait être rencontré que de manière tout à fait exceptionnelle. Sur ce point, le Tribunal maintient cependant une imprécision redoutable. Il admet qu'un recours d'un particulier contre une directive peut être déclaré recevable s'il apparaît que la directive est en fait une décision[2465]. Mais il semble n'avoir aucune considération pour le fait que la directive ne produira ses effets qu'après transposition et que la mesure de transposition pourra alors être contesté devant le juge national, ce dernier ayant la possibilité de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle sur la validité de la directive. Même en admettant que la directive doit être considérée comme une décision, elle n'est pas encore applicable au moment où le particulier saisira la Cour de justice et la portée exacte de celle-ci devra être définie par la mesure de transposition. Cependant la CJUE a admis, par voie d'ordonnance, la possibilité pour un particulier de contester une directive dans la mesure où celle-ci pourrait contenir une décision[2466]. Dans le fait, même avant transposition de la directive, la légalité de celle-ci peut être contestée dans certains États membres qui admettent des recours pour empêcher l'application par l'État d'un acte illégal. La question sera alors tranchée par voie préjudicielle.

B.Le requérant doit être directement et individuellement concerné.

Les deux conditions sont cumulatives, mais la CJUE choisit très souvent, dans un souci d'économie procédurale, d'examiner d'abord si le requérant est individuellement concerné. Ceci la dispense en cas de réponse négative de vérifier si la seconde condition est remplie. L'existence de ces deux conditions s'explique par le souci d'éviter d'ouvrir la voie à une action populaire qui permettrait aux particuliers d'attaquer tous les actes de portée générale. L'existence d'autres voies, comme l'exception d'illégalité, leur permettent d'éviter les conséquences dommageables que des actes pourraient avoir pour eux sans que se produisent les effets absolus d'une annulation de l'acte. La nouveauté introduite par le traité de Lisbonne doit donc s'interpréter de la manière suivante : les requérants désirant contester la validité d'un acte n'ayant pas été adopté selon la procédure législative (ordinaire ou spéciale) et ne comportant pas de mesure d'exécution, ne devront pas prouver de lien individuel mais uniquement lorsqu'ils sont directement concernées par cet acte. Le

---

[2464] Tribunal, 27 juin 2000, Salamander AG et autres c. Parlement et Conseil, aff. T-172/98 ,175/98 à 177/98 , ECLI: ECLI:EU:T:2000:168.

[2465] C.Blumann et L.Dubouis, *« Droit institutionnel de l'Union européenne »*, *opt.cit*, p.652

[2466] CJUE.Ord. 23 novembre 1995, ,Asocarne/Conseil de l'Union européenne, aff. C-10/95 P, ECLI: ECLI:EU:C:1995:406.

test à cet égard est de vérifier si l'acte produit des effets de droit par lui-même en ne laissant aucun pouvoir discrétionnaire aux institutions ou aux États membres[2467]. C'est ainsi que dans l'affaire *Iberdola c. Commission,* le Tribunal a, par exemple décidé qu'une décision de la Commission déclarant une aide illégale et ordonnant sa récupération « ne saurait être qualifiée d'acte ne comportant pas de mesures d'exécution dans la masure où l'art 6, paragraphe 2, de la décision attaqué mentionné l'existence de « mesures nationales adoptées afin de la mettre en ouvre…jusqu'à la récupération complète des aides octroyées en vertu du régime litigieux. [2468]» L'existence même de ces mesures de récupération, qui constituent des mesures d'exécution, justifie que la décision attaquée soit considérée comme un acte comportant des mesures d'exécution et en effet ces mesures pourront être constatées devant le juge national par leurs destinataires[2469].

Dans son arrêt *Woonlinie*, la Cour de justice semble aborder la condition de l'affectation individuelle d'un manière légèrement moins rigide, en assouplissant quelque peu sa jurisprudence relative au « cercle restreint d'opérateurs [2470]».

C. Directement concerné.

Le requérant est directement concerné lorsque l'acte produit ses effets sans que l'autorité chargée de s'appliquer ne jouisse d'une quelconque discrétion. En effet, dès lors qu'une telle discrétion existe, l'acte d'application viendra concrétiser les effets de l'acte de portée générale et pourra être attaquée par le particulier. Le but de la règle est de limiter le recours aux seuls actes qui produisent des effets sur le requérant et qui sont de nature à modifier immédiatement sa situation juridique. Aussi dès lors que l'acte permet une certaine latitude aux autorités chargées de son application, telle que le pouvoir d'accorder ou non une autorisation ou de déroger par rapport à la règle fixée ou de choisir entre certaines modalités, le recours sera déclaré irrecevable à moins qu'il n'apparaisse que les conséquences juridiques de l'acte puissent être déduites avec certitudes de l'acte

---

[2467] C.Blumann et L.Dubouis, *« Droit institutionnel de l'Union européenne »*, *opt.cit*, p.649

[2468] Tribunal, 8 mars 2012, Iberdrola c. Commission, aff. T-221/10, ECLI:EU:T:2012:112, point 46.

[2469] J. Wildemeersch, L'article 263, alinéa 4, du traité FUE: une modification des conditions de recevabilité du recours en annulation sans (véritables) conséquences, dans Contentieux de l'Union européenne, Questions choisies, sous la direct. De S. Mahieu , Larcier, Bruxelles, 2014, p.181.

[2470] CJUE, 27 février 2014, Woonlinie c. Commission, aff. C-133/12P, ECLI:EU:C:2014:105, point 46 et s.

attaqué[2471]. Ainsi, un recours contre une autorisation donné par la Commission aux États membres d'agir dans un sens déterminé est irrecevable parce que les autorités nationales peuvent user ou non de l'autorisation accordée. Mais, si l'État membre s'est engagé auparavant à donner suite à l'autorisation. L'effet de celle-ci est clairement prévisible et le recours sera déclaré recevable[2472]. Il en va de même lorsqu'un tel engagement peut être déduit du comportement des autorités nationales.

D.Individuellement concerné.

Selon la jurisprudence de la CJUE, les particuliers sont individuellement concernés dès lors qu'ils sont atteints *« en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire[2473].»* On a vu que le simple fait d'appartenir à un cercle fermé de personnes auxquelles l'acte est applicable n'est pas suffisant pour établir que l'on soit individuellement concerné. Il est nécessaire qu'à l'intérieur de ce cercle, le requérant se distingue par des circonstances particulières en rapport avec l'objet de l'acte. Le Tribunal a considère qu'un parlementaire européen n'était pas individuellement concerné par l'insertion dans le règlement intérieur du Parlement des dispositions sur les enquêtes internes de l'Office de lutte contre la fraude, car il s'agissait de dispositions générales applicables à tous les députés. Le requérant ne pourrait agir que dans le cas où une enquête affecterait sa propre immunité[2474]. On a constaté plus haut que, dans l'affaire *Cordoniu*, le fait d'avoir déposé, depuis longtemps une marque portant une dénomination spécifique était de nature à distinguer la requérante de tous les autres producteurs également touchés par la règlementation en cause. De même, l'obligation pour la Commission de consulter certains producteurs avant de prendre une mesure suffit à individualiser ceux-ci. En revanche, une participation volontaire à la prise de décision, comme le fait d'adresser une communication à la Commission à propos d'une proposition, n'est pas suffisante pour individualiser le requérant. Il est nécessaire qu'une règle de droit européen impose de prendre en compte sa situation pour que l'on puisse le considérer comme individuellement concerné. L'exigence posée par l'article 236, §4 TFUE conduit

---

[2471] J.P.Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, *opt.cit*, p.643

[2472] CJUE, 23 novembre 1971 , Bock/ Commission, aff. 62 / 70 , ECLI: ECLI:EU:C:1971:108.

[2473] CJCE, 15 juillet 1963 , Plaumann c. Commission, aff. 25 / 62 , ECLI: ECLI:EU:C:1963:17.

[2474] CJCE, 30 . Mars 2004, Rothley c. Parlement, aff. C- 167/ 02 P, ECLI: ECLI:EU:C:2004:193.

donc à restreindre considérablement la recevabilité des recours en annulation formés par des personnes physiques et morales[2475]. Cependant, il ne faut pas oublier que ceux-ci auront l'occasion dans la plupart des cas de contester la mesure par la voie préjudicielle ou de l'exception d'illégalité. En outre, la Cour a d'elle-même corrigé certains effets négatifs de cette condition en considérant que lorsqu'elle avait pour effet d'établir une discrimination entre deux groupes, certains concernés, d'autres non pour la seule raison qu'ils n'étaient pas encore identifiables lorsque la mesure a été adoptée, le principe de non discrimination imposait que le recours des seconds soit déclarée recevable. Mais il s'agit d'une hypothèse très spécifique[2476].

On oppose souvent le contentieux classique et le contentieux économique pour constater que, dans le second cas, la Cour semble être plus libérale en matière de recevabilité. Cette situation est liée à la nature même des procédures de décision en matière économique. Les principes en matière de recevabilité ne sont pas différents, mais il est plus facile pour un requérant d'être identifié d'une manière qui le distingue des autres personnes touchées par l'acte, dans des domaines où les particuliers ont la possibilité de déposer des plaintes, d'être consultés, de participer aux procédures et où les mesures sont souvent adoptées en fonction de leur situation. Il n'existe donc pas un contentieux économique auquel s'appliqueraient des règles spécifiques, mais l'existence de procédures particulières, permettant l'individualisation des personnes concernées facilite la recevabilité des recours. Il en va ainsi en matière de concurrence au profit des personnes qui ont déposé une plainte ou participé à la procédure et en matière d'aide d'État lorsque la Commission décide d'ouvrir une procédure relative à une aide accordée à une entreprise particulière. De même, dans le domaine de l'*antidumping* les informations relatives à des entreprises extra-communautaires sont utilisées pour déterminer le niveau des droits *antidumping*, les procédures sont ouvertes sur la base de plaintes présentées à la Commission et les observations des opérateurs économiques peuvent être déterminantes pour la prise de décision etc. Ceux-ci peuvent plus aisément être considérés comme individuellement concernés. Il suffirait que le législateur communautaire organise des procédures du même type dans d'autres matières, comme l'environnement, pour voir fleurir les recours[2477].

Encore faut-il qu'existe une décision nationale, faute de quoi il sera nécessaire que le particulier provoque celle-ci pour pouvoir l'attaquer, ce qui conduit à conclure que le droit européen imposerait l'existence d'une recours national contre un refus administratif de

---

[2475] W. Cremer, La protection juridique de l'individu contre les actes relevant du droit dérivé de l'Union selon le traité de Lisbonne , in Quel avenir pour l'intégration européenne ? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne, A.Berramdane, W.Cremer, A.Puttler, J.Rossetto, PUFR,Tours, 2010, p.95

[2476] CJCE, 23 avril 1986, Les Verts/Parlement européen, aff. 294/83, ECLI: ECLI:EU:C:1986:166.

[2477] J.P.Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, *opt.cit*, p.645

suspendre l'exécution d'une mesure communautaire dès lors que l'illégalité de celle-ci est invoquée. Cette solution impliquerait également que l'inexistence d'une telle procédure serait de nature à constituer un manquement. Tel n'est pas le cas tant il est vrai que la Cour ne conclut pas à une obligation absolue puisque celle-ci ne s'impose que « dans la mesure de l'impossible » ce qui témoigne des limites de la solution retenue. En effet, s'il existe un droit à un recours effectif, celui-ci ne saurait être garanti dans la mesure du possible[2478].

La réponse de la Cour était loin d'être totalement cohérente, car il y a quelques difficultés à reconnaître le droit à un recours effectif et à maintenir simultanément la jurisprudence traditionnelle sur l'article 263, §4 TFUE. La Cour en était bien consciente puisqu'elle n'exclut pas toute modification du système. Elle souligne clairement qu'une remise en cause d'un système « mis en place par le traité originaire et jamais modifié dans ses principes » ne saurait intervenir que par une révision du traité. Elle considère ainsi que l'interprétation ainsi que l'interprétation de l'article 263 TFUE, n'ayant jamais été remise en cause lors des révisons successives du traité, n'est pas susceptible d'une modification jurisprudentielle[2479]. La Cour de justice a été plus audacieuse dans le passé qu'il s'agisse de la légitimation du Parlement européen ou de l'obligation de renvoi préjudiciel lorsqu'une juridiction nationale estime qu'un acte communautaire est invalide. maïs il s'agissait de situations différentes dans lesquelles la Cour participerait à la mise en place d'un système cohérent de voies de recours et non en cause d'une jurisprudence aussi bien ancrée. La Cour a peut-être hésité devant des solutions qui auraient contribué à accroître un engorgement du prétoire alors que les auteurs du traité de Nice venaient de s'efflorer d'y apporter des remèdes. Mais la motivation profonde est vraisemblablement moins égoïste. Toute modification des règles de recevabilité a des incidences sur l'ensemble des voies de recours et appelle une réflexion pour d'autres thèmes comme celui de la hiérarchie des normes. Ces incidences ne peuvent être traitées dans le cadre d'une approche prétorienne, car elles relèvent d'une vision globale qui doit être abordée par le constituant[2480].

En fait, la Cour renvoyait la solution du problème à la Convention sur l'avenir de l'Europe. Cette dernière a compris le message. Dans son Projet de Constitution, qui a été repris tant dans la Constitution que dans le traité de Lisbonne, elle combine hiérarchie des normes et ouverture du recours. Plutôt que de modifier radicalement le système de recevabilité, elle a choisi de combler la lacune en ajoutant aux actes qui peuvent faire l'objet d'un recours, les actes réglementaires qui concernent directement un particulier sans comporter de mesures d'exécution (art. 263,§ 4 TFUE). La disparition dans ce cas de l'exigence d'être individuellement concerné ouvre la voie à des recours contre les actes de

---

[2478] W.Cremer, La protection juridique de l'individu contre les actes relevant du droit dérivé de l'Union selon le traité de Lisbonne ,*opt.cit*, p 98

[2479] J.P.Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, *opt.cit*, p.650

[2480] F.X Priollaud et D.Siritzky, Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens. ,*opt.cit* , p.344.

portée générale dés lors qu'ils produisent des effets sur le requérant. En revanche, cette faculté n'est offerte qu'à l'encontre des actes réglementaires qui sont dans la nouvelle typologie des normes, des actes d'exécution. Ceci signifie que la lacune subsistera toujours en ce qui concerne les actes législatifs[2481]. Cependant, sur un plan pratique, les lois qui ne nécessitent pas de mesures d'application devraient être rares. Dans ce cas, l'article 19, §1 deuxième alinéa TUE impose aux États membres d'établir *« les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans le domaine du droit de l'Union »* de problème est renvoyé aux États membres.

À la fin de ce chapitre on peut conclure que : le mécanisme actuel de protection juridictionnelle du droit de l'Union en général et des droits fondamentaux en particulier n'est pas satisfaisant : il est variable en fonction des domaines, matières et des requérants. Les auteurs du traité de Lisbonne n'ont pas retenu utile la création d'un recours direct, spécial pour violation alléguée des droits fondamentaux, en particulier, au motif avancé par les membres des juridictions de l'Union que, dans la pratique, il serait difficile de distinguer rigoureusement les moyens concernant la protection des droits fondamentaux des autres moyens par lesquels serait contestée la légalité d'un acte de l'Union.

Parallèlement le contrôle juridictionnel a été étendu. En premier lieu, l'obligation de protection des droits fondamentaux s'impose désormais à l'ensemble des institutions, organes et organismes de l'Union, à l'exception des organes et agences dans le cadre de la PESC.

En deuxième lieu, le contrôle juridictionnel de la protection des droits fondamentaux et des autres droits, a été étendu, dans les mêmes conditions que le reste du droit de l'Union européenne à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Une protection efficace des droits fondamentaux est en effet un élément indispensable de cet espace. En outre, toute exemption de la CJUE, en la matière, exposerait le droit de l'Union à des recours devant la Cour de Strasbourg. La Cour de justice n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de sécurité intérieure, lorsque ces actes ne relèvent pas du droit interne. La compétence de la Cour est exclue en matière sécuritaire, dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière.

En troisième lieu, la PESC demeure toujours exclue de la compétence de la Cour. Mais la Cour est compétente pour se prononcer sur le recours concernant le contrôle de la légalité des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales adoptées dans le cadre de la PESC, la Cour est compétente pour donner son avis préalable sur la compatibilité des accords internationaux envisagées, dans le domaine de la PESC,

---

[2481] J. van Meerbeck et A. van Waeyernberge Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du dédale européen ,*opt.cit*.p.173

permettant à la Cour de contrôler que ces mesures et procédures PESC n'affectent pas celles applicables aux autres politiques et inversement.

En dernier lieu, le recours en annulation ouvert aux requérants non privilégiés contre les actes de portée générale a été étendu. Les conditions de recevabilité du recours en annulation pour les personnes physiques et morales posées par l'ex-art 230, §4 TCE, quant au lien direct et individuel, telles interprétées par la jurisprudence, sont en effet très restrictives et ne permettent pas une protection juridictionnelle effective des droits subjectifs y compris les droits fondamentaux. Un assouplissement de la condition de recevabilité « individuellement » concerné s'imposait autant que la jurisprudence a confirmé son interprétation restrictive à propos de cette dernière condition.

CHAPITRE II. Les limites jurisprudentielles de l'efficacité du système de protection au regard de l'autonomie procédurale des États membres.

L'intégration formelle de la CEDH dans l'ordre juridique après l'adhésion soulève la question de savoir si cela aura des implications sur la manière dont les juridictions nationales des États membres de l'UE devraient traiter la CEDH. Comme nous le savons, il existe actuellement une grande diversité dans la manière dont les systèmes juridiques nationaux donnent effet à la Convention. Cette question s'est déjà posée avant l'adhésion[2482]. Dans l'affaire *Kamberaj*, un tribunal local italien a demandé à la CJUE si le fait que l'article 6 du TUE se réfère à la CEDH (en tant que source des principes généraux de l'UE) implique que la CEDH a un effet direct et que les juridictions nationales des États membres de l'UE ne devraient pas appliquer leurs lois nationales lorsqu'elles sont incompatibles avec celle-ci. La CJUE a répondu à cette question : *« l'article 6, paragraphe 3, TUE à la CEDH n'impose pas au juge national, en cas de conflit entre une règle de droit national et la CEDH, d'appliquer directement les dispositions de ladite convention, en écartant l'application de la règle de droit national incompatible avec celle-*

[2482] B. De Witte, Beyond the Accession Agreement: Five Items for the European Union's Human Rights Agenda, dans The EU Accession to the ECHR, (edt) V. Kosta, N. Skoutaris et V. P. Tzevelekos, Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 350-351.

ci. [2483]» Cette position a été reprise plus tard dans l'arrêt *Akerberg Fransson*[2484]. Cette déclaration de la Cour était pour le moins trompeuse, car elle cachait le fait que, dans la pratique, la CEDH bénéficie effectivement de la primauté du droit de l'UE sur le droit national dans la mesure où son contenu est intégré dans les principes généraux du droit de l'UE et dans la Charte des droits fondamentaux.[2485] Cette situation deviendra plus claire après l'adhésion. Étant donné que la CEDH deviendra alors une source distincte de droit de l'UE, elle bénéficiera de la force juridique spéciale du droit de l'UE dans les ordres juridiques nationaux, de sorte que la divergence actuelle des effets internes de la CEDH devra disparaître dans tous les cas relevant du droit de l'UE. Mais si les tribunaux nationaux de la Suède, de l'Italie et de l'Allemagne, par exemple, doivent reconnaître la primauté de la CEDH sur la législation nationale dans les affaires liées à l'UE, ils pourraient bien être amenés à étendre cette même primauté aux affaires "purement nationales" (c'est-à-dire non liées à l'UE) où la CEDH sera invoquée.

L'avis 1/91 illustrait la volonté de la Cour de Justice d'empêcher un tribunal à l'extérieur de l'Union, étant appelée à se prononcer sur la répartition des compétences, qui est une question constitutionnelle de la sensibilité extrême. L'accord sur l'Espace économique européen (EEE) est un accord mixte et les parties contractantes (à la fois la Communauté et les États membres) pourraient saisir la cour de l'Espace économique européenne (Cour-EEE). Cette cour aurait donc eu le pouvoir, dans un cas particulier, de définir la « Partie contractante », c'est-à-dire, d'indiquer si la question relevait de la compétence de la Communauté ou des États membres. Pour avoir une vision plus claire de la répartition des responsabilités qui impliquent l'UE et ses États membres nous allons analyser le mécanisme de codéfendeur (I) et l'application de la Charte des droits fondamentaux au niveaux des États membres de l'UE (II) .

[2483] CJUE, 24 avril 2012, Kamberaj c.Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e.a., aff. C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233, point 62.

[2484] CJUE, 7 mai 2013, Åkerberg Fransson, aff. C-617/10 REC., ECLI:EU:C:2013:280, point 44.

[2485] M. Claes et S. Imamovič, National courts in the New European Fundamental Rights Architecture, dans The EU Accession to the ECHR, (edt) V. Kosta, N. Skoutaris et V. P. Tzevelekos, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 159-174.

SECTION I. La répartition des responsabilités entre États membres et l'Union européenne.

Bien que la situation en ce qui concerne la Cour-EDH n'est pas identique, le problème est comparable. Si l'accord d'adhésion ne contient aucune disposition pour faire face à un tel cas, la Cour de Strasbourg saisie d'une action individuelle, pourrait, au stade de la recevabilité, être appelé à se prononcer sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, à travers une évaluation du choix du demandeur du défendeur[2486]. En examinant si une plainte contre l'État membre ou contre l'Union est recevable ou irrecevable, au motif que la conduite alléguée n'est pas imputable au défendeur, la Cour intervient dans la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres[2487]. Cependant, il s'agit d'un choix fait par les rédacteurs des traités, et tout contrôle externe serait une violation grave de l'autonomie de l'Union. Cette hypothèse n'est pas purement académique, puisqu'il n'est pas toujours facile pour un particulier de déterminer si l'Union ou l'État membre est responsable d'une violation de ses droits, particulièrement lorsque le droit de l'UE laisse un certain pouvoir discrétionnaire aux États. Dans un tel cas, il faut décider si une infraction a été commise ou non, au sein de la marge de l'appréciation. En laissant un tel pouvoir de détermination à la Cour-EDH, cela conduirait inévitablement cette Cour à statuer sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Pour illustrer ce point, il est intéressant de se référer à l'affaire (arrêt de la Grande Chambre) *MSS/Belgique et Grèce*[2488] . Dans ce cas, un ressortissant afghan a introduit un recours contre la Belgique pour l'avoir, en vertu du Règlement Dublin II, renvoyé en Grèce, qui était le pays où il a d'abord fait l'entrée dans l'Union, avec le but que sa demande d'asile soit statué là, Il a affirmé qu'il n'aurait pas dû être renvoyés en Grèce, en raison du traitement inhuman et dégradant appliqué en Grèce aux demandeurs d'asile. La Cour s'est prononcée contre la Belgique après avoir correctement analysé les règles pertinentes, qui permettent à un État d'examiner la requête

---

2486 J.P.Jacqué, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental freedoms »,*opt.cit* ,p.1007.

2487 M.Artino et P.Y.Noël, Les Perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne , RMCUE,n°540, juillet-août 2010, p.448.

2488 Cour-EDH,21 janvier 2011, aff. MSS/Belgique et Grèce, Req,n° 30696/09

elle-même, mais dans tous les cas, de ne pas renvoyer le requérant. Elle a donc refusé d'appliquer la solution Bosphorus, et a condamné la Belgique. Cette solution soulève deux questions. Qu'est-ce qu'il serait arrivé si, après l'adhésion, le requérant avait dirigé sa requête contre l'Union ? Aurait-elle été déclarée irrecevable? Est-ce que la Cour-EDH est en train de fournir une interprétation du droit de l'UE ? Bien entendu, il est évident dans ce cas que le règlement est clair et permet à un État de traiter la demande d'asile lui-même. Mais est-ce que la réglementation oblige un État qui n'est pas l'État de l'entrée de le faire, si elle estime que l'État vers lequel le demandeur d'asile doit en principe être retournée, ne respecte pas les droits de l'homme? N'est-ce pas, une question qui méritait d'être traitée par la Cour de justice avant d'être résolue à Strasbourg ? Bien que dans ce cas, la solution de la Cour-EDH attire guère (pratiquement pas) la pratique, comme le droit de l'Union est clair, dans d'autres cas la situation peut être plus complexe, ce qui nécessiterait la Cour-EDH à intervenir dans la répartition des pouvoirs et dans l'interprétation de la législation de l'Union. Nous allons maintenant étudier les modalités du fonctionnement du mécanisme du codéfendeur (I) et la question de la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres (II).

1.§ Le développement des principes du fonctionnement du mécanisme du codéfendeur dans le système de la CEDH.

L'objectif de permettre l'adhésion de l'UE à la CEDH sur un pied d'égalité avec les autres Parties contractantes sous-tend l'ensemble du projet d'accord. Les rédacteurs ne se sont pas écartés de cet objectif clé que lorsqu'il était strictement nécessaire d'accommoder la nature spécifique de l'UE. Les questions institutionnelles les plus litigieuses ont porté sur la participation de l'UE aux divers organes du Conseil de l'Europe. Comme il a toujours été clair que l'UE ne deviendrait pas membre du Conseil, des règles spécifiques ont dû être élaborées pour régler les situations où les organes du Conseil sont dotés de responsabilités particulières en ce qui concerne la CEDH. Ces règles étaient en outre requises par l'art. 1, al. a du Prot. N° 8, annexé aux traités de l'UE, et qui prévoit que l'accord d'adhésion doit définir les modalités particulières d'une éventuelle participation de l'Union aux instances

de contrôle du Conseil de l'Europe. Deux questions importantes vont être abordés maintenant concernant l'UE après son adhésion à la CEDH : les modalités d'octroi et le statut du codéfendeur (A) et les problèmes des compétences entre l'UE et ses États membres (B).

A. Les modalités d'octroi et le statut du codéfendeur.

Même quand les négociations ont été ouvertes, la présence d'une juge dans la Cour-EDH proposé par l'UE semblait acceptable. Il y a eu des discussions Pendant les pourparlers il a été discuté dans le passé la possibilité que le juge de l'UE puisse ne pas participer dans toutes les délibérations de la Cour-EDH, mais seulement dans les cas concernant l'Union comme partie au procès, en ayant un statu d'observateur pour les autres cas. Cette proposition prudente n'est plus prise en considération. Cette idée était basé dans l'idée que chaque juge « représentai » une partie, et que c'était en fait en contradiction avec le principe de l'indépendance judiciaire[2489]. Le juge proposé par l'Union participera donc à la Cour-EDH avec le même statut que ses collègues.

Pour le désignation du juge proposé par l'UE, le processus sera celui normale. Il sera élu par l'Assemblé Parlementaire du Conseil de l'Europe, sur une liste de trois personnes désignées par l'Union. L'instauration de la liste des candidats sera effectuée dans des conditions à définir au sein de l'Union, et le choix doit prendre en compte les directives de l'assemblée[2490].

En conformité avec le principe d'égalité des parties, l'Union participera aux délibérations de l'Assemblée Parlementaire et de ses organes pour les élections des juges. Puisque l'Assemblée est composée de délégations des parlements des États membres, l'UE sera représentée par une délégation du Parlement européen. Il a été proposé que la délégation du Parlement européen comprenne un certain nombre de membres égal au délégations des États les plus peuplés, par ex. 18 parlementaires. Quant aux modalités de

---

[2489] P.Dollat, Der Teufel steckt im Detail », De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes… », RMCUE, n°542, octobre-novembre 2010, p.563.

[2490] D.Szymczak,"ARX TARPEIA CAPITOLI PROXIMA.....Bref retour sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme", *RUE, n° 553*, décembre 2011,p. 639.

participation, ceux-ci seront fixés par l'Assemblée Parlementaire en consultation avec le Parlement européen[2491].

D'un point de vue institutionnel, le Protocole n°8 a été souvent présenté comme exigeant avant tout la nomination d'un juge de l'UE afin d'assurer une représentation adéquate de l'UE au sein de la Cour de Strasbourg et de garantir la présence d'une personne ayant une grande expertise des *" caractéristiques spécifiques "* du droit de l'UE[2492]. Tout accord sur la question de savoir si l'UE est en droit d'avoir un juge siégeant à la Cour de Strasbourg comme toute autre Partie contractante n'épuise pas cependant la discussion. En effet, plusieurs positions ont été défendues s'agissant de l'étendue du mandat du juge de l'UE. En gros, deux options étaient possibles : le mandat du juge de l'UE pouvait soit être similaire à celui des autres juges – dans le système de Strasbourg, chaque Partie contractante est représentée par un seul juge – soit être plus limité : il a été suggéré, par exemple, que le juge de l'UE ne siège que dans les affaires mettant en cause des dispositions du droit de l'UE et soit simplement consulté dans les affaires ne mettant pas en cause l'UE. Cette dernière option a fait toutefois l'objet de critiques pour plusieurs raisons : elle porterait atteinte au principe d'indépendance judiciaire, elle serait inapplicable dans la mesure où il faudrait décider au cas par cas si une requête soulève un point de droit de l'UE et elle irait à l'encontre de l'idée d'une adhésion de l'UE à la CEDH sur un pied d'égalité avec les autres Parties contractantes[2493].

Le processus de sélection a également suscité le débat. Deux options principales s'offraient à nouveau aux rédacteurs de l'accord d'adhésion : soit s'appuyer sur la procédure normale du système de la Convention pour nommer le nouveau juge de l'UE (les juges sont alors élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) sur une liste de trois candidats présentés par la Partie contractante), soit laisser à l'UE le soin de décider des modalités de sélection et de nomination de son juge et ne laisser à l'APCE que la

---

2491 J.P.Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Rights ,CMLR,2011, V° 48, p.1009.

2492 F.Benoit-Rohmer, Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne », in « Le traité de Lisbonne, Reconfiguration ou déconstituionnalisation de l'Union européenne, E.Brosset, C.Chevallier-Govers,V.Edjaharian et C.Schneider(Dir), Bruylant,Bruxelles, 2009,p. 160.

2493 A. Potteau, « Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? », Revue générale de droit international public, 2011, n ° 1, p. 105.

possibilité de prendre note du juge nommé par l'UE. Le Parlement européen s'est clairement prononcé en faveur de la première option. En outre, il a exprimé son souhait d'être associé au processus d'établissement de la liste restreinte qui devrait être déterminée par la Commission européenne et/ou le Conseil de l'UE (un problème qu'il appartient à la seule UE de résoudre le temps venu) et de nommer un certain nombre de représentants à l'APCE pour participer à l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme. Ce dernier aspect constituait un problème supplémentaire à résoudre : L'UE n'étant pas supposée adhérer au Conseil de l'Europe, elle ne saurait normalement prétendre à une représentation au sein de l'APCE.

Conformément au but visant à garantir l'adhésion de l'UE sur un pied d'égalité avec les autres Parties contractantes, l'accord d'adhésion ne prévoit pas de règles particulières concernant le futur juge de l'UE et il révèle, en outre, un rejet clair de toutes les propositions faites avant et pendant le processus de rédaction du projet d'accord de doter le juge de l'UE d'un mandat particulier. Ainsi, le projet ne porte aucune atteinte à la règle *" d'un juge par Partie contractante "* contenue dans l'article 20 de la CEDH. En d'autres termes, le juge de l'UE bénéficiera d'un mandat en tout point identique à celui des autres juges de la Cour-EDH. Ceci implique également qu'il devra être élu par l'APCE, organe composé de 318 membres nommés par les parlements nationaux des 47 Parties contractantes du Conseil de l'Europe. Comme l'UE n'adhèrera qu'à la seule CEDH et ne deviendra pas partie au Conseil de l'Europe, elle ne sera pas automatiquement représentée à l'Assemblée parlementaire[2494]. Pour l'élection des juges, toutefois, le projet d'accord d'adhésion prévoit de manière raisonnable que le Parlement européen soit représenté par une délégation de parlementaires dotés de droits de vote à part entière et dont le nombre devra être égal au nombre de représentants envoyés à l'APCE par les plus grand États (actuellement 18).

Il est également prévu que le processus de sélection qui précède l'élection du juge de l'UE soit identique au processus de sélection des autres juges et en vertu duquel la Haute Partie contractante concernée doit fournir à l'APCE une liste de 3 candidats à l'élection. Il appartient à chaque Partie contractante de définir les modalités d'établissement de la liste

[2494] X. Groussot,T. Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011,Fondation Robert Schumann, Question d'Europe, N° 218, 7 novembre 2011, p. 9.

restreinte. Hors les critères généraux relatifs à l'aptitude des candidats au poste de juge (qualification juridique, etc.), la sélection doit faire suite à un appel à candidature public et ouvert[2495]. Comme il est probable que le juge de l'UE possède la nationalité d'un État membre, cet État membre disposera donc de 2 " représentants " à la Cour-EDH. Cette situation devrait donc conduire la Cour-EDH à revoir ses procédures internes afin d'éviter le cas où deux juges de même nationalité aient à statuer dans le cadre d'une affaire dirigée contre leur pays d'origine.

Jusqu'à présent, l'identité entre les membres du Conseil de l'Europe et les parties contractantes à la Convention ne rend pas nécessaire de faire une distinction entre les fonctions que le Comité des Ministres exerce en vertu de la Convention et de ses autres fonctions en tant qu'organe du Conseil de l'Europe. La Convention donne au Comité la responsabilité du suivi de l'exécution des jugements (art.54) et des décisions (art.39). Il peut demander des avis consultatifs de la Cour-EDH sur l'interprétation de la Convention et ses protocoles.(art.47). Il a aussi le pouvoir, si cela est demandé par la Cour, afin de réduire le nombre de juges dans les chambres. Le Comité, cependant, effectue également de nombreuses autres fonctions liées à l'application de la Convention, tels que l'adoption de protocoles ou autres documents relatifs à la Convention[2496]. Dans la mesure où l'UE sera impliquée avec droit de vote uniquement dans les travaux du Comité sur la Convention, il sera nécessaire de définir plus précisément les fonctions du Comité concernant la Convention, et d'ouvrir la participation à toutes les parties contractantes. La représentation de l'Union au sein du Comité et les règles de procédure concernant ce sujet vont relever des règles (règlements) internes de l'UE. Le droit de vote qui serait accordé à l'Union dans le Comité a soulevé des objections des parties contractantes, qui craignent que l'UE et ses États membres vont dominer la procédure si elles adoptent la même position[2497]. Pour répondre à cette préoccupation , il a été envisagé que l'Union devrait faire une déclaration dans une annexe à l'accord d'adhésion. Cette déclaration semble indiquer que dans les cas impliquant des États non membres de l'UE, il n'existe aucune

---

[2495] T.Lock, Walking on a tightrope : The draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order, CMLR, 2011, V° 48 (4),p. 1051.

[2496] F. Sudre, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme , Annuaire de droit européenn 2006,Volume IV, Bruylant,Bruxelles, 2008, p. 79.

[2497] P. Dollat, Der Teufel steckt im Detail », De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes… , RMCUE, n°542, octobre-novembre 2010, p.563.

obligation légale selon le droit de l'Union à adopter une position coordonnée. De même, dans le cas impliquant un État membre, l'Union ne peut pas exercer son droit de vote quand elle n'est pas partie à la procédure puisque la question en principe, est hors son champ d'application[2498]. Enfin, dans le cas où l'Union est partie (seul ou avec un État membre), la coordination des positions est nécessaire, mais une solution doit être trouvé afin d'éviter toute déformation du système : cette déclaration a été inséré à l'art.7,§2 de la version finale. Les règles du vote du Comité des Ministres seront modifiées pour prévenir l'Union de bloquer une solution en faveur de laquelle une majorité d'États non-membres de l'Union a pris position.

Certaines inquiétudes ont été exprimées quant au fait que l'UE puisse ne pas être représentée au sein du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dont l'une des missions essentielles est de surveiller l'exécution des jugements et des règlements à l'amiable, dans la mesure où l'UE ne deviendra pas un " pays " membre du Conseil de l'Europe. Le projet d'accord offre une solution de compromis : l'UE est ainsi autorisée à participer au Comité des ministres avec droit de vote, chaque fois que le Comité prend des décisions concernant la CEDH. Les rédacteurs ont néanmoins parfaitement conscience qu'après l'adhésion l'UE et ses États membres disposeraient de 28 voix sur 48 dans un tel cadre, ce qui pourrait leur permettre de bloquer toute décision s'ils le souhaitent. Le problème est exacerbé par le fait que, dans certains cas, l'UE et ses États membres sont obligés de voter de concert en raison du devoir de loyauté inscrit dans les traités européens (notamment lorsque l'UE est soit défendeur principal soit codéfendeur). Comme il est improbable que l'UE (et ses États membres) accepte de reconnaître son manquement à appliquer un jugement, le mécanisme de contrôle du Conseil de l'Europe pouvait devenir inopérable (en pratique du moins) en ce qui concerne l'UE. Afin d'éviter tout vote en bloc, le projet d'accord prévoit que le Comité des ministres adapte ultérieurement ses règles de procédure afin de veiller à ce qu'il *" exerce efficacement ses fonctions "* de surveillance dans le cas où l'UE et ses États membres exprimeraient des positions communes et voteraient de manière coordonnée[2499] Il y a de fortes chances que les nouvelles règles disposeront que, dans un tel cas, le Comité des ministres peut adopter une décision sans

[2498] D. Szymczak, ARX TARPEIA CAPITOLI ROMANA…Bref retour sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. , *RUE, n° 553*, décembre 2011, p.640.

[2499] Art.7 du Projet d'accord d'adhésion

vote formel, c'est-à-dire qu'il suffira qu'une majorité d'États hors UE se soient prononcés pour un vote en faveur d'une mesure pour que celle-ci soit considérée comme adoptée dans le cadre de toute affaire mettant en cause l'UE. Enfin, le projet d'accord prévoit que l'UE ne votera pas dans les affaires où le Comité des ministres surveille le respect des obligations d'un ou plusieurs États membres de l'UE.

Les dépenses relatives à la Convention font partie du budget ordinaire du Conseil de l'Europe et il n'y a aucun lien entre le nombre des cas à partie d'une Partie Contractante et de sa contribution. Il n'y a aucune intention de créer un tel, mais d'appliquer un système forfaitaire. Sur ce point, un accord de principe a été atteint en tant qu'un pourcentage du budget du Conseil de l'Europe égale au plus haut taux payé par un État membre. La détermination de ce pourcentage va probablement exiger que les coûts de fonctionnement du système de la Convention pourront être évaluée[2500]. Mais cela peut être l'objet d'un accord spécifique entre le Conseil de l'Europe et l'Union. Il portera sur la participation de l'UE sur ce sujet et pourrait ne pas couvrir d'autres dépenses liées aux activités du Conseil de l'Europe.

Si cette question n'a jamais véritablement suscité la controverse, il convient néanmoins de noter que l'UE a accepté de contribuer aux dépenses relatives à l'ensemble du système de la Convention et que cette contribution est fixée à 34% de la contribution la plus élevée apportée l'année précédente par tout État contribuant au budget du Conseil de l'Europe.

B. Le problème des compétences entre l'UE et ses États membres.

En l'absence d'une adhésion de l'UE à la CEDH, la compatibilité des actes de l'UE avec la CEDH ne peut pas être directement mise en cause devant la Cour-EDH pour la simple et suffisante raison que l'UE n'est pas (encore) partie contractante à la CEDH. En d'autres termes, il a été jusqu'à présent impossible pour les personnes physiques et morales de déposer directement une requête contre l'UE auprès de la Cour de Strasbourg. Cette

[2500] J.P.Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Rights ,opt.cit, p.1010-1011.

impossibilité n'a pas toutefois empêché un certain nombre de difficultés dans la mesure où une partie privée était susceptible de contester une mesure nationale portant application du droit de l'UE. Autrement dit, la Cour de Strasbourg pouvait très bien estimer qu'un Etat membre de l'UE avait enfreint la CEDH bien que ce dernier n'ait pu avoir d'autre choix que d'adopter la mesure nationale litigieuse car il lui incombait de mettre en œuvre des dispositions du droit de l'UE. L'Etat membre se trouve alors dans une situation difficile dans la mesure où il lui incombe à la fois de respecter le jugement définitif de la Cour-EDH (article 46 de la CEDH) et de prendre toute mesure appropriée pour remplir les obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'UE (article 4,§3 du TFUE).

Le droit de l'UE s'appliquant, dans la plupart des cas, aux personnes physiques et morales par le biais de mesures nationales, il a toujours fait peu de doute qu'un nouveau mécanisme permettant à l'UE et à chacun de ses Etats membres d'apparaître conjointement comme " codéfendeurs " allait devoir être élaboré[2501]. Il s'agissait essentiellement de s'assurer que les parties concernées puissent être tenues responsables de toute violation éventuelle déclarée par la Cour de Strasbourg en permettant à l'UE d'intervenir comme codéfendeur dans toute affaire dirigée contre un de ses Etats membres, sous réserve naturellement que l'affaire pertinente mette en cause le droit de l'UE. De la même manière, il convenait de permettre aux Etats membres de pouvoir intervenir comme codéfendeurs dans toute affaire engagée contre l'UE sous la même réserve.

Après quelques hésitations initiales dans certains quartiers, le besoin d'un tel mécanisme – esquissé pour la première fois dans l'étude du CDDH de 2002[2502] –n'était désormais plus disputé, même si cela a obligé les négociateurs à concevoir quelques règles procédurales novatrices à insérer dans la CEDH. Un tél mécanisme est en effet impératif pour respecter les principes susvisés et il sert l'intérêt à la fois de l'Union e du système de la CEDH : dans toute situation où une disposition du droit de l'Union est mis en œuvre par les autorités administratives et judiciaires des États membres, des prétendues violations de la CEDH découlant du droit de l'UE lui-même sont forcement soulevés, devant la Cour de

[2501] Conseil de l'Europe, Étude sur les questions juridiques et technique d'une éventuelle adhésion de la CE/ UE à la CEDH, DG-II (2002)006, 28 juin 2002, pt. 57-62.

[2502] Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, DG (2002)006 (CDDH(2002)010), 28 juin 2002, pt. 57-62.

Strasbourg, dans des requêtes introduites contre l'État membre qui a pris les décisions de mise en œuvre [2503]. Il est indispensable, pour le bon fonctionnement du système de la CEDH, de pouvoir ajouter l'Union au procès car elle est la partie contractante réellement responsable de la violation alléguée et dans un arrêt constatant une telle violation doit être opposable aussi l'État membre défendeur n'étant pas en mesure de modifier l'acte de l'Union qui a causé la violation. En même temps, seul le mécanisme de codéfendeur qui permettra à la Cour de Strasbourg de laisser ouverte la question de savoir si une violation qu'elle constate, émane de l'action de l'Union, de l'État membre ou de tous les deux. Trancher cette question impliquerait d'interpréter le droit de l'Union en cause, quant aux marges discrétionnaires qu'elle a laissé ou non à l'État membre, ce que la Cour de Strasbourg ne devrait précisément faire pour respecter l'autonomie du droit de l'Union[2504].

Des multiples mécanismes divers, et peut-être excessivement sophistiqués, ont été proposés ces dernières années. Une idée particulièrement prisée consistait à permettre à la Commission européenne ou à tout État membre de saisir la CJUE afin que celle-ci puisse délimiter les compétences de l'Union et de son État membre et de déterminer ainsi qui devrait avoir la qualité de défendeur dans une affaire particulière[2505]. Une telle solution soulevait toutefois un problème évident: Elle était susceptible d'allonger un processus déjà particulièrement long. Plus prosaïquement, certains gouvernements nationaux, comme l'Allemagne, ont avancé qu'il vaudrait mieux s'appuyer simplement sur une version légèrement révisée du mécanisme de la tierce intervention prévue à l'article 36 de la CEDH. Cette disposition en particulier permet à chaque pays de soumettre des observations écrites et de participer aux audiences dans toutes les affaires portées devant la Cour de Strasbourg chaque fois qu'un de ses ressortissants est la partie requérante. Elle permet également à son président d'inviter un pays à soumettre des observations écrites ou à participer aux audiences. Pendant la rédaction du projet d'accord d'adhésion, la plupart des acteurs concernés ont cependant indiqué leur préférence pour un mécanisme inédit

---

[2503] C. Ladenburger, Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, RTDE,*n° 1* , janvier-mars 2011, p.21.

[2504]P. Dollat, Der Teufel steckt im Detail...De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes…,RMCUE, n°542, octobre-novembre 2010, p. 563.

[2505] X. Groussot,T. Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 , Question d' Europe, n° 218, Fondation Robert Schuman, 7 novembre 2011, p.7.

même s'il convient de noter que de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG) ont exprimé leurs craintes par rapport à la création d'un mécanisme excessivement complexe et ont suggéré avec force de limiter dans la mesure du possible l'utilisation du mécanisme de codéfendeur[2506]. D'autres questions hautement techniques ont également été débattues dans ce cadre comme, par exemple, la question de savoir qui devait se voir attribuer le pouvoir de décider de l'opportunité de désigner un codéfendeur ou encore la question du consentement du requérant avant qu'un codéfendeur soit adjoint à une affaire. En fait, il a été suggéré qu'il convenait d'obliger l'Union d'intervenir dans la procédure en tant que codéfendeur aux côtés de l'État membre de l'UE contre lequel une requête était dirigée, mais cette proposition semblait préjuger de la responsabilité de l'Union. Selon une autre proposition, il convenait simplement de laisser à l'Union la possibilité de demander l'autorisation d'intervenir en tant que codéfendeur. Inversement, il a pu être suggéré qu'il fallait laisser au défendeur le soin de décider si un codéfendeur devait être joint à la procédure car c'est au défendeur qu'il appartient en premier lieu d'évaluer la situation. Cette solution conférait toutefois au défendeur un pouvoir considérable et ne permettait pas à la Cour de Strasbourg de faire obstacle à tout usage éventuellement abusif de ce pouvoir. De manière générale, cependant, la plupart des acteurs concernés ont clairement indiqué pendant la rédaction du projet d'accord leur préférence en faveur de l'introduction d'un mécanisme de codéfendeur sous une forme ou une autre. Selon le point de vue dominant, ce mécanisme bénéficierait aux requérants et contribuerait à une meilleure exécution des jugements de la Cour de Strasbourg avec l'avantage supplémentaire et considérable de ne pas l'obliger à examiner la répartition des compétences entre l'UE et les États membres. Il s'agit désormais d'examiner comment les rédacteurs ont résolu les principaux points litigieux et, en particulier, s'ils ont réussi à concevoir un mécanisme de codéfendeur qui ne prenne pas la forme d'une usine à gaz[2507].

Le mécanisme de codéfendeur a été promu afin d'éviter toute détermination par nature délicate de la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres quant à la mise en œuvre du droit de l'UE. Il vise ainsi à respecter le Protocole n°8 annexé aux traités de

[2506] La note adressé au groupe de travail informel CDDH-UE par Human Right's Watch et al., NGOS's Perspective on the EU Accession to the ECHR : The proposed Co-respondent procedure and consultation with civil society, 3 décembre 2010.

[2507] X. Groussot,T. Lock et L.Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011,,*opt.cit,* p.8.

l'UE et qui requiert que l'accord d'adhésion inclut les mécanismes nécessaires pour garantir que *" les recours formés par les États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union selon le cas"*[2508]. Il n'est donc pas surprenant que l'application du mécanisme de codéfendeur décrit dans le projet d'accord d'adhésion soit limitée aux situations qui impliquent l'UE et ses États membres. Autrement dit, il n'est pas accessible aux autres parties à la Convention.

La mise en place d'un tel mécanisme est d'autant plus importante dans les cas où la responsabilité des États membres et celle de l'UE sont étroitement imbriqué, cas lesquels sont fréquents. Les institutions de l'Union appliquent les traités, dont les auteurs sont les États membres. Les États membres appliquent les dispositions de la législation adoptée par les institutions adoptée par les institutions de l'Union. Cette spécificité de l'Union doit être prise en compte afin d'éviter des lacunes dans le système de protection, dans la mesure où la demande pourrait être déclarée irrecevable, si le demandeur n'a pas fait le bon choix du défendeur, ce qui signifierait que le demandeur ait à engager une procédure encore une fois- si cela est bien encore possible. Trouver une solution à ce problème n'est pas au seul but d'adresser une préoccupation de l'Union, mais aussi de renforcer l'efficacité de la protection offerte aux individus[2509]. La solution proposée est de mettre en œuvre un système de « responsabilité partagée », appelé le mécanisme de co-défendeur, qui permettrait à l'Union ou à un État membre à se joindre aux procédures en cours comme *« co-défendeur »* aux côtés du destinataire de la requête[2510]. Si un cas de violation est constaté, le co-défendeur sera également lié par cette constatation, et c'est alors pour l'Union de décider qui est le véritable auteur de l'infraction et donc à réparer complètement la situation juridique et factuelle de la victime *(mesures individuelles)* et d'en tirer toutes les conclusions nécessaires en ce qui concerne les cas parallèles *(mesures générales)*[2511]. Même si l'idée est claire, sa mise en œuvre est plus difficile. En théorie, le

---

2508 (art.1,al. b) du protocole 8, Traité de Lisbonne.

2509F. Benoit-Rohmer, L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme,*RUDH*, 2000,p.59.

2510F. Benoit-Rohmer, Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne, *in* Le traité de Lisbonne,Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?, E.Brosset,C.Chevallier-Govers, V.Edjaharian et C.Schneider, (Dir),Bruylant,Bruxelles,2009,p.160.

2511 J.P.Jacqué, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, *CMLR,n°48*,2011, p.1015,

fait de se tenir en tant que co-défendeur aurait résulté purement de la décision volontaire de l'État membre en question, ou de l'Union. Cela engloberait largement tous les cas dans lesquels une question de la répartition des pouvoirs pourrait survenir. Cette solution a été rejetée parce qu'elle donnerait beaucoup de pouvoirs aux défendeurs et cela signifie que la Cour-EDH ne serait plus dans le contrôle de la procédure, dans la mesure où elle n'aurait pas le pouvoir de refuser un co-défendeur lequel elle le considère comme abusif[2512]. En outre, l'autorisation d'utiliser le mécanisme de codéfendeur serait accordé par la Cour-EDH après consultation avec les parties concernées. Cela soulève la question du critère par lequel cette Cour rendra sa décision. D'abord, il a été proposé que le mécanisme de co-défendeur serait accordé, quand une requête *« semble avoir un lien substantiel avec les actes juridiques de l'Union ou les mesures. »* Ce critère (test) semble assez large pour éviter tout problème, car un lien apparent serait suffisant. Pour que l'Union soit co-défendeur, il devrait apparaître que l'État défendeur n'as pas pu empêcher la violation de la CEDH sans pour autant négliger une obligation de droit de l'UE. Pour toutes ces raisons, le texte final semble plus favorable à l'Union. Le statut de co-défendeur peut être accordé à l'Union dans une plainte contre un État membre *« s'il apparait qu'une telle allégation appelle en question la compatibilité d'une disposition de droit de l'Union européenne avec les droits de la Convention en cause. »* Pour qu'un État soit codéfendeur, il doit apparaitre que l'allégation *« remet en question la compatibilité d'une disposition du traité sur l'Union européenne, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou toute autre disposition ayant la même valeur juridique en vertu de ces instruments avec les droits de la Convention en cause.»* L'utilisation du verbe « sembler » indique que la Cour-EDH ne doit pas s'engager dans un étude approfondie de la situation et doit accepter le codéfendeur dès qu'il existe des éléments de *prima facie*[2513]. Le fait demeure qu'elle a le pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait d'interpréter le droit de l'UE et le partage des pouvoirs. Est-ce qu'elle ira si loin, ou sera-t-elle satisfaite simplement par l'apparence ? En faveur de la thèse prima facie, selon le texte a été proposé en mai, le statut de codefendeur sera accordé que si *« il est plausible que les conditions….sont réunies » (soulignement ajouté). »* Enfin, la procédure doit être déterminée.

[2512]P. Dollat, Der Teufel steckt im Detail…….De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes, *RMCUE, n°542*, octobre-novembre 2010,p.560.

[2513]J. P.Jacqué, The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms,*opt.cit,* p. 1015.

La Cour-EDH pourrait évaluer la situation elle-même et de chercher un codéfendeur au moment qu'elle est saisie d'une requête, mais en tout cas une requête de l'État membre ou de l'Union est une condition préalable pour le déclenchement du mécanisme : *« Une Haute Partie contractante devrait devenir un co-défendeur seulement à sa propre demande et par la décision de la Cour. »* La règle est que l'Union, ou un où plusieurs États membres, pourraient appliquer pour l'utilisation du mécanisme. Dans ce cas, une partie peut demander un changement dans son statut de défendeur au codéfendeur. Le système doit en tout cas nécessairement inclure des règles internes à l'Union européenne pour déterminer la procédure à suivre pour la mise en œuvre du mécanisme : l'activation du mécanisme, la participation aux procédures en cours, l'application des jugements, de règlements des différends dans la répartition des pouvoirs[2514]. L'adoption de telles règles sera exclue du processus de négociation, parce que ce sont des questions purement internes à l'Union. La Cour-EDH peut, à la fin de la procédure, attribuer la responsabilité de la violation conjointement aux défendeurs. Encore une fois, il s'agit simplement d'une option, ce qui laisse ouverte la possibilité de distinguer entre la responsabilité de chacun, ou la responsabilité d'attribuer pour la violation d'un seul d'entre eux. Cette solution n'exclut pas totalement la possibilité qu' après avoir entendu les accusés la Cour décide de la répartition des pouvoirs, en particulier dans les cas où les États membres ne jouissent pas d'une marge d'appréciation. Aurait-il pas été plus sage de conserver la responsabilité commune dans tous les cas où les codéfendeurs sont impliqués? Cette marge d'appréciation laissée à la Cour-EDH rend la question du monopole de l'interprétation de la Cour de Justice encore plus importante.

En raison de cette difficulté, à localiser exactement ou s'est passée la violation alléguée de la Convention, les négociateurs de l'adhésion de l'UE ont suggéré l'introduction d'un mécanisme de codéfendeur. Ce mécanisme permettrait à l'UE et à un État membre à se joindre en tant que co-défendeur pour que les deux pourraient être tenue responsables d'une violation alléguée[2515]. Le mécanisme de co-défendeur serait différent de la possibilité déjà existante de nommer plusieurs personnes interrogées (répondants), dès le

---

[2514]O.De Schutter,, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme:Feuille de route de la négociation,83 RTDH, 2011,p. 560.

[2515] T.Lock , Walking on a tightrope: The draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order, CMLR, n°48, 2011, p. 1039.

départ. Le groupe de travail sur l'adhésion a identifié la différence qui se trouve dans le fait que l'UE et les États membres ne sont pas entièrement autonomes les uns des autres et a constaté que cela permettrait d'éviter des lacunes dans la reddition de comptes (responsabilisation) dans le cadre du système de la Convention. En outre, comme il sera expliqué ci-dessous, le mécanisme de codéfendeur exige seulement l'épuisement des voies de recours internes soit de l'UE soit de l'État membre. Les conditions précises pour l'application du mécanisme n'ont pas été pour beaucoup de temps claires[2516].

Le projet distingue entre deux situations où le mécanisme est applicable : soit l'UE est codéfendeur et un ou plusieurs États membres de l'UE sont les défendeurs (principaux) ; soit un ou plusieurs États membres sont codéfendeurs et l'UE est le (principal) défendeur. Avant d'examiner plus en détail le mécanisme de codéfendeur, il paraît utile de bien le différencier de deux autres procédures plus traditionnelles permettant l'intervention de plus d'une Haute Partie contractante lorsque des requêtes sont examinées par la Cour de Strasbourg. La procédure de la tierce intervention prévue par l'article 36 de la CEDH autorise ainsi l'intervention de parties tierces. L'intervention de la partie tierce n'est possible que sur la base d'une requête émanant de celle-ci et déposée auprès de la Cour. Contrairement toutefois à un codéfendeur, l'intervenant ne devient pas partie à la procédure et de ce fait n'est pas lié par toute décision ultérieure de la Cour[2517]. Une autre différence procédurale réside dans le fait que la Cour est obligée de désigner une partie codéfendeur lorsque les conditions pertinentes sont remplies tandis que l'admission d'une partie intervenante relève dans certaines circonstances de sa libre appréciation. Malgré ces différences, le projet d'accord d'adhésion n'empêche pas l'UE de se prévaloir du mécanisme de la tierce intervention lorsque les conditions pour devenir codéfendeur ne sont pas réunies.

Une seconde hypothèse permettant d'impliquer plus d'une partie peut être mentionnée. Il est possible au requérant de diriger sa requête initiale contre plus d'un défendeur/État. Dans ce cas, les deux défendeurs doivent se tenir prêt à répondre de leurs actions. Il incombe toutefois au requérant de prouver qu'il a bien épuisé les voies de recours internes

---

[2516] Ibid.

[2517] X. Groussot, T.Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011, , *opt.cit*, p.8

disponibles au niveau des ordres juridiques de l'ensemble des défendeurs[2518]. Cette exigence n'est pas cependant applicable lorsque le mécanisme de codéfendeur trouve à s'appliquer. Ce dernier mécanisme ne peut être toutefois mis en œuvre que lorsque le requérant engage une action contre l'UE et l'un ou plusieurs de ses États membres leur reprochant différentes violations. Dans une telle situation, tous les défendeurs ne peuvent répondre aux allégations de violation qu'en tant que défendeurs ordinaires. Il convient enfin de mentionner qu'une partie ne peut devenir codéfendeur que sur sa propre demande et contrairement à un défendeur " ordinaire ", elle n'est pas obligée d'assurer sa défense. Ceci signifie que personne ne saurait être forcée à devenir codéfendeur.

Plus délicate encore est la question de l'interprétation pour la Cour-EDH de la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres qui pourrait se poser lorsque la juridiction de Strasbourg devra déterminer qui des États membres ou de l'Union est responsable d'un fait commis en violation de la Convention. La Cour de justice a en effet très clairement affirmé dans son avis 1/91 l'incompatibilité avec sa compétence exclusive d'un accord conférant à une juridiction internationale le soin *« de statuer sur les compétences respectives de la Communauté et de ses États membres pour les matières régies par l'accord (....)*[2519] car un tel accord *« est susceptible de porter atteinte à l'ordre des compétences défini par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire*[2520]*. »* L'adhésion pose ici une difficulté réelle mais tout comme, en définitive, le *statu quo*.

La Cour-EDH pourrait être tentée de s'inspirer de cette jurisprudence, en particulier lorsqu'elle est aux prises avec la mise en œuvre d'une réglementation de l'UE par un État membre, sans que celui-ci ne dispose de manœuvre. Dans cette hypothèse, l'inconventionnalité réside dans l'acte normatif de l'UE de sorte qu'il convient d'en faire le reproche à l'Union[2521] et non aux États membres dans l'esprit d'ailleurs d'une certaine

---

[2518] D. Szymczak, ARX TARPEIA CAPITOLI ROMANA.....Bref retour sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, *opt.cit.,*p.639.

[2519] CJUE, 14 décembre 1991, Avis 1/91,Accord EEE - I, ECLI:EU:C:1991:490, pt 34 .

[2520] CJUE, 14 décembre 1991, Avis 1/91,Accord EEE - I, ECLI:EU:C:1991:490, pt 35.

[2521] G. Gaja, Responsabilité des États et/ou organisation internationales en cas de violations des droits de l'Homme:la question de l'attribution, in Société française pour le droit international, La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, Paris, Pedone, 2009, p.98

manière de l'arrêt *Bosphorus* qui, compte tenu de l'intérêt que revêt la coopération internationale, limitait pour le moins l'étendue de la responsabilité des États parties dans un tel cas de figure. L'engagement de la responsabilité de l'UE pour la « simple exécution » étatique d'un acte normatif de l'UE inconventionnel disposerait au surplus d'un indiscutable soutien dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales puisque son actuel art. 16,§ 1 prévoit qu' *« une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un État membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il avait été commis par elle et que la Commission européenne, elle-même, s'est exprimé en faveur de l'attribution de la responsabilité à l'Union européenne dans ce cas de figure*[2522]. » Elle est d'ailleurs confortée dans sa demande par l'acceptation par les groupes spéciaux de l'organisation mondiale du commerce (OMC)[2523].

Ce mode de répartition de la responsabilité n'en dispose pas moins d'un inconvénient majeur en ce qu'il devrait conduire la Cour-EDH à devoir interpréter le droit de l'UE en particulier lorsqu'elle aura à définir l'étendue des obligations nationales au titre de ce dernier, ce qui serait susceptible de porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

Pour éviter que la Cour-EDH ne s'immisce - même bien malgré elle - dans la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres aux fins de statuer sur la recevabilité *ratione personae* de la requête, la solution préconisée par le Parlement européen constitue tout d'abord à prévoir la faculté pour les requérants, en cas de doute sur

---

[2522]Responsabilité des organisations internationales. Commentaires et observations des organisations internationales, 25 juin 2004,A/CN,4/545p.21.

[2523] Voir par exemple le rapport du 15 mars 2005 du groupe spécial dans l'affaire "Communautés européennes-Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires", WT/DS174R : « 7.98 La délégation des Communautés européennes qui participe à la présente procédure de groupe de travail spécial confirme (…) que la législation communautaire n'est pas généralement pas mise en œuvre par l'intermédiaire des autorités communautaires, mais plutôt par le recours aux autorités des États membres qui, dans une telle situation, « agissent de facto en tant qu'organes de la Communauté, dont celle-ci serait responsable au regard du droit de l'OMC et du droit international en général ». Le Groupe spécial admet cette explication de ce qui constitue les arrangements constitutionnels internes des Communautés européennes et admet que les communications de la délégation des Communautés européennes dans le cadre de la présente procédure du groupe spécial sont faites au nom de toutes les autorités du pouvoir exécutif des Communautés européennes ».

le partage des responsabilités entre l'État membre et l'UE, de diriger son action simultanément à l'encontre des deux protagonistes[2524].

Ce mécanisme n'est cependant pas suffisant pour garantir que sera toujours atteint l'objectif recherché puisqu'on laisse en définitive entre les mains du requérant plus au moins averti de la répartition complexe des compétences entre l'UE et ses membres le soin de désigner le défendeur. C'est certainement la raison pour laquelle les parlementaires appellent de les leurs vœux un mécanisme complémentaire offrant cette fois une faculté à l'Union et à ses États membres. Il s'agirait de leur conférer le loisir d'intervenir devant la Cour-EDH non pas seulement comme tiers intéressé comme le permet déjà l'article 36 mais comme co-défendeur[2525].

Indispensables, ces adaptations en tant que telles ne sont pas, à notre sens, à la hauteur du risque à conjurer car, en définitive, même si l'UE accède, à sa demande, à la qualité de codéfenderesse dans une affaire dans laquelle le droit de l'UE est en cause, elle partagera la défense avec l'État membre poursuivi par le requérant. Or cet État membre peut ne pas partager la position que l'UE présentera devant la Cour-EDH s'agissant de la répartition des compétences. On peut alors redouter que la Cour-EDH ait à trancher entre les deux thèses, sauf à intégrer une disposition s'inspirant de celle retenue par la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer : *« Tout État Partie peut demander à une organisation internationale ou à ses États membres parties à la Convention d'indiquer à qui incombe la responsabilité dans un cas particulier. L'organisation et les États membres concernés doivent communiquer ce renseignement. S'ils ne le font pas dans un délai raisonnable ou s'ils communiquent des renseignements contradictoires, ils sont tenus pour conjointement et solidairement responsables[2526]. »*

S'inspirant de cette disposition, O de Schutter a proposé lors de son audition par la commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen un mécanisme d'une grande sophistication : « comportant trois éléments : 1° la Partie contractante défenderesse

---

2524 1ère Réunion de travail du Groupe de travail informel du CDDH sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CDDH-UE) avec la Commission européenne,CDDH-UE(2010)01, 22 juin 2010 ,§ 9.

2525 Idem,§ 12.

2526 Art.6,§ 2 de l'annexe IX sur la participation des organisations internationales à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

(désignée en position de défendeur dans la requête) doit se voir reconnaître le droit de demander que la requête soit étendue à l'ensemble des États membres et/ou à l'Union européenne, et si elle exerce ce droit, ces autres Parties sont jointes à la cause, selon un mécanisme d'*intervention forcée* ; 2° tout État membre de l'Union et/ou l'Union européenne, à l'inverse, ont le droit de demander à être jointes à la requête, c'est-à voir la requête dirigée non seulement contre la Partie défenderesse initiale, mais encore contre eux, selon un mécanisme d'*intervention volontaire* ; 3° l'arrêt rendu par la Cour–EDH est considéré comme obligatoire à l'égard de l'ensemble des parties contractantes qui sont des parties au litige (y compris celles qui le sont devenues à la suite d'une intervention forcée ou volontaire) ; il vient ainsi constater une responsabilité *conjointe et solidaire* de ces parties[2527] » Ce mécanisme est extrêmement séduisant car il pourrait effectivement éviter à la Cour-EDH de se prononcer sur la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres.

Mais ce dispositif n'est efficace qu'à la condition que l'organisation et ses États membres aient souscrit aux mêmes obligations. Difficile en effet, à notre sens, d'engager la responsabilité solidaire et conjointe d'un État membre avec l'organisation dont il est membre pour la violation d'obligations auxquelles il n'a pas souscrit. Or nous avons pu déjà constater qu'une telle hypothèse n'est pas à exclure s'agissant de la Convention ou plus exactement de certains de ses protocoles additionnels[2528]. Au-delà, l'existence des réserves formulées par les États membres voire par l'Union condamne a priori ce dispositif.

Ne serait-il pas préférable, dans ces conditions, d'accompagner l'institution du codéfendeur prévue dans l'accord d'adhésion d'un arrangement interne à l'UE prévoyant notamment la capacité pour l'organisation d'endosser la qualité de défendeur pour tout ou partie du différend dès lors qu'il porte sur une obligation de l'UE mise à la charge des États membres ainsi que l'obligation corollaire pour les États membres de prendre, conformément au principe de coopération loyale, toute mesure de nature à faciliter la défense assurée par l'Union. Un éventuel différend sur l'exercice par l'UE de cette forme

[2527] O.DE Schutter, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme:Feuille de route de la négociation, *opt.cit*, pp.12-13.

[2528] A.Potteau, Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH.Pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?,*opt.cit* ,p.110.

d'obligation de préemption en matière de défense aurait vocation à se régler devant la CJUE dans le cadre, selon les cas, d'un recours en annulation ou en carence. La haute juridiction de l'UE admettrait sans aucun doute non seulement la légitimité d'un tel accord interinstitutionnel mais aussi son caractère contraignant puisqu'elle a déjà eu l'occasion d'affirmer à propos de l'arrangement relatif à l'exercice du droit de vote au sein de l'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture que *« lorsqu'il apparait que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie celle de ses États membres, il importe d'assurer une coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires tant dans le processus de négociation et de conclusion que dans l'exécution des engagements assumés. Cette obligation de coopération découle de l'exigence d'une unité des représentation internationale de la Communauté. Il appartient aux institutions communautaires et aux États membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer au mieux une telle coopération »* laquelle peut prendre la forme d'un arrangement entre le Conseil et la Commission[2529]

Les trois projets d'adhésion disponibles, traitant le mécanisme, sont diffèrent l'un de l'autre considérablement. Au premier coup d'œil la proposition d'introduire un mécanisme de co-défendeur ne soulève pas d'objections sérieuses en vue de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Il est particulièrement intéressant de noter que la décision de la Cour-EDH de joindre l'UE et un État membre en tant, que codéfendeur ne nécessiterait pas une détermination des compétences entre l'UE et les États membres, ce que serait une possibilité de décider, qui est responsable en vertu de la Convention. En ce sens, le mécanisme de codéfendeur doit être compris, comme un moyen d'éviter une situation qu'un codéfendeur, par exemple un État membre, puisse prétendre de ne pas être responsable d'une violation et affirmer que la violation était de la responsabilité de l'UE, et vice-versa[2530]. Cela rend le mécanisme de co-défendeur un outil viable pour éviter les interférences avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Cependant, ce ne serait pas le cas, s'il était clairement établi que les défendeurs dans de telles procédures n'auraient pas le droit de soulever la défense qui vient d'être mentionné. Une telle défense serait par

[2529] CJCE,19.03.1996, Commission/Conseil, aff.C-25/94,ECLI:EU:C:1996:114, pt.48-49.

[2530] T.Lock, Walking on a tightrope: The draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order,*opt.cit,* p.1043.

exemple envisageable dans un scénario comme *Bosphorus*. Si l'UE refuse de rejoindre l'État membre en tant que codéfendeur, cet État membre ne serait pas en mesure de soutenir que c'est l'UE qui est responsable. Ce qui implique que la responsabilité des États membres pour le droit de l'UE, tel qu'exposé dans *Matthews*, ne devrait pas en principe se poursuivre. Sinon la Cour-EDH serait contrainte de décider qui était en fait responsable d'une violation de la Convention, en vertu du droit de l'UE. Une telle évaluation implique une interprétation des traités d'une manière interne contraignante et violerait donc l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Sans doute, dans certains cas, une telle interprétation pourrait être évitée si l'on a adopté une *«approche douce à des violations du principe d'autonomie .*[2531] » De nouveau le scénario du *Bosphore* pourrait fournir un exemple que la situation juridique était relativement claire et facile à comprendre. La décision de l'Irlande à saisir l'aéronef a été basée sur un fondement juridique, qui était un règlement directement applicable de l'UE. Il n'y aurait pas eu de problème pour la Cour-EDH pour identifier l'emplacement de la violation alléguée, sans avoir à s'engager dans des interprétations difficiles du droit de l'UE. Cependant, on peut concevoir des cas où une évaluation similaire serait très difficile à faire, par exemple, le cas d'une directive de l'UE, qui avait été transporté dans le cadre de la législation nationale. Si la Cour-EDH a dû procéder à une évaluation d'une telle situation, elle serait forcée d'interpréter la directive, pour voir quelle marge de manœuvre a été laissé à l'État membre dans le cas concret, ce qui serait incompatible avec l'autonomie de l'ordre juridique du droit de l'UE. Afin d'éviter cela, le projet devrait indiquer clairement que ce moyen de défense est irrecevable. En ce qui concerne les exigences de son applicabilité, le premier projet révisé déclare que le mécanisme de codéfendeur est déclenché en cas d'un conflit normatif, ce qui limite son applicabilité à des situations où un conflit a été seulement évité en faisant abstraction à une obligation en vertu du droit de l'UE. Afin d'éviter cela, le projet devrait indiquer clairement ce moyen de défense est irrecevable. En ce qui concerne les exigences de son applicabilité, le premier projet révisé déclare que le mécanisme de co-défendeur est déclenché en cas d'un conflit normatif, ce qui limite son applicabilité à des situations où un conflit pouvait être évitée seulement en faisant abstraction d'une obligation en vertu du

[2531] J.P. Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Rights,*opt.cit,* p.1016.

droit de l'UE[2532] . Ce serait seulement dans le cas, où s'il y a un pouvoir discrétionnaire, toutes les options conduiraient à un conflit avec les obligations de l'UE. À cet égard le projet d'adhésion rappelle les conditions d'application de la présomption *Bosphorus*. Le tout premier projet comprenait l'exigence d'un *lien substantiel*[2533] avec la législation de l'UE, par rapport à laquelle l'exigence d'un conflit normatif est plus clair et plus certain. Toutefois, cette exigence oblige aussi la Cour-EDH de faire une évaluation s'il semble que le défendeur ne pouvait éviter une obligation de la CEDH en violant une obligation en vertu du droit de l'UE. Afin de procéder à cette évaluation, la Cour doit définir quelles sont les obligations de l'État membre défendeur en vertu du droit de l'UE et si le droit de l'UE a donné à l'État membre une marge d'appréciation qui lui aurait permis d'éviter le conflit[2534]. Cela peut forcer la Cour-EDH de faire tout à fait une interprétation détaillée du droit communautaire primaire et secondaire et est donc potentiellement en conflit avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Le groupe de travail informel semble avoir été conscient de ce problème lors de la composition du projet d'adhésion. L'art.4,§5 du projet d'adhésion révisé prévoit *«lorsqu'il s'agit de décider sur ces demandes (de devenir co-défendeur), la Cour doit déterminer si les raisons invoquées….ne sont pas manifestement incomplètes ou inconsistantes. »* Il est prévu que la Cour-EDH examinera superficiellement si l'exigence d'un conflit normatif est remplie. Cette version du projet, la CJUE pourrait l'accepter comme un moyen d'éviter un conflit avec le principe d'autonomie. Cependant, il ne peut y avoir aucune certitude quant à cet effet. Même des cas encore plus problématiques pourraient surgir dans le cadre de violations alléguées de la CEDH par omission. Une décision d'un tel affaire pourrait impliquer une détermination de ce qui était sous l'obligation d'agir dans le cas concret, l'État membre ou l'UE. Une telle évaluation peut être faite seulement sur la base de la répartition des compétences au sein de l'UE et violerait l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Si tous les deux, l'Union européenne et l'État membre sont les co-défendeurs, ce pourrait être évité si une défense

---

2532 6ème Réunion du Groupe de travail informel du CDDH sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CDDH-UE) avec la Commission européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CDDH-UE (2011)04, Art.4,§1.,25 février 2011.p.5.

2533 6thWorking Meeting of the CDDH Informal Working group on the Accession of the European Convention on Human Rights, (CDDH-UE) with the European Commission,CDDH-UE(2011)06, Art.4,§1,18 mars 2011.p.11.

2534 D. Szymczak, ARX TARPEIA CAPITOLI ROMANA….Bref retour sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme , *opt.cit* ,p.641.

de ne pas être responsables en droit interne était impossible[2535]. Si l'Union européenne et l'État membre sont les co-défendeurs, cela pourrait être évité si un moyen de défense de ne pas être responsable en droit interne était impossible. En ce sens, la discussion est très semblable à la discussion sur le violations actives de la Convention. Une proposition de modification à l'art. 59 CEDH contenue dans le projet d'adhésion révisé, cependant, suscite des inquiétudes. Il déclare que *« rien dans la Convention….ne doit exiger de l'Union européenne d'accomplir un acte ou d'adopter une mesure pour laquelle il n'a aucune compétence[2536].»* Le rapport explicatif montre que cette disposition reflète l'exigence de l'article 6,§2 TUE, selon lequel l'adhésion n'affecte pas les compétences de l'UE. Le danger est, cependant, que cette disposition puisse être invoquée comme un moyen de défense dans les procédures devant la CEDH, qui aurait alors à se prononcer sur la répartition des compétences fondés sur les traités[2537]. Ce ne serait pas en conformité avec l'autonomie du droit de l'UE et constitue une faiblesse dans la proposition par le groupe de travail informel qui ne semble pas avoir été adressé encore. Il serait mieux, en cas d'omission, qu'aucun de tel moyen de défense puisse être soulevées et la question a été réglée à l'interne et ses institutions, et plus particulièrement par la CJUE[2538]. Pour cette raison même, il n'est pas nécessaire d'inclure cette disposition dans la Convention, puisqu'une disposition interne d'une violation de la Convention devrait être en conformité avec l'art.6,§2 TUE de toute façon. Une question connexe serait de savoir si la Cour-EDH devrait désigner l'origine exacte d'une violation qu'elle a constatée dans les procédures initiées contre les codéfendeurs. Cette désignation soulève la même objection qui vient d'être faite: cela pourrait potentiellement impliquer une interprétation du droit de l'UE. Le groupe de travail semble être conscient de ce problème lorsqu'il affirme que *« la Cour ne devrait pas acquérir le pouvoir de se prononcer sur la répartition des compétences entre*

[2535] F. Tulkens, Pour et vers une organisation harmonieuse,*RTDE,n°1*, janvier-mars 2011, p.30.

[2536] 6ème Réunion du Groupe de travail informel du CDDH sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CDDH-UE) avec la Commission européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, CDDH-UE (2011)04, Art.2,§1.,25 février 2011.p.4

[2537]M. Benlolo-Carabot, La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire ,*RMCUE, n°529*, juin 2010,p.385.

[2538] M. Artino et P.Y.Noël, Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne , RMCUE, n°540, juillet-août 2010,p.449.

l'UE et ses États membres[2539]*.»* Néanmoins, le groupe de travail estime que, dans certains cas *« il peut y avoir un intérêt à indiquer précisément l'origine de la violation. »* Les organisations des droits de l'homme ont également plaidé en faveur d'une telle détermination par la Cour-EDH[2540]. Ils soutiennent à juste titre que cela permettrait une exécution effective des jugements et rapide réparation pour le demandeur. Cependant, il est difficile de voir comment une telle demande pourrait être conciliée avec la nécessité de préserver l'autonomie du droit de l'UE. Au lieu d'une répartition des responsabilités par la Cour-EDH, il serait plutôt judicieux de créer une mécanisme au niveau de l'UE à cette fin. La dernière version du mécanisme de co-défendeur semble avoir été rédigé avec des préoccupations semblables dans l'esprit. Pour les cas dans lesquels l'UE est codéfendeur, cette version ne suppose plus l'existence d'un conflit normatif et est beaucoup plus proche au projet d'accord original qui a nécessité un *« lien substantiel. »* Dans le contexte de cette plus récente proposition, le rôle de la Cour-EDH serait réduit à l'évaluation de savoir s' « il semble » que l'une des dispositions du droit de l'UE est compatible avec la Convention. La comparution pourrait être réputée exister là où l'une des parties met en avance un argument en ce sens. La compétence de la Cour-EDH pour interpréter le droit de l'UE en vertu de cette nouvelle proposition serait même encore réduite puisque l'article 4,§5 du projet révisé prévoit que la Cour ne devrait évaluer s' *« il est plausible que les conditions .....sont remplies. »* Ainsi, le nouveau projet semble offrir une solution viable pouvant accueillir à la fois des besoins pratiques et les contraintes imposées aux négociateurs par le principe de l'autonomie. Cependant, il y a potentiellement un conflit avec l'autonomie du droit de l'UE dans la mesure où les préoccupations de la désignation des États membres en tant que co-défendeurs pour les cas dans lesquels l'UE est le défendeur initial. Le premier projet cité ci-dessus prévoit que dans les cas où l'UE était le défendeur initial, un ou plusieurs État membres peuvent être rejoint seulement en tant que co-défendeurs, dans les cas ou l'UE ne pouvait pas peut-être avoir évité la violation. La mise à disposition ne s'appliquerait que dans des situations où les violations se trouvent dans le droit primaire de l'UE, qui ne peut pas être modifiée par l'UE elle-même. À cet égard, le premier projet

---

[2539] 4th Working Meeting of the CDDH Informal working group on the accession of the EU to the ECHR, CDDH-UE(2010) 17, 8 décembre 2010,p. 4.

[2540] Views of the European group of national human rights institutions to the CDDH-UE working group, www.coe.int/t/dght/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents/EG%20_%20SUbmission.pdf

révisé est clairement fondée sur la jurisprudence *Matthews*[2541]. Le dernier projet a le même contenu, mais est libellé de façon plus explicite à cet égard. La différence cruciale entre les deux réside dans la compétence de la Cour-EDH à examiner les conditions de l'applicabilité du mécanisme de co-défendeur. Le premier projet discuté ici exigerait que la Cour-EDH interprète le droit de l'UE et évalue dans quel rang dans la hiérarchie des normes se trouve la disposition en question, qui est susceptible d'être en conflit avec l'autonomie du droit de l'UE. En revanche, la dernière version ne demande à la Cour d'apprécier s' « il semble » que la compatibilité du droit primaire de l'UE avec la Convention était en cause. Encore, une fois cette évaluation serait effectuée d'une manière assez superficielle, ne comportant pas une interprétation contraignante du droit de l'UE. En ce qui concerne la désignation du co-défendeur, l'article 4,§5 de la version révisée du projet et le rapport explicatif révèlent qu'une partie allait devenir co-défendeur soit de sa propre demande avec la permission de la Cour soit avec l'invitation de la Cour[2542] . Si la Cour décide d'inviter un co-défendeur à se joindre, le co-défendeur potentiel serait libre d'accepter l'invitation ou non[2543]. Quant l'UE et un État membre à la fois, sont tenu responsables dès le début, le Cour-EDH doit décider s'il y a lieu de les traiter en tant que co-défendeurs ou comme des simples défendeurs conjoints. Il n'est pas contesté que, lorsque les deux sont nommées en tant que co-défendeurs par le requérant, ils n'ont pas le choix, mais de participer à la procédure. Il n'y a pas sans doute de différence dans la situation où ils sont rejoints plus tard par la décision de la Cour. Comme cela deviendra évident plus tard, le fait de n'imposer au co-défendeur de participer à la procédure, conduira à des problèmes. Il résulte de ce qui précède que, afin de se conformer aux exigences de l'autonomie du droit de l'UE, la situation actuelle juridique par lequel un État membre est généralement tenu pour responsable de toutes les actions et omissions liés à la mise en œuvre de ses obligations en vertu de la législation européenne ne devra être retenu. Ni les rédacteurs ni la Cour-EDH devrait accepter un moyen de défense invoqué par un État membre faisant valoir qu'il n'avait agi que dans le strict respect de ses obligations en vertu du droit de l'UE et n'était donc pas responsable. En outre, en donnant la juridiction à

2541 7e Réunion de Travail du Groupe de Travail Informel du CDDH sur l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CDDH-UE) avec la Commission européenne, CDDH-UE(2011)08,2 mai 2011.

2542 Idem, pt.40.

2543 Idem.pt.41.

la Cour-EDH pour définir les obligations des États membres, dans le cadre du droit communautaire comme une condition préliminaire pour l'applicabilité du mécanisme de co-défendeur conduirait à un violation de l'autonomie du droit de l'UE. Le plus récent projet semble être une bonne solution pour contourner ces problèmes. Peut-être la meilleure façon d'éviter des problèmes avec l'autonomie du droit de l'UE serait de re-définir le mécanisme de co-défendeur. Un co-défendeur doit être joint à la procédure seulement à la demande du défendeur initial. Dans ce cas ce serait la responsabilité du défendeur d'origine pour évaluer la situation, il serait sans doute mieux placé pour le faire puisque, dans la préparation d'une défense pour son cas, il faudrait examiner si la véritable responsabilité de la violation incombe à (avec) l'UE ou au sein de sa propre compétence. Si le codéfendeur désigné n'est pas d'accord avec sa participation, il devra le faire en vertu du droit de l'UE, mais il serait impossible de soulever une objection devant la Cour-EDH. Cette solution permettrait d'éviter une interprétation du droit de l'UE et une analyse des responsabilités exactes des États membres en vertu des traités et devrait donc aider à préserver l'autonomie du droit de l'UE. Après avoir analysé l'historique et le développement du mécanisme de codéfendeur on va résumer dans les lignes suivantes pour présenter d'une manière définitive comment le projet d'accord définitif s'exprime sur l'idée de : l'UE comme codéfendeur (A) et les États membres comme co-défendeurs (B).

I. L'UE comme codéfendeur

Si un des États membres de l'UE est le défendeur dans le cadre d'une procédure engagée par une personne, l'UE peut devenir codéfendeur *" s'il apparaît que (la violation alléguée de la CEDH) met en cause la compatibilité d'une disposition du droit de l'UE avec les droits de la Convention en question, notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant du droit de l'UE* [2544]*."* La situation envisagée par les rédacteurs est celle dans laquelle un État membre a mis en œuvre les obligations contenues soit dans le droit primaire de l'UE, soit dans le droit de l'UE, à la

[2544]Comité Directeur pour les droits de l'homme-,Rapport au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme, CDDH-UE, 2011, art.3,§2,14 octobre 2011.

suite de quoi la compatibilité de la mesure nationale d'application du droit de l'UE avec la CEDH est mise en cause dans le cadre d'une affaire portée devant les juridictions nationales. Dans une telle situation, la violation du/des droit(s) de la CEDH en question a deux sources possibles : soit la disposition sous-jacente du droit de l'UE était viciée, ce qui rend automatiquement sa mise en œuvre incompatible avec la CEDH, soit cette disposition était conforme mais a été mise en œuvre de façon non conforme à la CEDH[2545].

Les États membres sont actuellement pleinement responsables de toute violation de la CEDH dans ces deux cas. L'adhésion de l'UE ne modifiera pas cette situation mais le mécanisme de codéfendeur permettra enfin à l'UE de demander à être associée aux affaires pendantes devant la Cour de Strasbourg lorsqu'il apparaît que son propre droit n'est pas conforme aux droits et garanties contenus dans la CEDH. Si l'UE demande à être associée à la procédure dans un tel scénario, l'avantage pour le requérant est évident : le jugement liera à la fois l'État membre et l'UE. Ceci est particulièrement bienvenu car dans la situation où c'est le droit de l'UE qui est mis en cause, seule l'UE est en mesure de modifier son propre droit afin de remédier à la violation[2546].

Sur le plan procédural, la décision de savoir si l'UE peut être associée à une procédure en tant que codéfendeur relève de la Cour-EDH qui, une fois entendu le point de vue des parties, doit évaluer s'il apparaît plausible que les conditions définies à l'art.3,§2 du projet d'accord sont satisfaites. À ce stade de la procédure, la Cour-EDH est supposée effectuer un examen sommaire de toute requête en ce sens de la part de l'UE. Seules les requêtes abusives ou dénuées de tout fondement qui pourraient être soumises par l'UE (un scénario peu probable) seraient évidemment rejetées. Il apparaît toutefois que, dès lors qu'un requérant soutient dans sa requête qu'une mesure de l'UE a violé la CEDH, l'UE peut se prévaloir d'un intérêt légitime afin de se voir reconnaître la qualité de codéfendeur et de pouvoir défendre ainsi les dispositions litigieuses du droit de l'UE. La possibilité pour la Cour de Strasbourg d'effectuer un examen sommaire devrait faciliter la prise de décision et il n'y a pas grand risque que le système de la CEDH soit encombré par des requêtes de l'UE demandant à être associée à la procédure en tant que codéfendeur. En outre, une décision à

[2545] X. Groussot, T.Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme :analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 »,*opt.cit, p.12.*

[2546] J.P. Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms ,*opt.cit,* p.1016.

ce titre ne serait rendue qu'une fois l'admissibilité d'une requête clarifiée. Comme la très grande majorité des affaires portées devant la Cour de Strasbourg sont rejetées pour inadmissibilité, il apparaît que les décisions d'associer l'UE comme codéfendeur devraient demeurer relativement rares[2547].

Il convient enfin d'évoquer une voie supplémentaire permettant à l'UE de devenir codéfendeur. Lorsque l'UE est nommée défendeur ordinaire en même temps qu'un État membre, c'est-à-dire lorsqu'une requête est dirigée contre et notifiée à l'UE et à un ou plusieurs de ses États membres, l'UE peut toujours demander à être désignée codéfendeur si tant est qu'elle en fasse la demande. Il semble qu'il n'y ait aucun avantage évident pour l'UE de déposer une telle demande, sauf si l'UE est d'avis que la Cour de Strasbourg pourrait conclure que la requête, dans la mesure où elle est dirigée contre elle, pourrait être jugée inadmissible pour des raisons procédurales. Ceci peut paraître du bon sens mais l'UE pourrait souhaiter éviter une situation où un État membre serait amené à assurer seul la défense d'une disposition du droit de l'UE qu'il a mise en œuvre.

II. Les États membres comme codéfendeurs.

Les conditions qui permettent aux États membres de devenir codéfendeurs lorsque l'UE est le défendeur principal sont étroitement modelées sur celles précédemment décrites. Autrement dit, il appartient aux États membres de demander à la Cour soit de les désigner comme codéfendeurs, soit de leur permettre de changer de statut de défendeur en celui de codéfendeur. Et de la même manière que l'UE, les États membres ne peuvent pas être obligés de devenir codéfendeurs[2548].

Là où la situation diffère, c'est que les États membres doivent obéir à des conditions de fond particulières. En principe, un État membre ne peut devenir codéfendeur que lorsque qu'un requérant met en cause *" la compatibilité avec les droits de la Convention en*

[2547] X. Groussot, T.Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme :analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011,opt.cit, p.12.

[2548] X. Groussot, T.Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme :analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 ,opt.cit, p.12.

question d'une disposition du traité sur l'UE, du traité sur le fonctionnement de l'UE ou de toute autre disposition ayant la même valeur juridique conformément à ces instruments, notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant de ces instruments[2549]*."* Il en résulte que les États membres peuvent devenir codéfendeurs lorsque l'UE est le défendeur principal dès lors qu'il est allégué qu'une disposition du droit primaire de l'UE (par exemple, une disposition contenue dans les traités européens) viole la CEDH. La raison qui justifie une association des États membres comme codéfendeurs est qu'ils demeurent les seuls à disposer du pouvoir de remédier à cette violation par le biais d'une révision des traités, une procédure qui exige la ratification de cette révision par chacun des États membres conformément à leurs exigences constitutionnelles respectives. En définitive, l'association des États membres en tant que codéfendeurs serait au grand avantage du requérant puisque l'UE seule ne pourrait remédier à une violation de la CEDH qui a sa source dans une disposition du droit primaire de l'UE[2550].

À la fin de ce chapitre on peut conclure que, le mécanisme de codéfendeur en tant que tel représente un développement positif pour autant qu'il représente un moyen d'adapter la situation spécifique de l'UE en tant qu'entité non étatique de nature fédérale et qui est dotée d'un " ordre juridique spécifique " (préambule du projet d'accord). En d'autres termes, si le fonctionnement de l'UE ressemble largement à celui d'un État fédéral dans le cadre duquel la fédération (l'UE) légifère et les Etats (États membres) mettent en œuvre cette législation, contrairement aux autres fédérations qui ont adhéré à la CEDH, les États membres de l'UE y disposent déjà du statut de Haute Partie contractante. Ceci a pour conséquence que la Cour de Strasbourg peut se trouver dans une situation unique où le législatif (l'UE) et l'exécutif (les États membres) peuvent être tenus responsables indépendamment l'un de l'autre. Or un État fédéral type est en principe juridiquement responsable à la fois des mesures prises par les organes fédéraux tout comme des mesures prises par les organes de ses Etats. Il est enfin possible de mentionner le problème supplémentaire et délicat d'avoir

---

[2549] Comité Directeur pour les droits de l'homme-,Rapport au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme, CDDH-UE, 2011, art.3,§3,14 octobre 2011.

[2550] T.Lock, Walking on a tightrope:The draft ECH Accession Agreement and the Autonomy of the EU legal order, *opt.cit.*p.1043.

un corps de normes (le droit primaire de l'UE) qui ne peut être modifié que par les États membres agissant à l'unanimité.

Le mécanisme de codéfendeur présente l'avantage supplémentaire d'éviter à la Cour de Strasbourg de devoir déterminer qui doit être tenu responsable d'une violation en vertu des traités de l'UE puisque l'UE et le ou les Etats membres en cause seront conjointement responsables en cas de condamnation. Il nous faut cependant relever une faiblesse importante : ce mécanisme laisse à la libre appréciation du codéfendeur le soin de décider s'il doit ou non s'associer à la procédure. Si un codéfendeur potentiel décide de ne pas s'associer à la procédure, la conclusion de la procédure du point de vue du requérant qui obtient gain de cause est moins satisfaisante puisqu'il ne peut forcer l'exécution du jugement contre le codéfendeur potentiel. Il est évident que les États membres demeureront responsables en ce qui concerne les mesures nationales qui trouvent leur source dans le droit de l'UE et qui pourraient enfreindre la Convention. De même, l'UE demeurera responsable de son droit primaire de sorte qu'un requérant pourra obtenir la condamnation de l'UE à ce titre. Il faut toutefois rappeler que la création du mécanisme de codéfendeur a été essentiellement justifiée par le besoin de tenir compte de la structure constitutionnelle particulière de l'UE et le souci de permettre à la Cour-EDH de conclure à une violation sans avoir à déterminer, de l'UE ou des Etats membres, qui devait en être responsable. Dans le cadre du projet d'accord portant adhésion de l'UE à la CEDH, il appartient cependant au codéfendeur potentiel de déterminer s'il veut être associé à la procédure. S'il s'y refuse, le défendeur sera tenu pour responsable mais il pourrait ne pas être en mesure de remédier à la violation.

Appuyons-nous sur les faits de l'affaire *Bosphorus* pour illustrer ce point. L'Irlande prit possession d'un aéronef conformément à ses obligations en vertu d'un règlement de l'UE. Dans tout scénario similaire, un requérant pourrait engager une action contre l'État membre concerné en alléguant une violation de son droit de propriété en vertu de l'article 1er du Protocole n° 1 de la CEDH. En supposant que la violation trouve sa source dans le règlement de l'UE et en supposant que 1'UE refuse de s'associer à la procédure en tant que codéfendeur, l'État membre se trouverait seul responsable de la violation en cas de condamnation. Mais sans la bonne volonté des institutions de l'UE qui peuvent seules

modifier le règlement litigieux, l'État membre ferait face à deux obligations conflictuelles : d'une part, il lui incomberait sur la base de la décision de la Cour de Strasbourg de lever la saisie de l'aéronef et en vertu de ses obligations découlant du droit de l'UE, de procéder à la saisie (ou de ne pas y mettre fin). Ceci est évidement contreproductif et peut être considéré comme une faiblesse majeure. Il aurait été préférable de permettre au défendeur ou au requérant initial de demander à un codéfendeur de s'associer à la procédure. Particulièrement dans les affaires dirigées contre l'UE en tant que défendeur principal, où le requérant allègue que le droit primaire de l'UE viole la CEDH, il peut arriver que seuls quelques États membres se portent codéfendeurs alors même que l'ensemble des Etats membres seraient responsables si la Cour de Strasbourg constate une violation. Mais cette responsabilité collective ne transpirerait pas du jugement. De plus, le statut de défendeur dans une procédure n'est généralement pas laissé au choix des parties. Il est donc d'autant plus surprenant qu'il soit laissé au libre choix du codéfendeur de décider ou non de s'associer à la procédure.

Reste alors la question de savoir ce que le requérant stratégiquement judicieux devrait faire pour éviter de se trouver dans une situation où le codéfendeur potentiel refuse de s'associer à la procédure. Du point de vue du requérant, l'avantage majeur du mécanisme de codéfendeur est qu'il permet d'éviter l'obligation d'avoir à épuiser préalablement l'ensemble des voies de recours disponibles dans l'ordre juridique du codéfendeur. Mais cet avantage peut se révéler d'une utilité limitée en pratique puisque dans de nombreuses affaires, aucun recours ne sera possible. En effet, le traité de Lisbonne n'a pas prévu de recours spécial permettant de contester toute mesure adoptée par une institution ou plus généralement un organe de l'UE qui est susceptible de violer les droits fondamentaux. De même, il n'a pas permis de réforme radicale du droit de l'intérêt à agir des personnes physiques ou morales dans le cadre des recours en annulation. En conséquence de quoi, il demeure virtuellement impossible en pratique pour les personnes physiques et morales d'obtenir le droit de contester la légalité d'un acte législatif de portée générale adopté par l'UE auprès du Tribunal de l'UE. De la même manière, lorsque la légalité d'une disposition du droit primaire de l'UE est mise en cause, il n'y a souvent aucun recours possible dans les ordres juridiques des États membres. Pour conclure, dans la plupart des affaires qui seront soumises à la Cour de Strasbourg, il est peu probable qu'un requérant puisse introduire une action contre l'UE et l'État membre en tant que défendeur ordinaires dès le départ.

2 §. Les modalités du fonctionnement du mécanisme de codéfendeur prévues dans le Projet d'Accord d'Adhésion.

La question de l'attribution de la responsabilité à l'UE et à ses États membres de violations communes de la CEDH a été au centre du débat juridique sur l'adhésion de l'UE à la CEDH. Attribuer la responsabilité des violations des droits de l'homme aux organisations internationales crée un dilemme juridique, le droit international ne disposant pas de mécanismes appropriés et durables pour tenir les organisations internationales responsables de leurs violations des droits de l'homme[2551]. Dans le cas de l'UE, qui agit souvent de concert avec ses États membres et pourrait, par une action ou une omission, être complice d'une violation de la CEDH avec un État membre, l'attribution est nécessaire pour tenir l'organisation responsable, mais difficile à obtenir en pratique. Le caractère supranational de l'UE et les principes de primauté du droit de l'Union et d'effet direct pourraient être lésés si l'attribution de la responsabilité empiète sur la répartition interne des compétences entre l'UE et ses États membres. Les négociateurs de la DAA ont cherché à éviter ce problème, notamment en concevant le mécanisme des codéfendeurs, une procédure qui régit la responsabilité mutuelle de l'UE et de ses États membres lorsqu'ils agissent conjointement pour commettre une violation de la CEDH. Le mécanisme des codéfendeurs préserve ainsi l'autonomie du droit de l'UE pour décider de la répartition interne des charges entre l'UE et les États membres en cas de violations communes, tout en permettant également de tenir l'UE responsable de ses actes.

Un nouveau mécanisme est introduit par l'article 3 du projet d'accord d'adhésion afin de permettre à l'Union de devenir codéfendeur dans une procédure contre un ou plusieurs de ses États Membres et, de manière similaire, de permettre aux États membres de l'Union de devenir codéfendeurs dans une procédure dirigée contre cette dernière[2552]. L'article 3 de l'accord d'adhésion introduit le mécanisme du co-défendeur afin *"d'éviter les*

[2551] K. Daugirdas, Reputation and the Responsibility of International Organizations, 25 European Journal of International Law (2015), p. 991–1018, p. 992 et seq.

[2552] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'UE? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme ou contentieux, Rev. Du Droit de l'Union Européenne, 3-4/2016, p.524.

écarts de participation, de responsabilité et de force exécutoire dans le système [CEDH][2553]" dans les cas où, par exemple, la législation de l'UE et les États membres mettent en œuvre cet acte juridique, ou vice versa. Du point de vue du droit de l'UE, toutefois, la principale raison de l'introduction de ce mécanisme est d'empêcher la Cour européenne des droits de l'homme de déterminer le mode de répartition de la responsabilité entre l'Union et ses États membres, car cela entraverait la division interne des compétences de l'Union et, partant, son autonomie juridique. Le mécanisme de co-défendeur - prévu à l'article 3 du projet d'accord d'adhésion - prévoit la possibilité suivante:

« L'Union européenne, ou un Etat membre de l'Union européenne, peut devenir co-défendeur à la procédure dans les circonstances prévues dans l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le co-défendeur est partie à l'affaire. La recevabilité d'une requête est examinée indépendamment de la participation d'un co-défendeur à la procédure. »

Cette disposition peut être comprise à la lumière de la division complexe et dynamique des compétences entre l'Union et ses États membres. Cependant, ce mécanisme permet également à la Cour-EDH de décider implicitement de la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres. Ce faisant, la Cour européenne des droits de l'homme devrait interpréter le droit de l'UE, ce qui, selon la Cour de justice, ne peut être fait qu'au Luxembourg. Certes, la Cour de justice avance un argument valable. Comme nous l'avons vu, l'article 344 du TFUE vise à préserver l'autonomie du système juridique de l'Union et la Cour est tenue de sauvegarder ce principe. Et, comme indiqué avant , le Protocole n ° 8 a été créé pour traiter explicitement de ces questions[2554].

L'art. 3 du projet d'accord établit le mécanisme dit du co-défendeur dans lequel plusieurs États membres et / ou l'UE pourraient devoir répondre conjointement d'une violation particulière de la CEDH. Sur la base des arguments du défendeur et du co-défendeur, cela

[2553] Conseil de l'Europe,Cinquième Réunion de négociation entre le groupe de négociation ah hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 47+1(2013)008rev2, 10 juin 2013, point 39

[2554] A. Łazowski et R. A. Wessel, When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, 16 German Law Journal No. 1 (2015), p. 197.

pourrait permettre à la Cour-EDH de vérifier au moins certaines responsabilités internes dans l'UE.

Toutefois, pour que l'affaire parvienne à la Cour EDH, le demandeur déposera une requête devant la Cour EDH uniquement contre le ou les États membres de l'UE qui ont engagé l'action (ou l'omission) qui a causé la violation, et non contre l'UE. Pour remédier à ce problème, les négociateurs ont établi la procédure de codéfendeur dans le PDA, conformément à l'article 1 (b) du protocole n ° 8 annexé aux traités de l'UE[2555]. Ce dernier a établi qu'un tel mécanisme devrait garantir que les demandes individuelles soient dirigés *« correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas.*[2556] *»* Cette disposition signifie que ni l'UE ni les États membres ne doivent être tenus pour responsables d'une violation de la CEDH dont ils ne sont pas propriétaires.

À cet égard, l'article 3 (1) du PDA établit le mécanisme de codéfendeur. Il dispose que:

« *L'Union européenne, ou un Etat membre de l'Union européenne, peut devenir codéfendeur à la procédure par décision de la Cour dans les circonstances prévues dans l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le codéfendeur est partie à l'affaire.* »

Le PDA établit deux possibilités: premièrement, l'Union européenne se joint en tant que codéfendeur à une affaire « en relation avec une violation alléguée telle que notifiée par la Cour s'il apparaît que cette allégation met en cause la compatibilité avec les droits en question garantis par la Convention » d'un segment du droit de l'UE (article 3, paragraphe 2, de la DAA); ou, deuxièmement, que les États membres de l'Union européenne se joignent en tant que codéfendeurs à une affaire relative à « une violation alléguée telle que notifiée par la Cour s'il apparait que cette allégation met en cause la compatibilité avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré d'une disposition du Traité sur l'Union européenne, du traité sur le

---

[2555] P. Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (Hart, 2013), p. 265.

[2556] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 216.

fonctionnement de l'Union européenne ou de toute autre disposions ayant la même valeur juridique » (article 3, paragraphe 3, du PDA).

En ce qui concerne les modalités d'accès à la procédure de codéfendeur, le PDA prévoit deux possibilités: premièrement, une haute partie contractante (l'UE ou ses États membres) devient co-défenderesse sur l'invitation de la Cour européenne des droits de l'homme, auquel cas l'invitation ne lie pas la haute partie contractante; ou, deuxièmement, qu'une haute partie contractante (l'Union européenne ou ses États membres) demande à la Cour européenne des droits de l'homme de s'affilier en tant que codéfendeur (s), auquel cas la Cour européenne des droits de l'homme "évalue si, à la lumière des arguments présentés par la Haute Partie contractante concernée, il est plausible que les conditions "de la procédure de codéfendeur soient remplies" (article 3, paragraphe 5, du DAA).

Le PDA légifère également pour un autre scénario exceptionnel: si l'UE et le ou les États membres sont parties à une affaire, on peut changer son statut en statut de codéfendeur s'ils parviennent à un accord confirmé ultérieurement par la CEDH (article 3 (4) du PDA).

De plus, l'article 3, paragraphe 7, le PDA dispose que: *« le défendeur et le codéfendeur sont conjointement responsables de cette violation , à moins que la Cour, sur la base des arguments présentés par le défendeur et le codéfendeur, et ayant entendu la position du requérant, ne décide que seul l'un d'entre eux est tenu pour responsable. »*

Le projet d'accord d'adhésion pour l'adhésion de l'UE à la CEDH a été déclaré incompatible avec les traités sur l'Union européenne par la Cour de justice de l'Union européenne. L'un des motifs pour lesquels la CJUE a condamné l'accord est la conception du mécanisme de codéfendeur. La question de l'attribution à l'UE et à ses États membres de la responsabilité des violations communes de la CEDH a été au cœur du débat juridique sur l'adhésion de l'UE à la CEDH. À cette fin, cette partie examine le mécanisme de codéfendeur à la lumière des conclusions de l'avis 2/13, en examinant chacune de ses allégations concernant les modalités de déclenchement de la procédure de codéfendeur, les préoccupations relatives au modèle de responsabilité solidaire et aux hypothèses retenues. Des échappatoires sur la possibilité qu'un des co-défendeurs se retire de la procédure

devant la Cour européenne des droits de l'homme[2557]. Cette présente également une analyse de la question de savoir si la CJUE a eu raison de rejeter les dispositions essentielles du mécanisme de codéfendeur établi par le PDA. D'abord nous allons étudier les critiques retenues par la CJUE (A) et puis ensuite les risques liés au non-respect des caractéristiques spécifiques de l'UE (B).

A. Le mécanisme du codéfendeur à la lumière de l'Avis 2/13.

Les préoccupations de la Cour concernant le mécanisme de co-défendeur et le mécanismes de l'implication préalable énoncées dans les troisième et quatrième points principaux de la Cour ci-dessus sont toutes deux fondées. Et tous deux demandent une réparation dans le sens suggéré par la Cour. Ces questions ne doivent pas être discutées longuement ici, étant donné que l'avis de l'avocat général, qui a été aussi universellement acclamée comme de la Cour a été condamné, s'associe pleinement à la Cour. La seule différence entre l'avocat général et la Cour sur ces deux points est de nature rhétorique: l'avocat général conclut en affirmant «oui, mais seulement si», tandis que la Cour dit «non, à moins que[2558]». La réception différente des deux opinions sur ces questions montre qu'une différence de ton va très loin. Pour exposer brièvement les choses, l'avocat général convient que le fait de devenir co-défendeur ne peut dépendre d'un contrôle de vraisemblance de la part de la Cour européenne des droits de l'homme[2559]. L'accord doit préciser que la responsabilité commune n'affectera pas les réserves émises par les Parties

[2557] F. Korenica et D. Duli, The CJEU likes to blame loudly and to applaud quietly: the co-respondent mechanism in the light of opinion 2/13, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, Vol. 24(1) , p. 86–107.

[2558] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal No. 1, 2015, p. 115.

[2559] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 229–235.

contractantes[2560] et que l'attribution de la responsabilité à l'une ou l'autre des parties, même pour les raisons indiquées par les parties, sort du cadre de la compétence de la Cour EDH[2561]. Elle conclut que le projet d'accord et les explications qui l'accompagnent doivent être modifiés afin de préserver l'autonomie du droit de l'Union.

L'avocat général convient en outre que l'UE doit être informée de manière fiable afin de déclencher une requête en co-défendeur[2562] et que la participation préalable de la Cour doit également être engagée en cas de doute sur le point de savoir si la CJUE a résolu la question de droit de l'Union en cause dans cette affaire[2563]. Enfin, l'Avocat général convient que le projet d'accord doit être clarifié afin d'établir que l'objet d'une telle implication préalable ne peut être limité à la détermination de la compatibilité, mais doit également englober l'interprétation du droit dérivé[2564]. Si la Cour européenne des droits de l'homme décidait, aussi peu que possible, de permettre à l'UE ou à un État membre de devenir co-défendeur, Strasbourg déciderait directement ou indirectement de la répartition des compétences entre l'UE et les États membres. Du point de vue du droit international, la question de la responsabilité de l'État est certainement considérée comme distincte du droit interne de l'État ou de l'organisation internationale à juger. Ainsi, Strasbourg peut effectivement prétendre à l'autorité de décider lequel des deux États contractants est responsable de toute violation de la CEDH. Toutefois, du point de vue du droit de l'Union, déterminer la responsabilité en cas de violation et la compétence en matière de recours constituent néanmoins deux questions strictement relevant du droit de l'Union. La confrontation entre ces deux perspectives est l'essence du pluralisme, qui n'a pas besoin (et peut-être ne devrait pas) être détruit. Mais il y a une astuce à cela. Appelez cela l'art de

---

[2560] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 260–265.

[2561] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 175–179.

[2562] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 222–228.

[2563] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 180–184.

[2564] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, points 130–135.

l'ambiguïté: le pluralisme aurait pu être préservé en omettant de préciser qui décide en dernier ressort des questions de responsabilité[2565]. Nous le savons très bien grâce à notre expérience du pluralisme constitutionnel ailleurs. En résolvant la question de l'autorité ultime, la question de «qui décide» peut devenir une question d'accommodement mutuel. Nous le voyons dans le pluralisme constitutionnel «interne» de l'UE, c'est-à-dire dans les relations de l'UE avec ses États membres[2566]. De la même manière, déterminer s'il était plausible que l'UE devienne un co-défendeur (ainsi que l'attribution de la responsabilité finale) aurait pu être laissé au compromis entre Strasbourg et Luxembourg. Malheureusement, le projet d'accord (accompagné d'explications) a choisi une voie différente. En ce qui concerne la question de savoir qui décide de la responsabilité dans le cadre du mécanisme du défendeur conjoint, le projet de traité cherchait, assez inutilement, à éclaircir les choses en négociant un compromis. Il donnait à l'UE la plus grande part du pouvoir de déterminer les responsabilités, tout en permettant à Strasbourg de vérifier uniquement la plausibilité de la plainte de l'UE et de répartir les responsabilités sur la base des arguments avancés par l'UE et par tout État membre qui s'était présenté devant la CEDH. C'est le compromis du projet d'accord qui est à l'origine du problème. Du point de vue du droit de l'UE, l'UE ne peut pas signer un document qui donne formellement à la Cour EDH le pouvoir de décider de ces questions de droit de l'UE (même si ce n'est que marginalement.) Signer un tel document reviendrait à nier le pouvoir de la CJUE de déterminer le droit de l'Union. Sur le plan constitutionnel, cela n'est pas possible. En outre, après l'adhésion, la CEDH deviendrait une loi européenne contraignante et les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme interprétant la CEDH (y compris les questions de responsabilité commune si cela était autorisé) revêtiraient une grande importance au sein de l'ordre juridique de l'UE. Les deux autres objections ne nécessitent aucune autre précision. Il semble évident que la CJUE doit conserver le pouvoir d'interpréter, non seulement pour invalider, le droit de l'Union, mais également dans tous les cas de doute quant au fait que la CJUE ait eu la possibilité de le faire. Ne commettons tout simplement pas la même erreur en fixant le projet d'accord sur ce point. Ne spécifiez

[2565] D. Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal No. 1, 2015, p. 115.

[2566] M. Poiares Maduro, Interpreting European Law: Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism, 2 EUR. J. LEGAL STUD. N°1 ,2007.

pas que la Cour EDH peut décider si un tel doute existe. Dans la pratique, le risque d'occurrence concrète d'une telle situation demeure toutefois limité: les États membres ne peuvent se prévaloir formulées à l'égard de la CEDH que dans l'hypothèse où les droits garantis par celle-ci sont différents de ceux consignés dans la ChDF, laquelle s'applique en effet sans réserve, en vertu de son article 51, paragraphe 1, à la quasi totalité des États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union[2567].

La première partie de l'art.3, paragraphe 7, dispose que le défendeur et le co-défendeur sont conjointement responsables d'une violation de la CEDH, ce qui devrait éviter que la Cour-EDH soit obligée de décider, sur la base du droit de l'Union européenne, qui est responsable d'une violation particulière[2568]. Sur la base du mécanisme de co-défendeur, l'Union ou un État membre de l'UE peut devenir partie à part entière à la procédure avec tous les droits et obligations correspondants, dès lors que l'examen d'une violation de la CEDH implique également le contrôle d'une disposition du droit de l'Union pour en déterminer la compatibilité avec la CEDH. C'est notamment le cas lorsqu'une violation n'aurait été évitée que par le biais d'une violation du droit de l'Union[2569]. C'est un mécanisme différent de l'intervention prévue dans le même article 36 de la CEDH, qui ne confère que le droit de produire des observations sur un litige et elle peut être accordée à des entités non parties à la CEDH telle une association de défense des droits de l'homme[2570].

Le projet d'accord prévoit deux possibilités. Basé sur l'art. 3 §5, la Cour européenne des droits de l'homme peut inviter une partie à la CEDH à devenir le même défendeur ou à statuer sur une demande d'intervention en tant que co-défendeur. Dans le cas où une partie contractante pourra demander que soit l'Union, soit un de ses États membres devienne co-défendeur, il est prévu à l'art 3, paragraphe 5, du projet d'accord que

---

[2567] , N. Petit et J. Pilorge- Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l 'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A, 2014/4, p. 825.

[2568] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 176.

[2569] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 55 et suivants.

[2570] A. Issiaka Tldjani, L'adhésion de l'Union Européenne à la CEDH, De la nécessité au casse-tête, Éd. Universitaires Européennes, 2017, p. 29.

le requérant présente les arguments permettant d'établir que les conditions pour leur participation à la procédure sont remplies et que la *« Cour EDH statue sur cette demande au regard de la plausibilité de ces arguments.*[2571]*»* Dans ce dernier cas, la Cour-EDH doit vérifier si les exigences pertinentes sont remplies de manière plausible. La CJUE critique ce point en soutenant qu'il faut laisser à l'UE et à ses États membres le soin de vérifier si les exigences relatives au mécanisme de co-défendeur sont remplies[2572]. La procédure de simple invitation remplissait cette condition selon la CJUE, l'invitation en soi n'étant pas contraignante[2573]. En conséquence, une partie ne peut être obligée de participer à la procédure[2574] ; de même, l'UE et ses États membres conservaient ainsi le pouvoir de vérifier si les exigences essentielles étaient remplies, ce qui impliquait nécessairement une décision fondée sur le droit de l'Union[2575] . À cette fin, il serait indispensable d'appliquer les règles du droit de l'UE en matière de répartition des compétences entre l'UE et les États membres et les critères de responsabilité vis-à-vis de l'UE ou des États membres[2576] . Dans le cas d'une demande d'intervention en tant que co-défendeur de l'UE ou d'un État membre, la partie requérante doit toutefois fournir des arguments montrant que les conditions sont remplies[2577] . En conséquence, la Cour serait appelée à examiner non pas les arguments eux-mêmes en profondeur, mais néanmoins leur plausibilité[2578]. Selon la CJUE, cela est

---

[2571] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 décembre 2014, CDE, 2014, N° 2, p.65.

[2572] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 220.

[2573]CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 221.

[2574] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 219.

[2575] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 220-1.

[2576] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 221.

[2577]CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 223.

[2578] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 224.

"susceptible" d'interférer avec le partage des compétences entre l'Union européenne et les États membres et donc irrecevable[2579]. L'approche de la Cour apparaît très restrictive dans ce contexte. On peut soutenir que l'intensité de la révision utilisée par la Cour EDH selon toute vraisemblance dans ce contexte sera plutôt faible; de plus, il n'existe pas d'interprétation contraignante de la répartition des compétences. À ce sujet, la Cour de justice estime que, *« la Cour EDH serait conduite à apprécier les règles du droit de l'Union qui régissent la répartition des compétences entre cette dernière et ses États membres ainsi que les critères d'imputation des actes ou des omissions de ceux-ci, afin d'adopter une décision définitive à cet égard qui s'imposerait tant aux États membres de l'Union.[2580] »* Comme autre point de critique, la Cour conclut sur la faute de responsabilité conjointe prévue à l'art. 3 §7 du projet d'accord concernant le défendeur et le co-défendeur. Cela pourrait amener un État membre à être tenu pour responsable avec l'UE de la violation d'une disposition de la CEDH à l'égard de laquelle ledit État membre a formulé une réserve[2581] . Cela irait à l'encontre du protocole n ° 8 aux traités, qui stipule que l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH doit garantir que rien de tout cela n'affecte la situation particulière des États membres en ce qui concerne la CEDH, notamment en ce qui concerne les réserves[2582]. Cet argument soulève de la même manière certaines questions. Premièrement, l'UE ne peut être co-défendeur dans des procédures relevant du droit de l'Union que lorsqu'un État membre est défendeur devant la CEDH. Ceci est déjà exclu s'il existe une réserve pertinente de la part de cet État membre. Le problème n'est donc pas celui de l'article 3, paragraphe 7, *in fine,* de l'accord d'adhésion, mais il résulte du simple fait que dans l'Union européenne les compétences sont effectivement réparties entre l'Union et ses États Membres et même sans l'adhésion de l'Union à la Convention, aucune

---

[2579]CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 225.

[2580] CJUE,18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 223-224.

[2581] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 227.

[2582] S. Reitemeyer and B. Pirker, Opinion 2/13 of the Court oj Justice on access of the EU to the ECHR-One step ahead and two steps back, 31 mars 2015

clause à formuler dans un accord relatif à l'adhésion ne pourrait priver la Cour de Strasbourg de la compétence nécessaire pour trancher ces questions, le cas échéant, de compétence et d'attribution[2583]. Deuxièmement, la Cour européenne des droits de l'homme n'invitera pas un État membre à intervenir en tant que co-défendeur s'il existe une réserve pertinente émanant de cet État membre, pas plus qu'un État membre ne demandera à intervenir dans un tel cas. Il reste donc difficile de savoir comment le mécanisme de responsabilité conjointe est censé annuler en pratique une réserve valide existante[2584]. Enfin, la CJUE critique - à juste titre avec raison - que, selon l'art. 3 §7 du projet d'accord, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait décider, sur la base des arguments du défendeur et du co-défendeur, ayant demandé l'avis du demandeur, qu'un seul des deux est responsable de la violation.

En effet, l'article 3 §7 de l'accord d'adhésion déclare la responsabilité conjointe du défendeur et du co-défendeur.[2585]. Cela constituerait à nouveau nécessairement une décision basée sur le droit de l'Union concernant la répartition des compétences. Dans la mesure où cette décision est prise par la Cour européenne des droits de l'homme, elle pourrait avoir une incidence négative sur cette répartition[2586]. Cette évaluation resterait également la même si la Cour-EDH décidait exclusivement sur la base des arguments du défendeur et du co-défendeur sans entendre le demandeur; même si, par ces moyens, la Cour européenne des droits de l'homme ne ferait que "confirmer" un accord conclu entre le

---

[2583] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 décembre 2014, CDE, 2014, N° 2, p. 66.

[2584] S. Reitemeyer and B. Pirker, Opinion 2/13 of the Court of Justice on access of the EU to the ECHR-One step ahead and two steps back, 31 mars 2015 http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/

[2585] Ch. Eckes, EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaption, Modern Law Review, 76, 2013, p. 267.

[2586] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 230-1.

défendeur et le co-défendeur sur la répartition des responsabilités, il s'agirait d'une question relevant de la compétence exclusive de la CJUE [2587].

B. Les risques liés au non-respect des caractéristiques spécifiques de l'UE par le mécanisme du codéfendeur.

À première vue, les préoccupations de la Cour concernant le mécanisme de co-défendeur semblent également acceptables et bien conçues. La répartition des compétences est certainement l'un des fondements constitutionnels de l'ordre juridique de l'Union et fait donc partie intégrante de son autonomie juridique. Si la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que l'a supposé la CJUE, avait la compétence pour s'immiscer dans cette division des pouvoirs au sein de l'Union en répartissant indûment les responsabilités, le système juridique de l'Union européenne pourrait en être compromis. Le principal problème de la Cour était que, si un État membre demandait à l'UE (ou inversement) de devenir co-défendeur conformément à l'article 3, paragraphe 5, de l'accord d'adhésion, la Cour-EDH devrait alors déterminer si, à la lumière des motifs invoqués par l'État défendeur, il est «plausible» que les conditions énoncées à l'article 3, paragraphes 2 ou 3, de l'accord d'adhésion (c'est-à-dire qu'une allégation remet en question la compatibilité entre la CEDH et le droit de l'Union et que le défendeur initial n'aurait pu éviter une violation en ne respectant pas ses obligations en vertu du droit de l'UE).

La CJUE reproche à l'article 3, paragraphe 5 du projet d'accord de laisser toute demande d'accès au statut de co-défendeur de l'UE ou de ses États membres à l'appréciation de la Cour-EDH[2588]. Cela dit, ce n'est toutefois pas ce qui se passera après l'adhésion: une lecture plus approfondie du rapport explicatif révèle que l'approche de la CJUE était extrêmement stricte, puisqu'un paragraphe sur l'article 3, paragraphe 5, indique

[2587] CJUE, 13 juin 2014 , Procédure d'avis 2/13, Prise de position de l'Avocat Général Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475, point 234.

[2588] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'homme, 24 février 2015,

clairement que la Cour *« se limite à évaluer si les arguments présentés par la(les) Haute(s) Partie(s) contractante(s) demanderesse(s) sont plausibles à la lumière des conditions prévues à l'article 3, paragraphes 2 ou 3, selon le cas, sans préjudice de son évaluation du fond de l'affaire.*[2589] » Certes, cela semble être une concession assez généreuse de la part du système de la CEDH à la CJUE, obligeant évidemment Strasbourg à une évaluation simplement restreinte de la situation. Cette évaluation sera non seulement limitée à un test de plausibilité superficiel, mais exclut également expressément toute évaluation du fond de l'affaire. Outre le fait que le mécanisme des co-défendeurs reste volontaire et que les États membres et l'Union européenne ont le dernier mot pour décider de participer ou non à la procédure[2590], cela ne semble nullement dangereux pour l'autonomie du droit de l'Union. Très probablement, une telle évaluation de la plausibilité inciterait la Cour-EDH à simplement examiner si une disposition spécifique du droit de l'Union en général (article 3, paragraphe 2) ou une disposition spécifique du droit primaire de l'Union (article 3, paragraphe 3), est vraisemblablement un premier regard superficiel, en violation de la CEDH.[2591] Cela ne compromettrait en aucune manière la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. En effet, la question de la répartition de la responsabilité devrait être résolue uniquement en application des règles du droit de l'Union pertinentes, sous le contrôle, le cas échéant, de la CJUE à laquelle appartient la compétence exclusive pour s'assurer que l'accord entre le co-défendeur et le défendeur respecte lesdites règles[2592].

En outre, la Cour craignait également que l'adhésion n'engendre des situations dans lesquelles un État membre ayant formulé une réserve (valide) sur une disposition

---

[2589] Conseil de l'Europe,Cinquième Réunion de négociation entre le groupe de négociation ah hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 47+1(2013)008rev2, 10 juin 2013, point 55.

[2590] A. Delgado Casteleiro, United We Stand: The EU and its Member States in the Strasbourg Court, in The EU Accession to the ECHR, sous la direct. de V. Kosta, N. Skoutaris et V. Tzevelekos, 2014, p. 117.

[2591] T. Lock, End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR, Yearbook of European Law, N° 31, 2012, p. 170

[2592] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'homme, 24 février 2015,

spécifique de la CEDH pourrait être tenu pour responsable en vertu du mécanisme du co-défendeur, indépendamment de cette réserve. Un tel scénario irait à l'encontre du Protocole n ° 8 aux traités avec l'Union européenne, qui stipule que l'adhésion ne doit pas affecter la situation des États membres au regard de la CEDH. Toutefois, cette préoccupation peut facilement être apaisée, dans la mesure où, conformément à l'article 3, paragraphe 2 de l'accord d'adhésion, l'Union européenne ne peut participer à la procédure en tant que co-défendeur s'il y a un État membre en tant que défendeur initial - ce qui présuppose que l'État membre a été soumis à une obligation au titre de la CEDH, ce qui n'est logiquement possible que si cet État membre n'a pas formulé de réserve. On peut donc en conclure que ce problème est préempté de toute façon sur la base de la Convention[2593].

Si la Cour souligne que l'UE n'est pas un État - un fait, mais néanmoins un novum[2594] - et que ses caractéristiques spécifiques n'ont pas été prises en compte, on ne peut pas soutenir qu'il n'y a pas eu de discussion. En effet, la situation particulière de l'adhésion d'une organisation à la division complexe des compétences a été au cœur des débats de ces dernières années[2595]. Cela a notamment conduit à l'introduction du mécanisme dit de «co-défendeur» afin de garantir que les procédures engagées devant la

---

[2593] Tobias Lock, Oops! We Did It Again – The CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR, Verfassungsblog, 18 décembre 2014, http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der- eu/#.VMtYMC6fbj4

[2594] La discussion à ce sujet est bien connue et la qualification finale la plus répandue semble encore être que l'UE est une entité sui generis. La Cour se réfère à cela lorsqu'elle affirme:
« Or, la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement, entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d'une adhésion à la CEDH. »
Voir aussi: C. Eckes et R.A. Wessel, 'The European Union: An International Perspective', in T. Tridimas and R. Schütze (Eds.), The Oxford Principles of European Union Law – Volume 1: The European Union Legal Order, Oxford: Oxford University Press, 2015.

[2595] J.P. Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 48 CMLRev. ,2011, p. 995-1023;

CEDH par des États non membres de l'UE et que les requêtes individuelles soient correctement adressées aux États membres et / ou à l'UE selon le cas[2596].

Premièrement, la CJUE s'est assurée que, conformément à l'article 3, paragraphe 5, de l'accord d'adhésion, une partie contractante peut rejoindre la procédure en tant que co-défendeur en acceptant l'invitation de la Cour européenne des droits de l'homme à le faire. La Cour a toutefois contesté la possibilité que l'UE ou un État membre devienne co-défendeur par décision de la Cour-EDH à la demande de la Partie contractante en question[2597]. Dans ce cas, la partie contractante est tenue de fournir les raisons qui permettent d'établir que les conditions pour participer à la procédure sont remplies. La Cour européenne des droits de l'homme déciderait alors si ces raisons sont plausibles ou non. De l'avis de la CJUE, un tel examen de la part de la Cour européenne des droits de l'homme inclurait une évaluation de la répartition des compétences en vertu du droit de l'Union, ainsi que des critères d'attribution de leurs actes et omissions, ce qui pourrait porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union[2598]. Deuxièmement, la CJUE a estimé que l'article 3, paragraphe 7, et le principe de la responsabilité solidaire pourraient également avoir une incidence négative sur la répartition des compétences pour deux raisons: d'une part, cette disposition impliquerait qu'un État membre puisse être tenu responsable, de même que l'Union européenne, pour la violation d'une disposition de la CEDH à laquelle cet État membre a formulé une réserve en vertu de l'article 57 CEDH. Cela irait à l'encontre de l'article 2 du protocole n ° 8 aux traités, qui dispose que l'accord d'adhésion ne doit pas affecter la situation des États membres au regard de la CEDH[2599]. D'autre part, l'article 3, paragraphe 7, autorise également la Cour-EDH, sur la base des motifs exposés par le défendeur et le co-défendeur et après avoir demandé l'avis du demandeur, qu'un seul d'entre eux devrait être tenu pour responsable. la violation en question. La CJUE a souligné que, si l'on autorisait la Cour européenne des droits de l'homme, une telle décision aurait

---

[2596] Ch. Eckes, EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation, 76 Modern Law Review, 2013, p. 254-285, at 267.

[2597] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, European Yearbook on Human Rights,2015, p. 31.

[2598] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 215-225.

[2599] Ibid, points 226-228.

également une incidence sur la répartition des compétences au sein de l'UE. Une telle ingérence ne pourrait être évitée même si la décision de la Cour EDH se fondait uniquement sur un accord sur la répartition des responsabilités entre le défendeur et le co-défendeur. Une telle question ne pourrait être résolue que par la Cour de justice et non par la Cour EDH. Par conséquent, la CJUE a estimé que les dispositions prises pour le fonctionnement du mécanisme de co-défendeur constituaient un grave danger pour les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union.

La Cour a également jugé le mécanisme de co-défendeur problématique, car dans sa forme actuelle, la Cour européenne des droits de l'homme aurait à évaluer les règles du droit de l'Union régissant la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres, ainsi que les critères de l'attribution de leurs actes ou omissions, en vue de l'adoption d'une décision finale (tant pour les États membres que pour l'Union européenne) en ce qui concerne la recevabilité des demandes d'application du mécanisme. En outre, si la Cour européenne des droits de l'homme établit une violation à l'égard de laquelle une partie contractante est co-défendeur de la procédure, le défendeur et le co-défendeur doivent être solidairement responsables de cette violation[2600]. Selon la Cour, cette disposition n'empêche pas un État membre d'être tenu pour responsable, conjointement avec l'Union européenne, de la violation d'une disposition de la CEDH à l'égard de laquelle cet État membre a formulé une réserve. Cela affecterait la situation des États membres en ce qui concerne la CEDH - une situation contraire à ce que l'article 2 du Protocole n ° 8 impose à cet égard. Par ailleurs, le système qui permet la condamnation conjointe du défendeur et du co-défendeur est difficilement articulable avec l'hypothèse dans laquelle l'État membre aurait fait une réserve à la Convention, alors même que le Protocole 8 exige que l'accord d'adhésion garantisse qu'aucune de ses obligations n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la CEDH et notamment, des réserves à celle-ci[2601]. Troisièmement, la Cour a estimé que le fait que l'article 3 §7 du projet d'accord permette de déroger à la règle générale selon laquelle le défendeur et le co-défendeur sont

[2600] A. Mohay, Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR - Case Note, Pécs Journal of International and European Law 2015/I, p. 28-36

[2601] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13. Rev. Europe, février 2015, p. 7.

solidairement responsables d'une violation établie est également inacceptable. Dans de tels cas exceptionnels, la Cour européenne des droits de l'homme peut décider, sur la base des motifs exposés par le défendeur et le co-défendeur, et après avoir demandé l'avis du requérant, qu'un seul d'entre eux soit tenu pour responsable de cette violation. Selon la Course justice , la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être habilitée à se prononcer sur la répartition des responsabilités entre l'UE et ses États membres, car une telle décision reviendrait à évaluer les règles du droit de l'Union régissant la répartition des pouvoirs entre un effet négatif sur la répartition des pouvoirs dans le système de l'UE[2602]. Contrairement aux États, l'UE ne peut adhérer à la CEDH en se contentant de déposer ses instruments de ratification. Sur des points importants, l'UE n'entre pas dans le système de la Convention. Cela commence par des problèmes assez simples tels que l'argent et la sémantique. Plus fondamentalement, les règles de la Convention régissant la défense devant le tribunal de Strasbourg, l'épuisement des recours et l'attribution de la responsabilité doivent être adaptés pour l'UE. L'adhésion est une entreprise complexe[2603]. C'est pourquoi il faut rappeler brièvement la raison d'être de l'accord d'adhésion avant de passer aux préoccupations de la Cour. La combinaison de l'appartenance parallèle à l'UE et à ses États membres et du mode de mise en œuvre indirect rend très complexe la dissociation de la responsabilité d'une éventuelle violation des droits de l'homme dans des situations où le droit de l'Union est potentiellement impliqué. Par conséquent, si un citoyen perçoit que son droit au regard de la CEDH est violé par un État membre mettant en œuvre le droit de l'Union, il est fort possible qu'il ordonne, après avoir épuisé tous les recours internes, une requête contre l'État membre d'exécution uniquement, tandis que l'infraction potentielle est en réalité enracinée dans l'acte juridique de l'UE. Mais la racine d'une allégation de violation des droits de l'homme ne pourrait être ni traitée correctement ni

[2602] A. Mohay, Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR - Case Note, Pécs Journal of International and European Law 2015/I, p. 28-36

[2603] Tobias Lock, Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order, 48 COMMON MKT. L. REV. 1025, 2011, p.1034–1037.

réparée si l'UE et les États membres n'étaient pas les deux parties à la procédure[2604]. Comme l'explique le rapport explicatif relatif au projet d'accord d'adhésion, il convient de s'attaquer aux lacunes en matière de participation, de responsabilité et de force exécutoire. C'est pourquoi le projet d'accord d'adhésion prévoit le mécanisme de co-défendeur.[2605] Ce mécanisme permettrait à l'UE de devenir, aux côtés d'un État membre, une partie à la procédure de la Cour EDH et vice versa. Dans le cas de demandes notifiées à un ou plusieurs États membres de l'UE, mais pas à l'UE elle-même, le mécanisme de co-défendeur sont déclenchés s'il apparaît qu'une violation présumée de la CEDH remet en question la compatibilité d'une disposition de l'UE, conformément à la Convention, notamment lorsqu'il apparaît que la violation n'aurait pu être évitée que par le non-respect d'une obligation en vertu du droit de l'Union[2606]. Pour autant, la CJUE estime que le mécanisme de co-défendeur, tel qu'ainsi défini, méconnait les règles du droit de l'Union qui régissent la répartition des compétences entre cette dernière et ses États membres ainsi que les critères d'imputation des actes ou des omissions de ceux-ci dans la mesure où la Cour-EDH pourrait adopter une décision définitive qui s'imposerait tant aux États membres qu'à l'Union[2607]. Le principe de responsabilité conjointe est étroitement lié au mécanisme de co-défendeur[2608]. Si, dans une procédure de co-défendeur, une violation de la CEDH est constatée, l'UE et le ou les États membres sont solidairement responsables[2609]. Il appartient à la CJUE de démêler ultérieurement les responsabilités respectives de l'Union européenne et de ses États membres en cas de violation des droits de l'homme.

[2604] A. Delgado Casteleiro, United We Stand: The EU and its Member States in the Strasbourg Court, dans THE EU ACCESSION TO THE ECHR,, sous la direct de V. Kosta, N. Skoutaris et V. Tzevelekos, 2014, p.105, p.106 et 111.

[2605] Art. 3 du PDA.

[2606] Art 3, paragraphe 3 du PDA.

[2607] P. Dollat, L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux, Rev. du Droit de l'Union européenne , 3/4 2016, p. 524.

[2608] Art 3, paragraphe 7 du PDA.

[2609] Ch. Krenn, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13, 16 German Law Journal No. 1 (2015), p. 150.

La Cour voit trois problèmes. Premièrement, lorsque l'UE ou les États membres demandent l'autorisation d'intervenir en tant que co-défendeurs dans une affaire portée devant la Cour EDH, ils doivent donner les raisons qui permettent d'établir que les conditions de leur participation à la procédure sont réunies et que la CEDH doit: statuer sur cette demande à la lumière de la plausibilité de ces motifs. Cela donnera à la Cour EDH la possibilité d'interférer dans le partage des compétences entre l'UE et ses États membres. Deuxièmement, à la fin, l'UE et les États membres peuvent être tenus solidairement responsables. Cependant, un État membre peut avoir formulé une réserve sur la question à l'examen, ce qui impliquerait une violation de l'article 2 du Protocole N ° 8, selon lequel l'accord d'adhésion doit garantir que rien de tout cela n'affecte la situation des États membres au regard de la CEDH. Troisièmement, en cas de responsabilité commune, la CEDH peut décider que seul l'un d'entre eux sera tenu pour responsable de cette violation. Là encore, cela impliquerait une évaluation des règles de droit de l'Union régissant la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Une première évaluation de ces arguments nous amène à conclure que la Cour peut être trop prudente. Ce ne serait pas la première fois qu'une "juridiction étrangère" se prononcerait sur la répartition des compétences et des responsabilités entre l'UE et ses États membres. Le meilleur exemple est fourni par l'OMC, où la répartition des compétences n'est même pas suivie de manière cohérente pour correspondre au mieux au cadre judiciaire de l'OMC. Et, à la fin, l'Union pourrait même affirmer - conformément aux affaires Kadi - que, dans la mise en œuvre, elle est liée par ses propres règles constitutionnelles tant qu'elle reste dans les limites de ses obligations internationales. Le plus important, cependant, est que l'argument semble défectueux dans son principe. Fermer le rôle d'une cour externe chaque fois que l'interprétation du droit de l'Union est en jeu pourrait violer l'idée même du système de Strasbourg[2610]. Adhérer à ce système implique une certaine vulnérabilité et l'acceptation du fait que, par définition, on n'aura plus le dernier mot sur l'interprétation du droit interne à la lumière des obligations énoncées dans la Convention.

[2610] A. Łazowski et R. A. Wessel, When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, 16 German Law Journal No. 1 (2015), p. 197.

SECTION II. Les limitations d'invocation de la Charte des droits fondamentaux.

Le traité de Lisbonne a entraîné des changements fondamentaux dans la structure de l'UE. L'un des changements les plus importants est la conversion de la Charte en une charte des droits juridiquement contraignante pour l'UE et le mandat officiel pour que l'UE adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) de 1950. Il est donc affirmé que les droits fondamentaux constituent des principes généraux du droit de l'Union tels que garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ces avancées ont conféré à l'Union un mandat renforcé en matière de droits fondamentaux, qui a permis l'émergence d'une nouvelle "architecture des droits fondamentaux" et contribue à la visibilité et à une meilleure protection des droits fondamentaux au sein de l'UE.

Avant le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, la Charte n'avait aucun effet juridique (bien qu'elle soit sous une forme quelque peu différente depuis décembre 2000). L'adhésion de l'UE à la CEDH est devenue obligatoire en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du TUE, tel que modifié par le traité de Lisbonne, et complète ainsi le système de protection des droits fondamentaux en donnant à la CEDH le pouvoir de contrôler les actes de l'UE. Les garanties inscrites dans la CEDH constituent une norme minimale. Si les parties signataires ne doivent pas offrir un niveau de protection des droits de l'homme inférieur à celui requis par la Convention, elles sont libres de le dépasser. Si le niveau de protection dans un État membre est supérieur à la protection fournie par la CEDH, la Convention ne doit pas être interprétée comme limitant l'un des droits inscrits dans le cadre juridique national d'un État membre[2611]. En janvier 2010, dans l'affaire *Kücükdeveci*, la Cour a souligné pour la première fois le nouveau statut juridique de la Charte, indiquant simplement que *« la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même valeur juridique que les traités.*[2612] »

[2611] Article 53 CEDH.

[2612] CJUE, 19 janvier 2010, Kücükdeveci, aff. C−555/07,ECLI:EU:C:2010:21, point 22.

La CJUE a été placée au cœur de la nouvelle architecture des droits fondamentaux et peut être considérée comme l'un de ses principaux garants[2613]. L'adoption du projet de charte a été un grand succès, dans la mesure où il n'a été facile ni de s'entendre sur la portée *ratione materiae* de l'instrument ni de s'engager sur les questions horizontales les plus centrales. Le rôle de la CJUE en tant que «cour constitutionnelle» a été assuré en tant qu'interprète faisant autorité en matière de droits garantis par la Charte. En conséquence, la Cour occupera (et a déjà occupé) une place très importante dans le constitutionnalisme fondé sur les droits en Europe[2614]. En tout état de cause, le terme a été utilisé dans la littérature juridique décrivant la Charte et semble être plutôt accepté par les commentateurs en ce sens qu'il symbolise le passage de la Charte en tant que document non contraignant à une déclaration juridiquement contraignante[2615].

La question de savoir si la Charte constitue une sorte de déclaration des droits de l'Union européenne a été jetée autour du contexte d'une association fédéraliste. Cela signifierait essentiellement que la Charte constitue un toit de droits fondamentaux pour tous les États membres et rendrait superflue la législation nationale en matière de droits fondamentaux. Cette ligne de pensée a été critiquée car la Charte, comme le soulignaient maintes fois la littérature juridique, ne vise pas à remplacer les droits fondamentaux nationaux. La Charte, au sens d'une véritable déclaration des droits dans l'UE, impliquerait également une charge de travail considérable pour la Commission, qui jouerait le rôle d'autorité centrale dans les affaires de droits fondamentaux pour tous les États membres. Après tout, l'UE d'aujourd'hui n'est pas un État fédéral européen. Cependant, pour atteindre les citoyens européens au niveau national, il peut être positif de "commercialiser" la Charte et son objectif complémentaire de manière historique et de renforcer une identité européenne collective[2616].

[2613] J. Genberg, The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – Quo Vadimus?, Helsinki Law Review 2014/1 p. 31–60 .

[2614] A. S. Sweet,The European Court of Justice. In The Evolution of EU Law. Second Edition. P. Craig, et G. de Búrca, Oxford University Press 2011, p. 153.

[2615] Voir par ex V. Skouris,The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformation. In Constitutionalising the EU Judicial System. Edited by Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon 2012, p. 7.

[2616] J. Genberg, The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – Quo Vadimus?, Helsinki Law Review 2014/1 p. 35.

Le problème principal est maintenant de savoir dans quelle mesure la Charte devrait lier les États membres. Cette tâche était un exercice politiquement difficile. Entre autres questions, la relation entre la Charte et d'autres sources de droits fondamentaux (y compris la CEDH et les constitutions des États membres), le niveau de protection à assurer, ainsi que la possibilité de prévoir des limitations aux droits à codifier par l'instrument, ont été longuement commentés. Les dispositions de la Charte régissant son champ d'application résultent donc d'un compromis délicat.

Bien que la Charte fasse désormais partie du droit communautaire primaire, son champ d'application est limité de manière significative, à savoir, la Charte ne devient applicable au niveau national que lorsque le droit de l'Union est en cause. Compte tenu de l'importance de pouvoir traiter les arguments fondés sur la Charte, la question la plus importante sera de déterminer si la Charte s'applique dans certaines situations au niveau national. En d'autres termes, la question se pose de savoir si une norme de l'UE est applicable ou non dans un cas particulier. Le champ d'application est défini à l'article 51 §1 de la Charte. La formulation de l'article 51 §1 a donné lieu à différentes interprétations et les opinions des universitaires sont sans aucun doute divisées[2617].

La portée (ou le champ) de l'application a été délibérément limitée. Les premiers et principaux destinataires de la Charte sont les institutions de l'Union elles-mêmes, le droit national des droits fondamentaux ne les liant pas. La Charte ne s'applique aux États membres que lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union. Cette formulation est très restrictive. En d'autres termes, il ne s'applique pas dans les situations où il n'y a pas de lien avec le droit de l'Union[2618]. Il convient toutefois de noter que la jurisprudence antérieure de la CJUE, ainsi que les explications[2619] relatives à la Charte, font référence à la fois à la *"mise*

[2617] H. Kaila,The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the Euro- pean Union in the Member States. In Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh. Edited by Cardonnel, P., Rosas, A. and Wahl, N. Oxford and Portland, Oregon 2011, p. 293.

[2618] A. Rosas, When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at a National Level? Jurisprudence 2012 19(4), p. 1277.

[2619] Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JO C 303 du 14 décembre 2007, p. 17–35.

en œuvre" du droit de l'Union et au "*champ d'application du"* droit de l'Union[2620]. L'article 51, paragraphe 1, de la charte faisant référence à une situation de «mise en œuvre» du droit de l'Union, de nombreuses discussions ont eu lieu pour savoir si cette expression est plus restrictive que la «mise en oeuvre» ou le «champ d'application» du droit de l'Union[2621].

Si une certaine question ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union européenne, les droits fondamentaux de l'Union européenne ne sont pas contraignants pour les autorités et les tribunaux d'un État membre, et ces droits doivent respecter à la fois les droits fondamentaux consacrés dans la constitution et les normes internationales de la réglementation des droits fondamentaux. Dans ces cas, la CJUE n'est pas compétente pour examiner la question de savoir si le droit constitutionnel d'un État membre est compatible avec les droits fondamentaux de l'Union européenne, si l'affaire ne relève pas du champ d'application du droit de l'UE.

L'article 51, paragraphe 2, de la charte précise qu'il n'élargit pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de celle-ci, ne crée aucun nouveau pouvoir ou tâche pour l'Union européenne, ni ne modifie les attributions définies dans les traités. Avant la Charte, la mise en œuvre du droit de l'Union faisait référence à une «situation d'agence[2622]»: l'UE conférait à un État membre le pouvoir d'introduire le droit dérivé de l'UE dans le droit national. La mise en œuvre consistait à donner «des mains et des pieds» à la législation de l'UE afin qu'elle devienne efficace[2623].

Selon cet article, la Charte s'applique aux institutions, organes et organismes de l'Union et aux États membres, mais elle ne s'applique aux États membres «que s'ils appliquent le

---

[2620] Dans les explications relatives à la Charte, il est fait référence à la fois à la jurisprudence de la CJCE, selon laquelle l'obligation de respecter les droits fondamentaux lie les États membres «lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union», et aux cas utilisant la notion de «mise en œuvre». En tout état de cause, la référence à la mise en œuvre ne vise pas à exclure les situations dans lesquelles les États membres appliquent directement les normes juridiques de l'Union, y compris les situations dans lesquelles ils invoquent des dérogations à ces normes, en d'autres termes, y compris les situations dans lesquelles il n'existe pas d'acte d'exécution national distinct (COM (2010)) 543 final).

[2621] A. Rosas, When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at a National Level? Jurisprudence 2012 19(4), p. p. 1276.

[2622] X. Groussot, L. Pech, & G. Petursson ,The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States Action: in Search of Certainty in EU Adjudication. Eric Stein Working Paper No 1/2011, p 3–5.

[2623] L. Besselink, The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter. 8 Maastricht Journal 1, p. 77.

droit de l'Union européenne». Cela signifie que ce n'est que lorsque les États membres agissent conformément à des directives ou à des règlements qu'ils doivent agir conformément à la Charte. Cependant, la frontière entre le droit de l'UE et le droit national n'est pas toujours facile à établir dans une affaire *in concreto*. Selon l'affaire *Åkerberg Fransson*, la notion d'application du droit de l'Union semble correspondre au champ d'application du droit de l'Union. Une autre affaire: *Melloni,* a également apporté quelques précisions supplémentaires. Quand *Åkerberg Fransson* semble confirmer une conception assez large mais toujours limitée du champ d'application de la Charte au niveau national, l'affaire *Melloni* apporte quelques précisions intéressantes sur la coexistence de normes européennes et nationales sur la protection des droits fondamentaux et le champ d'application de la Charte. Ces deux décisions ont permis de mieux comprendre la notion d'application au niveau national et de clarifier les formulations mitigées de l'article 51 de la Charte et les explications qui les sous-tendent. Le respect des droits fondamentaux par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union est dans l'intérêt commun de tous les États membres, car il est essentiel pour la confiance mutuelle nécessaire au bon fonctionnement de l'Union. Ce principe est particulièrement important compte tenu de l'élargissement de l'acquis de l'UE dans des domaines où les droits fondamentaux sont particulièrement importants, tels que l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la non-discrimination, la citoyenneté européenne, la société de l'information et l'environnement[2624].

Le raisonnement classique dans le domaine de la protection des droits fondamentaux a donc changé [2625] et la CJUE utilise désormais un point de départ dans la Charte elle-même, plus les traditions constitutionnelles communes et la CEDH[2626]. L'effet direct indique si les particuliers peuvent faire appel au droit de l'Union devant les tribunaux

[2624] Communication de la Commission Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne, COM (2010) 573, p. 9.

[2625] La CEDH constituait jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne la principale source de référence. Voir par exemple le document de travail EUI de Kokott-Sobotta.

[2626] CJUE, 19 janvier 2010, Kücükdeveci, aff. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, point 22 et CJUE, 22 novembre 2005.Mangold, aff. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, point 74.

nationaux[2627]. La doctrine de l'effet direct s'applique en principe à tout le droit contraignant de l'Union, y compris les traités, le droit dérivé et les accords internationaux[2628]. Le sens de l'effet direct reste contesté. Au sens large, cela signifie que les dispositions du droit européen contraignant qui sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles pour être considérées comme justiciables peuvent être invoquées par les particuliers devant les tribunaux nationaux. Il existe également un concept plus étroit d'effet direct, défini en termes de capacité d'une disposition du droit de l'Union à conférer des droits à des particuliers[2629]. La notion d'effet direct doit être dissociée de la notion d'applicabilité directe, qui explique si une loi de l'Union a besoin d'un parlement national pour promulguer une législation la légalisant dans un État membre. Les traités et les règlements sont directement efficaces verticalement et horizontalement. Un traité ou un règlement peut être invoqué devant un tribunal d'un État membre contre un État ou un autre particulier. Ainsi, le traité de Lisbonne a introduit certaines réformes procédurales majeures, dont la plus importante serait un assouplissement des conditions d'admissibilité des actions intentées par des particuliers à l'encontre d'actes réglementaires des institutions, organes et organismes de l'UE, étant donné que les personnes physiques ou morales peuvent former un recours contre un acte réglementaire si elles sont directement concernées par celui-ci et si cela n'entraîne pas de mesures d'exécution[2630]. Les juridictions nationales sont tenues de garantir le respect des droits garantis par la Charte et doivent en conséquence réexaminer leur législation nationale, la mettant ainsi de côté en cas de conflit, même dans un contexte horizontal. Cela nie le fait que, dans la pratique, un tel «effet horizontal indirect» des droits fondamentaux contenus dans la Charte revient en réalité à les rendre obligatoires pour les

[2627] L'effet direct vertical signifie que vous pouvez utiliser la législation de l'UE contre un État membre. L'effet direct horizontal signifie que vous pouvez utiliser la législation de l'UE contre un autre individu.

[2628] Craig - de Burca, p. 180.

[2629] Ibid.

[2630] V. Skouris,The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformation. dans Constitutionalising the EU Judicial System. Edts Pascal Cardonnel, Allan Rosas et Nils Wahl. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon 2012, p.10. Voir aussi Art. 263(4) TFEU.

particuliers[2631]. Les compétences de l'UE sont très larges et permettent une législation qui interfère profondément dans les relations horizontales[2632].

L'application du droit de l'Union conformément à l'article 4, paragraphe 3, du traité UE est un principe que les juridictions nationales ont accepté, mais qui pose également des difficultés lorsqu'il est appliqué par les juridictions et les autorités administratives nationales. Cette section porte sur la mise en œuvre et l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en d'autres termes, sur ce que signifie l'article 51 réglementant le champ d'application de la Charte (I) et le rôle de la CJUE (II). Cette section comprend un examen du contexte de la Charte, en particulier de l'article 51 ChDF, suivi d'une présentation de la jurisprudence importante de la CJUE, et enfin d'une analyse des problèmes théoriques concernant, par exemple, la terminologie utilisée pour interpréter la Charte et le rôle de la CJUE . La section se termine par de brèves conclusions.

1. § La délimitation de la mise en oeuvre nationale de la Charte des droits fondamentaux.

L'article 51 détermine le champ d'application de la Charte; il prévoit que la Charte s'applique aux actes des institutions de l'Union européenne; et aux États membres que lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union. En résumé, la jurisprudence de la Cour part du principe que l'application du droit de l'Union, d'une manière ou d'une autre, à une réglementation nationale, peu importe que celle-ci soit entièrement déterminée par le droit de l'Union ou non, a pour conséquence l'application des droits fondamentaux et c'est dans ce sens qu'il faut comprendre la référence au « champ d'application » du droit de l'Union[2633].

[2631]M. Claes, The European Union, its Member States and their Citizens in Leczykiewicz & Weatherhill, p. 50.

[2632] Ibid, p. 51.

[2633] A. Épiney, Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications, CDE, 2014, N°2,p. 289.

L'article 51, paragraphe 2, dispose que la Charte n'élargit pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union et ne confère aucun nouveau pouvoir à l'Union. La Cour de justice a été réceptive au deuxième paragraphe et il semble que le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne soit devenu plus défini (voire plus étroit) à la suite du traité de Lisbonne. Cette section divise la jurisprudence en trois groupes différents: d'abord, nous examinons l'arrêt *Fransson*, dans lequel la Cour a admis qu'un lien distant avec le droit de l'Union suffisait à déclencher la Charte; nous nous tournons ensuite vers la jurisprudence concernant le droit de l'Union qui coordonne plutôt qu'harmonise les règles nationales; puis nous analysons les cas où il a été constaté que la Charte ne s'appliquait pas. Ces derniers sont encore divisés dans les affaires où la Cour a estimé que le lien avec le droit de l'Union était insuffisant pour justifier l'application du droit de l'Union; et les affaires de citoyenneté où la Cour, en redéfinissant le champ d'application personnel du droit de l'UE, a eu une incidence sur la mesure dans laquelle la Charte est applicable. Le rapport affirme que les droits fondamentaux de l'Union européenne sont appliqués de manière variée aux règles nationales: dans les cas où l'intérêt de l'UE est plus fort, la Charte est davantage susceptible de s'appliquer aux règles nationales; dans les cas concernant la coordination des règles, la Charte ne s'applique (le cas échéant) qu'aux cas extrêmes aux autorités d'exécution nationales; pour le reste, la Cour a adopté une interprétation restrictive du champ d'application de la Charte en appliquant un critère étroit et utilitaire et en redéfinissant le champ d'application personnel du traité.

L'article 51 §1 définit le champ d'application de la Charte; tandis que l'article 51 §2 précise que la Charte ne modifie en aucune manière les compétences et les pouvoirs de l'Union. Ainsi, alors que l'article 51, paragraphe 1, reste pratiquement inchangé entre Nice et Lisbonne, codifie la jurisprudence existante sur le champ d'application des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union. Le deuxième paragraphe de cette même disposition visait à apaiser les craintes de «compétence rampante» dans la Charte, c'est-à-dire l'idée que la Charte pourrait être utilisée pour élargir les compétences de l'UE. L'article 51, paragraphe 2, a été modifié par la suite, principalement à la demande du gouvernement britannique[2634]. La version actuelle de l'article 51 se lit comme suit :

[2634] Voir le témoignage de Lord Godsmith devant la House of Commons, Comité de surveillance de l'Union européenne

Article 51

Champ d'application

1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États 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 à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités.

2. 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 traités.

L'article 6, paragraphe 1, du traité UE reflète les préoccupations relatives à la perte de compétence. Là encore, il est indiqué que la Charte «n'étend en aucune manière les compétences de l'Union»[2635], disposition qui visait clairement à garantir que la Charte ne serait pas utilisée comme passerelle vers la compétence générale en matière de droits fondamentaux. Cela est également confirmé dans les explications de la Charte[2636] concernant la nouvelle phrase de l'article 51 §2. Ainsi, il est déclaré que *"la référence à la Charte dans l'article 6 du traité sur l'Union européenne ne peut être comprise comme élargissant à elle seule le champ des actions des États membres considéré comme « la mise en œuvre du droit de l'Union ».* D'autre part, l'applicabilité limitée de la Charte aux mesures nationales a également fait l'objet de critiques: en particulier, et compte tenu du fait qu'il n'existe aucun moyen efficace de faire respecter les droits fondamentaux des États membres récalcitrants, le Parlement européen a critiqué l'interprétation donnée à l'article

[2635] L'article 6 §2 précise également que l'adhésion à la CEDH n'affecte pas les compétences de l'Union; l'adhésion a été suspendue à la suite de la décision du CJUE dans l'avis 2/13, EU: C: 2014: 2454.

[2636] JO de l'UE C 303, 14 décembre 2007, Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, p. 17.

51 ChDF dans la mesure où cela contrecarre l'attente des citoyens d'être protégée par l'UE également contre les actes de leurs propres États membres[2637].

Parlant de l'application de la Charte, la Commissaire à la Justice de l'UE, Reading a posé le problème de l'effet *«frapper à la mauvaise porte[2638]»*. Il est indiqué que la Commission reçoit chaque jour des centaines de lettres de citoyens souhaitant faire respecter leurs droits fondamentaux à l'égard de tel ou tel État membre. Cela a convaincu la Commission qu'il était nécessaire de déployer des efforts supplémentaires pour informer les citoyens du moment où la Charte s'applique et de l'endroit où aller en cas de violation de leurs droits[2639]. Lorsqu'un État membre ne respecte pas les droits fondamentaux énoncés dans la Charte lors de la mise en œuvre du droit de l'Union, la Commission, en tant que la gardienne des traités, a le pouvoir de tenter de mettre fin à l'infraction et peut, le cas échéant, prendre les mesures qui s'imposent à initier une affaire à la CJUE. La Commission ne peut intervenir que si la situation en question concerne le droit de l'Union[2640]. Le facteur le reliant au droit de l'UE dépendra d'une évaluation au cas par cas[2641]. Par exemple, un facteur de rattachement existe lorsque la législation nationale met en œuvre une directive de l'UE d'une manière contraire aux droits fondamentaux, lorsqu'une autorité publique applique le droit de l'Union d'une manière contraire aux droits fondamentaux ou lorsqu'une décision finale d'un tribunal national applique ou interprète le droit de l'UE d'une manière contraire aux droits fondamentaux[2642].

En effet, dans les situations dans lesquelles les États membres font usage d'une marge de manœuvre découlant du droit de l'Union, il y a également application du droit de l'Union et, par conséquent, les États membres doivent faire usage de la marge manœuvre qui leur

---

[2637] JO de l'UE, 12 janvier 2018, Résolution du Parlement européen du 21 janvier 2016 sur les activités de la commission des pétitions au cours de l'année 2014 (2014/2218(INI)), p. 105-115.

[2638] J. Genberg, The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – Quo Vadimus?, Helsinki Law Review 2014/1 p. 51.

[2639] COM (2012) 169 final, p. 8.

[2640] Voir Art 51 §1 ChDF.

[2641] Communication de la Commission Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne, COM (2010) 573 final, p. 10.

[2642] La priorité sera donnée aux procédures d'infraction soulevant des questions de principe ou ayant un impact négatif particulièrement important pour les citoyens. Voir COM (2010) 573 final, p. 10.

est laissé dans le respect des droits fondamentaux et quoi u'il en soit, il semble que la jurisprudence de la Cour à ce sujet soit relativement constante[2643].

Toutefois, lorsqu'on examine la jurisprudence récente de la CJUE, il semble que le problème du champ d'application soit plus complexe que le simple manque d'échange d'informations vers les citoyens des États membres. En fait, il semble y avoir plus d'une perception de ce que signifie réellement le problème de «l'application de la Charte au niveau national». Lors de la lecture des rapports et déclarations officiels de la Commission, le problème posé est celui de la mauvaise interprétation du champ d'application de la Charte par les citoyens, plutôt que par la critique des États membres quant à l'étendue du champ d'application de la Charte. Lors de la lecture des rapports et déclarations officiels de la Commission, le problème posé est celui de la mauvaise interprétation du champ d'application de la Charte par les citoyens, plutôt que par la critique des États membres quant à l'étendue du champ d'application de la Charte. Pour assurer le bon fonctionnement de la Charte, le principal problème à résoudre est la relation entre la défense des droits fondamentaux et la limitation des pouvoirs de l'UE[2644]. Conformément au principe de subsidiarité, l'article 51, paragraphe 1, de la Charte dispose que ses dispositions s'adressent en premier lieu aux institutions, organes et organismes de l'Union, qui sont tenus de respecter les dispositions de la Charte dans l'exercice de leurs tâches. et dont l'autorité est limitée en conséquence. L'arrêt de la Cour du 19 juillet 2012, *Parlement contre Conseil*, dans lequel le Parlement européen a demandé à la Cour d'annuler un règlement du Conseil faisait référence à cette obligation imposée à toutes les institutions de respecter les droits fondamentaux[2645].

La rédaction de l'article 51 §1 de la Charte était en effet une tâche difficile. S'il ne faisait aucun doute que, conformément à l'article 6 du TUE et à la jurisprudence de la CJUE, les États membres devaient respecter les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union, le fait demeure que le lien entre ces principes et les droits et principes fondamentaux réaffirmé par la Charte n'est pas clair. D'une part, on pourrait faire

[2643] A. Épiney, Le champ d'application de la charte des droits fondamentaux: L'arrêt Fransson et ses implications,CDE, 2014, N° 2, p. 289.

[2644]W. Mock, William et G. Demuro, Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Carolina Academic Press. Durham, North Carolina 2010, p. 315

[2645] CJUE, 19 juillet 2012, Parlement / Conseil, aff. C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, point 83.

valoir que les droits fondamentaux constituent un sous-ensemble des principes généraux du droit de l'Union. D'autre part, la Charte comprend des droits, qui ne sont pas forcément qualifiés de tels principes[2646]. De plus, les principes généraux du droit sont souvent non écrits, plutôt vagues et doivent être adaptés par la jurisprudence, alors que la Charte établit un cadre écrit bien défini pour la protection des droits fondamentaux. Par conséquent, une simple mise en parallèle des champs d'application de ces deux systèmes de protection des droits fondamentaux ne semblait pas une option réaliste[2647]. La Charte peut être sujette à de nombreuses critiques, par exemple la distinction entre droits et principes, ce qui est susceptible de créer de nouvelles incertitudes et de conduire à la relégation des droits sociaux et économiques en tant que simples principes incontrôlables dépourvus de capacité d'exécution. Selon Doğan, pour que la Charte serve bien l'objectif de promotion et de protection des droits de l'homme, notamment en habilitant la CJUE à assurer une protection cohérente, adéquate et efficace des droits en question, il est essentiel que la distinction susmentionnée soit supprimée et que la disposition limitant la compétence de la Cour soit modifiée[2648]. La question problématique du moment où appliquer la Charte peut également, peut-être être due au fait qu'il n'existe pas de critère spécifique permettant d'évaluer de manière prévisible si le droit national entre dans le champ d'application de la Charte. Il est cependant peu probable qu'il soit possible de créer un instrument permettant aux États membres de vérifier avec sécurité si une affaire relève du champ d'application de la Charte, car le domaine du droit en question vit et évolue constamment avec les structures sociales et économiques de l'Union.

La question du champ d'application de l'article 51 de la Charte et de ce que signifie le champ d'application dans la pratique au niveau national sont des questions nuancées. Rosas discute de la nécessité de *«dédramatiser la question [du champ d'application de la Charte] et de montrer également que le véritable problème n'est pas tant l'applicabilité de*

[2646] Pour plus d'informations sur les principes généraux du droit de l'UE, voir par exemple Raitio (2003), p. 101-123.

[2647] H. Kaila, The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the Euro- pean Union in the Member States. dans Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh. Edts Cardonnel, P., Rosas, A. and Wahl, N. Oxford and Portland, Oregon 2011., p. 295.

[2648] Y. Doğan, The Fundamental Rights Jurisprudence of the European Court of Justice: Protection For Human Rights Within the European Union Legal Order. Ankara Law Review Vol. 6 No. 1 2009, p. 79.

la Charte en tant que telle que celle d'une autre norme de droit de l'Union[2649]» Par conséquent, en ce qui concerne les cours, l'effet direct se résume en réalité à un test de justiciabilité; est la norme «suffisamment opérationnelle en soi pour être appliquée par un tribunal» dans une affaire donnée[2650]. L'existence d'un effet direct est une question d'interprétation du droit de l'Union qui doit être réglée par la CJUE plutôt que par les juridictions nationales. Les juridictions nationales demandent toujours régulièrement à la CJUE de se prononcer sur l'effet direct d'une norme de droit de l'Union en termes de "que ce soit ou non »[2651].

Dans le contexte de l'UE, les autorités administratives sont tenues de faire appliquer des normes directement efficaces du droit de l'UE et de mettre de côté des législations nationales contradictoires, même s'ils ne peuvent pas utiliser le mécanisme de l'article 177 du traité CE pour demander à la CJUE des indications sur le point de savoir si la norme de l'UE a un effet direct et sur le point de savoir s'il existe un conflit avec le droit national. Par conséquent, ces autorités sont susceptibles d'appliquer le droit de l'Union de manière erronée[2652].

La disparition du droit communautaire par le traité de Lisbonne et son absorption dans le nouveau régime élargi du droit de l'Union européenne soulèvent de nouvelles questions. L'élément crucial pour l'application effective des principes de primauté et d'effet direct indiqués par la CJUE est l'attitude des juridictions et des autorités nationales[2653]. Les compétences de l'UE sont très larges et permettent une législation qui interfère profondément dans les relations horizontales. La question de savoir si cela est considéré comme légitime et souhaitable dépend en définitive de notre acceptation du fait que l'UE

[2649]A. Rosas, When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at a National Level? Jurisprudence 2012 19(4),p. 1270.

[2650] Ibid.

[2651] Dans son arrêt, Costanzo, la Cour a déclaré que "lorsque les conditions dans lesquelles elle a jugé que des particuliers peuvent invoquer les dispositions d'une directive devant les juridictions nationales sont réunies, tous les organes". l'administration, y compris les autorités décentralisées telles que les municipalités, sont obligés d'appliquer ces dispositions. CJUE, 22 juin 1989, Fratelli Costanzo / Comune di Milano, aff. C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256.

[2652] B. de Witte, Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order. In The Evolution of EU Law. Second Edition. Edts P. Craig, et De Búrca, G. Oxford University Press 2011, p. 333.

[2653]H. Kaila, The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the Euro- pean Union in the Member States. dans Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh. Edts P.Cardonnel, A. Rosas, et N/ Wahl, Oxford and Portland, Oregon 2011, p. 346–347.

est plus qu'un marché intérieur et comprend une communauté de valeurs. La CJUE se trouve au milieu d'une structure inter-judiciaire - le triangle formé par les tribunaux nationaux, la Cour européenne des droits de l'homme et la CJUE. La CJUE subira des pressions croissantes de la base (les juridictions nationales) et de la hiérarchie (la Cour européenne des droits de l'homme), et ces pressions obligeront à s'immiscer de plus en plus profondément dans l'élaboration des politiques au niveau de l'UE. Une plus grande judiciarisation résultera très probablement de cette démarche[2654].

Cela étant dit, les spécialistes ont généralement estimé que l'article 51 ChDF venait de réaffirmer le champ d'application actuel des droits fondamentaux de l'Union[2655]: la Charte serait donc toujours applicable aux actes des institutions de l'Union européenne (qui sont après tout le principal objectif de ses dispositions) et aux actes des États membres uniquement dans les cas où il existait un lien avec le droit de l'Union, soit parce que l'État membre met en œuvre la législation de l'UE, soit parce que l'État membre applique la législation de l'UE, soit parce qu'il est tenu de respecter les principes constitutionnels de l'UE lorsqu'il restreint l'un des droits de libre circulation de l'UE[2656]. En ce qui concerne l'application de la Charte, la CJUE a rendu plusieurs arrêts clarifiant le but et les objectifs de la Charte. Par exemple, dans l'affaire historique *Wachauf,* il a été établi dans les années 1980 que les États membres - lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union européenne - sont tenus de respecter les droits fondamentaux de l'Union européenne[2657]. C'est pourtant une formule très semblable à la « formule Wachauf » que l'on retrouve désormais à l'article 51§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce qui pouvait laisser penser à un recul dans le champ d'application de la Charte par rapport au champ

---

[2654] A.Sweet, The European Court of Justice. In The Evolution of EU Law. Deuxième Édition. P. Craig, P. Et G. de Búrca, Oxford University Press 2011, p. 152–153.

[2655] Pour commencer, il a été question de déterminer si la portée de la charte était plus étroite que celle des principes généraux en raison du fait que la charte ne mentionnait pas les États membres agissant dans le cadre du droit de l'Union (c'est-à-dire les cas de libre circulation); cependant, les explications se référaient aux deux situations et la Cour l'a bientôt indiqué; voir par exemple: CJUE, 15 novembre 2011, Murat Dereci et autres contre Bundesministerium für Inneres, aff. C-256/11 , ECLI:EU:C:2011:734.

[2656] Il n'entre pas dans le cadre du présent rapport d'enquêter sur la complication supplémentaire découlant de l'article 52 (5) de la Charte en ce qui concerne la distinction entre droits et principes; pour un compte rendu de la jurisprudence récente, voir J. Krommendijk,'Principled silence or mere silence on principles? The role of the EU Charter's principles in the case law of the Court of Justice' (2015) Eur Const Law Rev 321.

[2657] CJUE, 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321, point 19.

d'application des principes généraux du droit[2658]. La CJUE a continué à tracer la voie et a ensuite affirmé que les États membres devaient également respecter les droits fondamentaux de l'Union[2659] lorsqu'ils dérogeaient au droit de l'Union et, éventuellement, lorsqu'ils agissaient *«dans le cadre du droit de l'Union»*[2660].

Dans l'affaire *ERT*[2661], la cour alla plus loin en déclarant qu'elle pouvait également contrôler une règle nationale susceptible de restreindre une liberté fondamentale pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, ajoutant qu'une telle règle devait être interprétée à la lumière des éléments suivants: principes généraux du droit et en particulier des droits fondamentaux, dont l'efficacité est garantie par la CJUE. Dans cette affaire la CJUE explique que la réglementation nationale doit être en harmonie avec les principes généraux du droit communautaire « dès lors [qu'elle] entre dans le champ d'application du droit communautaire [2662]». L'on conçoit ce que cette expression a d'extensif en même temps que d'indéterminé : inclut-elle le champ d'application de l'ensemble des normes juridiques de l'Union, voire l'ensemble du champ de compétence – c'est-à-dire le champ d'application de la compétence – des institutions de l'Union [2663]?
Il convient toutefois de rappeler que le degré d'application des droits fondamentaux aux règles nationales n'était pas bien défini, même avant les amendements à la Charte: par exemple, dans l'affaire *Wachauf,* la Cour semblait limiter l'obligation incombant à la

---

[2658] S. Platon, La Charte des droits fondamentaux et la « mise en oeuvre » nationale du droit de l'Union: précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte, RDLF 2013, chron. n°11, http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-charte-des-droits-fondamentaux-et-la-mise-en-oeuvre-nationale-du-droit-de-lunion-precisions-de-la-cour-de-justice-sur-le-champ-dapplication-de-la-charte-commentai/

[2659] CJUE, 26 juin 1997,Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH contre Heinrich Bauer Verlag, aff. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 et CJUE, 18 juin 1991, ERT / DEP, aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

[2660] CJUE, 18 décembre 1997, Annibaldi, aff. C-309/96, ECLI:EU:C:1997:631.

[2661] CJUE, 18 juin 1991, ERT / DEP, aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

[2662] CJUE, 18 juin 1991, ERT / DEP, aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, point 42.

[2663] V. Constantinesco et V. Michel, Compétences communautaires , Répertoire Dalloz de droit communautaire, n° 140 s. ; F. Fines., Le champ d'application, reflet des compétences communautaires ? , RAE-LEA, 2003-2004, pp. 37 s., spéc. p. 38 dans S. Platon, La Charte des droits fondamentaux et la « mise en oeuvre » nationale du droit de l'Union: précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte, RDLF 2013, chron. n°11, http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-charte-des-droits-fondamentaux-et-la-mise-en-oeuvre-nationale-du-droit-de-lunion-precisions-de-la-cour-de-justice-sur-le-champ-dapplication-de-la-charte-commentai/

juridiction nationale d'appliquer les droits fondamentaux de l'UE aux règles nationales à une obligation interprétative, qui ne s'étendait «que dans la mesure du possible[2664]».

De même, la jurisprudence sur la relation entre les règles nationales limitant les droits fondamentaux et les droits de libre circulation n'était pas abondante et, dans la plupart des cas[2665], favorisait également l'efficacité du marché intérieur.

Quoi qu'il en soit, après la constitutionnalisation de la Charte, il est apparu clairement que la Cour était réceptive au texte modifié de l'article 51, paragraphe 2, alors même que le texte de la Charte ou ses explications donnaient peu d'indications quant aux limites de son application au droit national: il est juste de dire que la Cour a agi avec une extrême prudence en exigeant que les autorités nationales se conforment à la Charte[2666].

A. La concurrence des standards de protection au sein de l'UE.

Parmi les changements apportés par le traité de Lisbonne, le plus important est la conversion de la Charte en un document juridiquement contraignant pour l'UE. Le défi consiste, entre autres, à transformer ce qui n'est qu'une conception architecturale en un appareil institutionnel, politique et juridique efficace garantissant la réalisation concrète des droits fondamentaux des individus. Le rôle de la CJUE est essentiel à cet égard, en particulier lorsqu'il s'agit de garantir l'accès à la justice à toute personne dont les droits

[2664] CJUE, 13 juillet 1989, Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff.C-5/88, ECLI:EU:C:1989:321, point 19.

[2665] Les cas de conflit entre l'exercice du droit de libre circulation et les droits fondamentaux sont rares: CJUE, 26 juin 1997, Familiapress, aff. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325, où la Cour a laissé l'appréciation à la juridiction nationale; CJUE, 14 octobre 2004.Omega, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, plus problématique lorsque l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation détermine une approche «centralisée» susceptible de porter atteinte (potentiellement ou en fait) aux droits fondamentaux nationaux: par exemple: CJUE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, aff. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, voir aussi CJUE, 18 décembre 2007, Lalval un Partneri, ECLI:EU:C:2007:809, Sur ces questions, voir E. Spaventa, 'Federalisation versus Centralisation: tensions in fundamental rights discourse in the EU' in S Currie M Dougan 50 years of the European Treaties: Looking backwards Thinking Forward, Hart publishing 2009, p.343.

[2666] Pour un aperçu général de la protection des droits fondamentaux dans l'UE (mais avant Fransson et Melloni), voir: S de Vries, U Bernitz and S Weatherill (eds) The Protection of EU Fundamental Rights after Lisbon (Hart Publishing 2013); sur le champ d'application de la Charte, voir de manière générale: M Dougan 'Judicial review of Member State action under the general principles and the Charter: defining the 'scope of Union law' (2015) CMLRev 1201.

fondamentaux auraient été violés, comme le prévoit l'article 47 de la Charte de l'UE, et d'assurer la transparence future. L'article 47 de la Charte stipule que:

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. »

Respectueux des articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux, eux-mêmes interprétés « en harmonie » avec un standard conventionnel équivalent, sous les réserves que l'on a pu émettre, le niveau de protection des droits fondamentaux à la fixation duquel le législateur de l'Union est parvenu se voit décerné un label de « suffisance [2667] ». C'est alors l'appréciation de la validité du droit dérivé au regard des normes supérieures du droit de l'Union européenne, elles-mêmes objet d'interprétation, à laquelle il était demandé de procéder[2668]. L'avocat général affirme dans l'arrêt *Melloni* que : *« Nous estimons que le standard de protection retenu par le législateur de l'Union est suffisant et approprié pour atteindre les objectifs susmentionnés et que le respect des articles 47, deuxième alinéa, et 48, paragraphe 2, de la Charte n'exigeait pas qu'il opte pour une protection plus étendue[2669] »* Contrairement à ce que l'on pourrait croire instinctivement, et à ce que la Cour de justice semble vouloir faire croire, un pas supplémentaire déterminant est franchi en faveur de l'autorité et de l'autonomie du droit de l'Union par cette évaluation autonome de la qualité du niveau de la protection[2670].

Que nous choisissions une interprétation plus large ou plus restrictive de l'article 51 de la Charte, cela ne change rien au fait qu'il ne remplace pas les constitutions nationales, mais les complète. Les citoyens doivent donc s'habituer au fait qu'ils sont confrontés à un système à plusieurs niveaux de protection des droits fondamentaux: la CJUE, la Cour

---

[2667] E. Dubout, Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel, Réflexions autour de l'arrêt Melloni, CDE, 2013, N°2, p. 304.

[2668] E. Dubout, Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel, CDE, 2013, N°2, p.298.

[2669] CJUE, 2 octobre 2012, Melloni, aff. C−399/11, ECLI:EU:C:2012:600, point 83 des collections.

[2670] E. Dubout, Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel, Réflexions autour de l'arrêt Melloni, CDE, 2013, N°2, p. 304.

européenne des droits de l'homme et les cours nationales. Selon le traité, la Cour s'appuie sur trois sources principales d'inspiration pour la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'UE: la Charte, la Convention et les traditions constitutionnelles communes aux États membres. Inévitablement, cette compétence, le conflit d'intérêts dans une société moderne complexe et la nécessité de disposer d'un juge final central des questions fondamentales ont amené la CJUE à devenir au fil du temps une cour constitutionnelle fédérale capable de traiter des questions de droits fondamentaux, à l'instar de la Cour suprême des États-Unis qui l'a fait en l'absence d'un document unificateur lui conférant cette autorité ou reprenant les principes des droits fondamentaux[2671].

L'une des raisons d'être de la Charte est de fournir ce document unificateur et l'autorité fondamentale de la CJUE.

La jurisprudence récente de la CJUE a tenté de combler le fossé en interprétant la notion de «mise en œuvre du droit de l'Union», clarifiant ainsi le mélange de formulations différentes, permettant de prévoir plus facilement le champ d'application de la Charte dans une affaire donnée. La Cour avait le choix de maintenir sa jurisprudence existante en matière de droits fondamentaux en tant qu'organe relativement autonome, ce qui aurait peut-être permis plus de souplesse et de légitimité dans le traitement des renvois des juridictions nationales qui concernent des mesures sensibles des États membres relevant «du champ d'application du droit de l'Union». La Cour joue maintenant un rôle clé dans l'avenir de la Charte. Les actions futures de la CJUE visant à "développer" le champ d'application de la Charte revêtent une importance cruciale pour la Cour afin de maintenir la confiance de certains États membres (l'Allemagne est connue pour son scepticisme). La CJUE devra peut-être prouver par le biais de la jurisprudence future que la Charte n'est pas un échec, mais bien un diamant brut.

Quelques années après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 26 février 2013, la CJUE a rendu deux décisions importantes, *Åkerberg Fransson* et *Melloni,* qui apportaient des précisions intéressantes et attendues (mais aussi critiquées) sur l'application de la Charte à niveau, en particulier en ce qui concerne la terminologie et les conséquences de la

[2671] Voir la préface pour un aperçu du développement :W. Mock, William et G. Demuro, Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Carolina Academic Press. Durham, North Carolina 2010,

notion de mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1. Depuis que la Charte est devenue juridiquement contraignante, un débat a eu lieu concernant son éventuel *«effet fédéralisateur»* et son application horizontale[2672]. Dans une situation, comme celle en pause dans l'affaire *Melloni*, où le législateur de l'Union a jugé nécessaire de procéder à une harmonisation exhaustive des conditions dans lesquelles les droits fondamentaux doivent être pris en compte ou sont susceptibles de faire obstacle à la mise en couvre de la norme commune le standard de protection ainsi établi -pour autant qu'il soit compatible avec la Charte - fixe un niveau de protection indépassable. En revanche, dans une situation comme celle de l'affaire *Åkerberg Fransson,* où l'action des États n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, le juge national reste libre d'appliquer un standard plus protecteur que celui de la Charte, sous la réserve d'assurer néanmoins aux intérêts ou actes de l'Union une sanction effective[2673].

Dans l'affaire *Åkerberg Fransson[2674],* la procédure nationale en cause concernait la fraude fiscale, qui incluait un élément fraude à la TVA. M. Åkberger Fransson souhaitait l'application sans intermédiaire de la Charte, en particulier de l'article 50 de la Charte qui garantit le principe *ne bis in idem;* il ne s'appuyait pas sur une disposition spécifique du droit de l'Union. En dépit des protestations des États membres, la Cour a conclu à l'application de la Charte, dans la mesure où une perte de recettes résultant de l'échec de la perception de la TVA entraînait également une perte de recettes pour le budget de l'UE. Pour cette raison, le demandeur pouvait invoquer directement la Charte concernant le principe *non bis in idem*. Il serait juste de dire que la décision *Åkberger Fransson* a été accueillie avec une certaine perplexité par les universitaires (et avec l'hostilité des États membres), car il a été jugé que le lien entre le droit de l'Union et l'affaire en cause était trop ténu pour déclencher la l'application de la Charte. Cependant, il est possible qu'*Åkberger*

[2672] X. Groussot, L. Pech, & G. Petursson ,The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States Action: in Search of Certainty in EU Adjudication. Eric Stein Working Paper No 1/2011, p. 16. Voir aussi W. Mock, William – G. Demuro, Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Carolina Academic Press. Durham, North Carolina 2010, p. 320–321.

[2673] C. Picheral, Concurrence et parasitisme des standards de protection, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau,, R.A.E-L.E.A. 2015/1p.92

[2674] CJUE, 7 mai 2013, Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280, voir aussi: F Fontanelli 'Implementation of EU law through domestic measures after Fransson: the Court of Justice buys time and 'non-preclusion' troubles loom large', 2014, ELRev 682.

Fransson ait des effets plus limités qu'on ne le pensait initialement: ce n'est pas seulement depuis que la Cour a fourni une interprétation plus restrictive du lien avec le droit de l'Union nécessaire pour invoquer la Charte[2675], mais aussi parce qu'il se peut que l'interprétation large retenue dans Fransson soit due à deux considérations: tout d'abord, le fait que la TVA ait fait l'objet d'une harmonisation qui relève du champ d'application du droit de l'Union; et les sanctions pour infraction à la TVA sont étroitement liées à la perception de la TVA. Deuxièmement, l'importance stratégique de la perception de la TVA pour le budget de l'UE pourrait justifier, du moins aux yeux de la Cour, une attitude plus intrusive: ainsi, par exemple, dans l'affaire *Taricco*[2676], la Cour a fortement empiété sur l'autonomie de la procédure nationale, les délais de prescription applicables aux infractions pénales liées à la fraude à la TVA entraient dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, de sorte qu'il pourrait être nécessaire de les ignorer pour éviter une situation dans laquelle les actions en fraude à la TVA seraient systématiquement abandonnées en raison de l'effet combiné du complexité de la procédure et du délai de prescription.
La Cour arrive à la conclusion que la présente situation juridique relève du champ d'application du droit de l'Union: en effet, des dispositions du droit dérivé de l'Union (que la Cour cite en détail) obligent les États membres à prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude; par ailleurs, l'article 325 TFUE oblige les États membres, de manière générale, à lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures dissuasives et effectives, ces mesures devant être équivalentes à celles prévues pour la protection (contre la fraude) de leurs propres intérêts[2677].

Dans le cas d'*Åkerberg Fransson*[2678], nous allons au cœur de cette section. Derrière cette affaire, qui semble à première vue simple, se cachent deux problèmes extrêmement compliqués. Le premier problème est de savoir si la CJUE peut essayer une question

---

[2675] CJUE, 6 mars 2014, Siragusa, aff. C−206/13, ECLI:EU:C:2014:126,

[2676] CJUE, 8 septembre 2015, Taricco e.a., aff. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, voir aussi, CJUE, 18 décembre 1997, Garage Molenheide e.a. / Belgische Staat, aff. C-286/94, C-340/95, C-401/95 et C-47/96, ECLI:EU:C:1997:623,

[2677] A. Épiney, Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications, CDE, 2014, N° 2, p. 293.

[2678] CJUE, 26 février 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105,

d'interprétation qu'elle soit lorsque l'affaire concerne une situation au niveau national. L'autre problème concerne l'application du principe *non bis in idem* de l'Article 50 de la Charte[2679]. L'un des éléments de cette affaire était la tentative de la CJUE de clarifier l'article 51 §1 ChDF et la manière d'interpréter la phrase selon laquelle la Charte est adressée «aux États membres uniquement lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union». La Cour a examiné la question de la mise en œuvre pour établir sa compétence et non pas parce que la juridiction de renvoi l'a posée à titre de question préliminaire. Cela a suscité une certaine inquiétude dans les bureaux de l'Avocat Général[2680]. L'élément le plus important de la présente affaire concerne la précision selon laquelle l'article 51 §1 doit être interprété en ce sens que la Charte s'adresse aux États membres qui agissent «dans le cadre du droit de l'Union européenne».

Sur cette base, la Cour insiste sur le fait qu'il résulte, en substance, de sa jurisprudence constante que les droits fondamentaux de l'Union sont applicables dans « toutes les situations régies par le droit de l'Union » et que, partant, lorsqu'une réglementation nationale « entre dans le champ d'application » du droit de l'Union, elle doit respecter les droits fondamentaux de l'Union. Ainsi, l'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte[2681]. La Charte peut être invoquée non seulement dans les cas où les États membres transposent une directive de l'UE ou en exécution d'un règlement, mais plus généralement lorsque la situation en cause relève "du champ d'application du droit de l'Union", ce qui couvre également par exemple les situations dans lesquelles les États membres dérogeant aux dispositions du marché intérieur relatives à la libre circulation[2682].

[2679] Selon l'avocat général Cruz Villalón, la confusion qui règne en l'espèce découle de la première question d'interprétation posée par le tribunal de district, où le problème est en soi perçu comme plus facile que le précédent. La question concerne la dimension du principe de primauté par rapport à une demande formulée par la Cour suprême suédoise. La confusion est due au fait que le lien suffisant (voir également le paragraphe 33) avec le droit de l'Union est énoncé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui complique encore la question de la dimension ne bis in idem dans le droit de l'Union.

[2680] Voir point 56.

[2681] A. Épiney, Le champ d'application de la charte des droits fondamentaux: L'arrêt Fransson et ses implications, CDE, 2014, N°2, p. 292.

[2682] En ce qui concerne la question de la recevabilité, l'avocat général Cruz Villalón a proposé à la Cour de constater son incompétence, l'État membre concerné n'appliquant pas le droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. L'avocat général a estimé qu'un examen attentif des circonstances de l'affaire plaiderait en faveur de cette conclusion. Voir point. 5

La référence aux explications[2683] par le biais de l'article 52, paragraphe 7 de la Charte et de l'article 6, paragraphe 1, du traité UE permet de conclure que les termes «lors de la mise en œuvre du droit de l'Union» à l'article 51, paragraphe 1, doivent être assimilés à la formulation «dans le champ d'application». du droit de l'Union européenne ", qui est utilisé dans les explications. L'exigence imposée aux États Membres, en vertu de l'article 51, § 1er, de la Charte des droits fondamentaux, de respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne, comme le soulignent expressément les explications relatives à la Charte. Toute la difficulté consiste à déterminer les cas dans lesquels les États membres ont censés mettre en oeuvre le droit de l'Union en vue de les contraindre à respecter les dispositions de la Charte. Après quelque errements, le jurisprudence de la Cour de justice semble avoir trouvé un cap en vertu de certaines affirmations réitérées à l'occasion de demandes préjudicielles qui soulèvent précisément la question difficile de l'applicabilité de la Charte[2684].

Dans l'affaire *Akerberg Fransson*, la Cour de justice a pris une position de principe qui consiste à retenir une acceptation large de la notion de mise en oeuvre du droit de l'Union. Elle a observé que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont « vocation à être appliqués dans toute les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations[2685] » et a considéré que ceux qui sont garantis par la Charte devaient être respectés « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union. [2686]» de manière encore plus radicale, la Cour a ajouté que « l'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte.[2687] » . De telles affirmations de principe, particulièrement significatives, seront rappelées des arrêts ultérieurs[2688].

[2683] Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JO C 303 du 14.12.2007, p. 17–35.

[2684] F. Picod, La mise en oeuvre du droit de l'Union européenne condition énigmatique d'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux, in Les droits de l'homme à la croisée des droits: mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, Paris, 2018, p. 561.

[2685] CJUE, 26 février 2013, Akerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, pt. 19

[2686] CJUE, 26 février 2013, Akerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, pt21.

[2687] Ibid.

[2688] CJUE, 26 septembre 2013, Texdata Software, aff. C-408/11, ECLI:EU:C:2013:588, pt. 73.

La CJUE adopte une approche uniforme en ce qui concerne la question de savoir dans quel cas les droits fondamentaux sont garantis dans l'ordre juridique de l'UE. Les droits fondamentaux garantis en tant que principes généraux du droit de l'UE s'appliquent «dans le cadre du droit de l'UE», de même que les droits fondamentaux consacrés dans la Charte. Un champ d'application différent des deux sources de droits fondamentaux de l'UE entraînerait une confusion et des incohérences considérables, étant donné qu'elles existent l'une à côté de l'autre et qu'un grand nombre des droits fondamentaux contenus dans la Charte ont déjà été reconnus comme constituant des principes généraux du droit de l'UE avant que la Charte ne devienne juridiquement contraignante. La CJUE autorise l'applicabilité de la norme nationale des droits fondamentaux «dans une situation où l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union européenne». Cependant, le fait qu'il existe un lien avec le droit de l'Union signifie que le niveau de la protection s'applique à titre de garantie minimale. Cela signifie également que la norme nationale ne peut s'appliquer que si elle ne compromet pas la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union. Dans ce sens, l'arrêt *Fransson* est une illustration du champ d'application très large des droits fondamentaux garantis par la Charte, celui-ci englobant en définitive (aussi) toutes les situations dans lesquelles le droit national met en ouvre le droit de l'Union, y compris les dispositions ou exigences du droit de l'Union, y compris les dispositions ou exigences du droit de l'Union formulées de manière large, comme par exemple l'exigence de non-discrimination, d'équivalence et d'effective de l'application du droit de l'Union ainsi que la garantie d'une protection juridique respectant ces principes[2689].

En traitant de manière coordonnée les affaires *Åkerberg* et *Melloni*, la CJUE a consciemment commencé à développer une théorie générale sur la manière d'appliquer la Charte. Premièrement, elle a engagé un long débat sur le champ d'application de la Charte en ce qui concerne les actions des États membres, en interprétant le libellé de l'article 51 §1 de «que dans la mise en œuvre du droit de l'Union». Deuxièmement, elle a interprété l'article 53 qui stipule que *«Aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme (...), comme le reconnaissent la CEDH et les constitutions des États membres».*

[2689] A. Épiney, Le champ d'application la Charte des droits fondamentaux: L'arrêt Fransson et ses implications. CDE, 2014, N°2, p. 294.

L'article 51, paragraphe 1, de la Charte semblerait toutefois interdire ce pouvoir à la CJUE en dehors de l'application du droit de l'Union et une "évolution américaine" par l'activisme judiciaire serait plus ou moins impossible[2690].

Dans l'affaire *Melloni*, la Cour a abordé l'importante question de la relation entre les droits fondamentaux nationaux et les droits fondamentaux de l'UE. L'affaire *Melloni* est importante pour l'interprétation de l'article 53 de la Charte. L'article 53 se lit comme suit:

« 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, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres. »

La CJUE a rejeté l'interprétation selon laquelle l'article 53 autorise les États membres à appliquer leur norme de protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution lorsque celle-ci est supérieure à celle fondée sur la Charte et donc en lui donnant la priorité sur l'application du droit de l'Union[2691]. La CJUE a réaffirmé que le droit de l'Union est supérieur au droit national, y compris aux constitutions nationales. Par conséquent, sur la base de l'article 53, la question est de savoir si un État membre peut invoquer sa constitution et sa protection constitutionnelle des droits fondamentaux et refuser d'appliquer une disposition du droit de l'Union. Ici, la question ne concerne pas seulement le champ d'application de l'article 53, mais il est intéressant de noter qu'elle se transforme en une question de relation entre le droit constitutionnel national et le droit de l'Union, plus précisément la nature et les limites du principe de primauté du droit de l'Union. L'approche adoptée par la CJUE n'est guère surprenante en ce qui concerne le

[2690] *Ibid*, p. 18.

[2691] La Cour a déclaré que «cette interprétation de l'article 53 de la Charte porterait atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union dans la mesure où elle permettrait à un État membre de ne pas respecter les règles de droit de l'Union qui sont pleinement conformes à la Charte lorsqu'elles enfreignent les droits fondamentaux garantie par la constitution de cet État ». Elle a ensuite ajouté qu '"en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union ... les règles de la législation nationale, même d'ordre constitutionnel, ne peuvent miner l'efficacité du droit de l'Union sur le territoire de cet État. "Voir par. 55–57.

principe de primauté: la primauté inconditionnelle du droit de l'Union sur le droit national est confirmée. En outre, les États membres peuvent appliquer leur norme de protection des droits fondamentaux lors de la mise en œuvre du droit de l'Union, à condition que la primauté du droit de l'Union soit garantie et que le niveau de protection de la Charte ne soit pas compromis[2692].

L'importance du jugement Melloni ne doit pas être sous-estimée. Alors que ses effets immédiats pourraient être limités à l'acte législatif de l'UE en question, le jugement envoie un message inquiétant sur la manière dont la CJUE considère son rôle comme une «cour de contrôle constitutionnelle[2693]». Assurément, l'arrêt *Melloni* se présente comme une « grand arrêt », une sorte de nouveau *Costa,* un arrêt re-fondateur de l'autorité du droit de l'Union dans un contexte de pluralisme constitutionnel et juridictionnel au profit duquel le réalisme juridique, et la résistance des juges nationaux, avait fini par convaincre de la fausse simplicité du principe de primauté « interne » posé par la Cour de justice. Toutefois, la particularité de l'affaire tenait à ce que le standard de protection des droits fondamentaux établi dans l'Union européenne ne relevait pas exclusivement de la Cour de justice, mais avant tout du législateur européen en ce que la protection des droits de la défense du condamné *in absentia* avait fait l'objet d'une « harmonisation » dans le droit dérivé[2694].

On notera pour terminer que l'affaire *Melloni* mettait en jeu une configuration un peu particulière : c'est celle dans laquelle l'acte de l'Union a pour objet d'harmoniser les degrés de protection des droits fondamentaux dans un domaine donné. Dans une telle hypothèse, le jeu du principe de faveur est évidemment interdit par la norme de l'Union puisqu'il s'agit justement d'éviter les divergences entre niveaux de protection des droits fondamentaux. Bien qu'étant constitutive d'un cas particulier et intéressant, cette situation

---

[2692] point 60.

[2693] D. Leczykiewicz: *Melloni* and the future of constitutional conflict in the EU U.K. Const. L. Blog (22nd May 2013) (available at http://ukconstitutionallaw.org).

[2694]E. Dubout, Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel, réflexions autour de l'arrêt Melloni, CDE, 2013, N°2,p. 306.

n'est cependant pas conceptuellement distincte du cas où l'application du standard national compromet *« la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* [2695]*»*.

La Cour part du principe que le législateur européen a respecté les droits fondamentaux, mais aussi que l'étendue de la protection des droits fondamentaux, y compris ceux reconnus dans la Charte, devrait être déterminée sur la base d'un acte de droit dérivé. Si cette méthode était appliquée de manière plus large, un acte de l'UE ne pourrait jamais être déclaré invalide pour violation des droits fondamentaux. L'arrêt dans l'affaire *Melloni* est également un pas en avant vers la centralisation des normes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, du moins dans les domaines où les autorités des États membres appliquent les actes de l'Union européenne.

L'effet le plus important de la Charte, vis-à-vis des États membres, a probablement été de sensibiliser les juridictions nationales au potentiel des droits fondamentaux de l'Union européenne. À cet égard, il est frappant de constater qu'au cours des quelque quarante années qui ont précédé la Charte, les juridictions nationales ont très peu évoqué à l'avance les obligations exactes imposées aux États membres lors de la mise en œuvre du droit de l'Union. Si l'un des principaux objectifs de la Charte était de rendre les droits fondamentaux de l'UE plus visibles, c'est un succès. Après la Charte, nous assistons à une augmentation spectaculaire du nombre de demandes de références préliminaires sur la mesure dans laquelle les droits fondamentaux de l'UE sont applicables aux actes des États membres. Cependant, il est également apparu clairement que l'intersection des droits fondamentaux de l'UE et du droit national est incroyablement complexe: en particulier, dans un système de compétences conférées, dans lequel l'UE ne peut agir que si les États membres en ont la capacité, il existe un risque que les droits fondamentaux aient un impact sur les domaines que l'État avait voulu réserver[2696], ou que les droits fondamentaux des individus ne soient pas protégés lorsque les États membres agissent sur la base du droit de

---

[2695] S. Platon, La Charte des droits fondamentaux et la « mise en oeuvre » nationale du droit de l'Union: précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte, RDLF 2013, chron. n°11, http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-charte-des-droits-fondamentaux-et-la-mise-en-oeuvre-nationale-du-droit-de-lunion-precisions-de-la-cour-de-justice-sur-le-champ-dapplication-de-la-charte-commentai/

[2696] Cela était évident aussi avant l'adoption de la Charte: prenons par exemple: CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434, dans lequel la jurisprudence de la Cour en matière de droits fondamentaux avait pour effet d'évaluer la proportionnalité du refus d'un permis de séjour au conjoint de ressortissant de pays tiers d'un citoyen britannique vivant au Royaume-Uni.

l'Union. Dans le cas de *McB*[2697], le premier renvoi préliminaire sur l'interprétation de l'article 51 §2 de la Charte, le potentiel de complexité est devenu évident. L'affaire concernait le règlement n ° 2201/2003 (le règlement Bruxelles II) qui, entre autres choses, détermine la compétence en cas de déplacement illégal d'un enfant d'un État membre à un autre. Dans le cas en cause, M. McB était un ressortissant irlandais qui avait trois enfants avec une ressortissante britannique. Finalement, la mère décida de fuir l'Irlande en emmenant les enfants avec elle. Le père engagea une procédure de garde devant les tribunaux irlandais, puis devant les tribunaux britanniques pour obtenir une ordonnance de renvoi des enfants en Irlande conformément au règlement Bruxelles II. Les tribunaux britanniques ont demandé à M. McB d'obtenir un certificat déclarant que le retrait des enfants de la juridiction irlandaise était illicite, les dispositions pertinentes du règlement Bruxelles II ne s'appliquant que dans cette circonstance. La Cour irlandaise a estimé que le déplacement n'était pas illicite au sens du règlement Bruxelles II car, au moment où les enfants avaient quitté le territoire irlandais, M. McB n'avait pas le droit de garde de ses enfants. Conformément à la loi irlandaise, lorsque les parents ne sont pas mariés, le père naturel acquiert le droit de garde uniquement à la suite d'une décision de justice (ou en accord avec la mère). La Cour devait ensuite examiner si les règles irlandaises en matière de garde à vue étaient incompatibles avec le droit de l'Union interprété à la lumière de l'article 7 de la Charte (droit à la vie privée et familiale). L'un des arguments de M. McB était en réalité que, puisque la Cour irlandaise appliquerait le règlement Bruxelles II, la question relevait de la Charte conformément à l'article 51. Dans cette affaire, à titre préjudiciel, il appartiendrait à la Cour de justice d'évaluer (indirectement) la compatibilité des règles irlandaises relatives à la détermination de la paternité avec les droits fondamentaux de l'Union. Cependant, l'UE n'a pas de compétence d'harmonisation en matière de droit de la famille. La demande de décision préjudicielle a ensuite mis au jour un champ de tension potentiel lorsque la situation est attirée dans le champ d'application du droit de l'Union par un texte législatif de coordination, c'est-à-dire par des règles visant à coordonner l'exercice des compétences des États membres plutôt que de les harmoniser, car des droits fondamentaux de l'UE, dans ce cas, pourrait avoir pour effet d'imposer une norme européenne dans un domaine autrement réservé à la compétence des États membres. Cependant, conformément à la compréhension orthodoxe de la jurisprudence, les droits

[2697] CJUE, 5 octobre 2010, McB, aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582

fondamentaux de l'Union européenne s'appliqueraient aux actes des États membres (y compris leurs tribunaux nationaux) lorsque ceux-ci appliquent le droit de l'Union en appliquant les dispositions d'un règlement.

La Cour s'est fondée sur l'article 51, paragraphe 2, pour faire en sorte que l'effet de la Charte n'empiète pas sur la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres. Elle a estimé que :

« Tout abord, les dispositions de la charte s'adressent, en vertu de son article 51, paragraphe 1, aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En vertu du paragraphe 2 de ce même article, la 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 par les traités». Ainsi, la Cour est appelée à interpréter, à la lumière de la charte, le droit de l'Union dans les limites des compétences attribuées à celle-ci.

Il s'ensuit que, dans le cadre de la présente affaire, il convient de tenir compte de la charte aux seules fins de l'interprétation du règlement n° 2201/2003, sans procéder à une appréciation du droit national en tant que tel. Il s'agit plus particulièrement de vérifier si les dispositions de la charte s'opposent à l'interprétation de ce règlement exposée au point 44 du présent arrêt, compte tenu notamment du renvoi au droit national que cette interprétation implique. [2698]*»*

Dans l'arrêt *McB*, la Cour précise ensuite que, du moins dans certains cas où l'État membre applique le droit de l'Union, les règles nationales restent en dehors du champ d'application de la Charte.

Toutefois, dans le cas présent, cela ne signifie pas que la personne est donc privée de la protection offerte par la Charte; cette protection est plutôt médiatisée, en ce sens que c'est le texte de loi de l'UE qui fait référence aux dispositions de fond du droit national qui est évalué par rapport aux droits de la Charte. Le résultat final est alors similaire (la Cour a bien examiné après tout si les règles interdisant le droit de garde automatique aux pères naturels célibataires étaient compatibles avec les droits fondamentaux de l'UE), mais la

[2698] CJUE, 5 octobre 2010, McB, aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582, points 51 et 52.

distinction est très importante sur le plan constitutionnel: dans l'arrêt McB, la Cour tente de faire en sorte que la Charte pourrait ne pas être utilisé comme un outil pour élargir l'impact du droit de l'UE sur le droit national. De plus, il est également important en ce qui concerne le rôle joué par la Commission dans ces cas puisque, à la suite McB bien que sans doute même avant, il est clair que ce ne serait pas possible à la Commission d'engager une procédure d'infraction contre un État membre dans les cas : le cas échéant, il s'agirait de la compatibilité du droit de l'Union (tel qu'interprété par la Cour) avec la Charte.

Dans l'affaire *N.S*[2699]., la Cour a encore limité la possibilité pour les juridictions nationales d'appliquer directement la Charte (ou leurs propres normes en matière de droits fondamentaux) dans les cas où un règlement est conçu pour déterminer la compétence en matière de litiges donnés. L'affaire concerne le règlement Dublin II[2700] qui attribuait la compétence pour les demandes d'asile: en l'absence de tout autre facteur de rattachement, le premier port d'entrée est responsable du traitement des demandes d'asile afin que le demandeur d'asile qui demande l'asile dans un autre État membre puisse être renvoyé au premier port d'entrée pour que sa demande y soit traitée. Le règlement Dublin II prévoyait également une réserve de souveraineté pour les États membres, de sorte que l'autorité nationale compétente puisse toujours décider de traiter la demande d'asile même lorsque celle-ci n'était pas le premier port d'entrée. En *N.S.* les demandeurs d'asile entrés sur le territoire de l'UE par la Grèce puis arrivés au Royaume-Uni risquaient d'être renvoyés en Grèce car il s'agissait du premier point d'entrée. Ils ont toutefois fait valoir qu'étant donné la situation en Grèce, où le traitement des demandeurs d'asile et le traitement des demandes posaient des problèmes graves et documentés, le Royaume-Uni ne pouvait pas les y renvoyer, car cela ferait courir aux demandeurs le risque d'être soumis à un traitement dégradant et inhumain, en violation de l'article 4 de la Charte et de l'article 3 de la CEDH. Ainsi, de l'avis des demandeurs, le Royaume-Uni était tenu d'exercer son pouvoir

---

[2699] CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

[2700] JO L 50 du 25.2.2003, p. 1–10, Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers;Le règlement 343/2013 a maintenant été abrogé (et après l'affaire NS) par Le Règlement (UE) n ° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 31-59, suite à la crise migratoire, la Commission envisage une réforme globale du système, voir: D Robinson How the EU plans to overhaul 'Dublin Regulation' on asylum claims, FT 20 January 2016, http://www.ft.com/cms/s/2/d08dc262- bed1-11e5-9fdb-87b8d15baec2.html#axzz3yv5xcQLG.

discrétionnaire et de traiter les demandes d'asile[2701]. La première question à examiner était alors de savoir si un État membre est en train de «mettre en œuvre» la Charte lorsqu'il se voit conférer le pouvoir discrétionnaire d'agir en vertu d'un instrument de droit de l'Union. Ce n'est que si la Cour concluait que c'était le cas que la Charte serait applicable et que les droits des demandeurs d'asile pourraient être protégés par l'Union.

La Cour a estimé que pour décider s'il fallait exercer un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire traiter la demande d'asile, le Royaume-Uni était toujours en train d'appliquer le droit de l'UE afin que la Charte soit applicable; cependant, la Cour a également accordé beaucoup d'importance à la nécessité de garantir le fonctionnement du système de Dublin de manière à ce que la Charte ne soit pertinente que dans des circonstances extrêmes[2702]. Les arrêts *McB* et *N.S* limitent donc d'une certaine manière l'impact de la Charte, même dans les cas où les autorités nationales appliquent le droit de l'Union. En fait, et avec le recul dont on dispose après l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH[2703], les deux cas pourraient être considérés comme un exemple d '"exceptionnalisme", où l'application de la Charte aux règles nationales se limite à garantir la pleine efficacité des règles de l'UE. Cette jurisprudence sous-tend cette idée, chère à la Cour, selon laquelle une intégration plus poussée dans les domaines sensibles aux droits fondamentaux (asile, mais aussi fonctionnement du mandat d'arrêt européen) est fondée sur une confiance mutuelle entre les États membres. La législation en matière de coordination n'est efficace que si tous les États (et surtout le législateur européen) partent du principe d'une protection adéquate des droits fondamentaux sur l'ensemble du territoire de l'UE. Il n'appartient donc pas à l'autorité d'exécution de syndiquer ou de vérifier si le principe de la "protection adéquate

---

[2701] En *M.S.S. v Belgique et Grèce* (requête n ° 30696/09), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les États membres avaient l'obligation d'exercer leur compétence, même dans le système de Dublin, si le renvoi du demandeur d'asile au premier port d'entrée entraînerait une violation (ou un risque de violation) de l'article 3 CEDH; voir également *Tarakhel c. Suisse* (requête n ° 29217/12) sur l'obligation incombant aux autorités suisses de demander des garanties quant à l'existence de logements suffisants en Italie avant de pouvoir y transférer le demandeur d'asile.

[2702] La Cour a estimé que l'obligation de traiter une réclamation relevant de la réserve de souveraineté ne prenait naissance «que lorsque les [autorités nationales] ne pouvaient ignorer les lacunes systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre [l'État membre autrement compétente pour traiter la demande, dans ce cas, la Grèce] constitue un motif sérieux de croire que le demandeur d'asile courrait un risque réel d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant au sens de cette disposition. » CJUE, 21 décembre 2011, N.S, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

[2703] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 -Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454.

des droits fondamentaux » repose sur des bases solides, car si les tribunaux nationaux avaient le pouvoir de contrôler le respect des droits fondamentaux dans d'autres États membres, l'efficacité de ces règlements serait alors compromise. Il convient toutefois de noter que les juridictions constitutionnelles nationales pourraient ne pas vouloir fournir à l'UE « un tel chèque en blanc [2704]», et la Cour constitutionnelle allemande a récemment rendu une décision réaffirmant sa compétence en garantissant que le principe de confiance mutuelle qui sous-tend le mandat d'arrêt européen ne viole pas les garanties constitutionnelles essentielles (et en particulier la clause d'identité) contenues dans la loi fondamentale allemande. L'approche de la Cour implique qu'une disposition nationale qui entre dans le champ d'application du droit de l'Union doit être interprétée et appliquée de manière conforme aux droits fondamentaux de l'Union. La Cour y avait été pourtant déjà invité par les juridictions nationales dans le domaine de la protection des droits fondamentaux et par référence aux protections constitutionnelles nationales[2705]. Ainsi, dans l'affaire *Nold* la défenderesse avait indiqué que *« la protection effective du droit de propriété étant conçue de manière différente dans les divers États membres, sa concrétisation devrait s'orienter en fonction du standard national maximum; cette constatation justifierait que soit particulièrement pris en considération le droit constitutionnel allemand [2706]».*

En même temps, son interprétation et son application doivent également respecter (en tant que droit national) les droits fondamentaux nationaux. C'est probablement ce dernier point qui a mené la Cour constitutionnelle allemande *(le BVerfG)* à réagir assez vigoureusement: dans un arrêt rendu environ huit semaines après l'arrêt *Fransson , le BVerfG* insiste, en lien avec le fichier « anti-terroriste », sur le fait que l'exercice de réglementation concernant la lutte contre le terrorisme en droit de l'Union ne signifie nullement que la Charte est applicable fichier anti-terroriste. Dans l'ensemble, force est de constater que la CJUE et le *BVerfG,* « se confrontent » sur la question du champ d'application des droits

---

[2704] E. Spaventa, The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights : the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures., Project Report. European Parliament, Brussels, 2016, p. 20.
http://dro.dur.ac.uk/18685/1/18685.pdf

[2705] H. Gaudin, Standards nationaux de protection des droits fondamentaux et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, dans Les droits de l'homme à la croisée des droits: mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, Paris, 2018, p. 257-258.

[2706] CJUE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73, ECLI:EU:C:1975:114, p. 503.

fondamentaux. En effet, contrairement à d'autres difficultés rencontrées dans le passé, qui ont -du moins en partie et par une approche pragmatique- pu être désamorcées par le développement de la jurisprudence de la Cour (en reconnaissant notamment les droits fondamentaux de l'Union comme principes généraux du droit), il s'agit ici, à première vue du moins, d'un conflit « de principe »: alors que la Cour de Luxembourg se base sur le principe du parallélisme de l'application des droits fondamentaux de l'Union et des droits fondamentaux nationaux dans de nombreuses situations, le *BVerfG,* opère, quant à lui, une séparation claire des deux sphères. Bien qu'un conflit ou un problème en lien avec le niveau de protection des droits fondamentaux ne se présente que rarement dans la pratique, le différend entre les deux hautes juridictions concernant cette « question de principe » perdure[2707].

B. Le respect de la Charte des droits fondamentaux par les États membres et les situations ne relevant pas de la Charte.

Enfin, nous devrions examiner les affaires dans lesquelles la Cour a estimé que la Charte des droits fondamentaux n'était pas pertinente dans la situation en cause; elle l'a fait soit en raison d'un manque de lien avec le droit de l'UE ; ou parce que, même s'il existait un lien avec le droit de l'UE, le demandeur ne relevait pas du champ d'application personnel du droit de l'UE. Les deux situations seront examinées séparément. Comme indiqué ci-dessus, la Charte ne s'applique aux États membres que lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union, c'est-à-dire lorsqu'ils donnent effet à un règlement ou à une décision de l'UE; quand ils mettent en œuvre une directive; ou quand ils limitent un droit de libre circulation issu du traité. Dans le premier groupe d'affaires analysées, la Cour a estimé qu'il n'existait aucun lien avec le droit de l'Union et que la Charte ne pouvait donc pas être appliquée.

[2707] E. Dubout, Le Niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel, CDE, 2013, N°2, p. 301.

La jurisprudence antérieure à Lisbonne ne pose pas de problèmes plus importants à première vue, mais la question essentielle qui appelle une réponse claire est de savoir si la mesure nationale pertinente dans une affaire relève ou non du champ d'application du droit de l'Union. L'article 51 §1 de la Charte est clair, mais le critère d'application est facile à critiquer. Le droit de l'Union est un ensemble de règles en constante évolution, ce qui rend pratiquement impossible la création d'un test prévisible ou d'une définition claire du moment où la Charte devient applicable, c'est-à-dire du moment où le droit de l'Union est à portée de main. Et comme cela a déjà été mentionné, il n'y a pas de distinction nette entre les règles nationales relevant du droit de l'Union européenne et les mesures nationales sortant de ce champ d'application.

Comme nous l'avons vu dans la jurisprudence récente, les avocats généraux et la CJUE ont clairement exprimé leur désaccord sur l'interprétation de l'article 51, paragraphe 1[2708]. Dans la pratique, la question clé est le niveau de connexion au droit de l'UE et la possibilité d'identifier tout élément trans-frontalier permettant de relier le cas en question à une norme de l'UE dans une mesure suffisante[2709].

Bien entendu, la CJUE insiste dans sa jurisprudence sur le principe fondamental de la primauté du droit de l'Union sur le droit national. La primauté est absolue et inconditionnelle et le droit de l'Union l'emporte même sur le droit constitutionnel national[2710]. Cependant, dans la pratique, la CJUE n'a pas vraiment le pouvoir de faire respecter ce principe car elle n'est pas hiérarchiquement supérieure aux cours nationales.

Cela signifie que, en réalité, l'application du droit de l'Union dans et par les États membres dépend essentiellement de la volonté des juridictions nationales de donner pleinement effet au principe de primauté, et non de la contrainte. En pratique, la plupart des tribunaux nationaux ne semblent pas avoir de difficulté à accepter la primauté du droit de l'Union.

[2708] CJUE, Cour, 12 juin 2012, Conclusion de l'Avocat Général M. PEDRO Cruz VillalÓn, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2012:340,

[2709] Les explications relatives à l'article 51 (1) ont également suscité un certain étonnement parmi les commentateurs; Le point de vue de Groussot-Pech-Petursson souligne un besoin de clarification: «Un rapide coup d'œil aux soi-disant explications semble suggérer que la thèse de la lacune de rédaction est exacte, mais suggère également que ceux qui ont rédigé l'article 51 (1) n'ont pas bien compris la jurisprudence sans doute opaque de la Cour en ce qui concerne sa compétence pour contrôler la conformité des actes nationaux avec les droits fondamentaux de l'Union européenne ». Besselink (2001) parle d'une «formulation de formulation» en raison de la formulation mitigée de la jurisprudence de la Cour.

[2710] CJUE, 17 décembre 1970., Internationale Handelsgesellschaft mbH , aff. C-11-70, ECLI:EU:C:1970:114 et CJUE, 8 septembre 2010, Winner Wetten, aff. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503.

Cependant, les juridictions nationales fonctionnent dans un contexte constitutionnel spécifique, qui doit être pris en compte. Le droit de l'Union peut parfois leur demander de sortir de ce contexte. C'est une demande énorme, en particulier pour les cours constitutionnelles dont la responsabilité première est de protéger et de faire respecter la constitution. Une cour constitutionnelle pourrait considérer cela de trop. Le dilemme auquel la cour constitutionnelle est confrontée si le respect du principe de confidentialité l'obligeait à déroger à ce qu'il considère comme des principes fondamentaux de la Constitution, plus particulièrement en ce qui concerne les droits fondamentaux nationaux[2711]. Par exemple. Timmermans trouve fascinant la façon dont les cours suprêmes nationales et la CJUE ont traité ce dilemme. Selon Timmermans, ils ont surtout réussi à la neutraliser au cours des 50 dernières années grâce à la coopération qui s'est développée entre eux à travers le dialogue judiciaire européen[2712]. Cependant, après les affaires *Åkerberg Frankson* et *Melloni*, des critiques ont été exprimées et la CJUE en particulier a été critiqué pour sa *"base sur une compréhension exagérée des compétences de la CJUE »*[2713]. La CJUE a non seulement été critiquée par des commentateurs universitaires, mais également par le *Bundesverfassungsgericht* allemand. Ce retour négatif a été interprété comme un avertissement pour la CJUE[2714]. On peut penser à cette situation comme les deux faces d'une pièce: le danger d'une portée trop large et «intrusive» et l'incrédibilité d'une Charte des droits fondamentaux inefficace.

Dans l'affaire *Siragusa*, M. Siragusa n'ayant pas respecté les règles italiennes en matière de conservation des paysages et ayant reçu l'ordre de restaurer le site à son état antérieur, a fait valoir que les règles italiennes en cause étaient incompatibles avec le droit de propriété garanti par la Charte et avec le principe général de proportionnalité tel que garanti par le

---

[2711] Ch. Timmermans, Multilevel Judicial Co-operation. in Constitutionalising the EU Judicial System. Edited by Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon 2012, p. 16.

[2712] Pour plus d'informations sur le dialogue judiciaire formel et informel, voir par exemple Timmermans, p. 16-19.

[2713] I. Leijten, The Applicability of the EU Fundamental Rights Char- ter: A Matter of Who Has the Last Word? Leiden Law Blog. 21 Mai 2013 dans Public Law.

[2714] Voir aussi paragraphe. 2 dans le communiqué de presse no. 31/2013 du 24 avril 2013. Disponible à l'adresse: http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg13-031en.html

droit de l'Union[2715]. La juridiction de renvoi a estimé qu'il pourrait exister un lien avec le droit de l'environnement de l'UE.

La Cour de justice se voit donc contrainte de convoquer ce que l'on pourrait appeler son « courant jurisprudentiel restrictif » (que l'on aurait pu croire plus ou moins abandonné suite à l'arrêt *Frannson*), de l'arrêt *Kremzow*[2716], dans lequel la Cour estime que si toute privation de liberté est de nature à entraver l'exercice par l'intéressé de son droit à la libre circulation, la perspective purement hypothétique d'un tel exercice ne constitue pas un lien suffisant avec le droit communautaire pour justifier l'application des dispositions communautaires, aux arrêts *Iida*[2717] et *Ymeraga*[2718], reprenant la logique de l'arrêt *Annibaldi*[2719], et dans lesquels la Cour estime que, afin de déterminer si la règlementation en cause au principal relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si elle a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter[2720].

La Cour nous a fourni un test sur la manière de déterminer si les règles nationales sont «une application du droit de l'Union» aux fins de l'article 51 de la Charte, lorsque ces règles ne donnent pas elles-mêmes effet à un élément du droit de l'Union, mais se trouvent dans un domaine qui est liée à un droit européen (comme c'est sans aucun doute le cas en ce qui concerne les règles de conservation nationales par rapport aux règles de protection de l'environnement de l'UE).

[2715] Les circonstances factuelles ne sont pas si différentes de celles examinées dans l'affaire Annibaldi, CJUE, 18 décembre 1997, Annibaldi/ Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio, aff. C-309/96, EU: C: 1997: 631, qui, après la mention des explications relatives à la Charte et à la décision dans l'affaire Siragusa, a acquis une nouvelle vie .

[2716] CJUE, 29 mai 1997, Kremzow c. Republik Österreich, aff. C-299/95, point 16.

[2717] CJUE, 8 novembre 2012, Iida, aff. C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691, point 79

[2718] CJUE, 8 mai 2013, Ymeraga, aff. C-87/12, ECLI:EU:C:2013:291, point 41.

[2719] CJUE, 18 décembre 1997, Annibaldi, aff. C-309/96, ECLI:EU:C:1997:631, point 21 à 23.

[2720] S. Platon, Applicabilité et inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux aux Etats : la ligne jurisprudentielle sinueuse de la Cour, Journal d'Actualité des Droits Européens, 7 mars 2014, https://revue-jade.eu/article/view/596

Elle a donc identifié les critères suivants[2721]:

i) si la règle nationale est destinée à mettre en œuvre le droit de l'Union;

ii) la nature de la règle et si elle poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même s'il est susceptible d'affecter indirectement le droit de l'Union[2722];

iii) s'il existe des règles spécifiques de la législation européenne sur la question ou s'il y a des règles de droit de l'UE qui sont capables d'avoir un effet sur la question.

En outre, la Cour a estimé que la Charte ne serait pas applicable dans les situations où le droit de l'Union dans le domaine *"n'imposait aucune obligation aux États membres en ce qui concerne la situation en cause dans l'affaire au principal[2723] ».*

Plus inquiétant encore, la Cour a également donné une vision très étroite, peut-être un peu égoïste, de la finalité des droits fondamentaux de l'UE, du moins en ce qui concerne la mesure dans laquelle ces droits s'appliquent aux règles nationales en liant la protection des droits fondamentaux, auxquels ces droits s'appliquent aux règles nationales en liant la protection des droits fondamentaux à la nécessité de préserver l'unité, la primauté et l'efficacité du droit de l'Union[2724]. De cette manière, la protection des droits fondamentaux est considérée comme un élément essentiel pour la réalisation des objectifs constitutionnels

---

[2721] CJUE, 6 mars 2014, Siragusa, aff. C−206/13, ECLI:EU:C:2014:126, point 25: Pour déterminer si une réglementation nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si elle a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci ne poursuit pas des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter. La liste semble être non exhaustive (certains des points à déterminer) et éventuellement cumulative dans la mesure où plusieurs de ces critères pourraient être pertinents. En fin de compte, cependant, il s'agit vraiment d'une question de proximité entre la règle nationale et le droit de l'Union, même si cette proximité peut être démontrée. L'affaire *Åkerberg Fransson*, examinée ci-dessus, aurait réussi le test de Siragusa.

[2722] CJUE, 10 juillet 2014, Julian Hernández e.a., aff. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, point 41, où la Cour a accordé une grande importance au fait que la législation en cause poursuivait un but autre que celui poursuivi par la directive pertinente

[2723] CJUE, 6 mars 2014, Siragusa, aff. C−206/13, ECLI:EU:C:2014:126, point 26.

[2724] CJUE, 6 mars 2014, Siragusa, aff. C−206/13, ECLI:EU:C:2014:126, point 32 voir aussi CJUE, 10 juillet 2014, Julian Hernández e.a., aff. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, point 41. Pour une vision plus optimiste du lien entre droits fondamentaux et efficacité et suprématie, voir: M Dougan 'Judicial review of Member State action under the general principles and the Charter: defining the 'scope of Union law' (2015) CMLRev 1201.

de l'UE, plutôt que de garantir avant tout qu'un standard minimal de protection des droits fondamentaux soit toujours garanti lorsque l'État membre agit dans le cadre du système constitutionnel de l'UE.

La décision rendue à Siragusa a été réaffirmée dans la jurisprudence ultérieure; plus précisément, dans l'affaire *Hernández*, la Cour a appliqué le même critère pour exclure la pertinence de la Charte dans une situation présentant un lien plus étroit avec le droit de l'Union[2725]. Ici, les employés ont été licenciés; ces licenciements ont ensuite été jugés nuls; toutefois, les sociétés concernées avaient entre-temps cessé leurs activités, ce qui avait entraîné la cessation de l'emploi. La juridiction de renvoi a ordonné aux sociétés de payer les salaires correspondants et le Fogasa (Fonds de garantie des salaires) a été condamné à garantir ce paiement dans les limites légales. Toutefois, les licenciements ayant été jugés non injustes par la juridiction de renvoi, les employés ont perçu une indemnité moindre à laquelle ils auraient eu droit si les sociétés n'avaient pas cessé leurs activités ou si leur licenciement avait été qualifié d'inéquitable. La juridiction de renvoi a donc posé une question relative à la compatibilité des règles nationales concernant le licenciement abusif et non licencié d'une manière différente avec l'article 20 de la Charte, qui garantit le principe de l'égalité devant la loi.

En l'espèce, le domaine était partiellement "occupé" par le droit de l'Union, dans la mesure où le Fogasa avait été créé en vertu de la directive 2008/94 en tant qu'institution de garantie des rémunérations dues aux travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur[2726]. La Cour a estimé que Fogasa s'était acquitté de son devoir en vertu de la directive; la demande de paiement supplémentaire était fondée sur la législation nationale visant à remédier aux retards dans l'administration de la justice (pour l'employeur mais par subrogation dans les cas d'insolvabilité dus au travailleur), et n'était donc pas liée aux objectifs de la directive 2008/94, étant plutôt le résultat de l'exercice de la compétence exclusive de l'Etat. La Cour a ensuite réaffirmé que l'objectif de la protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union, tant en ce qui concerne l'action au niveau de l'UE que l'application du droit de l'Union par les États membres, est la nécessité d'éviter une situation dans la protection des droits fondamentaux varie selon les législations nationales

[2725] CJUE, 10 juillet 2014, Julian Hernández e.a., aff. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055.

[2726] JO L 283 du 28.10.2008, Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), p. 128 - 134.

concernées de manière à porter atteinte à l'unité, à la primauté et à l'efficacité du droit de l'Union [2727]». Comme il n'y avait aucun risque de ce type dans l'affaire en cause, il n'y avait aucune raison pour une application de la Charte.

Dans l'affaire *Torralbo Marcos*, la situation concernait à nouveau une demande de paiement de salaire liée à l'insolvabilité de l'employeur. En l'espèce, toutefois, la Charte a été invoquée pour contester la demande de paiement de frais de justice, ce qui, a-t-on soutenu, était contraire au droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte. Les honoraires devaient être payés dans le cadre d'un appel visant à obtenir une déclaration légale de l'insolvabilité de l'employeur afin d'accéder à l'institution de garantie compétente (Fogasa), conformément à la directive 2008/94. Le lien avec le droit de l'Union, dans ce cas, pourrait alors être considéré comme fort, car la déclaration était une condition préalable à l'accès aux garanties fournies par le droit de l'Union. La Cour a estimé que les règles en cause concernaient l'administration de la justice et qu'il n'existait aucune règle spécifique de l'Union européenne régissant la matière. La Cour a estimé que les règles en cause concernaient l'administration de la justice et qu'il n'existait aucune règle spécifique de l'Union européenne régissant la matière. S'il était vrai que M. Torralbo Marcos demandait une déclaration d'insolvabilité afin de déclencher la protection garantie par la directive 2008/94, cette dernière directive n'avait pas encore été engagée car il n'y avait pas de déclaration d'insolvabilité, ce qui relevait du droit national. En conséquence, la situation ne relevait pas (encore) du champ d'application du droit de l'Union et la Charte ne pouvait être appliquée. La décision rendue dans l'affaire *Torralbo Marcos* est particulièrement intéressante car elle place le requérant dans une situation de crise: pour pouvoir bénéficier des garanties prévues par le droit de l'Union, le requérant a besoin d'une déclaration d'insolvabilité. Cependant, il pourrait ne pas être en mesure de l'obtenir si les frais applicables sont trop élevés. À cet égard, l'interprétation de l'article 51 ChDF est extrêmement restrictive et peut-être même contraire à l'objectif de garantir l'efficacité du droit de l'Union. À cet égard, il pourrait être intéressant de rappeler le cas susmentionné de Taricco, dans lequel la Cour n'a aucun mal à restreindre le principe de l'autonomie procédurale nationale dans le cas où des règles nationales pourraient avoir pour effet de miner l'intérêt de l'Union en ce qui concerne le recouvrement de la TVA impayée. On ne peut donc que difficilement nier que tout obstacle imposé par l'Etat à une telle procédure

[2727] CJUE, 10 juillet 2014, Julian Hernández e.a., aff. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, point 47.

porte nécessaire atteinte à l'effectivité de la directive. Or, le risque d'atteinte à l'effectivité du droit de l'Union n'est-il pas justement l'une des conditions posées par la Cour dans l'arrêt *Cruciano Siragusa* pour justifier une applicabilité de la Charte ? Il est vrai, on l'a vu, que cet arrêt manquait quelque peu de clarté sur ce point[2728].

En tout état de cause, il est clair que la Cour de justice a interprété l'article 51 de la Charte comme ne garantissant qu'une protection très limitée et subsidiaire par rapport aux règles nationales; ce faisant, il a replacé la balle des droits fondamentaux dans la cour des tribunaux nationaux, potentiellement au détriment de la protection des droits fondamentaux des citoyens. La protection des droits fondamentaux dans les situations qui ne sont pas (très) directement liées au droit de l'Union reste la responsabilité première du système juridique national et de ses tribunaux[2729]. Reste à savoir si le critère de Siragusa s'étend également aux situations couvertes par les dispositions du traité relatives à la libre circulation. Si tel était le cas, le champ d'application de la Charte serait encore réduit. Il apparaît donc que la ligne suivie par la Cour en matière d'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux aux Etats est pour le moins sinueuse. Après avoir semblé ouvrir largement la porte dans l'arrêt *Fransson*, la Cour semble désormais, pompier pyromane, se livrer à un effort de confinement.

Comme mentionné ci-dessus, les droits fondamentaux de l'UE et la Charte s'appliquent non seulement lorsque l'État membre donne effet au droit de l'Union en le mettant en œuvre, mais également lorsqu'il tente de déroger ou de limiter l'une des dispositions relatives à la libre circulation. Dans ces cas, l'État membre agit dans le champ d'application du droit de l'Union puisqu'il ne peut que limiter ou déroger à un droit issu du traité dans la mesure où cela est compatible avec le traité, tel qu'interprété par la Cour de justice. Étant donné que les limites et les dérogations doivent être compatibles avec le traité, elles doivent également être compatibles avec ses principes constitutionnels, y compris les droits fondamentaux de l'Union européenne.

[2728] S. Platon, Applicabilité et inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux aux Etats : la ligne jurisprudentielle sinueuse de la Cour, Journal d'Actualité des Droits européens, 7 mai 2014, https://revue-jade.eu/article/view/596

[2729] Cependant, et pour être clair, quand il y a un lien direct entre la règle nationale et le droit de l'UE, la Charte s'applique, voir par exemple: CJUE, 22 mai 2014, Érsekcsanádi Mezőgazdasági, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352.

Comme expliqué ci-dessus, à un moment donné, cette interprétation impliquait une portée considérable des droits fondamentaux de l'UE; de plus, dans certains cas, le niveau de protection prévu par le droit de l'Union serait supérieur à celui prévu par le droit national, soit en raison d'une interprétation plus généreuse d'un droit fondamental[2730]donné, soit en raison d'avantages procéduraux liés à l'application du droit de l'Union par le principe de suprématie et d'effet direct[2731].

L'introduction de la citoyenneté de l'Union, qui a affaibli le lien entre l'activité économique et les migrations pour entrer dans le champ d'application du traité, a encore élargi l'impact potentiel des droits fondamentaux de l'UE:si davantage de règles pouvaient être interprétées comme une limitation des droits issus du traité, on pourrait éventuellement évaluer davantage de règles en ce qui concerne le respect de leurs droits fondamentaux, notamment des règles sur les noms de famille [2732]et des règles sur les droits de résidence des membres de la famille des ressortissants de pays tiers[2733]. Toutefois, depuis environ cinq ans, la Cour a considérablement réduit son interprétation des dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union: par exemple, dans l'affaire *Alokpa*[2734], l'affaire concernait une mère d'un pays tiers, mère de deux enfants français résidant au Luxembourg; Mme Alokpa a tenté de s'appuyer sur le droit de citoyenneté de ses enfants dans l'Union pour résider n'importe où dans l'UE afin d'obtenir un permis de travail. Sans emploi, elle n'était pas en mesure de subvenir aux besoins des enfants, qui échoueraient ensuite au test d'autosuffisance prévu par la directive 2004/38 sur la libre circulation. Cependant, si elle avait été autorisée à travailler, ses enfants auraient pu établir un droit de résidence au Luxembourg et ainsi tirer pleinement parti de leur droit de libre circulation dans l'Union

---

[2730] CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434.

[2731] Cela dit, dans certains cas, l'interprétation de la Cour s'est faite au détriment des droits fondamentaux non économiques, notamment dans les affaires Viking et Laval; CJUE, 11 décembre 2007, Laval, aff. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 et CJUE, 18 décembre 2007, Laval, aff. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

[2732] CJUE, 2 octobre 2003, Carlos Garcia Avello c. État belge, aff. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, CJUE, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, CJUE, 15 novembre 2011, Dereci, aff. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734.

[2733] CJUE, 6 décembre 2012, O. et S., aff. C-356/11et C−357/11, ECLI:EU:C:2012:776 et CJUE, 15 novembre 2011, Dereci, aff. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734.

[2734] CJUE, 10 octobre 2013, Alokpa e.a. contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, aff. C−86/12, ECLI:EU:C:2013:645.

européenne. Une interprétation téléologique du traité plaidait donc clairement en faveur de l'octroi du droit au travail à Mme Alokpa. Cependant, la Cour a estimé que, dans la mesure où ses enfants n'étaient pas autonomes, ils n'avaient pas le droit de résider au Luxembourg et que leur mère ne pouvait donc pas invoquer un droit dérivé de travailler et de séjourner au Luxembourg. En outre, dans une situation relevant vraisemblablement des dispositions du traité relatives à la libre circulation, l'article 21 du TFUE ayant été déclenché, la Cour n'a pas vérifié si les règles nationales en cause étaient compatibles avec la Charte.

Dans l'affaire *Dano*[2735], la CJUE a indiqué que la citoyenne économiquement inactive de l'Union n'entre dans le champ d'application du droit de l'Union que dans la mesure où elle respecte les exigences de la lettre noire en matière d'autosuffisance économique et d'assurance maladie complète contenues dans la directive 2004/38 sur la libre circulation[2736]. Cela a de profondes répercussions puisque si auparavant la citoyenne migrante pouvait toujours compter sur un minimum de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne - du moins en ce qui concerne les règles qui affectaient ses droits en matière de migration - cela ne serait plus possible. Ce n'est que lorsque la migrante dispose de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète qu'elle peut également faire valoir la protection des droits fondamentaux de l'UE vis-à-vis des règles nationales affectant ses droits en matière de migration.

En tout état de cause, et plus généralement, l'accent mis sur le devoir des États membres de respecter les droits fondamentaux de l'Union lorsque les droits de migration nationaux de l'Union sont limités est beaucoup moins important qu'il ne l'était avant que la Charte ne devienne pleinement juridique.

[2735] CJUE, 11 novembre 2014, Dano, aff. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358, L'approche restrictive à l'égard des droits des citoyens est également visible dans une jurisprudence concernant le renforcement de la protection contre les mesures d'éloignement qui découle, conformément à la directive 2004/38, après cinq et dix années de résidence dans l'État d'accueil - également dans les cas où dans le champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'a pas rappelé à la juridiction nationale leurs obligations en matière de droits fondamentaux dans l'Union; voir par exemple: CJUE, 22 mai 2012, P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, aff. C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300.

[2736] 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, 30 avril 2004.

Dans un arrêt du 7 mars 2017[2737], une famille syrienne sollicitait un visa humanitaire en vue d'une demande d'asile territoriale. Elle s'appuyait sur le droit de l'Union et notamment sur le Code des visais de l'Union européenne, mais la Cour, contrairement aux conclusions de l'avocat général, a écarté l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne. Dans ce cas la CJUE a considéré que l'Union européenne n'ait adopté aucun acte relatif concernant les visas humanitaires et que, par conséquent, la matière ne relève pas du droit de l'Union, mais seulement du droit national. Dans ces conditions, la Charte ne pouvait pas être invoquée et appliquée.[2738]

Dans un autre arrêt[2739] relatif à l'application de l'article 4 ChDF la CJUE considère que le transfert d'un demandeur d'asile doit respecter les exigences de cette disposition et ne peut intervenir s'il risque d'entrainer des mauvais traitements pour l'intéressé, atteints de troubles psychiatriques importants.

Dans les arrêts *G4S Secure Solutions* et *Bougnaoui et ADDH la CJUE* s'est exprimée cette fois-ci sur le sujet de port du voile sur le lieu de travail. Dans ces affaire il s'agissait d'interpréter une directive du Conseil concernant la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La Cour de justice a conclu. Que l'interdiction du port de voile n'est pas une discrimination en soit et dans certaines limites. Pour cette affaire la CJUE a fait référence a une large interprétation de la notion de religion au sens de l'art 9 CEDH et l'art 10 ChDF. Pour Roseline Letteron les deux cours européennes dans le cas des deux arrêts précités concernant la France et a Belgique, se rejoignent sur la possibilité de plusieurs modèles de laïcité[2740].

La Charte peut constituer un outil puissant pour intégrer les droits fondamentaux dans la nouvelle législation de l'UE. Cependant, si on peut considérer que cela a été un succès dans la pratique laisse une certaine place au doute. L'application de la Charte manque de transparence, même si les avocats et les juges peuvent être plus à l'aise d'utiliser la Charte

[2737] CJUE, 7 mars 2017, X et X c. État Belge, aff. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

[2738] P. Tavernier, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, in La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application, sous la direct. de A. Biad et V. Parisot, Anthemis, Nemesis, Bruxelles, 2018 p. 26-27

[2739] CJUE, 16 février 2017, C.K e.a, aff. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127

[2740] R. Letteron, Droit européen et laïcité: la diversité des modèles, A.J.D.A N° 24/2017, 10 juillet 2017, p. 1368-1374.

comme l'outil codifié que l'on visait dans leur travail, plutôt que des principes généraux non écrits éparpillés dans la jurisprudence.

L'évolution de la jurisprudence a été marquée par une tendance expansionniste dans l'approche de la CJUE dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, qui consiste à assimiler à «appliquer le droit de l'Union» à «agir dans le cadre de celui-ci». Pour les initiés et les praticiens des droits de l'homme de l'UE, la situation peut apparaître sous différents angles en ce qui concerne la question de savoir quand la Charte désormais contraignante et ses normes parfois plus strictes en matière de droits de l'homme s'appliquent, et la CJUE n'a peut-être pas fait plus que reformuler le dilemme. Dans l'affaire *Melloni*, dans l'effort de protéger la compréhension du droit de l'Union européenne par la Cour, la CJUE a complètement renversé le libellé de l'article 53 de la Charte, faisant de la Charte une norme maximale et non minimale de protection des droits de l'homme. Les deux cas semblent toutefois laisser place à des interprétations, ce qui permet de modifier les détails de la théorie générale dans des cas futurs. À ce stade, on pourrait dire que la Charte a effectivement renforcé la sécurité juridique en ce qui concerne l'efficacité des droits fondamentaux, mais la question de la transparence dans le processus laisse une marge d'amélioration.

Si la CJUE ne fait que créer une nouvelle jurisprudence en se référant à une jurisprudence antérieure, il peut être difficile de dégager des principes directeurs clairs pour l'interprétation de la Charte. En examinant la jurisprudence récente, il semble également que la Cour puisse délibérément créer une nouvelle compétence pour tenter de clarifier la raison d'être d'une norme particulière, comme cela semble avoir été le cas dans l'affaire *Åkerberg Fransson*. Cette question est cependant discutable. Il serait peut-être préférable de résoudre une question d'interprétation en définissant des principes directeurs clairs résultant de la jurisprudence et conformes à la formulation et aux explications de la Charte. Comme nous l'avons vu en examinant le contexte, l'une des raisons d'être de la Charte était la codification des droits fondamentaux de l'UE de faciliter le processus et d'accroître la transparence au niveau national et de renforcer la protection de l'efficacité des droits fondamentaux. D'autre part, les droits fondamentaux constituent un corpus de droits dynamique, et une codification exhaustive ne resterait probablement pas très longtemps à jour. Cependant, la principale question pour l'avenir à venir est de savoir si la CJUE est

bien plus que «la bouche de la loi[2741]» et si elle est allée trop loin dans la préparation de la Charte.

La jurisprudence postérieure à l'avis 2/13 a donc largement pris en comptera Charte des droits fondamentaux et il faut l'encourager à développer toutes les potentialités que recèle ce texte, même si cela ne remplace pas une adhésion, en particulier en ce qui concerne la mise en cause de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette situation de non-adhésion, le recours à la Cour de justice à la Charte prend une importance accrue et il est significatif que le Brexit soulève une problématique analogue. Yves Petit remarque en effet que « l'offre britannique aligne (à la baisse?) les droits des Européens sur ceux des Britanniques et, exclut la compétence de la Cour de justice en cas de litige. Il faudra donc veiller à ce que *« l'intégrité du droit de l'Union, y compris de la charte des droits fondamentaux », soit respectée et éviter toute dégradation des droits liés à la liberté de circulation, ainsi que toute discrimination entre citoyens de l'UE. [2742]»*

La méfiance du Royaume-Uni l'égard de la Cour de Strasbourg est ancienne et elle rejoint, curieusement, celle qui se manifeste dans l'avis 2/13 de la part de la Cour de justice à l'égard de la même Cour. Paradoxalement, le sort de la Convention européenne et celui de la Charte reposent sur la Cour de Luxembourg. Cela soulève donc des soucis et des préoccupations pour l'avenir du système de Strasbourg comme celui de Luxembourg, dans la mesure où le maintien du *statu quo* et de la non-adhésion n'est pas satisfaisant[2743].

[2741] J. Genberg, The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – Quo Vadimus?, Helsinki Law Review 2014/1 p. 56.

[2742] Y. Petit, Brexit: les sujets de la discorde, the Conversation, 9 juillet 2017, http:// theconversation.com/brexit-les-sujets-de-la-discorde-80619

[2743] P. Tavernier, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, dans La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application, sous la direct. de A. Biad et V. Parisot, Anthemis, Nemesis, Bruxelles, 2018 p. 2!-29.

2§.L'application de la CHDF et le respect de l'autonomie du droit de l'UE.

D'autre part, ce long chemin vers l'adhésion donnera aux juges luxembourgeois l'occasion de développer une jurisprudence fondée sur la Charte des droits fondamentaux et de la rendre moins directement dépendante de la jurisprudence de la cour de Strasbourg. Ainsi, au moment où la Cour de justice approuvera l'adhésion à la CEDH, l'ordre juridique de l'Union européenne sera suffisamment renforcé par une jurisprudence fondée sur la Charte pour ne pas compromettre l'autonomie du droit de l'Union[2744]. On peut soutenir que la Cour de justice ne nie pas la nécessité de protéger les droits fondamentaux au niveau de l'UE. Après tout, elle préconise cela depuis longtemps. Cependant, on peut facilement voir que les juges luxembourgeois préfèrent d'abord développer un système interne basé sur la Charte des droits fondamentaux avant de permettre une influence externe plus institutionnalisée à cet égard. En tant qu'idée, cette idée est à *prima facie* convaincante.

Dans cette partie de l'avis 2/13, la Cour de justice semble tenter de concilier le respect des droits fondamentaux avec les objectifs de l'Union[2745], le principe de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, du TUE et les obligations des États membres qui en découlent.[2746] L'un d'entre eux est l'application et le respect du droit de l'Union, soutenu par la Cour de justice et les juridictions nationales, dont la tâche est de *« garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit.[2747] »* Les articles 53 de la Charte ainsi que de la CEDH assurent de façon très semblable que ces deux instruments n'établissent qu'un niveau minimum de protection des droits

---

[2744] A. Lazowksi et R. A. Wessel, When caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 180

[2745] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 172.

[2746] Voir sur ce principe, par exemple, M. Klamert, The Principle of Loyal Co-operation in EU Law, Oxford: Oxford University Press 2014.

[2747] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 175.

fondamentaux : ni l'un ni l'autre n'excluent que les États membres ou Parties contractantes assurent un niveau plus élevé de protection en vertu de leur droit constitutionnel ou de leurs engagements internationaux[2748]. Sans surprise, la Cour de justice souligne l'importance de la procédure préjudicielle à cet égard[2749]. Comme l'a souligné la Cour, il convient de garantir l'autonomie conférée au droit de l'Union par rapport au droit international public (A) ainsi qu'au droit national des États membres (B)[2750]. C'est dans cet esprit que la Cour de justice, au paragraphe 178 de son avis, décrit les attributions de son analyse[2751].

[2748] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'union européenne du 18 décembre 2014,CDE, N° 1, 2015,p..56.

[2749] Voir sur la décision préliminaire, par exemple, M. Broberg and N. Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, Oxford: Oxford University Press, 2014 (2nd ed.).

[2750] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 170, Voir plus généralement sur cette question: J.W. van Rossem, 'The EU at Crossroads: A Constitutional Inquiry into the Way International Law is Received within the EU Legal Order', dans E. Cannizzaro, P. Palchetti and R.A. Wessel (Eds.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 59-89.

[2751]CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 178 *« Afin de prendre position sur la demande d'avis de la Commission, il importe tant de vérifier si l'accord envisagé est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union qui viennent d'être rappelées et, comme la Commission elle-même l'a souligné, à l'autonomie de ce droit dans l'interprétation et l'application des droits fondamentaux – tels que reconnus par le droit de l'Union et, notamment, par la Charte –, que d'examiner si les mécanismes institutionnels et procéduraux prévus par cet accord assurent le respect des conditions auxquelles les traités ont soumis l'adhésion de l'Union à la CEDH. »*

A. L'équivalence au niveau de protection de la CEDH.

Après avoir rappelé le fait que l'adhésion lierait les États membres ainsi que l'UE[2752], la Cour a ensuite contesté le *«contrôle externe»* prévu par la Convention[2753]. En particulier, elle a déclaré que les pouvoirs de décision de la Cour européenne des droits de l'homme ne doivent pas avoir pour effet de lier l'UE à une particulière "interprétation du droit de l'Union". Ainsi, la Cour a jugé que: *« les appréciations de la Cour relatives au champ d'application matériel du droit de l'Union, aux fins, notamment, de déterminer si un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH. »*[2754]

Une première question de fond spécifique sur laquelle la Cour insiste dans son avis est l'interaction entre la Charte des droits fondamentaux et la CEDH, ainsi que l'impact éventuel de la Cour de Strasbourg sur l'interprétation des droits en droit de l'Union. Elle a commencé cette bataille en rappelant que *« l'intervention des organes investis de compétences décisionnelles par la CEDH, telle que prévue dans l'accord envisagé, ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union*[2755] *.»*

Premièrement, comme on le sait, la CEDH est un instrument de droit international qui ne cherche à lier aucune institution de l'UE du point de vue du droit interne de

---

[2752] Bien que ce ne soit que dans les domaines dans lesquels les États membres appliquent le droit de l'Union, ce que la Cour omet. Voir le protocole n ° 8, article 2, qui prévoit que rien dans l'accord d'adhésion n'affectera «la situation des États membres au regard de la convention». L'article 1 er, paragraphe 3, de l'accord d'adhésion prévoit que *"L'adhésion à la convention (...) n'impose à l'Union européenne des obligations que pour les actes, mesures ou omissions de ses institutions, organes ou organismes, ou des personnes qui: agissant en leur nom »*(italiques ajoutés). L'article 1 er, paragraphe 4, de l'accord d'adhésion prévoit qu'un acte d'un État membre, aux fins de la convention, doit être attribué à cet État même lorsque cet État applique le droit de l'Union.

[2753] E. Spaventa, A Very Fearful Court?: The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 22 *N*°1, 2015, p. 46.

[2754] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 -Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 186.

[2755] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 -Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 184.

l'UE[2756]. Pour le système de la CEDH, il suffirait que l'UE se contente de respecter ses jugements et ses normes. Le fait qu'il existe une possibilité que la Cour de Luxembourg soit obligée de suivre la ligne de la Cour de Strasbourg lorsqu'elle interprète des droits de la CEDH qui correspondent aux droits de la Charte est une question de droit de l'Union et non de droit de la CEDH. C'est la Charte - qui fait partie des traités de l'UE - et la déclaration qui y est annexée qui oblige la Cour européenne à interpréter les droits de la Charte correspondant aux droits de la CEDH, du moins pas au-dessous de la norme de protection prévue par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il s'agit d'une obligation de droit interne de l'UE que la Cour européenne doit remplir dans le cadre de ses obligations internes à tout moment, que ce soit avant ou après l'adhésion. Par conséquent, il est très déraisonnable de la part de la Cour de Luxembourg de blâmer la Cour de Strasbourg et le PDA pour une stipulation qui fait partie du droit interne de l'UE et va au-delà des points soulevés dans la question posée par la Commission. La Cour luxembourgeoise veut donc modifier l'effet d'une obligation découlant du traité UE en exigeant que le PDA limite la portée de l'effet que l'interprétation de la Cour des droits de l'homme peut avoir sur la Cour du Luxembourg, quelque chose qui provient d'une obligation de droit de l'UE et personne d'autre. Ceci peut être simplement décrit comme un contournement international des traités de l'UE par la Cour de Luxembourg afin de verrouiller la faille qui pourrait entraver son autonomie externe ou déséquilibrer son autonomie interne. Cependant, prenons cela tel qu'il apparaît dans l'avis 2/13. Plus concrètement, la Cour de Luxembourg voit ce problème au regard de l'art. 53 de la Charte, qui *« prévoit qu'aucune disposition de celle-ci ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits fondamentaux 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 ou tous les États membres, et notamment la CEDH, ainsi que par les Constitutions de ces derniers .[2757]»*

À cette fin, la Cour ajoute que:

[2756] F. Korenica, The EU Accession on the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p. 412.

[2757] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 187.

« Dans la mesure où l'article 53 de la CEDH réserve, en substance, la faculté pour les Parties contractantes de prévoir des standards de protection des droits fondamentaux plus élevés que ceux garantis par cette convention, il convient d'assurer la coordination entre cette disposition et l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour, afin que la faculté octroyée par l'article 53 de la CEDH aux États membres demeure limitée, en ce qui concerne les droits reconnus par la Charte correspondant à des droits garantis par ladite convention, à ce qui est nécessaire pour éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ainsi que la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. »

Plus fondamentalement, il est permis de se demander si, faute de disposition spécifique dans le projet d'accord, la coordination des articles 53 respectifs de la Charte et de la Convention était effectivement susceptible de poser problème[2758].

La Cour a noté que, si l'Union européenne adhérait à la CEDH, elle serait, comme toute autre partie contractante, soumise à un contrôle externe afin de garantir le respect des droits et des libertés consacrés dans la CEDH, soumettant ainsi l'UE et ses institutions au contrôle aux mécanismes de contrôle prévus par la CEDH, ainsi que des décisions et des arrêts de la Cour-EDH. Inversement, l'interprétation par la Cour de justice d'un droit reconnu par la CEDH ne serait pas contraignante pour les mécanismes de contrôle prévus par la CEDH. La Cour de justice a souligné que l'article 53 de la Charte stipulait que rien dans celui-ci ne devait être interprété comme une restriction ou une atteinte aux droits fondamentaux reconnus dans leurs domaines d'application respectifs par le droit de l'Union et le droit international et par les accords internationaux auxquels l'UE ou tous les États membres sont parties, y compris la CEDH, et par les constitutions des États membres. La Cour de justice a interprété cette disposition en ce sens que l'application de normes nationales de protection des droits fondamentaux ne doit pas compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ni la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union[2759]. D'autre part, l'article 53 de la CEDH réserve essentiellement le pouvoir des parties contractantes de fixer des normes de protection des droits fondamentaux plus élevées que celles garanties par la CEDH. Selon la Cour de justice, cette disposition devrait être coordonnée avec l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par sa jurisprudence, afin de

[2758] N. Petit, Avis 2/13 de la CJUE : l'obsession du contrôle ?, R.A.E-L.E.A.2014/4, p. 819.

[2759] CJUE,26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, point 60.

limiter le pouvoir conféré aux États membres par l'article 53 de la CEDH - en ce qui concerne les droits reconnus par la Charte qui correspondent à ceux garantis par la CEDH - à ce qui est nécessaire pour garantir que le niveau de protection prévu par la Charte et la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union ne soient pas compromis. Le principe de la primauté est sans aucun doute essentiel pour l'Union et son fonctionnement, et la Déclaration n° 17 attachée au Traité de Lisbonne le confirme par une référence expresse à la jurisprudence constante de la Cour. Or le principe de primauté ne figure dans aucune disposition de la charte. Ce n'est donc pas une disposition de la Charte, mais bien le principe de la primauté qui limiterait l'application des droits fondamentaux garantis au niveau national et par les instruments de droit international, y compris la CEDH[2760]. L'accord ne contenait toutefois aucune disposition de ce type[2761]. Le projet d'accord n'a pas prévu de mécanisme de coordination dans l'hypothèse où des droits garantis à la fois par la Charte et la CEDH feraient l'objet d'une protection par les droits nationaux qui mettraient en cause l'uniformité et la primauté du droit de l'Union[2762].

L'insistance de la CJUE selon laquelle il est inacceptable en vertu du droit de l'Union que les États membres fixent des normes de protection plus strictes que la Charte (comme elle l'avait indiqué précédemment dans l'arrêt très controversé *Melloni*) a conduit à déclarer que l'article 53 de la CEDH (qui permet une protection accrue par les États contractants) et l'article 53 de la Charte sont incompatibles. S'il est légitime de prévenir le contournement de la limite fixée à l'article 53 de la Charte, la CJUE plaide en réalité contre un niveau plus élevé de protection des droits fondamentaux[2763]. La Cour redoute que l'article 53 de la Convention ne vienne mettre en péril la jurisprudence *Melloni* et partant la primauté du droit de l'Union. Mais on voit mal comment cette éventualité viendrait à se

---

[2760] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'union européenne du 18 décembre 2014,CDE, N° 1, 2015,p..58.

[2761] A. Mohay, Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR - Case note, Pécs Journal of International and European Law - 2015/I, p. 31.

[2762] D. Symon, Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13, Rev. Europe, février 2015, p. 5.

[2763] Lock, Tobias: Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR on Verfassungsblog http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu

réaliser parce que tout d'abord l'art 53 CEDH n'impose pas à la Cour d'intervenir pour garantir l'application de la disposition nationale plus protectrice, mais d'éviter que la Convention ne limite l'effet de celle-ci. En outre, même si l'on retenait l'interprétation la plus large, il serait nécessaire, dans la pratique, qu'un particulier dépose une requête contre l'Union parce que le niveau de protections des droits fondamentaux offert par celle-ci serait inférieur à celui garanti par une disposition nationale qui offrirait une protection supérieure à la Convention. Même si l'article 53 CEDH a parfois été invoqué, le corpus jurisprudentiel de Strasbourg n'offre pas d'exemple d'une telle situation parce que la cour européenne a pour mission de veiller au respect des droits garantis par la Convention et non à celui d'une protection supérieure offerte par les États parties[2764]. La Cour EDH ne saurait reprocher à l'UE de vouloir s'en tenir au niveau de protection de la Charte puisqu'en cas d'implication de la CJUE, la présomption de protection équivalente de la jurisprudence Bosphorus de la Cour EDH s'appliquera[2765].

La CJUE vérifie si le projet d'accord d'adhésion est *«susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union»*, en particulier *«l'autonomie du droit de l'Union dans l'interprétation et l'application des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus par le droit de l'Union et notamment par la Charte. »*[2766]" Ors, les juges souhaitent vérifier que les modus operandi institutionnels prévus dans le projet d'accord d'adhésion sont conformes à toutes les réserves énumérées à l'article 6, paragraphe 2, du traité UE et au protocole n ° 8.

Les proclamations revêtent une importance fondamentale pour l'analyse de la Cour qui suit. Elles servent de point de départ à une série d'arguments puissants qui jalonnent, ou pour le dire autrement, la création d'une forteresse de l'UE. Il semble que la Cour veuille dire: C'est notre point de départ; c'est là où nous en sommes[2767]. Les juges sont

---

[2764] J.P Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice, CDE, N°21, 201, p. 33.

[2765] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'Homme, 25 février 2015. https://journals.openedition.org/revdh/1065

[2766] A. Lazowksi et R. A. Wessel, When caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 188.

[2767] A. Lazowksi et R. A. Wessel, When caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 187.

pleinement conscients de la possibilité que leur rejet du projet d'accord d'adhésion suscite de vives critiques et des accusations selon lesquelles la Cour de justice ne prend pas les droits fondamentaux au sérieux[2768]. Cela peut expliquer pourquoi, dans les paragraphes 169 à 177 de l'Avis 2/13, les juges expliquent la position des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE, ainsi que l'importance et le statut de la Charte des droits fondamentaux. Comme pour faire échec à cette critique, la Cour de justice affirme que sont : *«... au cœur de cette construction juridique les droits fondamentaux, tels que reconnus par la Charte. [2769]»* La Cour se réfère également au champ d'application de la Charte, même si l'on peut être surpris que la Cour revienne sur le libellé de l'article 51 de la Charte et affirme qu'il s'applique lorsque les États membres *«mettent en œuvre la loi. [2770]»* Cette formule est plutôt regrettable, sans parler des différences entre les différentes versions linguistiques de la Charte, une notion différente utilisée dans la note explicative de la Charte et le fait que la Cour de justice a interprété de manière extensive la disposition en question dans l'arrêt *Fransson*[2771]. Compte tenu d'un arrêt dans l'affaire *Dano*, dans lequel la Cour se réfère également à l'article 51 de la Charte, on peut raisonnablement se demander si les juges reviennent à une interprétation plus restrictive de cette disposition cruciale.

L'évaluation du projet d'accord d'adhésion commence ici par trois grandes voix. Pour commencer, la Cour de justice affirme, à juste titre, que l'adhésion à la CEDH ferait de la Convention une partie intégrante du droit de l'Union et, en même temps, soumettrait l'UE à un contrôle externe du respect de ses obligations, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme. Comme déjà mentionné dans cet article, la Cour de justice a toujours été en alerte lorsque les États membres et l'Union européenne tentaient de signer un accord international prévoyant la création d'un autre tribunal. Dans le passé, la

---

[2768] S. Peers, The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection., EU Law Analysis, 18 décembre 2014, http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html

[2769] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 169.

[2770] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 171.

[2771] A. Lazowksi et R. A. Wessel, When caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 188.

procédure d'avis fondée sur l'article 218, paragraphe 11, du TFUE permettait à la Cour de justice d'éliminer ces concurrents *ab initio.* C'est ce qui s'est passé avec l'avis 1/91 de la Cour EEE, l'avis 2/94 de la Cour européenne des droits de l'homme et, plus récemment, l'avis 1/09 de la Cour des brevets communautaires. La mission conjointe de la juridiction de l'Union et des juridictions nationales, telle qu'elle avait été affirmée dans l'avis relatif à l'accord portant création d'une juridiction européenne des brevets, est bien de veiller à la pleine application du droit de l'union et à la protection juridictionnelle des justiciables, notamment grâce à la « clef de voûte du système juridictionnel » constituée par le renvoi préjudiciel, dont la fonction est présentée comme la garantie de la cohérence, du plein effet, de l'autonomie, et *« en dernière instance, du caractère propre du droit institué par les traités.*[2772] *»*

Comme pour justifier son inquiétude à cet égard, la Cour de justice réaffirme au paragraphe 182 que soumettre l'Union et la Cour à une autorité judiciaire externe *"n'est en principe pas incompatible avec le droit de l'Union".* Cela est toutefois soumis à des *conditio sine qua non.* Un tel accord international prévoyant l'existence d'une autre cour sera acceptable et affectera les pouvoirs de la Cour *«que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.*[2773] *»* Une analyse juridique sophistiquée n'est pas nécessaire pour se rendre compte qu'il est presque impossible de satisfaire à de telles exigences, notamment parce que la Cour de justice a transformé cette mise en garde en un verrou dans les paragraphes qui suivent. Les juges précisent que les organes de la CEDH, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme, ne peuvent pas obliger l'UE, y compris ses institutions, à *« une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union.*[2774] *»*

[2772] CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09, Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, ECLI:EU:C:2011:123, point 176. Voir aussi : D. Symon, Avis négatif dur le projet de création d'une juridiction des brevets, Europe 2011, étude 5 et D. Symon, Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13, Europe, février 2015, p. 6.

[2773] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 183.

[2774] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 184.

Les motifs de la Cour sont encore plus clairs aux paragraphes 187 à 189, où elle expose en détail l'article 53 litigieux de la Charte[2775]. Très controversé, la Cour de justice dans l'affaire *Melloni* a jugé que la disposition en question devait être interprétée de la manière suivante: *« l'application des normes nationales de protection des droits fondamentaux ne doit pas compromettre le niveau de protection prévu par la Charte, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. [2776]»* Cette interprétation ne correspond toutefois pas à l'article 53 de la CEDH. Ce dernier permet aux parties à la Convention d'imposer dans leurs lois nationales des normes plus strictes que celles de la Convention. On pourrait soutenir que cela pourrait conduire à un affrontement de titans[2777]. Les États membres seraient autorisés à appliquer des normes plus strictes conformément à la CEDH, mais non à la Charte des droits fondamentaux. Aux yeux de la Cour de justice, cela pourrait potentiellement affecter la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union. Gardant cela à l'esprit, la Cour de justice formule au paragraphe 189 une demande d'arrangement spécial[2778]. Selon les juges, il est nécessaire de limiter les pouvoirs des États membres de l'Union européenne en vertu de l'article 53 CEDH, afin que les normes plus strictes en matière de protection des droits fondamentaux ne puissent être prévues dans le droit national que dans les domaines où le droit de l'Union ne s'applique pas[2779]. Dans ce dernier scénario, l'article 53 de la CEDH s'appliquerait sans restrictions. Bien que la Cour de justice ait évoqué de manière diplomatique la nécessité d'une *«coordination»* entre l'article 53 CEDH et l'article 53 de la

---

2775 Voir B. de Witte, *Article 53*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds), The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, CH Beck- Hart-Nomos, Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 1523-1537.

2776 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 188.

2777 A. Lazowksi et R. A. Wessel, When caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 190.

2778 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 189 *« Dans la mesure où l'article 53 de la CEDH réserve, en substance, la faculté pour les Parties contractantes de prévoir des standards de protection des droits fondamentaux plus élevés que ceux garantis par cette convention, il convient d'assurer la coordination entre cette disposition et l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour, afin que la faculté octroyée par l'article 53 de la CEDH aux États membres demeure limitée, en ce qui concerne les droits reconnus par la Charte correspondant à des droits garantis par ladite convention, à ce qui est nécessaire pour éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ainsi que la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. »*

2779 *Ibidem.*

Charte, il s'agit essentiellement d'une demande de dérogation[2780]. On peut soutenir que cette question sera l'une des plus difficiles à traiter lorsque les renégociations du projet d'accord d'adhésion recommenceront. Il va sans dire que cela affecterait l'un des piliers sur lesquels repose la CEDH et suscitera très probablement des controverses.

La CJUE craignait tout d'abord que lors de son adhésion, la Cour européenne des droits de l'homme puisse remettre en question les conclusions de la CJUE lorsqu'elle déterminera si un État membre est lié par les droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait fonder sa décision sur l'article 53 CEDH en vertu duquel les parties contractantes à la CEDH pourraient fixer des normes de protection plus élevées que celles garanties par la CEDH[2781]. Il est intéressant de noter que l'article 53 de la Charte s'inspire clairement de l'article 53 de la CEDH[2782] et stipule en principe que la Charte ne doit pas porter atteinte aux droits de l'homme tels qu'énoncés dans la CEDH ainsi que dans les constitutions nationales. Malgré cette similitude entre l'article 53 de la Charte et l'article 53 de la CEDH, la CJUE a déclaré dans l'arrêt *Melloni* que les États membres ne pouvaient pas se prévaloir de normes de droits fondamentaux plus strictes que celles énoncées dans la Charte dans les cas où la loi applicable avait été entièrement harmonisée selon le droit de l'Union, sinon, la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union pourraient être compromises[2783]. *Melloni* a donc écarté les doutes éventuels que pourrait avoir suscités l'article 53 de la Charte sur la primauté du droit de l'Union dans le contexte des droits fondamentaux[2784]. Dans le contexte de l'adhésion, la CJUE a souligné que l'article 53 de la CEDH devrait être coordonné avec l'article 53 de la Charte, de sorte que le pouvoir accordé aux États membres en vertu de l'article 53 de la CEDH ne compromette pas la primauté du droit de l'Union. Pourtant, l'accord d'adhésion ne

---

[2780] A. Lazowksi et R. A. Wessel, When caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 190.

[2781] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13- Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 186-187.

[2782] B. de Witte, Article 53, dans S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds), The Charter of Fundamental Rights: A Commentary, 2014, para 53.01.

[2783] CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C−399/11, ECLI:EU:C:2013:107, point 60.

[2784] L. Besselink, The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni, European Law Review, 39 ,2014, p. 544.

contenant pas une telle disposition, elle pourrait avoir un effet négatif sur l'autonomie du droit de l'Union et est donc incompatible avec les traités[2785]. Or, l'autonomie constitutionnelle du droit de l'Union est le critère-clef que la Cour fait valoir pour constater une lacune dans l'accord d'adhésion à cet égard : il manque une disposition qui assure que l'article 53 CEDH ne permette pas aux États membres- ce que la Cour avait exclu, dans son arrêt *Melloni*, pour l'application de l'article 53 ChDF- d'écarter l'application d'un acte de l'Union dans un cas individuel où un droit fondamental garanti par la constitution nationale serait violé par cet acte qui, en vertu des dispositions du droit de l'Union, serait conforme aux droits fondamentaux[2786]. Mais l'abandon de l'adhésion même ne signifierait pas nécessairement une indifférence résolue à l'autonomie de l'Union[2787] et l'on peine à imaginer qu'en l'absence d'insuffisance manifeste, le premier souci de la Cour européenne des droits de l'homme serait de s'immiscer dans les équilibres internes de cette construction juridique complexe pour remettre en cause la dose de pluralisme jugée tolérable dans le processus d'intégration. Sous quelque angle qu'on l'aborde, la problématique apparaît donc relever du seul droit de l'Union[2788]. On peut penser de surcroît qu'elle devrait surtout y être traitée par une approche coopérative[2789].

La Cour a donc déclaré que l'article 53 de la Charte (tel qu'interprété dans l'arrêt *Melloni*) signifiait que les États membres, agissant dans le cadre du droit de l'Union, pourraient ne pas être en mesure d'appliquer des normes plus strictes que celles prévues par

---

2785 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 189-190.

2786 CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff.C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, points 58-64. Voir aussi, I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'union européenne du 18 décembre 2014,CDE, N° 1, 2015,p.56-57.

2787 D. Szymczak, La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne, dans La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne-Entre évolution et permanence, p. 356-371.

2788 S. Platon, Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice: un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi?, RDLF 2015, chron. n°13, http://www.revuedlf.com/droit-ue/le-rejet-de-laccord-dadhesion-de-lunion-europeenne-a-la-cedh-par-la-cour-de-justice-un-peu-de-bon-droit-beaucoup-de-mauvaise-foi/

2789 C. Picheral, Concurrence et parasitisme des standards de protection, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/2013, sous la direct. De F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1, p.91.

la Charte, telle qu'interprétée par la Cour[2790]. Elle a ensuite fait valoir que, l'article 53 de la CEDH prévoyant que les parties contractantes peuvent toujours offrir un *« niveau de protection prévu par la Charte ainsi que la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union.[2791] »*

Cette objection traduit l'inquiétude de la Cour quant à l'acceptation de la doctrine *Melloni* par les autorités judiciaires nationales. Cependant, le raisonnement de la Cour n'est pas particulièrement convaincant: les États membres peuvent, dans certains cas, être tenus par le droit de l'Union de ne pas appliquer de normes supérieures à celles prévues par la Charte; la Charte ne peut pas tomber en dessous des normes de la CEDH mais elle peut offrir le même niveau de protection. S'il est vrai que les États membres seraient en mesure de fournir une protection plus généreuse conformément au droit conventionnel, ils ne le seraient pas non plus en droit européen (primaire)[2792]. L'article 53 CEDH laisse un pouvoir discrétionnaire aux Parties contractantes (si elles le souhaitent, elles peuvent fournir une protection plus généreuse). Cela ne crée pas d'obligation. Il n'y a donc aucune possibilité de conflit entre les deux articles.

La Cour estime que le projet d'accord ne fait pas de l'art. 53 CEDH compatible avec l'art. 53 de la Charte des droits fondamentaux. Les deux dispositions prévoient que l'instrument pertinent ne doit pas être interprété comme portant atteinte aux normes en matière de droits fondamentaux déjà accordées d'une autre manière par les États membres respectifs. La Cour y voit le problème que les États membres de l'UE pourraient être autorisés au moyen de l'art. 53 CEDH et en l'absence de disposition de conciliation dans le projet d'accord visant à élever le niveau de protection d'un droit fondamental dans la mesure où la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union seraient compromises

---

[2790] Les États membres ne pourraient jamais tomber en deçà de la protection prévue par la Charte dans les domaines relevant du droit de l'Union; CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434

[2791] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 189.

[2792] E. Spaventa, A Very Fearful Court?: The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 22 *N*°1, 2015, p. 35–56.

(comme cela a déjà été établi dans *Melloni)*. La Cour laisse donc une marge de manœuvre pour renégocier le projet d'accord à cet égard afin de répondre à ses préoccupations[2793].

Il faudrait donc préciser que le relèvement du niveau de protection des droits fondamentaux au regard de la CEDH ne doit affecter ni la primauté du droit de l'Union européenne pour les États membres de l'Union, ni l'unité et l'efficacité du droit de l'Union[2794]. Quant au principe d'effectivité, dit parfois d' « effet utile », il s'apparente plutôt à un argument d'autorité, de type factuel, et non proprement normatif. En effet, l'appel à l'effectivité est davantage une condition de reconnaissance de la réalité sociale d'un système normatif plutôt qu'une exigence imposable par le système lui-même[2795].

Cependant, cette demande sera difficile à mettre en œuvre et semble aller au-delà de ce qui est justifié pour deux raisons, mis à part le fait que la Cour n'indique pas dans quelle mesure les problèmes susmentionnés existent déjà avec l'état actuel du droit avant l'adhésion.

En outre la CJUE ne traite pas du tout de l'art. 52 §3 de la Charte selon lequel les droits reconnus dans la Charte des droits fondamentaux qui correspondent à des droits conférés par la CEDH ont le même contenu et la même portée que ceux-ci. D'autre côté , pour la première fois, dans l'arrêt *Avotins*[2796], la Cour-EDH se réfère à plusieurs reprises à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit que lorsque la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne, leurs sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention, sans préjudice de la possibilité

2793 S. Reitemeyer et B. Pirker, Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR-One step ahead and two steps back, European Law Blog, 31 mars 2013, http://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/

2794 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 190.

2795 E. Dubout, Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel, Réflexions autour de l'arrêt Melloni, CDE, N° 2013, N°2, p. 311.

2796 Cour-EDH, 23 mai 2016, Avotins c. Lettonie, Req N°. 17502/17.

pour le droit de l'Union d'accorder une protection plus étendue[2797]. La Cour-EDH a *« conclu à l'équivalence de la protection substantielle accordée par le droit de l'Union en tenant compte des dispositions de l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux »* et veille au respect de la règle énoncée par cet article et vérifie systématiquement si, dans l'affaire qu'elle est en train d'examiner, elle peut toujours considérer que la protection accordée par le droit de l'Union est équivalente à celle accordée par la Convention[2798]. La Cour européenne semble subordonner le maintien de la présomption de protection équivalente à une application effective de l'art 52, paragraphe 3, de la Charte et adresse ainsi un message à la Cour de justice qui ne fait pas toujours une application rigoureuse de cette disposition, en lui signifiant implicitement que le non-respect de la règle énoncée par l'article 52, paragraphe 3, de la Charte peut remettre en cause la présomption d'équivalence de protection reconnue à l'Union européenne[2799]. La CEDH constitue donc une source de connaissances sur le niveau minimum de protection de ces droits fondamentaux qui fait partie du droit primaire de l'UE. En conséquence, il existe déjà un mécanisme de droit européen qui concilie de manière considérable la portée et le contenu des droits fondamentaux énoncés dans la Charte et la CEDH. Pour la plupart des droits fondamentaux de l'Union européenne, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est donc déjà pertinente et contraignante. Dans le champ d'application du droit de l'Union, les juridictions nationales peuvent d'ores et déjà appliquer[2800] des normes plus strictes en matière de protection des droits fondamentaux sur la base de la CEDH et sont obligées, en cas de doute, de soumettre une question à la CJUE dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel. Cela garantit à nouveau que la Cour a le dernier mot sur la norme de protection applicable en droit de l'Union.

Cela nécessite donc une disposition du PDA pour rendre cette coordination possible et gérable. L'un des principaux arguments à cet égard est qu'une disposition du PDA qui assurerait cette coordination vise à lier les États membres - lorsqu'ils appliquent le droit de

---

[2797] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour EDH, 23 mai 2016), R.A.E-L.E.A.2016/3, p. 474.

[2798] Cour-EDH, 23 mai 2016, Avotins c. Lettonie, Req N°. 17502/17, point 103.

[2799] D. Dero-Bugny, Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour EDH, 23 mai 2016), R.A.E-L.E.A.2016/3, p. 474.

[2800] W. Michl, Thou shalt have no other courts before me, The EU as a Member of the ECHR, Verfassungsblog on Constitutional Matters, 23 décembre 2014, https://verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/#.VRVMXvmG-S8

l'Union - à la Cour de Luxembourg plutôt qu'à leurs propres normes de protection plus élevées. Selon Korenica, cette coordination existe déjà, bien que la Cour luxembourgeoise ait l'intention de sceller cette coordination de manière explicite et de mettre définitivement un terme à tout type de décisions de *Solange II* émanant des cours des États membres lorsqu'ils appliqueront le droit de l'Union[2801]. Le problème, cependant, est que cette coordination devrait faire partie du droit de l'Union plutôt que de la CEDH ou le PDA. La Cour de Luxembourg ne peut pas demander aux instances de la CEDH ni au Conseil de l'Europe de négocier quelque chose qui ne semble pas être un problème du système de la CEDH. La question de savoir si les États membres de l'UE peuvent offrir un niveau de protection plus élevé par rapport à la Charte - et l'efficacité de la Charte de ce point de vue interne - est un débat en cours pour lequel rien ne peut être reproché à la CEDH ou au PDA. Si les maîtres des traités de l'UE avaient voulu bloquer cette possibilité, ils auraient peut-être très facilement établi une disposition selon laquelle aucun droit inscrit dans la Charte ne pourrait être interprété différemment par les cours des États membres de l'interprétation de la Cour de justice. À propos, même dans le système actuel, les États membres sont obligés d'appliquer le standard de la Charte - et personne ne peut être tenu pour responsable en vertu du droit de l'UE s'il fournit des normes de protection plus élevées - lorsqu'il met en œuvre le droit de l'UE. En outre, le fait de demander au PDA de coordonner quelque chose de ce type porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union. Pourquoi? Parce que c'est la Cour de Luxembourg elle-même qui considère le droit de l'Union comme une source de droit indépendante, qui ne devrait pas être influencée par des sources externes telles que le système de la CEDH. Faire, cette coordination dans le PDA - et demander aux organes de la CEDH de fournir cette reconnaissance - équivaut à une ingérence extérieure dans l'ordre juridique de l'UE, car les États membres de l'UE sont liés par le PDA pour quelque chose qu'ils sont censés gérer dans le cadre de la loi de l'UE. En conséquence, Korenica estime que la Cour est allée au-delà de la question posée par la Commission, qui demandait simplement un avis sur la compatibilité du PDA avec les traités de l'UE et non sur la manière de légiférer dans le droit de l'UE par le biais du PDA pour réglementer les questions de droit interne de l'UE. - il s'agit en soi d'une mauvaise

---

F. Korenica, The EU Accession on the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p. 413.

gestion du processus de formulation des opinions dans le but d'examiner les problèmes potentiels de l'adhésion du point de vue des traités de l'UE[2802].

B. La neutralisation de l'opposabilité du niveau national de protection des droits fondamentaux.

L'une des conséquences de l'avis 2/13 est que, dans un avenir prévisible, la charte des droits fondamentaux reste formellement la seule charte des droits de l'Union européenne. Sa présence est évidente dans l'ensemble des opinions, en particulier dans la section générale qui ouvre l'analyse proprement dite. Dans un discours symbolique, les juges semblent avoir élevé la Charte dans leur discours comme s'ils visaient à prouver que la Cour de justice prend au sérieux les droits fondamentaux et que des garanties suffisantes sont fournies dans la Charte ainsi que dans les principes généraux du droit de l'Union - conformément à l'article 6 du traité UE[2803]. Lorsque la Charte est entrée en vigueur le 1er décembre 2009, elle était dans une large mesure *terra incognita*. À l'époque, comme le dit D. Sarmiento, *«les perspectives d'un impact révolutionnaire sur le droit de l'UE étaient loin d'être claires[2804]»*. Du point de vue historique et compte tenu du dialogue initial entre les cours constitutionnelles nationales et la Cour de justice à propos des droits fondamentaux, notamment au vu de l'arrêt *Solange I*, c'est la reconnaissance du principe de la primauté même qui est à la source du développement de la jurisprudence de la Cour en matière de droits fondamentaux au niveau européen ainsi que de la Charte qui vise à rendre plus visible les droits fondamentaux de l'Union européenne[2805]. En termes structurels, cela permet à la Cour de rappeler que la Charte s'impose non seulement aux institutions mais également aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de

---

[2802] F. Korenica, The EU Accession on the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p. 413.

[2803] A. Lazowksi et R. A. Wessel, When caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 208

[2804] D. Sarmiento, Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe, 50 CMLRev. (2013) 1267, at p. 1269.

[2805] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'union européenne du 18 décembre 2014,CDE, N° 1, 2015,p..58.

l'Union, constatation dont elle inférera par la suite des conséquences négatives quant à la compatibilité de l'accord d'adhésion avec le droit de l'Union[2806]. Au regard de l'articulation avec les standards nationaux de protection au sein de l'Union, la problématique est sans doute essentielle, pour ne pas dire névralgique, puisqu'elle commande une sorte de répartition des sources et des compétences qui n'exclut pas toutefois la possibilité d'une mobilisation simultanée[2807].

Il est incontestable que la Cour de justice est allée très loin d'une simple référence en passant dans l'affaire C-555/07, *Seda Kücükdeveci*[2808], à ce que certains pourraient appeler, tirant de l'arme à la hanche comme dans l'affaire C-399/11, *Melloni*[2809] and C -617/10 *Fransson*[2810]. Il ne fait aucun doute que la Charte est maintenant une source convaincante de droits que les institutions judiciaires de l'UE sont prêtes à invoquer[2811]. La Charte a également été invoquée dans les recours en annulation[2812]; en outre, elle a déjà servi de critère pour le contrôle de légalité au titre de l'article 267 du TFUE[2813].Ainsi, la Charte n'a pas pour vocation de modifier les règles des traités quant à la recevabilité des recours en annulation, puisqu'elle ne fait la plupart du temps que codifier la jurisprudence antérieure[2814]. Cependant, il est bien connu que le traité sur le fonctionnement de l'UE reconnaît plus facilement la qualité pour agir des requérants institutionnels que des

---

[2806] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13, Rev. Europe, février 2015, p..

[2807] C. Picheral, Concurrence et parasitisme des standards de protection, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.E 2015/1, p.85.

[2808] CJUE, 19 janvier 2010, Kücükdeveci, aff. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.

[2809] CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C−399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

[2810] Voir, entre autres: S. Iglesias Sánchez, The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights, 49 CMLRev. 2012, p. 1565.

[2811] Voir entre autres: D. Anderson, C.C.Murphy "The Charter of Fundamental Rights", in A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (eds) "EU Law after Lisbon", Oxford 2012, p. 155.

[2812] CJUE, 3 octobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a. / Parlement et Conseil, aff. C−583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625

[2813] CJUE, 1er mars 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a., aff. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100 et CJUE, 17 octobre 2013, Schwarz, aff. C−291/12, ECLI:EU:C:2013:670.

[2814] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des Droits de l'Homme, 25 février 2015, https://journals.openedition.org/revdh/1065

requérants ordinaires (le plus souvent, des personnes morales de droit privé). Cependant, la Commission européenne a été assez réticente à invoquer la Charte dans des procédures d'infraction fondées sur les articles 258 et 260 du TFUE. Comme l'a souligné Lazowksi ailleurs, cette appréhension n'est pas un hasard, mais un choix politique bien pensé tenant compte du manque de clarté découlant de l'article 51, qui régit le champ d'application de la Charte[2815]. Il reste à voir comment les éclaircissements fournis dans l'affaire C-617/10 *Fransson*, déjà mentionnée, feront une différence à cet égard. On peut soutenir que les années à venir permettront à la Cour de justice d'explorer plus avant la Charte et son potentiel. S'engager dans la bonne aventure dépasserait les limites de cette section, nous nous limiterons donc à quelques questions les plus susceptibles de parvenir à la Cour de justice. Tout d'abord, il faut s'attendre à des éclaircissements supplémentaires sur le champ d'application de la Charte. L'article 51 précise qu'il est contraignant pour les institutions de l'UE, mais pour les États membres *"uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union"*. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette dernière phrase est plutôt ambiguë et, dans l'affaire C-617/10 *Fransson*, elle a été clarifiée comme suit:

« Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte. [2816]»

Bien que cette conclusion soit controversée et que l'application de la Charte à l'affaire en cause aille à l'encontre de la volonté des États membres, elle a néanmoins envoyé, avec le message dans l'affaire *Melloni*, un signal important à la communauté juridique et aux citoyens de l'UE. La Cour de justice était disposée à appliquer largement la Charte des droits fondamentaux et à utiliser pleinement son potentiel comme droit primaire[2817]. Sans doute, elle a saisi l'occasion de commencer à construire un mur de

---

2815 A. Łazowski, Decoding a Legal Enigma: the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Infringement Proceedings, 14(4) ERA Forum (2013) p. 573.

2816 CJUE, 26 février 2013 , Åkerberg Fransson, aff. C-617/10 , ECLI:EU:C:2013:105.

2817 E. Hancox The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson 50 CMLRev. ,2013, p.1411.

jurisprudence fondé sur la Charte avant que l'Union européenne n'adhère à la CEDH. En effet, si un État membre de l'UE entend s'appuyer sur la Convention EDH pour accorder un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que celui qui est conféré par la Charte, le problème ne doit-il pas être résolu uniquement dans le cadre de l'UE [2818]?

La création de ce verrou majeur prend la Cour de justice de retour à la raison d'être de sa décision dans l'affaire Melloni. Dans l'affaire Melloni, la Cour s'est efforcée de concilier les droits fondamentaux et le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale. Comme chacun le sait, ce principe est la pierre angulaire de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, y compris de son instrument phare, la décision-cadre 584/2002 / JAI du Conseil relative au mandat d'arrêt européen. Elle prévoit une procédure accélérée, de tribunal à tribunal, pour la remise d'individus à des fins de poursuite ou d'exécution des peines. À la suite d'une révision de cette décision-cadre en 2009, le pouvoir des juridictions nationales de refuser de se rendre est réduit, en ce qui concerne les auteurs condamnés par contumace, uniquement aux cas dans lesquels l'accusé n'était véritablement pas au courant de poursuites pénales engagées contre lui ou autre État membre. Cela ne correspond toutefois pas entièrement à la norme de la Constitution espagnole relative aux droits fondamentaux. Il a donc été demandé à la Cour de justice de déterminer quel système devrait prévaloir. Les juges ont statué que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen était compatible avec les normes de l'UE en matière de droits fondamentaux. De plus, la décision-cadre et la Charte des droits fondamentaux bénéficiaient de la doctrine de la primauté sur la constitution espagnole. Si cette dernière avait été suivie, cela aurait nui à l'efficacité du droit de l'Union, en particulier de la décision-cadre du Conseil 584/2002 / JAI relative au mandat d'arrêt européen. Cette question a été soulevée à nouveau dans l'avis 2/13, où la Cour de justice se tourna vers le principe de confiance mutuelle, la base et une condition préalable à la reconnaissance mutuelle. Selon la Cour, le fait que l'adhésion à la CEDH permette également l'application de cette convention entre les États membres de l'UE lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit de l'Union, ils pourraient saper la confiance mutuelle en imposant aux autorités de vérifier le respect des droits fondamentaux par les autres États membres. Du point de vue de la Cour de justice, il « est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de

[2818] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des Droits de l'Homme, 25 février 2015, https://journals.openedition.org/revdh/1065

l'Union. » Il s'agit du deuxième verrou majeur mis au point par la Cour de justice et la question de son interprétation demeure. Une lecture restrictive du paragraphe 194 de l'avis implique qu'une règle sur mesure doit être élaborée pour exempter l'application de la CEDH entre les États membres lorsque des instruments de reconnaissance mutuelle sont en jeu. Bien que la Cour se concentre strictement sur les affaires pénales, le principe de reconnaissance mutuelle fondé sur la confiance mutuelle s'applique également à d'autres domaines relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il ne faut cependant pas oublier que le principe de reconnaissance mutuelle a ses limites et que le respect des normes des droits fondamentaux par les États membres n'est pas un fait accompli. Le jugement de la Cour dans l'affaire N.S. parle pour lui-même. Une lecture large du paragraphe 194 de l'avis peut indiquer que la Cour réclame la non-application de la CEDH entre les États membres de l'UE lorsque leurs relations sont régies par le droit de l'Union. Quoi qu'il en soit, les négociateurs doivent également aborder cette question lorsqu'ils révisent le mandat des négociations d'adhésion et tentent éventuellement de renégocier le projet d'accord d'adhésion.

Vu sous cet angle, l'avis 2/13 est sans aucun doute un élément important de ce puzzle. Comme cela a déjà été mentionné, dans la jurisprudence la plus récente, y compris l'avis 2/13, la Cour de justice est revenue à la notion de *« mise en œuvre du droit de l'Union »*. On peut se demander si cela répond aux critiques qui ont suivi l'arrêt *Fransson* ou si la Cour n'a peut-être pas accordé beaucoup d'attention à l'affaire. Comme la CJUE l'a soutenu, avec l'entrée en vigueur de l'accord d'adhésion, les dispositions de la Convention, y compris l'article 53, deviennent partie intégrante du droit de l'Union[2819]. Dès lors, le droit des États membres en vertu de l'article 53 CEDH d'assurer un standard de protection qui va au-delà des dispositions de la Convention, deviendrait une norme de droit de l'Union. Si l'on tient compte de la jurisprudence concernant l'effet et le rang des dispositions des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'union : en vertu de l'article 216§ 2, TFUE elles sont obligatoires pour l'Union et ses organes et également pour les États membres[2820]. Il s'ensuit que même si l'adhésion de l'Union à la convention

[2819] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 180-204.

[2820] CJUE, 21 décembre 2011, Air Transport Association of America e.a.,aff. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, points 46-56.

consacre l'article 53 CEDH comme partie intégrale de l'ordre juridique de l'union, elle ne les dispense pas des principes fondamentaux de cet ordre juridique et ne compromet pas, notamment, l'application effective du principe de primauté[2821]. Dans la perspective de l'adhésion, il faut admettre que cette relation originale entre droit européen et droit interne soit susceptible d'être remise en cause par un contrôle externe et un État membre pourrait trouver appui dans la Convention pour faire obstacle à l'application d'une norme de droit dérivé, voire de droit primaire (par exemple une liberté de circulation[2822].)

La Charte des droits fondamentaux reste encore une énigme quant à son application par les cours nationales. Bien que, dans *Melloni*, la Cour de justice ait étendu la doctrine de la primauté à la Charte. Il reste à voir si d'autres principes du droit de l'UE sont également applicables. Cela inclut les doctrines bien établies d'effet direct[2823] et indirect ainsi que la responsabilité de l'État[2824]. Le risque pointé par la cour de justice provient de ce qu'une telle interprétation respectueuse de la primauté du droit de l'Union ne soit pas délivrée par la Cour de Strasbourg sur le fondement de la clause jumelle de l'article 53 de la convention, incitant de la sorte les États membres à remettre en cause l'équilibre trouvé entre unité et diversité des standards de protection au sein de l'Union[2825]. Il est également probable que la Cour de justice sera appelée à se concentrer sur le contenu des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux. Le temps gagné par le rejet de l'adhésion à la CEDH augmente nettement les chances à cet égard. Il convient de noter cependant que, si certains de ces droits peuvent être conférés à la Cour, il est très peu probable que certains le soient. En ce qui concerne les premiers, il ne faut pas s'étonner de voir les affaires à venir, notamment les renvois préjudiciels relatifs aux droits sociaux régis par la Charte. En outre, l'article 47 de la Charte, qui garantit une protection juridictionnelle effective, peut

---

[2821] I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'union européenne du 18 décembre 2014,CDE, N° 1, 2015,p..59.

[2822] E. Dubout, une question de confiance : nature juridique de l'union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CED, N°1, 2015, p. 91.

[2823] CJUE, 15 janvier 2014, Association de médiation sociale, aff. C-176/12 , ECLI:EU:C:2014:2, Voir aussi Ni. Lazzerini, (Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS, 51 CMLRev. 2014, p. 907.

[2824] A. Ward, Damages under the EU Charter of Fundamental Rights, 12 ERA Forum, 2012, p.589.

[2825] E. Dubout, une question de confiance : nature juridique de l'union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CED, N°1, 2015, p. 91.

atteindre les salles d'audience luxembourgeoises[2826]. Pour ces derniers, l'article 45 de la Charte est une disposition contestable qui va poser problème à la Cour de justice. Parce que la libre circulation des personnes est bien réglementée dans le TFUE et dans le droit dérivé de l'UE, la valeur ajoutée par cette disposition est douteuse, pour le moins.

Pour commencer, l'argument selon lequel l'absence de coordination entre l'article 53 de la CEDH et l'article 53 de la Charte porterait atteinte à l'autonomie juridique de l'Union européenne est farfelu et peu convaincant. L'avocat général Kokott n'a pas évoqué cette question une fois dans son exposé complet sur l'accord d'adhésion. Le cas de premier plan pour les arguments de la Cour à cet égard est *Melloni*, dans laquelle elle a sans aucun doute précisé que le droit de l'Union jouissait d'une suprématie absolue dans des situations qui relevaient entièrement du droit de l'Union et que même le droit constitutionnel national, y compris les droits fondamentaux garantis par la Constitution pourraient prévaloir sur le droit de l'UE en cas de conflit.[2827] Si, toutefois, comme dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, *"l'action de l'État membre n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union[2828]"*, c'est-à-dire que les États membres disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire pour appliquer le droit de l'Union (article 51, paragraphe 1, de la charte), les actes juridiques prétendument contraires aux droits fondamentaux pourraient également faire l'objet d'un contrôle conformément aux normes constitutionnelles nationales[2829]. Cela signifie, en d'autres termes, que les tribunaux des États membres peuvent appliquer le droit national des droits fondamentaux à deux conditions: premièrement, si le droit constitutionnel ne porte pas atteinte au niveau de protection prévu par la Charte. Deuxièmement, le droit national des droits fondamentaux peut être appliqué s'il ne compromet pas la suprématie, l'unité ou l'efficacité du droit de l'Union. Ainsi, dans les affaires de type Melloni, la Charte constitue à la fois le socle et le plafond de la protection

[2826] M. Safjan et D. Düsterhaus, A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU, 33 YE , 2014, p 3.

[2827] CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C−399/11, ECLI:EU:C:2013:107, point 60.

[2828] CJUE, 7 mai 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, point 29.

[2829] B. de Witte, Article 53, dans in. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds), The Charter of Fundamental Rights: A Commentary, 2014, para 53.28

des droits fondamentaux[2830]. Par conséquent, les préoccupations de la Cour concernant l'autonomie juridique de l'Union européenne par le biais de l'application de l'article 53 CEDH ne sont pas fondées: des situations telles que celle de *Melloni* sont déjà complètement déterminées par le droit de l'Union, ce qui implique non seulement que les juridictions nationales sont obligées d'appliquer exclusivement les droits fondamentaux de l'Union, également que la CEDH constitue simplement le niveau de protection le plus bas. Et même si les juridictions nationales doutaient de l'interprétation et de l'application correctes du droit européen des droits fondamentaux, l'article 267 TFUE et la jurisprudence *FotoFrost*[2831] garantiraient en outre que la CJUE aurait le dernier mot sur le droit de l'Union[2832]. Dans un scénario tel qu'*Åkerberg Fransson*, qui n'est que partiellement déterminé par le droit de l'Union, les cours des États membres restent libres d'appliquer les normes de protection nationales, dans la mesure où l'unité et l'efficacité du droit de l'Union ne sont pas compromises[2833]. Cela signifie, en conclusion, que toute coordination entre l'article 53 de la Charte et la CEDH n'apporterait rien de significatif à la jurisprudence existante de la Cour. Au contraire, il serait redondant dans la mesure où il rappellerait simplement que les États membres ne sont pas autorisés à recourir à l'article 53 de la CEDH sans demander une décision préliminaire (*Melloni*) à moins que le droit de l'Union n'autorise explicitement d'autres normes (*Åkerberg Fransson*). Les préoccupations de la CJUE à cet égard sont donc tout à fait dénuées de fondement et doivent être rejetées comme étant l'expression d'une guerre superficielle entre Luxembourg et Strasbourg[2834].

Tout d'abord, la Cour exige que la Cour européenne des droits de l'homme respecte efficacement dans sa jurisprudence les conclusions de la CJUE dans *Melloni* et donne ainsi

---

2830 A. Torres Pérez, Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue, European Constitutional Law Review, 10 ,2014, p. 316-317.

*2831*CJUE, 22 octobre 1987,Foto-Frost / Hauptzollamt Lübeck-Ost, aff. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, points 14-15, déclarant que les juridictions nationales peuvent toujours présumer de la validité des actes de l'Union, mais jamais de leur nullité, et que, en cas de doute sur cette dernière situation, ils doivent demander une décision préjudicielle.

2832 D. Sarmiento, Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts, and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe, Common Market Law Review, 50, 2013, p.1291-1292.

2833 CJUE, 7 mai 2013, Åkerberg Fransson, aff. C-617/10 , ECLI:EU:C:2012:340, point 29.

2834 P. Gragl, W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, and M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015, Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, p. 34.

la suprématie à la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'UE sur la protection des droits fondamentaux garantis par la CEDH. Le fait, pour l'Union européenne, d'imposer à ses États membres de remplacer leur standard national de protection des droits fondamentaux par un standard de type Melloni n'est pas incompatible avec l'article 53 CEDH, dès lors que ce standard respecte le seuil minimum de protection imposé par la Convention[2835]. C'est précisément cette configuration qui était à l'origine de l'affaire *Melloni* que la Cour de justice a tranché en estimant que l'article 53 de la charte des droits fondamentaux consacrant la priorité d'application du standard de protection le plus favorable, ne permettait pas à un État d'invoquer sa propre Constitution afin de remettre en cause la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union lorsqu'une harmonisation européenne avait été adopté[2836]. Avec cela, la Cour implique et exige que, pour que l'UE adhère à la CEDH pour les États membres de l'UE relevant du champ d'application du droit de l'Union, seule la Charte des droits fondamentaux soit pertinente, tandis que la CEDH se substitue à son contenu matériel. Cela serait comparable dans les faits à une réserve émise par un État partie à la CEDH, selon laquelle l'interprétation des droits de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme ne doit pas aller au-delà de l'interprétation nationale des droits fondamentaux. Cela semble extrêmement difficile à concilier avec l'objet et le but même de la CEDH. Comme le note à juste titre D. Halberstam, l'article 53 reconnaît une faculté aux États.[2837] Ceux-ci ne peuvent l'exercer que pour autant qu'ils disposent de la compétence nécessaire. Or, en application de l'article 53 de la Charte tel qu'interprété par la jurisprudence *Melloni*, il existe des hypothèses où le droit de l'Union les prive d'accorder une protection supérieure afin de permettre le jeu de la primauté. Il est donc exclu que soit invoqué à Strasbourg une protection supérieure que le droit de l'Union interdisait à l'État membre d'accorder. Les craintes de la Cour de justice ne sont pas fondées et le mécanisme de coordination exigé par celle-ci est superflu[2838].

[2835] N. Petit, Avis 2/13 de la CJUE : l'obsession du contrôle ?, R.A.E.-L.E.A. 2014.4/4 p. 819.

[2836]CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, point 60.

[2837] D. Halberstam, "It's the autonomy stupid !", A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Hu man Rights, German Law Journal, Vol 16; N°1, 2015, p. 118.

[2838] J.P Jacqué, Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice, CDE, N°21, 201, p. 33.

Il ressort ainsi de l'arrêt *Melloni*, éclairé par le rapprochement avec l'arrêt *Åkerberg Fransson*, que l'applicabilité de la Charte, par symétrie avec celle du droit de l'Union, ne produit pas *per se* d'effet de substitution ou d'éviction à l'égard des standards nationaux; l'appréciation d'une atteinte à l'unité, la primauté et l'effectivité du droit commun, qui justifierait leur neutralisation, est fonction du degré et de l'objet de l'harmonisation réalisée entre les droits internes ou dit autrement, de la marge d'appréciation ménagée à l'État[2839].

Le même souci pour veiller à ce que les questions qui relèvent des juridictions nationales de droit de l'UE ne se « confondent » pas sur quelle norme de protection est applicable, est visible dans l'opposition de la Cour au Protocole 16 CEDH, qui permet aux plus hautes juridictions nationales et les tribunaux à la demande un avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme. Aux yeux de la Cour, et même si le Protocole ne faisait pas partie de l'Accord d'adhésion, la possibilité de demander un avis consultatif pourrait entraver l'obligation faite aux juridictions nationales de demander un renvoi préjudiciel. Cela soulève évidemment la question de savoir si le devoir de coopération loyale pourrait ne pas imposer aux États membres l'obligation de non-ratification du protocole dans sa forme actuelle. La Cour craint que, dans des affaires relevant du droit de l'Union où la CEDH et la Charte s'appliquent simultanément, les juridictions nationales pourraient être tentées de demander un avis à la Cour EDH plutôt qu'une décision préjudicielle de la Cour de justice.

L'objection au protocole 16 semble toutefois sans objet si l'on considère que le pouvoir de la plus haute juridiction nationale de demander une décision consultative constitue un pouvoir discrétionnaire qui ne devrait donc pas, en vertu du principe de coopération loyale et de l'article 267 TFUE, être exercé aux dépens de la compétence de la CJUE[2840]. En outre, de manière réaliste, il est difficile de savoir quel intérêt une plus haute juridiction nationale aurait à demander un avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, plutôt qu'une décision préliminaire de la Cour de justice. Ce dernier

---

[2839] D. Ritleng, De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union, RTDE, 2013, p. 267-268.

[2840] En fait, le mécanisme (réclamé par la Cour) par lequel la Cour européenne des droits de l'homme donnerait à la CJUE le temps de se prononcer sur la compatibilité de l'acte de l'Union européenne avec la Convention dans les cas dans lequel il ne l'avait pas fait auparavant. Sur cette question voir: E. Spaventa, 'Fundamental Rights in the European Union', in C. Barnard and S. Peers, EU Law, OUP, 2014 , section 5.2.2.

continuera vraisemblablement à être plus rapide; il prévoit la possibilité de demander une interprétation des dispositions de l'UE en cause au-delà de leur compatibilité avec les droits fondamentaux; et il pourrait en résulter un résultat plus satisfaisant, étant donné que la Cour de justice est et demeurera également après l'adhésion la seule cour qui pourrait déclarer invalide un acte des institutions de l'Union européenne.

Mais dès lors que l'Union n'est pas un État, et par conséquent ses État membres sont parties à la convention, le risque de conflit existe avec ou sans adhésion et c'est pourquoi, sans être pour autant minimiser, la problématique de la primauté rejoint la question de l'autonomie évoquée précédemment, et une meilleure garantie du rôle premier de la cour de justice pour trancher avant tout examen conventionnel la question du rapport entre le droit de l'Union et le droit interne d'un État suffirait probablement à en préserver l'essentiel[2841].

S'il était nécessaire d'assurer une « coordination » des articles 53 ChDF et CEDH, que ce soit simplement afin d'éviter tout risque d'insécurité juridique, il ressort des réflexions ci-dessus qu'un déclaration faire des lors de la conclusion de l'accord d'adhésion devrait être un moyen suffisant. Dans ces conditions, les États membres seraient rappelés à leurs obligations de droit de l'Union, et il peu probable que des problèmes pratiques se poseraient[2842].

Comme conclusions de cette section on peut dire que la Charte peut constituer un outil puissant pour intégrer les droits fondamentaux dans la nouvelle législation de l'UE. Cependant, si on peut considérer que cela a été un succès dans la pratique laisse une certaine place au doute. L'application de la Charte manque de transparence, même si les avocats et les juges peuvent être plus à l'aise d'utiliser la Charte comme l'outil codifié que l'on visait dans leur travail, plutôt que des principes généraux non écrits éparpillés dans la jurisprudence.

L'évolution de la jurisprudence a été marquée par une tendance expansionniste dans l'approche de la CJUE dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, qui consiste à assimiler à

2841 E. Dubout, une question de confiance : nature juridique de l'union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CED, N°1, 2015, p. 91.

2842 I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'union européenne du 18 décembre 2014,CDE, N° 1, 2015,p.60.

«appliquer le droit de l'Union» à «agir dans le cadre de celui-ci». Pour les initiés et les praticiens des droits de l'homme de l'UE, la situation peut apparaître sous différents angles en ce qui concerne la question de savoir quand la Charte désormais contraignante et ses normes parfois plus strictes en matière de droits de l'homme s'appliquent, et la CJUE n'a peut-être pas fait plus que reformuler le dilemme. Dans l'affaire *Melloni*, dans l'effort de protéger la compréhension du droit de l'Union européenne par la Cour, la CJUE a complètement renversé le libellé de l'article 53 de la Charte, faisant de la Charte une norme maximale et non minimale de protection des droits de l'homme. Les deux cas semblent toutefois laisser place à des interprétations, ce qui permet de modifier les détails de la théorie générale dans des cas futurs. À ce stade, on pourrait dire que la Charte a effectivement renforcé la sécurité juridique en ce qui concerne l'efficacité des droits fondamentaux, mais la question de la transparence dans le processus laisse une marge d'amélioration.

Si la CJUE ne fait que créer une nouvelle jurisprudence en se référant à une jurisprudence antérieure, il peut être difficile de dégager des principes directeurs clairs pour l'interprétation de la Charte. En examinant la jurisprudence récente, il semble également que la Cour puisse délibérément créer une nouvelle compétence pour tenter de clarifier la raison d'être d'une norme particulière, comme cela semble avoir été le cas dans l'affaire *Åkerberg Fransson*. Cette question est cependant discutable. Il serait peut-être préférable de résoudre une question d'interprétation en définissant des principes directeurs clairs résultant de la jurisprudence et conformes à la formulation et aux explications de la Charte. Comme nous l'avons vu en examinant le contexte, l'une des raisons d'être de la Charte était la codification des droits fondamentaux de l'UE de faciliter le processus et d'accroître la transparence au niveau national et de renforcer la protection de l'efficacité des droits fondamentaux. D'autre part, les droits fondamentaux constituent un corpus de droits dynamique, et une codification exhaustive ne resterait probablement pas très longtemps à jour. Cependant, la principale question pour l'avenir à venir est de savoir si la CJUE est bien plus que «la bouche de la loi[2843]» et si elle est allée trop loin dans la préparation de la Charte.

[2843] J. Genberg, The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – Quo Vadimus?, Helsinki Law Review 2014/1 p. 56.

Conclusions

Les droits de l'homme font l'objet d'une philosophie politique. C'est l'affirmation de nos préférences pour qu'un certain nombre de valeurs que nous recherchons soient garanties et protégées, et qui dessinent le type de société dans laquelle nous voulons vivre, selon un certain type de rapports entre membres de cette société, ce qui inclut également évidemment les autorités qui régissent cette société[2844].

La nature à la fois morale et légale des droits de l'homme rend la question de leur mise en oeuvre en pratique particulièrement complexe.

Le droit est une pratique normative dans laquelle le passage du « devoir être » à l' « être » a de tout temps suscité les interrogations et polarisé des débats. D'où le caractère central de la question du « pouvoir être » et, plus exactement, de la possibilité de la mise en oeuvre du droit pour l'appréciation de son existence et du « devoir être ». On mentionnera, par exemple, les débats actuels relatifs à l'existence du droit international en tant que droit et la place prééminente de son manque d'effectivité dans ces discussions[2845]. Les droits de l'homme n'existent comme droits qu'à partir du moment où ils sont effectivement consacrés et protégés, c'est-à-dire à partir du moment où une action attentatoire aux droits de l'homme peut effectivement, par des voies juridiques, être prévenue ou si elle a eu lieu, donner lieu à une réaction juridique par la sanction positive (satisfaction équitable) ou négative (condamnation des auteurs, annulation des actes). À défaut d'être effectifs, les droits de l'homme ne sont pas desdits, mais de simples prétentions[2846].

[2844] E. Millard, Précision et effectivité des droits de l'homme, La Revue des droits de l'homme, septembre 2015, https://journals.openedition.org/revdh/1215

[2845] S. Besson, L'effectivité des droits de l'homme - Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme = The Effectivity of Human Rights, in J.B Zufferey, J. Dubey, et M. Previtali, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, 2011, p. 83.

[2846] E. Millard, Effectivité des droits de l'homme, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.P Marguenaud et S. Rials, et F. Sudre (édit.) Dictionnaire des droits d l'homme, Paris, PUF, 2008, pp.349-352.

Les droits de l'homme, cependant, présentent un certain nombre de particularités par rapport à d'autres normes juridiques qui rendent la question de la relation entre « devoir être », « pouvoir être » et « être » d'autant plus intéressante. À partir de ces observations, on émettra l'hypothèse que, s'il existe une spécificité de la question de l'effectivité en matière de droits de l'homme, celle-ci tient moins à des caractéristiques originales qu'à une accentuation ou à une concentration de certains problèmes posés par l'effectivité du droit en général[2847]. Tout d'abord, les droits de l'homme sont souvent à tort conçus comme des droits et obligations dérivés de la nature humaine ou d'un état de fait donné. Ensuite, ils sont le plus souvent garantis de manière abstraite tant sur le plan international que nationale, ce qui multiplie les étapes de spécification et de contextualisation nécessaires à leur mise en oeuvre effective. Enfin, la systématicité des droits et obligations liés aux droits de l'homme rend l'isolation de chaque relation de droit difficile et complique d'autant plus la détermination des obligations correspondantes et l'évaluation de la faisabilité de leur mise en oeuvre[2848].

Enfin, les contributions montrent que l'effectivité est toujours relative et qu'il existe une multitude d'états intermédiaires entre un énoncé et ses traductions sociales. Confrontés à ce constat classique, mais ici particulièrement bien documenté, les auteurs ont su en général éviter la posture du désenchantement en s'efforçant de trouver des moyens de penser l'écart, mais surtout de comprendre les usages du droit en dehors d'un point de vue déterministe[2849].

Il n'est pas surprenant dès lors que l'effectivité des droits de l'homme ait exercé encore un pouvoir de fascination sur tous les acteurs de la pratique des droits de l'homme.

Parce que l'Europe est le fruit d'une histoire marquée par les conflits et les déchirements, la construction européenne s'appuie sur une vision commune du destin des Européens. Elle

[2847] V. Champel-Desplats, Effectivité et droits de l'homme : approche théorique, dans V. Champeil-Desplats, D. Lochak, À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, Presse Universitaire de Nanterre, 2008, pp. 11-26.

[2848] S. Besson, L'effectivité des droits de l'homme - Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme = The Effectivity of Human Rights, dans, J.B Zufferey, J. Dubey, et M. Previtali, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, 2011, p. 83.

[2849] P. Lascoumes, Conclusion : l'effectivité, indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux, in V. Champeil-Desplats, D. Lochak, À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, Presse Universitaire de Nanterre, 2008, pp. 263-266.

s'incarne dans les valeurs partagées: la démocratie, les droits de l'homme, l'égalité et le respect de l'État de droit. Elle s'exprime dans le cadre légitime des institutions de l'Union européenne et dans celui du Conseil de l'Europe.

Dans un continent marqué par la diversité, la coopération politique et le dialogue sont plus que jamais indispensable, et ce sur la base des valeurs partagées dont il faut plus que jamais assurer le respect.

L'Union européenne a profondément marqué l'histoire et la mentalité des citoyens. Elle demeure un exemple sans précédent d'intégration politique, même si nous vivons l'un des moments les plus difficiles de l'histoire du projet européen.

L'avenir de l'Union européenne concerne tous les Européens, qu'ils vivent à l'intérieur ou à l'extérieur de l'UE: par conséquent, les réflexions sur l'avenir de l'Europe doivent aller au-delà de l'UE et de sa composition actuelle[2850].

La force de l'Europe réside dans sa diversité culturelle, historique, identitaire mais aussi dans ses traditions, ses systèmes politiques, etc. Cette diversité doit être valorisée et respectée autant que possible.

Les différences de l'Europe sont un trésor, et nous sommes fiers de notre patrimoine culturel et historique. L'ouverture des frontières, le libre-échange de biens et de services, la libre circulation des personnes, sont des grandes réalisations qui permettent aux Européens de voyager, de travailler et de vivre dans de nombreux pays européens[2851].

Cette thèse a examiné de manière approfondie les implications fondamentales résultant de la concurrence ou de la coopération entre les juridictions de Strasbourg et de Luxembourg à la lumière de l'adhésion de l'UE à la CEDH. Répondant aux questions de recherche importantes et subsidiaires, il est généralement conclu que l'adhésion de l'UE à la CEDH affectera de manière significative le dialogue entre les deux systèmes de droit et leur modèle de coexistence. Il est donc généralement conclu que l'adhésion de l'UE à la CEDH s'avérera importante non seulement pour des raisons symboliques, mais également pour des raisons juridiques et pratiques qui affectent et déterminent la situation des personnes en matière de droits de l'homme dans l'UE et ses États membres. L'examen approfondi des effets de ce processus prouvera le lien juridique implicite qui existe entre

[2850] F. Vallier, A. Poth-Mögele, et N. Noupadja, Europe 2030, Les territoires prennent la parole, Local leaders speak out, Éditions Autrement, Paris, 2018,p. 30

[2851] F. Vallier, A. Poth-Mögele et N. Noupadja, Europe 2030,Les territoires prennent la parole, Local leaders speak out, Éditions autrement, Paris 2018, p. 32.

les juridictions internationales concurrentes des juridictions internationales en général et les approches autonomes de leurs lois respectives de l'UE et de la Convention.

Lors de l'ouverture de l'année judiciaire 2015 à Strasbourg, le Président de la Cour-EDH, Dean Spielmann avait déclaré :

"Pour ma part, l'important est de veiller à ce qu'il n'y ait pas de vide juridique dans la protection des droits de l'homme sur le territoire de la Convention, que la violation puisse être imputée à un État ou à une institution supranationale. Notre Cour continuera donc d'évaluer si les actes des États, quelle que soit leur origine, sont conformes à la Convention, tandis que les États sont et resteront responsables du respect de leurs obligations au titre de la Convention. [2852] »

Dans une perspective politique enfin, l'avis de la Cour de justice vient retarder une adhésion à la CEDH dont les États membres avaient formé le souhait à Lisbonne. La Cour va donc à rebours de la volonté des rédacteurs des traités. Avec l'avis 2/13, c'est le spectre du gouvernement des juges qui réapparaît[2853].

Étant donné que l'article 6, paragraphe 2, du TUE oblige l'Union à adhérer à la CEDH, les institutions compétentes de l'Union semblent obligées de demander une nouvelle série de négociations concernant un accord d'adhésion. Une chose qui n'a pas changé avec l'avis 2/13 est que l'Union européenne reste obligée de s'auto-imposer pour adhérer à la CEDH, conformément à l'article 6, paragraphe 2, du traité UE. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ce n'est plus un choix. Malgré le coup de l'avis 2/13, l'adhésion de l'Union à la CEDH est consacrée juridiquement par l'article 6, paragraphe 2, TUE et il appartiendra à l'Union européenne et à ses États membres d'apporter la réponse que l'avis de la cour de justice rend nécessaire[2854]. De toute évidence, l'article 6, paragraphe 2, du traité UE ne mentionne pas de délai, de sorte que la disposition pourrait en théorie être ignorée pendant une longue période et peut-être même indéfiniment. La Commission, en tant que gardienne des traités, devrait noter cette omission. Cependant,

---

[2852] Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights; Opening speech President Dean Spielmann Strasbourg, 30 January 2015, at <http://echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Solemn_Hearing_2015_ENG.pdf>

[2853] N. Petit et J. Pilorge- Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A. 2014/4, p. 830.

[2854] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la dir. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1,p. 105.

elle aurait non seulement besoin de la participation des États membres, mais elle devrait également avoir une perspective claire sur une issue possible. Dans le même temps, les institutions de l'UE pourraient être poursuivies pour «manquement à agir» conformément à l'article 265 du TFUE. Encore une fois cependant, bien que ces options soient juridiquement intéressantes, elles sont probablement politiquement irréalistes. Bien que la possibilité de résoudre certains points sur la base de déclarations interprétatives ne soit pas exclue, on peut se demander si cela suffira à répondre aux objections tout à fait fondamentales de la Cour. Kuijper a fait valoir que *«[c] e n'est pas le texte même de l'accord d'adhésion qui est contraire au TFUE, mais plutôt l'utilisation et l'interprétation de l'accord que les institutions et les États membres pourraient faire de l'accord ou les lacunes qui y sont laissées.*[2855]» Sur la base de plusieurs déclarations et interprétations internes et externes, une renégociation pourrait alors être évitée. Selon Kuijper, ces déclarations pourraient par exemple indiquer que les États membres ne feront pas usage de leur droit d'aller au-delà du niveau de protection requis par la CEDH; à condition que cela puisse mettre en péril la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union. Bien que l'adhésion de l'UE à la CEDH implique certaines modifications de la législation des deux côtés, il est important de mentionner que l'adhésion en tant que telle ne vise pas seulement à assurer l'adhésion normale d'une autre Haute Partie contractante au système de la Convention, dans le cas d'un modèle d'adhésion spécial, celui qui, du moins pour des raisons symboliques, a pour objectif de maintenir l'UE «aussi particulière» qu'à l'heure actuelle[2856]. L'intention de défendre la nature particulière du droit de l'Union, parfois - si cela n'est pas souvent le cas - a été mise en péril par certains mécanismes qui traitent de l'efficacité de la Convention en matière de protection des droits de l'homme. Cette thèse conclut que de tels compromis compromettent parfois le sens premier du processus d'adhésion, tout en essayant de préserver les éléments normatifs essentiels pour lesquels la Convention existe bel et bien. Il est donc généralement conclu que le PDA constituera un lien singulier entre les cours de Strasbourg et de Luxembourg, conclusion qui montre clairement que l'UE devient néanmoins un peu plus "égale" que les autres États parties à la

[2855] L. Besselink, Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13. ---(blog).2014,BlogActiv. https://pure.uva.nl/ws/files/2686578/177414_Reaction_to_Leonard_Besselink_s_ACELG_Blog_ACELG.pdf

[2856] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p. 427.

Convention. S'il y a une quelconque raison pour cette « inégalité d'égalité [2857]», il convient de dire qu'il est conclu qu'il n'existe aucune raison de ce type pour exclure la nécessité pour l'UE de prouver son autonomie externe avec des caractérisations robustes. De même, les déclarations de déconnexion pourraient indiquer clairement que, dans leurs litiges internes (liés au droit de l'UE), l'UE et ses États membres appliqueront la CEDH conformément aux règles internes de l'Union. Enfin, en ce qui concerne la procédure de participation préalable, les États membres pourraient déclarer que la procédure ne serait utilisée que de manière exceptionnelle et dans le strict respect des exigences du droit de l'Union. Si Kuijper prétend que ces types de déclarations devraient constituer une garantie suffisante pour la Cour, on peut se demander si tel est le cas, compte tenu de la nature tout à fait fondamentale de certaines de ses objections. D'une certaine manière, des éléments de ces solutions figuraient également dans les conclusions de l'avocat général Kokott, qui n'ont manifestement pas convaincu la Cour. Dans le même temps, on peut se demander si, par exemple, des déclarations de déconnexion seraient acceptables pour les parties à la Convention qui ne sont pas membres de l'UE. De telles déclarations font allusion à l'application de normes différentes pour un groupe sélectionné d'États et impliquent également la suprématie du droit interne - ce qui est encore une fois contraire à la logique de la CEDH. En conclusion, la question de savoir si l'article 6, paragraphe 2, doit rester dans le traité sur l'Union européenne doit clairement recevoir une réponse affirmative, pour la simple raison qu'il n'existe aucune alternative à long terme à l'extension à l'UE du contrôle externe sur la protection des droits fondamentaux. Comme cela a été démontré plus haut, le statu quo actuel ne permet pas une représentation adéquate de l'UE dans la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme et ne semble pas capable d'assurer à long terme une cohérence globale et stable entre le droit de l'UE et la CEDH. En outre, s'écarter de l'idée que l'UE devrait faire l'objet du même examen que ses États membres causerait des dommages importants, car cela pourrait être perçu comme une remise en question de l'application collective des droits fondamentaux, au moment où elle est le plus nécessaire, les droits fondamentaux étant soumis à une pression politique croissante dans certaines parties de l'Europe[2858].

[2857] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015p. 428.

[2858] J. Callewaert, Do we still need article 6 (2) TEU? Considerations on the Absence of EU Accession to the ECHR and its consequences, CMLR, Vol 55, N° 6, 2018, pp. 1715-1716.

Si l'on examine l'article 218, paragraphe 11, du TFUE, sur lequel l'avis est fondé, les options sont doubles. Premièrement, l'UE peut demander la renégociation du projet d'accord d'adhésion. Deuxièmement, cela pourrait modifier les traités fondateurs pour tenir compte du texte négocié. Besselink a envisagé cette dernière option, en proposant de rédiger un «protocole de dérogation[2859]». Une révision formelle des traités pourrait permettre, conformément à l'article 218, paragraphe 11 TFUE, aux États membres, certes à l'unanimité- mais celle-ci est en tout état de cause requise pour la conclusion de l'accord d'adhésion- de surmonter le blocage de la Cour, et il n'est pas certain que cell-ci en sortirait indemne.[2860] Selon Besselink, le texte suivant serait souhaitable: "L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par dérogation à l'article 6, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne, protocole (n ° 8) relatif à l'article 6 (2) du traité sur l'Union européenne et avis 2/13 de la Cour de justice du 18 décembre 2014. » Bien qu'il s'agisse d'une proposition intéressante, il est avancé que la modification de l'article 6 du TUE, afin de mettre de côté l'avis de la Cour, n'est peut-être pas le meilleur pas en avant dans de tels cas. Surtout quand on prend en compte l'appétit quelque peu réduit des États membres pour de nouvelles révisions du traité. Dans l'ensemble, cette option, bien que judicieuse sur le plan intellectuel et tentante, peut en réalité se transformer en fantasme politique. La première option consisterait donc à renoncer totalement à l'adhésion de l'UE à la CEDH. Cela irait toutefois à l'encontre du droit de l'Union lui-même, puisque l'article 6, paragraphe 2, du TUE dispose que *"l'Union adhère à la [CEDH]",* ce qui constitue sans aucun doute une obligation d'adhésion[2861]. Une deuxième option pourrait consister à modifier les traités de l'Union en conséquence, ce qui doit toutefois être rejeté en raison de son impossibilité politique et pratique. Une telle tâche herculéenne ne pourrait jamais être réalisée sans heurts et rapidement au cours des deux prochaines années. La dernière option

---

[2859] L. Besselink, 'Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13', 24 décembre 2014; http://acelg.blogactiv.eu/2014/12/24/acceding-to-the-echr-notwithstanding-the-court-of-justice-opinion-213/

[2860] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Rev. Europe, février 2015, p. 8.

[2861] W. Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, Europarecht, 47 (2012), p. 121 dans P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, and M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015 (Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, p. 42.

pour sauvegarder l'adhésion, comme le suggère Leonard Besselink, n'est pas de réviser les traités eux-mêmes, mais de les modifier sous la forme d'un protocole additionnel, aux termes duquel l'Union européenne adhérera à la Convention nonobstant l'article 6, paragraphe 2, du TUE, Protocole n ° 8 aux traités et avis 2/13 de la CJUE du 18 décembre 2014. Il conclut ainsi que les traités pourraient être entièrement modifiés conformément aux exigences de la Cour et de l'article 218, paragraphe 11, du TFUE, et couvrir ainsi toutes les objections de la CJUE à l'égard de l'adhésion[2862]. Sur le fond, le concept de « caractéristiques spécifiques de l'Union», prévu au protocole n° 8, est abondamment sollicité pour étayer les objections de la Cour. Pour autant, jamais la Cour ne daigne expliquer le sens à donner à cette expression qui semble, il faut bien le dire, s'imposer comme un mantra dans son avis[2863]. Xavier Groussot, Tobias Lock et Laurent Pech remarquaient dans un article du 7 novembre 2011, que « le champ d'application précis du protocole reste un mystère »[2864]. Dans le même sens, il serait permis d'ajouter qu'après l'avis, il relève de la mystique[2865].

Une modification plus limitée consisterait à modifier le protocole n ° 8 afin de permettre l'adhésion malgré la compétence limitée de la Cour en matière de PESC. On pourrait faire valoir que cela ne devrait rencontrer aucune résistance de la part des États membres, qui ont déjà convenu que le projet d'accord d'adhésion était compatible avec la CEDH. Cela ne réjouirait certainement pas la Cour, mais, comme le juge Herren der Verträge le souligne, les souhaits des États membres sont finalement décisifs. On a fait valoir que la question de la PESC serait la question la plus difficile à surmonter[2866], mais le climat politique actuel en Europe ne garantit pas du tout une modification rapide du traité. En outre, il peut être difficile d'isoler ce problème des autres sur la table.

[2862] L. F.M. Besselink, Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, Verfassungsblog, 23 décembre 2014, https://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2/#.VM89jS6fbj4

[2863] N. Petit et J. Pilorge- Vrancken, Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle?, R.A.E-L.E.A. 2014/4, p. 830.

[2864] X. Groussot, T. Lock et L. Pech, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011, Questions d'Europe, N° 218, 7 novembre 2011, Fondation Robert Schuman, https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-218-fr.pdf

[2865] J. P. Jacqué, Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ?, 23 décembre 2014, http://www.droit-union-europeenne.be/412337458

[2866] Editorial comments: The EU's Accession to the ECHR-a « NO » from the ECJ! 52 Common Market Law Review, Issue 1, 2015, p. 12.

Toutefois, si la jurisprudence de la CJUE s'est largement inspirée dans le passé de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence de la CJUE, en particulier depuis que la Charte de l'UE est devenue contraignante, a tendance à interpréter les droits fondamentaux de manière de plus en plus isolée de la jurisprudence découlant des autres instruments relatifs aux droits de l'homme, notamment la Convention[2867]. La CJUE ne fait appel à des sources internationales des droits de l'homme que sporadiquement, soulignant que leur signification et leur impact dans l'UE continuent à relever du dernier rang des instances qui en sont les autorités et en sont l'occurrence l'instance qui en a la prérogative de décision. Dans l'affaire *Google*, la CJUE a rappelé que la législation de l'UE *"doit nécessairement être interprétée à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux de droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais énoncés dans la Charte. [2868]"*

Cette insistance sur l'autonomie constitutionnelle et la séparation du système des droits de l'homme de l'UE s'oppose à l'évolution politique depuis la chute du mur de Berlin, qui, sous la bannière des droits de l'homme, a rapproché les pays européens bien au-delà de l'UE plus que jamais auparavant. Par principe, on peut se demander s'il convient d'invoquer l'autonomie de tout ordre juridique en matière de protection des droits de l'homme. Il était donc rassurant d'entendre l'intervention du vice-président Koen Lenaerts lors de la conférence de la CEDH à Bruxelles le 26 mars 2015, soulignant *"l'influence déterminante de cette jurisprudence[de la CEDH] sur les droits fondamentaux garantis au sein de l'Union européenne. [2869]"*

Les droits fondamentaux n'ont pas pour but de favoriser l'harmonisation ou l'uniformité ; ils ont pour objet l'autonomisation des individus et la protection de la liberté, principalement contre les autorités publiques. L'uniformité de la protection des droits

---

[2867] G De Búrca ,After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?, 20 Maastricht Journal of European and Comparative Law 2013, p.168 ; J Callewaert 'L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH: une question de cohérence' 3 Cahiers du CeDIE 2013.

[2868] Cour-EDH, 18 mars 2011, Lautsi et a. c. Italie, Req; N°30814/06; Voir les remarques critiques du Tribunal dans l'affaire: CJUE, 30 septembre 2010, Kadi / Commission, aff. T-85/09, ECLI:EU:T:2010:418, points 119-121.

[2869] J. Polakiewicz, The Future of Fundamental Rights Protection without accession, 26 juin 2015. https://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false

fondamentaux n'est ni nécessaire ni souhaitable dans une Europe composée d'États nations, chacun d'entre eux ayant ses propres traditions de protection des droits fondamentaux[2870]. Ce qu'il faut, c'est un consensus sur certaines normes minimales qui s'appliquent à tous en raison de leur caractère humain. Ce ne sont pas les droits des citoyens de l'UE, mais les droits de tout être humain, vertueux ou non. Les États européens se sont mis d'accord sur ces normes minimales en 1950 lorsqu'ils ont adopté la CEDH, qui constitue une *" vision commune "* du droit européen des droits de l'homme, définissant *" la marge dans laquelle les États peuvent opter pour des équilibres fondamentaux différents entre le gouvernement et les individus.[2871] "*

Il serait illusoire de penser que la protection des droits fondamentaux par la Cour de Luxembourg puisse se substituer à l'adhésion. En premier lieu, il n'existe pas de procédure de plainte individuelle équivalente devant la juridiction de la CJUE, en termes d'étendue ou de degré de contrôle, au droit de recours individuel prévu par la CEDH.

La Cour de Luxembourg ne peut être saisie d'affaires dans lesquelles il est allégué que les droits fondamentaux ont été violés par le droit primaire de l'Union ou par la CJUE elle-même. Si les conditions de recevabilité des recours contre les actes réglementaires de l'UE ne nécessitant pas de mesures nationales d'exécution ont été assouplies par le traité de Lisbonne[2872], pour tous les autres actes, les critères *Plaumann* restent applicables[2873]; ce n'est que si les particuliers prouvent qu'ils sont directement et individuellement concernés qu'ils disposent d'un recours effectif devant la CJUE.

Les gouvernements et les autorités judiciaires sont confrontés à différents textes juridiquement contraignants sur les droits fondamentaux qui doivent être appliqués simultanément, en partie avec des normes, structures, terminologie et qualifications différentes :

[2870] *Ibid.*

[2871] H H Weiler 'Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights' ,1995, réimprimé dans J H H Weiler The Constitution of Europe: do the New Clothes Have an Emperor? ,Cambridge University Press, 1999, pp.107-.

[2872] Article 263 TFEU.

[2873] Dans l'affaire: CJUE, 15 juillet 1963, Plaumann / Commission de la CEE, aff. 25-62, ECLI:EU:C:1963:17, la CJUE a exigé que, pour permettre aux particuliers de contester un règlement, ce règlement les affecte "en raison de certaines caractéristiques qui leur sont propres ou de circonstances dans lesquelles ils se distinguent de toutes les autres personnes et en raison de ces facteurs les distinguent individuellement". Voir également CJUE, 2 avril 1998, Greenpeace e.a. / Commission, aff. C-321/95 P, ECLI:EU:C:1998:153.

- leur propre droit interne, y compris, dans la plupart des cas, le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution nationale ;
- la CEDH et ses protocoles ;
- la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Ce qui rend la situation particulièrement complexe, c'est le fait que les différentes sources juridiques devront être combinées, car les systèmes juridiques concernés ne se contentent pas de *coexister* mais se *chevauchent*. Dans ce contexte, les tribunaux nationaux jouent un rôle central, non seulement en tant que "tribunaux de l'*Union* de juridiction ordinaire", mais aussi en tant que "tribunaux *conventionnels* de juridiction ordinaire", puisqu'il leur incombe en premier lieu de veiller au respect des droits des individus. "Les tribunaux nationaux sont les gardiens ultimes de l'équité des procédures. [2874]"

Sans adhésion, les tribunaux nationaux sont confrontés à un défi majeur. Agissant souvent en urgence, les juges devront identifier dans chaque cas individuel les normes applicables et tenir compte des diverses sources juridiques qui existeront en toute indépendance les unes des autres. Pour citer un praticien, « c'est une tâche méthodologique exigeante pour un juge de la Cour suprême que de démêler le réseau complexe et dynamique de documents juridiques qui sont continuellement filés, couche par couche, dans le droit européen.[2875]» Dans le pire des cas, les autorités nationales peuvent être tenues responsables, en vertu de la Convention, des mesures imposées par le droit de l'UE. La Cour européenne des droits de l'homme est donc compétente pour connaître des actes nationaux déterminés en tout ou en partie par le droit de l'UE. Le contrôle externe exercé par la Cour européenne des droits de l'homme s'applique à la transposition et à l'exécution du droit de l'UE par les autorités et les cours nationales. Même les lois nationales qui sont, mot à mot, identiques aux directives de l'UE peuvent être déférées devant la Cour de Strasbourg.

La question de savoir s'il est également possible de soumettre à la Cour européenne des droits de l'homme des requêtes concernant l'exercice de compétences directement par les institutions de l'UE elles-mêmes est restée ouverte jusqu'à présent. Sans adhésion, de telles

[2874] Cour-EDH, 18 octobre 20, Hermi c. Italie, Req. N° 18114/02 , point 72.

[2875] J. Polakiewicz, The Future of Fundamental Rights Protection without accession, 26 juin 2015. https://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false

demandes ne peuvent être dirigées contre l'UE en tant que telle, mais des demandes ont été introduites collectivement contre les États membres de l'UE. Un exemple en est la requête de *DSR-Senator Lines, qui* allègue que l'imposition d'une amende par la Commission européenne a violé les articles 6 et 13 de la CEDH. Le Tribunal et la CJUE avaient rejeté la demande de mesures provisoires des requérantes contre l'exécution provisoire de l'amende, pour un montant total de 13,75 millions d'euros[2876]. Bien que cette affaire concerne clairement l'application directe du droit de l'UE par les organes de l'UE, la CEDH a transmis la demande aux gouvernements des États membres en juillet 2000. Toutefois, elle a finalement été réglée avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne puisse rendre son arrêt[2877].

Le problème se pose dans les mêmes termes dans le cadre du dialogue entre les juridictions nationales et la CJUE : encore maintenant, les Cours constitutionnelles et suprêmes n'acceptent pas l'analyse de la CJUE sur un certain nombre de points. Cependant, ces divergences sont à « *usage interne* » et ne sauraient être opposées à la CJUE, qui les sanctionne d'ailleurs régulièrement et de la même manière, s'il est normal que la CJUE ait ses propres analyses et s'appuie sur une culture juridique distincte, elle devra tôt ou tard accepter d'analyser autrement l'autonomie du droit de l'Union dans son dialogue avec la Cour EDH qu'avec les juridictions des États membres de l'UE[2878].

Dans ce contexte, la pratique récente de la Cour suprême suédoise est digne de mention. Elle impose aux juridictions suédoises de suivre l'interprétation que fait la CJUE des actes de l'UE, sauf si l'application d'un acte spécifique en question constituerait une violation claire et évidente de la CEDH. La Cour suprême a expliqué que les possibilités pour les tribunaux suédois de s'écarter de la jurisprudence de la CJUE sont donc extrêmement limitées, étant donné que le droit communautaire doit être censé respecter les normes de la CEDH[2879]. Il s'ensuit que l'adhésion de l'UE à la Convention reste un objectif à poursuivre pour préserver la crédibilité non seulement de l'UE, mais aussi de la compréhension et de

[2876] Cour-EDH, 10 mars 2004, Senator Lines GmbH c. l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, L'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni, Req. N° 56672/00 .

[2877] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p. 427.

[2878] A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des Droits de l'Homme, février 2015.

[2879] J. Polakiewicz, The Future of Fundamental Rights Protection without accession, 26 juin 2015.

l'application collectives des droits fondamentaux tels que nous les connaissons en Europe depuis presque 70 ans. En effet, pourquoi les cours suprêmes nationales devraient-elles accepter indéfiniment de faire l'objet d'un contrôle externe, y compris lorsqu'elles appliquent le droit de l'UE , si la CJUE doit définitivement être autorisée à l'éviter ? Pour ces raisons, il n'y a pas de retour de l'article 6, paragraphe 2, du traité UE. Mais l'application effective de l'article 6, paragraphe 2, du TUE, qui peut difficilement être considéré comme une simple obligation de moyens plutôt que de résultats, ne peut pas non plus être rentable[2880]. Or il est certain que les enjeux qui se présentent dans ce cadre nécessitent une prise en considération particulièrement attentive de la part du juge de l'Union, sans qu'il soit besoin de s'appesantir sur cette question[2881].

Si les dispositions de la Charte de l'UE sur les relations avec la CEDH reflètent la même compréhension, l'avis 2/13 a soulevé de nouvelles questions. Prenons l'*exemple de la reconnaissance et de la confiance mutuelles* qui, selon la CJUE, jouissent d'un statut constitutionnel en vertu des traités de l'UE et doivent à tout prix être protégées de l'ingérence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les impératifs résultant du principe de coopération loyale entre l'Union et les États membres et celui de confiance mutuelle entre États membres, comportent des défis particuliers pour organiser une protection des droits fondamentaux conforme au standard de protection garanti par le droit de l'Union[2882].

En outre, dans l'Espace *de la liberté, de la sécurité et de la justice*, où les droits fondamentaux sont en jeu, certaines restrictions ont survécu à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui a étendu la compétence de la CJUE à l'ancien premier troisième pilier. La démarche à suivre par rapport au motif substantiel de refus du projet de traité d'adhésion, à savoir, l'inexistence des dispositions destinées à préserver l'application des normes de l'Union fondé sur la confiance mutuelle dans le cadre de l'ELSJ semble plus complexe et les instruments de droit international privé qui règlementent des relations transnationales

---

[2880] J. Callewaert, Do we still need article 6 (2) TEU? Considerations on the Absence of EU Accession to the ECHR and its consequences, CMLR, Vol 55, N° 6, 2018, p. 1715-1716.

[2881] Th. Von Danwitz, La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13, in Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, Turin, 2018,p. 1025.

[2882] CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Căldăraru, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198; CJUE 1er juillet 2010, Povse, aff. C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400, Cour-EDH, 23 mai 2016, Avotins c. Lettonie, Req. N° 17502/07.

liées à l'espace commun de liberté, de sécurité et de justice sont l'expression d'un fédéralisme horizontal au sein de l'Union européenne que la CEDH ne peut pas respecter[2883]. La CJUE n'a toujours pas le pouvoir de contrôler la validité ou la proportionnalité des mesures prises par la police ou d'autres services répressifs ou l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres en matière de maintien de l'ordre public et de sauvegarde de la sécurité intérieure[2884]. La compétence de la CJUE reste encore plus limitée dans le *domaine de la politique étrangère et de sécurité commune*, qui était précisément une des raisons qui ont conduit à déclarer incompatible le projet d'adhésion avec les traités UE[2885].

Le système prévu par les règlements « Dublin » a pour but de déterminer l'État membre de l'Union européenne responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers. Le système Dublin est fondé sur le principe de confiance mutuelle qui exige des États membres qu'ils présument le respect des droits fondamentaux dans les autres États membres, avec pour conséquence l'automaticité du renvoi des demandeurs d'asile. Dans un mouvement constant d'approfondissement de la protection des demandeurs d'asile, la CJUE a jugé, dans son arrêt *C.K c. Slovénie,* que l'article 4 de la ChDF, de par son caractère absolu, s'oppose à ce qu'un demandeur d'asile soit renvoyé vers l'État membre responsable de sa demande, même en l'absence de raisons sérieuses de croire à l'existence de défaillances systémiques dans cet État, lorsque ce transfert ne saurait être opéré dans des conditions excluant qu'il entraine un risque réel et avéré que l'intéressé subisse des traitements inhumains ou dégradants. Ce faisant, la CJUE a rejoint le standard de protection exigeant issue de l'arrêt de la Cour-EDH *Tarakhel c. Suisse*[2886].

[2883] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la dir. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1,p. 105.

[2884] Article 276 § 4, TFEU.

[2885] Pour un aperçu intéressant de la manière dont cet obstacle à l'adhésion à l'UE pourrait être surmonté sans modification du traité, voir: D. Halberstam, Foreign Policy and the Luxembourg Court: How to Address a Key Roadblock to EU Accession to the ECHR, 12 juin 2015, https://verfassungsblog.de/foreign-policy-and-the-luxembourg-court-how-to-address-a-key-roadblock-to-eu-accession-to-the-echr/

[2886] G. Raimondi, Cour de justice de l'Union européenne & Cour européenne des droits de l'homme: « condamnées à s'entendre et à coopérer »? In Liber Amicorum, Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, Turin, 2018.p. 805.

Enfin, la garantie des droits fondamentaux dans le cadre de l'exécution de textes adoptés par l'Union et fortement imprégnés du principe de confiance mutuelle (règlement « Dublin III », règlement « Bruxelles », décision-cadre 2002/584) doit continuer d'être assurée, et ce dans le respect des exigences issues de l'arrêt *Avotins*. Complexes, ces questions ne peuvent être résolues qu'en poursuivant le dialogue constructif qui a toujours existé entre les deux Cours et dans les arrêts *Avotins* et *C.K c. Slovénie*[2887], constituent un excellent témoignage[2888].

Les Etats membres ont-ils jamais eu l'intention de donner un sens aussi large à la Charte de l'UE ? La Charte elle-même ne contient aucune règle spécifique ("*Kollisionsregel*") sur les droits qui devraient avoir la priorité dans les situations où les droits garantis par la Charte et les droits garantis par la CEDH ou les constitutions nationales s'appliquent en parallèle[2889]. Il est assez frappant que même des États véritablement fédéraux comme l'Autriche, l'Allemagne, la Suisse ou les États-Unis tolèrent une certaine flexibilité en termes de normes des droits fondamentaux, sans que cela soit considéré comme une menace pour la primauté, l'unité ou l'efficacité des constitution fédérales correspondantes. Du côté de la Convention, il faudrait accepter l'idée que tout les États membres de l'Union étant soumis au contrôle conventionnel, seules les violations directement commises par un État membre doivent être examinées, ce qui devrait éviter de remettre ouvertement en cause la présomption de confiance horizontale dans l'Union. Plus généralement l'ensemble des situations transnationales intracommunautaires devrait faire l'objet d'un examen particulièrement attentif sur le fondement de la Convention, notamment sur la question des discriminations à rebours qui devrait constituer un des enjeux à venir de la possibilité complémentarité des systèmes[2890].

[2887] CJUE, 16 février 2017, C.K c. Slovénie, aff. C−578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

[2888] G. Raimondi, Cour de justice de l'Union européenne & Cour européenne des droits de l'homme: « condamnées à s'entendre et à coopérer »? dans Liber Amicorum, Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, Turin, 2018.p. 810.

[2889] Ferdinand Kirchhof 'Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte: Die Wiederkehr der Frage eines Anwendungsvorrangs unter anderer Perspektive', 2014, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1537-1541 dans J. Polakiewicz, The Future of Fundamental Rights Protection without accession, 26 juin 2015.

[2890] E. Dubout, Une question de confiance: Nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, CDE, N°1, 2015, p. 111.

L'Europe traverse aujourd'hui une crise d'une ampleur exceptionnelle, conduisant à un risque de repli sur la sphère nationale: le Brexit en est le témoignage le plus brûlant. Dans ce contexte, il n'y a pas de place pour des disputes entre juges européens. La légitimité du système international de protection des droits de l'homme ne peut être maintenue qu'en préservant sa lisibilité, car elle influe ultimement sur son efficacité, et donc son acceptation par le citoyen.[2891] Concernant le Brexit, jusqu'à présent, la discussion a montré que la critique standard selon laquelle la Charte de l'UE a été " dangereuse " dans cette juridiction est empiriquement infondée, dans la mesure où il n'y a eu qu'un nombre relativement restreint d'affaires relatives à la Charte qui ont été portées devant les tribunaux européens ou renvoyées devant eux depuis le Royaume-Uni. D'un point de vue qualitatif, certaines de ces affaires ont façonné la jurisprudence de la Charte et des tribunaux de l'UE de manière plus générale, mais elles n'ont pas donné lieu, à des décisions controversées. On peut alors soutenir que le "meilleur" argument contre le maintien de la Charte au Royaume-Uni est un argument normatif. Certains commentateurs ont parfois fait valoir que les droits garantis par la Charte sont " trop vagues " ou que les tribunaux de l'UE ont utilisé la Charte pour étendre leur compétence et, partant, la portée du droit de l'UE. Ces arguments ont été abordés ailleurs et ne sont pas très convaincants[2892]. Dans la mesure où ces arguments n'ont aucune valeur (et dans certains cas, ils en ont), on pourrait également dire qu'ils s'appliquent à d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme et à d'autres déclarations des droits - tant nationaux qu'internationaux. Mais presque personne ne semble suggérer que tous ces instruments devraient être abolis, parce que les limites de la compétence des organes et tribunaux chargés de veiller à leur application ne sont pas claires comme de l'eau de roche ou parce que nous ne savons pas trop comment ils interpréteraient les droits inscrits dans ces instruments à l'avenir. La Charte de l'UE n'a rien d'exceptionnellement vague ou large par rapport à ces autres instruments, et contrairement à ce qui est parfois

[2891] G. Raimondi, Cour de justice de l'Union européenne & Cour européenne des droits de l'homme: « condamnées à s'entendre et à coopérer »?,dans Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappicheli Editore, Turin 2018, p. 801.

[2892] A. Young, "Four Reasons for Retaining the Charter Post Brexit: Part 1 – A Broader Protection of Rights" 2 février 2018, http://ohrh.law.ox.ac.uk/four-reasons-for-retaining-the-charter-post-brexit-part-1-a-broader-protection-of-rights/

suggéré, les tribunaux de l'UE accordent systématiquement une (large) marge d'appréciation au décideur principal[2893].

Encore une fois, d'autres considèrent cet avis comme une étape bienvenue[2894] qui donne plus de temps à l'UE pour développer ses mécanismes internes de protection des droits fondamentaux, en particulier ceux basés sur la Charte des droits fondamentaux, avant qu'un mécanisme de surveillance externe ne soit installé. Une autre proposition alternative[2895] prévoit un amendement des traités qui clarifie le statut de la CEDH dans le droit de l'Union et le modernise pour assurer au lieu de l'adhésion à la CEDH un respect plus cohérent de l'acquis de la CEDH. Dans le même temps, il n'est pas surprenant de voir la Cour de justice prendre à nouveau une mesure audacieuse pour protéger sa compétence exclusive. Au fil des ans, il est devenu courant que lorsqu'un juge différent semble se profiler à l'horizon, les juges luxembourgeois éliminent la compétition à l'avance[2896]. Pour le moment, cela signifie que l'Union européenne demandera probablement à tous de revenir au tableau et de rouvrir les négociations sur le projet d'accord d'adhésion. Dans le même temps, la Cour de justice disposera d'un délai considérable pour développer sa jurisprudence sur la Charte des droits fondamentaux[2897]. Évidemment, cela dépend fortement des recours directs devant la Cour et des décisions préjudicielles émanant des juridictions nationales. Néanmoins, les affaires touchant à la Charte sont destinées à être entendues dans les salles d'audience luxembourgeoises au plus tôt. Comme nous l'avons vu précédemment, cela permettra à la Cour de justice de donner une impulsion supplémentaire à la Charte, d'une part, et de prouver qu'elle prend au sérieux les droits fondamentaux, de l'autre. Les deux conséquences de l'avis 2/13 sont analysées à leur tour.

L'insistance de la CJUE sur le fait qu'il est inacceptable en vertu du droit de l'Union de définir des normes de protection plus strictes que la Charte en vertu du droit de l'Union

---

[2893] M. Markakis, Brexit and the EU Charter of Fundamental Rights, Public Law, 2019, p. 101.

[2894] J. Morijn, After Opinion 2/13: how to move on in Strasbourg and Brussels?, 5 janvier 2015, https://eutopialaw.com/2015/01/05/after-opinion-213-how-to-move-on-in-strasbourg-and-brussels/

[2895] *Ibid.*

[2896] P Gragl, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxofrd-Portland, Oregon, 2013, p. 31-49.

[2897] A. Lazowksi et R. Wessel, When Caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 204.

(comme elle l'avait déjà déclaré dans l'arrêt très controversé Melloni[2898]), que l'article 53 de la CEDH (qui prévoit une protection accrue des Etats contractants) et l'article 53 de la Charte soient incompatibles. S'il est légitime de prévenir le contournement de la limite fixée à l'article 53 de la Charte, la CJUE plaide en réalité contre un niveau plus élevé de protection des droits fondamentaux[2899]. La Cour de justice a considéré que l'autonomie du droit de l'Union n'était pas dûment préservée par le projet d'adhérer pour la jurisprudence *Melloni* de la Cour de justice, nous avons signalée ce danger n'existe pas, étant donné que cette disposition ne peut conférer aux États membres de l' Union le droit d'invoquer une norme nationale plus protectrice des droits de l'homme contre le niveau de protection fixé par une norme du droit de l'UE[2900].

De même, la Charte des droits fondamentaux a été proclamée par les trois institutions bien avant l'acquisition du statut de droit primaire. Les trois institutions politiques pourraient donc émettre une déclaration commune réaffirmant leur attachement aux droits fondamentaux et précisant qu'elles considéreraient comme obligatoire la constatation par la Cour européenne des droits de l'homme d'incompatibilité entre un acte des institutions de l'UE et la Convention; et ils agiraient immédiatement pour abroger et / ou modifier tout instrument incriminé en conséquence. En outre, une déclaration de tous les États membres pourrait s'engager à faire de même face à un conflit potentiel entre une disposition de droit primaire et la Convention. Cela enverrait un message très important aux partenaires internationaux quant à l'engagement de l'UE en faveur de la protection des droits fondamentaux. Même si pour l'instant, l'UE n'est pas en mesure d'adhérer formellement à la CEDH, rien ne l'empêche de décider de se considérer comme liée par la Convention et par les arrêts de la CEDH. La situation qui pourrait en découler pourrait même être préférable à l'adhésion, car elle est à bien des égards plus simple d'un point de vue pratique et constitutionnel; on pourrait même soutenir qu'un tel arrangement, même s'il était informel, satisferait à l'obligation énoncée à l'article 6, paragraphe 2, du traité UE. Enfin, une telle déclaration adresserait également un message très fort aux deux cours: à la

---

[2898] CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C−399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

[2899] T. Lock : Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR on Verfassungsblog http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu 18 décembre 2014

[2900] M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la dir. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1,p. 105.

Cour européenne des droits de l'homme de continuer à jouer son rôle de garant des droits fondamentaux pour l'ensemble du territoire du Conseil de l'Europe; à la Cour de justice de prendre la courtoisie judiciaire et la protection des droits fondamentaux plus au sérieux qu'elle ne l'a fait jusqu'à présent[2901].

La seule façon d'avancer semble être un retour à la planche à dessin et une renégociation du projet d'accord d'adhésion[2902]. À en juger par l'expérience vécue jusqu'à présent, ce sera un exercice plutôt tortueux qui risque de prendre du temps. Il donnera à la Cour de justice l'occasion de continuer à se doter d'une jurisprudence reposant sur la Charte des droits fondamentaux et, à long terme, de minimiser l'impact direct de la Cour de Strasbourg sur le droit de l'Union. Un certain nombre de propositions concrètes ont été avancées en réaction à l'avis 2/13. Certains avancent ainsi que l'adhésion n'aurait plus aucun sens dans les conditions données par la CJUE, dans la mesure où cela ne permettrait pas la création d'un mécanisme de surveillance externe efficace de l'action de l'UE en matière de protection des droits fondamentaux. D'autres proposent un amendement du droit primaire de l'UE - allant jusqu'à un mépris ouvert envers la Cour. Sur le plan politique, toutefois, cela semble extrêmement difficile, car un tel amendement devrait être exhaustif et aborder un certain nombre de points. Une suggestion plutôt extrême appelle ouvertement à la désobéissance politique contre la CJUE: un protocole devrait être rédigé pour permettre l'adhésion de l'UE à la CEDH nonobstant l'avis 2/13. Une renégociation du projet d'accord serait peu réaliste[2903] étant donné la réticence notable des partenaires de négociation tels que la Russie ou la Suisse. Il ne fait aucun doute que certains États membres, ainsi que plusieurs parties non membres de l'UE à la CEDH, n'accepteront pas l'ouverture du texte convenu du projet d'accord d'adhésion à de nouvelles négociations. Il suffit de rappeler, par exemple, la réaction de la délégation russe lorsqu'un certain nombre d'États membres de l'UE ont suggéré de rouvrir les négociations car ils ne pouvaient pas vivre avec un projet antérieur:

[2901] E. Spaventa, A very fearful Court ?The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, MJ of European Comparative Law, 2015, Vol 22, N° 1, pp. 54 -56

[2902] T. Lock, 'Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR', Verfassungsblog on Matters Constitutional, 18 décembre 2014; http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-

[2903] L. F. M. Besselink, Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, 23 décembre 2014, https://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2/#.VRVZMvmG-S8

«Maintenant, à cause des problèmes internes de l'UE, nous avons reçu des amendements de nos collègues de l'Union européenne. Nous allons les étudier avec le plus grand soin. Mais le fait est que ces amendements rouvrent le projet convenu. Par conséquent, nous examinerons les propositions de l'UE en gardant à l'esprit que nous aurons également le droit de présenter nos propres amendements au projet approuvé par le groupe de travail du CDDH, ainsi qu'aux documents distribués par l'UE. Nous supposons que nos propositions éventuelles auront le même statut que les projets d'amendements proposés par l'UE. Nous espérons également que les négociations futures seront réellement des négociations entre 47 États membres individuels et la Commission européenne et non entre un "bloc de l'Union européenne" et ceux qui ne sont pas membres de l'Union européenne. [2904] »

Un moyen de s'en sortir serait d'utiliser la possibilité de réserves mentionnée à l'article 57 CEDH:

« Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article. »

C'est surtout cette dernière phrase qui peut poser problème à cet égard. Si, par exemple, il peut être tentant d'exclure la PESC de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme, en l'incluant dans une réserve, cela serait perçu comme une exception trop générale[2905]. Le problème concernant la PESC ne pourra pas être résolu par un accord d'adhésion modifié. En vertu du paragraphe 1 de l'article 57 de la CEDH, les réserves ne peuvent être réservées que pour des questions particulières et non pas pour de larges domaines du droit. Selon l'article 57, cette réserve doit se référer à une disposition spécifique de la Convention et ne peut pas être générale, elle sert à immuniser des normes en vigueur sur le territoire d'une partie contractante qui ne sont pas conformes à cette

---

[2904]Rapport 75ème Réunion du Comité Directeur pour les droits de l'homme (CDDH), 19-22 juin 2012
https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045fdce

[2905] Voir: S. Peers, 'The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection', EU Law Analysis, 18 décembre 2014; http://eulawanalysis.blogspot.nl/ 2014/12/the-cjeu-and- eus-accession-to-echr.html. et Editorial comments: The EU's Accession to the ECHR-a « NO » from the ECJ! 52 Common Market Law Review, Issue 1, p.14.

disposition et elle doit contenir un bref exposé des normes en cause[2906]. L'UE ne sera donc pas en mesure d'exclure des mesures relevant de la PESC de l'accord d'adhésion[2907]. Une option consisterait à étendre la compétence de la CJCE à toutes les questions relevant de la PESC[2908]. En effet, l'avis 2/13 pourrait être considéré comme un geste stratégique de la CJCE pour provoquer une telle modification des dispositions mal traitées des traités qui limitent ses pouvoirs judiciaires[2909]. On peut toutefois se demander si les États membres seront disposés à s'engager dans cette voie. Une autre option consisterait en un amendement au Protocole n°8, précisant que l'adhésion de la CEDH est possible et nécessaire malgré le manque de compétence de la Cour pour les questions relevant de la PESC[2910]. Cette option refléterait en effet la position adoptée par les États membres dans la procédure d'avis selon laquelle le projet d'accord est compatible avec les traités; et il réaffirmerait l'intention des auteurs du traité de Lisbonne de prévoir l'obligation d'adhérer à la CEDH tout en limitant la compétence des questions relatives à la PECJ au titre de la PESC. La question de savoir si, dans un avenir proche, une procédure d'amendement du traité a une chance réelle de se poser est une autre question. Si les autres réserves exprimées par la Cour peuvent être surmontées par une interprétation conforme et des déclarations ou un protocole appropriés, sauf révision des traités de l'Union à l'égard des compétences de la Cour de justice dans le domaine de la PESC[2911].

On peut également se demander si le fait que la CJUE insiste pour que les mesures relevant de la PESC ne puissent être soumises à un contrôle de la part de la Cour EDH soit

---

2906 M. Lopez-Escudero, Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13, dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la dir. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1,p. 105.

2907 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, point 253, en faisant valoir que la situation: « ne peut se justifier qu'au regard du seul droit de l'Union. »

2908 Editorial comments: The EU's Accession to the ECHR-a « NO » from the ECJ! 52 Common Market Law Review, Issue 1, 2015, p. 13

2909 La question de savoir si la CJUE n'a pas ainsi dépassé les limites d'une interprétation légitime du traité de Lisbonne sera probablement remise en question lors du prochain débat sur l'avis 2/13.

2910 Voir la proposition d'un "protocole nonobstant" (qui irait au-delà des questions relevant du CSFP) de / L. Besselink, Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, 23 décembre 2014, https://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2/

2911I. Pernice, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue, Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l' Union européenne du 18 décembre 2014, CDE, N°1, 2015, p. 71.

parfaitement défendable. Les opérations menées dans le cadre de la PESC peuvent entraîner des violations des droits fondamentaux par les États membres dans des situations extraterritoriales. Comme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme l'a montré, la CEDH peut, dans certaines circonstances, avoir un effet extraterritorial fondé sur l'interprétation du concept de «juridiction» (art. 1 CEDH) par la Cour de Strasbourg[2912]. Il semble que la CJUE estime actuellement que si elle n'a pas compétence pour statuer sur les mesures de la PESC de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme ne le peut pas non plus[2913].

L'adhésion à la CEDH comblerait ces lacunes en matière de protection juridique,

contribuant ainsi de manière significative au renforcement du contrôle des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'UE. En effet, seule l'adhésion peut donner aux citoyens européens la même protection *vis-à-vis des* actes de l'Union que celle dont ils bénéficient actuellement *vis-à-vis de* tous les États membres de l'UE. Elle rassurera les citoyens sur le fait que l'UE, tout comme ses États membres, n'est pas " au-dessus de la loi " en ce qui concerne les droits de l'homme. Elle aura également l'avantage de permettre aux institutions de l'UE de participer pleinement aux travaux de Strasbourg, qui portent de plus en plus souvent sur des questions de droit de l'UE.

Pour de nombreux États membres, l'opinion de la Cour n'était pas une évolution bienvenue. Bien que, pour certains États membres, notamment le Royaume-Uni, cet avis ait pu conduire à un soupir de soulagement[2914]. Dans le même temps, pour les négociateurs, en particulier ceux de la Commission européenne, l'établissement d'un nouvel agenda de négociation sera le premier défi à relever. Il va sans dire que la recherche d'un compromis

---

[2912] La jurisprudence de la Cour sur cette question est complexe et suscite beaucoup d'interrogations, mais l'acceptation d'une compétence extraterritoriale en vertu de certaines exigences est un élément incontestable, notamment dans les affaires: Cour-EDH, 28 juillet 1998, Loizidou c. Turquie, Req; N° 15318/89 ; Cour-EDH, 7 juillet 2011, Al-Skeini, c. Royaume-Uni ,Rq. N°55721/07, Cour-EDH, 16 septembre 2014, Hassan c. Royaume-Uni, Req. N° 29750/09 .

[2913] S. Peers, 'The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection', EU Law Analysis, 18 décembre 2014; http://eulawanalysis.blogspot.nl/2014/12/ the-cjeu-and- eus accession-to-echr.html. Peers déclare également que le point de vue de la CJUE démontré dans le présent avis signifie que le fait de porter un différend relevant de la PESC devant la Cour internationale de Justice serait également considéré comme un manquement aux obligations du droit de l'Union.

[2914] Voir, par exemple, les plans publiés par le ministre britannique de la Justice pour sortir le Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'homme.http://www.telegraph.co.uk/news/ politics/conservative/11137442/Tory-plan-to-leave-ECHR-contains-howlers-and-is-factually-inaccurate-says-partys-ex-Attorney-General.html

équilibré posera inévitablement certaines difficultés. Une question clé demeure: comment satisfaire les demandes de la Cour sans compromettre la raison d'être de l'adhésion? En fin de compte, il s'agira non seulement d'une question de la part de l'UE, mais également de la Cour EDH, qui se demandera sans doute si les amendements sont toujours conformes à la Convention[2915]. Pour les négociateurs qui vont maintenant tenter de modifier l'accord d'adhésion pour tenir compte de l'avis 2/13 - à condition que cela soit possible, voire souhaitable - il devrait être relativement simple d'éviter l'incompatibilité avec l'article 344 du TFUE. La réinterprétation de l'article 344 du TFUE dans l'avis 2/13 n'est pas cruciale pour le processus d'adhésion de l'UE à la CEDH. Cependant, il est important pour les négociations futures d'accords mixtes et d'une importance critique et potentiellement dévastatrice pour de nombreux accords mixtes déjà conclus par l'Union. Nous ne pouvons que spéculer sur le point de savoir si la CJUE modifiera son approche - et révélera ainsi que sa réinterprétation apparente de l'article 344 du TFUE dans l'avis 2/13 était simplement un moyen d'atteindre l'objectif ultime de la Cour consistant à rejeter l'accord d'adhésion -- ou si elle confirmera le changement de cap obligeant l'Union et ses États membres à s'adapter.

Les négociateurs pourraient simplement suivre les instructions assez claires de la CJUE tendant à exclure les litiges intra-européens de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme[2916]. À la fin de l'article 33 de la CEDH, un paragraphe du type suivant pourrait être inséré: *«Les demandes présentées par un État membre de l'Union européenne ou par l'Union européenne, alléguant une violation de la Convention par un autre État membre de l'Union européenne ou par l'Union européenne, sont irrecevables. [2917]"*

En plus d'être trivial sur le plan juridique, il devrait être politiquement possible d'amener les parties non européennes à la CEDH à accepter un tel amendement. En effet, les différends entre États non membres de l'UE et États membres de l'UE (ou l'Union elle-même) pourraient toujours être portés devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, les États non membres de l'UE ont peu à perdre d'une exclusion intra-UE. De plus, il

[2915] Voir à cet égard également la procédure de l'article 47 CEDH sur la base de laquelle la Cour peut donner un avis consultatif sur l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles et - sans doute - sur les modifications de la Convention.

[2916] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:245, point 213.

[2917] S. Øby Johansen, The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 177.

existe un précédent pour l'inclusion de «clauses de déconnexion» dans les traités négociés sous les auspices du Conseil de l'Europe[2918]. Ces clauses sont encore plus étendues que la suggestion ci-dessus, en ce sens qu'elles excluent ou limitent l'application de l'ensemble du traité entre les États membres de l'UE et l'Union.

L'analyse ci-dessus de l'avis 2/13 laisse un goût amer et une part équitable du pessimisme à tous ceux qui s'intéressent aux droits de l'homme et à leur protection et à leur respect effectifs. Il n'ya donc rien de positif dans la décision de la Cour; pouvons-nous éventuellement y trouver quelque chose de positif pour atténuer ses répercussions sur la protection des droits de l'homme en Europe? Il est significatif qu'à quelques exceptions près, par exemple à propos du protocole 16 ou d l'article 344 TFUE, l'avis ne suggère pas, même pas implicitement, les modifications qui pourraient être opérées en vue de mener à bien le processus d'adhésion[2919]. Martin Scheinin a identifié certaines circonstances atténuantes à cet égard; par exemple, la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n°16, introduite lors des négociations complexes et de la rédaction de l'accord d'adhésion, a peut-être été perçue par la CJUE comme un signe de profonde déloyauté envers l'UE. Parmi ses autres inquiétudes, la CJUE a souligné l'interaction éventuellement problématique entre la procédure d'avis consultatif du Protocole n ° 16 par la Cour européenne des droits de l'homme et la procédure de décision préjudicielle de la CJUE. Il convient de noter à cet égard que le Protocole n ° que l'avis consultatif du Protocole n ° 16 est de nature différente, car il sera limité à la plus haute juridiction nationale, il n'est jamais obligatoire et l'opinion elle-même n'est pas contraignante[2920]. L'avis 2/13 dégage l'impression d'être fortement influencé par les efforts de la CJUE pour défendre sa position vis-à-vis de la Cour EDH plutôt que par un esprit de coopération[2921]. La défense quelque peu inflexible de ses pouvoirs judiciaires au détriment d'une adhésion de l'UE à la CEDH

[2918] Pour un aperçu de cette pratique et une typologie des «clauses de déconnexion», voir: K. Dawar, Disconnection Clauses: An Inevitable Symptom of Regionalism? (Online Proceedings of the Society of International Economic Law Working Paper No. 2010/11, 2010),

[2919] D. Simon, Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Rev. Europe, février 2015, p. 8.

[2920]Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 2 octobre 2013, https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214

[2921] Alors que cet esprit de coopération semblait préfiguré par la Communication commune du Président Costa et de Skouris, publiée en 2011, https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Communication_Costa_Skouris_FRA.pdf

peut malheureusement entraîner une réaction brutale (inattendue) dans les relations entre la CJUE et les cours constitutionnelles des États membres, qui, s'inspirent de l'attitude de la CJE. Les cours constitutionnelles peuvent être disposées à défendre leurs pouvoirs judiciaires (en ce qui concerne les droits fondamentaux) vis-à-vis de la CJUE d'une manière parallèle à la CJUE vis-à-vis de la Cour EDH. Il sera intéressant de voir si les cours constitutionnelles accepteront sans réserve les vastes implications du principe de "confiance mutuelle" énoncé par la CJUE[2922]. En outre, si et lorsque certains États membres adhèrent au protocole n°16 de la CEDH, les juridictions de ces États membres pourraient être tentées de se tourner vers la Cour EDH en tant que juridiction des droits de l'homme plus « compétente ». Si un tel développement devait se produire, l'avis 2/13 pourrait un jour être considéré comme un moyen de défense discutable des "caractéristiques" du droit de l'Union européenne.

Plus important encore, on pourrait aussi faire valoir que la décision de la Cour (à débattre), opportune, était toujours préférable à un processus politique éventuellement amer et peut-être destructeur qui aurait pu suivre un avis positif[2923]. Bien que l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (sans préjudice de ses exceptions énoncées à l'article 46) interdit d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité par une partie à un traité, le contrôle ex post des traités conclus par l'Union n'est pas inconnue: dans l'affaire des dossiers passagers, par exemple, la Cour a confirmé que l'Union ne pouvait pas invoquer son droit interne pour justifier le non-respect de l'accord, mais a néanmoins annulé la décision relative à la conclusion de l'accord qui restait temporairement applicable pendant encore trois mois[2924]. Plusieurs autres exemples de révisions ex post d'accords conclus par l'Union prouvent que les traités ne sont pas sacro-saints s'ils enfreignent les principes constitutionnels les plus internes du droit de

[2922] CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13-Adhésion de l'UE à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, points 191-194.

[2923] Martin Scheinin, CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances, Verfassungsblog, 26 December 2014, available at http://www.verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances/#.VMuijC6fbj4

[2924] CJUE, 30 mai 2006, Parlement / Conseil, aff. joint. C-317/04 et C-318/04, ECLI:EU:C:2006:346.

l'Union[2925]. Les affaires *Kadi* [2926](qui, bien entendu, ne concernaient pas un traité conclu par l'Union) montraient que la CJUE était disposée à protéger le droit de l'Union en tant que fief de l'autonomie juridique. Cela peut sembler parallèle à l'avis 2/13, mais paradoxalement en opposition flagrante car, alors que l'affaire *Kadi* concernait une protection plus efficace des droits fondamentaux, la décision de la Cour relative à l'adhésion de l'UE à la CEDH semble aller dans la direction opposée. Cela signifie, en conclusion, que le seul rayon d'espoir de l'avis 2/13 est qu'un rejet avant l'entrée en vigueur de l'accord d'adhésion reste un résultat beaucoup mieux préférable qu'un non-respect éventuel ultérieur de celui-ci, suivi d'une lutte politique destructrice entre Luxembourg et Strasbourg et entre l'UE et le Conseil de l'Europe[2927]. Si la CJUE estime que l'UE ne devrait pas être liée par la CEDH (pour le moment), la non-participation au système de la CEDH à l'heure actuelle semble être une meilleure option que de la miner par la suite. Steve Peers explique que la plupart des conditions d'adhésion de la Cour de justice sont de nature procédurale et visent essentiellement à accomplir une chose: préserver la compétence de la CJUE en tant qu'arbitre du droit de l'Union en tant qu'ordre juridique autonome[2928]. La vigilance de la Cour dans la protection de sa propre compétence n'est guère surprenante à la lumière d'arrêts tels que *MOX Plant* ou *Kadi.* Le précédent a montré que la Cour de justice exige que toute question de droit de l'Union entre États membres lui soit soumise et que le fait de faire appel à un tribunal international différent pour de telles affaires ne signifie pas moins que la violation des obligations contractées par les États membres en vertu du droit de l'Union[2929]. Dans ce dernier cas, la Cour de justice a adopté une approche dualiste des relations entre le droit international et le droit de l'Union et a notamment souligné que les obligations imposées par un accord international ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels des traités. Il peut sembler

[2925] M. Mendez, The Legal Effects of EU Agreements, Oxford, 2013, p. 288-289.

[2926] CJUE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, aff. joint. C-402/05 et C-415/05 P ECLI:EU:C:2008:461; CJUE, 18 juillet 2013, Commission e.a. / Kadi, aff. joint. C-584/10 et C−595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518.

[2927] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, and M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015 (Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, p. 41

[2928] S. Peers, The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection, 18 décembre 2014, http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html

[2929] CJUE, 30 mai 2006, Commission / Irlande, aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345.

quelque peu ironique que, dans l'affaire *Kadi*, la Cour de justice ait par ailleurs souligné le caractère essentiel de la protection des droits fondamentaux[2930]. Si cette perspective se réalise, il est sans doute juste de considérer que l'aspect délicat et politiquement gênant de la conception d'une protection « autonome » des droits fondamentaux perdra sa justification. La jurisprudence de la Cour a déjà fait en sorte qu'il n'en résulte pas d'inconvénients majeurs pour les justiciables dans l'attente des aménagements nécessaires de l'accord d'adhésion et du traité[2931]. Toutefois, contrairement à ce que l'on présumer l'adhésion de l'Union à la CEDH ne ferait pas disparaître la raison d'être de la conception d'une protection « autonome » des droits fondamentaux au sein de l'Union ni ses implications pratiques[2932].

Divers actes juridiques de l'UE dans les domaines de l'immigration et de l'asile, de la justice pénale transfrontalière et des affaires matrimoniales transfrontalières prévoient la reconnaissance des décisions prises par les autorités judiciaires d'autres États membres. Elles exigent des transferts quasi automatiques de personnes d'une juridiction à une autre, sans examen préalable des droits de l'homme, ni sur le fond, ni sur la procédure menant à la décision judiciaire ou à la situation dans l'État requérant.

L'hypothèse sous-jacente selon laquelle tous les États membres de l'UE doivent garantir de manière globale le respect des droits de l'homme doit être vérifiée dans la réalité. Les États membres de l'UE ne sont pas à l'abri d'une violation des droits de l'homme fondamentaux tels que l'article 3 de la CEDH, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Rien qu'en 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté 111 violations de l'article 3 de la CEDH par des États membres de l'UE, 73 violations de l'article 5 et 183 violations de l'article 6 de la CEDH[2933].

L'arrêt *Tarakhel* de la Cour européenne des droits de l'homme[2934], dont l'évaluation individualisée de la situation des requérants contraste avec la défense du système de

---

[2930] CJUE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461

[2931] CJUE, 12 novembre 2015, Elitaliana c. Elles Kosovo, aff. C-439/13 P, ECLI:EU:C:2015:753 et CJUE, 19 juillet 2016, H / Conseil et Commission, aff. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569

[2932] Th von Danwitz, La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13 dans Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Edizione Turin, 2018, p. 1028.

[2933] https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2014_ENG.pdf

[2934] Cour-EDH, 4 novembre 2011, Tarakhel c. Suisse, Req. N° 29217/12 .

Dublin par la CJUE dans l'arrêt *Abdullahi*[2935], illustre récemment les approches différentes des deux juridictions, tout en montrant que même sans adhésion les questions de JAI sont déjà devant la Cour. La remise en cause de la conception de la confiance mutuelle en matière de JAI pourrait difficilement devenir plus grave qu'elle ne l'est déjà. Au contraire, l'adhésion et un fort mécanisme du codéfendeur offrent la possibilité d'un contrôle externe complet du système JAI dans son ensemble, avec la participation active de protagonistes des niveaux supranational et national, renforçant ainsi la confiance dans les différents systèmes de reconnaissance mutuelle et la protection des droits fondamentaux des personnes concernées.

Après avoir examiné l'avis 2/13, il convient d'analyser les conséquences de la décision de la Cour. Il ne fait aucun doute que l'avis 2/13 soulève une question existentielle, *quo vadis*[2936]? À court terme, la Cour de justice a bloqué l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. La Cour a adopté une position beaucoup plus ferme que l'avocat général Kokott, qui a recommandé à la Cour d'approuver l'accession sous réserve qu'un certain nombre de conditions soient remplies. Les juges ont opté pour un bouton nucléaire à la place. L'avis 2/13 et les verrous qui y sont énoncés risquent de placer la Cour de justice dans une situation conflictuelle avec les États membres qui ont déployé beaucoup d'efforts pour faire de l'adhésion à la CEDH une réalité; sans parler des autres parties à la Convention, qui ont passé beaucoup de temps et d'énergie à débattre de la position particulière de l'Union.

L'avis de la Cour de justice était très attendu et, lorsqu'il a finalement été rendu public, il a surtout provoqué une réaction déçue des universitaires. La procédure devant la Cour de justice a présenté une situation intéressante: la Commission (qui a engagé la procédure), le Parlement, le Conseil et les États membres ont tous estimé que le projet d'accord était compatible avec le droit primaire de l'UE et visaient essentiellement à "convaincre" la Cour de justice de leur point de vue. Le point de vue de l'avocat général, tout en soulignant certaines questions, était favorable à l'approbation conditionnelle (reflétant un "esprit de procession"), mais l'avis de la Cour de justice reflète un point de vue différent, dans une

[2935] CJUE, 10 décembre 2013, Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt, aff. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813.

[2936] A. Lazowksi et R. Wessel, When Caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, p. 204.

certaine mesure formaliste - certains qualifient son attitude de "non coopérative[2937]". Le rejet a également été quelque peu surprenant, car la Cour a elle-même été impliquée, dans une mesure sans précédent, dans le processus de rédaction de l'accord, et les rédacteurs se sont engagés à tenir compte de la communication commune des présidents des Cours de Luxembourg et de Strasbourg[2938].

L'avis rendra généralement la future adhésion extrêmement difficile et différera d'autant plus que les négociations sur le projet d'accord se sont avérées longues et complexes et puisque, dans le projet d'accord, les suggestions de la CJUE, représentées au sein du comité du Conseil compétent, avaient déjà été prises en compte[2939].

Si la Cour de Strasbourg décidait d'appliquer le critère du *Bosphorus* comme critère de mérite, plutôt que comme critère de recevabilité, il serait assez difficile pour le système de la Convention d'exercer efficacement son rôle vis-à-vis de l'UE. Il est suggéré ici que *Bosphorus* ne soit ni considéré comme une norme d'admissibilité, comme c'était le cas jusqu'à présent, ni comme une norme du mérite. Le degré de marge d'appréciation devrait donc être considérablement réduit et appliqué avec des nuances variables même dans les actes législatifs de l'UE. L'UE étant un système institutionnel complexe, elle démontre certains niveaux de différence entre sa propre crédibilité des droits de l'homme dans certains domaines politiques: l'UE peut être assez crédible quant à son approche des droits de l'homme sur les questions d'emploi, mais plutôt peu convaincante en ce qui concerne les droit des personnes d'accéder efficacement au juge. À cette fin, la relation verticale entre les juridictions de Strasbourg et de Luxembourg dépendra beaucoup de l'ampleur et de la conception de la marge d'appréciation, ce qui doit refléter le fait que les deux juridictions ont des fonctions constitutionnelles différentes.

Sur le plan international, l'adhésion renforcera sérieusement la position de l'UE et de sa Cour vis-à-vis de ses États membres mais également par rapport à son portrait de souveraineté extérieure. À cet égard, l'UE renforçant son image de souveraineté extérieure,

---

[2937] Editorial Comments :The EU's Accession to the ECHR – A 'NO' from the ECJ, Common Market Law Review Vol. 52 ,2015, p. 1.

[2938] J. Odermatt, A giant step backwards? Opinion 2/13 on the EU'S accession to the European Convention on Human Rights in Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 150, 2015, p. 8.

[2939] S. Douglas-Scott, Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice, 24v décembre 2014, https://verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice-2/#.VRVXi_mG-S8

l'adhésion permettra probablement d'obtenir un résultat qui renforcera les compétences extérieures de l'Union et son autorité. Une telle production ajustera peut-être aussi le contexte dans lequel le droit global laisse une place à l'UE, avec une augmentation constante du droit international s'ouvrant à la place de l'UE. La Cour de Strasbourg - il faut bien l'évoquer - n'est pas seulement internationale en termes d'origine de son autorité, mais également en termes de position face à la CJUE et aux cours nationales. La cour de Strasbourg devenant la cour constitutionnelle du continent européen - par opposition à la cour de Luxembourg en tant que cour constitutionnelle du droit de l'Union européenne -, il faudrait que la première adopte un modèle assez bien conçu de marge d'appréciation pour s'appliquer à l'UE: cette dernière étant une organisation supranationale comptant 28 (ou 27) États membres, chacun d'entre eux ayant des conditions juridiques spécifiques en matière de droits de l'homme. La marge d'appréciation que la Cour de Strasbourg devrait formuler pour l'UE devrait donc être de nature beaucoup plus complexe et à plusieurs niveaux, afin de permettre aux particularités des États membres de l'UE d'y trouver leur place. Le degré de cette marge d'appréciation dépendra toutefois de la confiance que la Cour de Strasbourg aura à l'égard du régime de droit luxembourgeois. Sans adhésion, la CJUE conserve un contrôle absolu sur l'application des droits fondamentaux dans le cadre du champ d'application du droit de l'UE. On peut s'attendre à ce qu'elle intensifie sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux, ne serait-ce que pour compenser le manque d'adhésion et pour répondre aux critiques qui affirment qu'elle se préoccupe davantage de l'intégration que des droits fondamentaux. L'UE doit mûrir quant à la question de la nature des droits fondamentaux dans son ordre constitutionnel[2940]. Il s'agit notamment de trancher leurs relations face à ceux des Etats membres, avant d'adhérer à un instrument international de protection des droits de l'homme dont on connaît les effets perturbateurs pour la répartition

[2940] S. Besson, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015) 2015 p.454.

des compétences dans les Etats fédéraux[2941]. C'était déjà le sens de l'avertissement de l'Avocate générale Sharpston dans ses conclusions dans l'affaire *Ruiz Zambrano*[2942].

Les deux arrêts sur la conservation des données[2943] et sur les moteurs de recherche (affaire *Google*) en sont des exemples particulièrement importants[2944]. La déclaration de nullité de la législation européenne pour violation de la vie privée et des droits à la protection des données a envoyé un signal fort aux colégislateurs européens, au Conseil et au Parlement européen: la Cour prend au sérieux les droits fondamentaux et le principe de proportionnalité[2945].

Est-ce le signe d'un contrôle plus strict de la part de Strasbourg? Une mesure radicale consisterait à abandonner la doctrine *Bosphorus,* en faisant valoir qu'à la lumière de l'avis 2/13, qui insiste sur l'autonomie et la primauté du droit de l'UE, l'équivalence de la protection ne peut plus être présumée. Mais ce n'est probablement même pas nécessaire. Une simple application de la doctrine *Bosphorus* peut suffire. Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas réfuté une seule fois la présomption *Bosphorus* et a conclu à une violation imputable à l'UE, signe évident de retenue judiciaire et de retenue envers la CJUE.

Dès le prononcé de l'arrêt *Bosphorus*, plusieurs juges ont mis en garde contre le danger de deux poids, deux mesures et appelé à la vigilance. Dans leur avis concordant, ils ont souligné le risque d'inégalité entre les États contractants, réaffirmant *"que cela irait à*

[2941] Sur ces questions, voir S.Besson, Fédéralisme et droits de l'homme: une introduction thématique, in: Besson/Belser (éd), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014, 7; S. Besson, Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – Je t'aime, moi non plus, dans: Besson/Belser (éd), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014, 215.

[2942] CJUE, 30 septembre 201O, Conclusions de l'avocat général Sharpston , Ruiz Zambrano, aff. C-34/09,ECLI: ECLI:EU:C:2010:560, points 171-177.

[2943] CJUE, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a., aff. joint. C-293/12 et et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238

[2944] CJUE, 13 mai 2014, Spain et Google, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

[2945] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p. 427.

l'encontre de l'objectif, tel qu'exprimé dans le préambule de la Convention, de réaliser une union plus étroite dans la préservation et la réalisation des droits de l'homme.[2946]"

Depuis l'avis 2/13, une telle vigilance semble encore plus nécessaire. L'avis donne l'impression d'être plus préoccupé par l'autonomie et la primauté du droit de l'UE que par les droits fondamentaux. La CJUE a appliqué le principe de la primauté absolue à la Charte de l'UE, non seulement en ce qui concerne les droits de la CEDH mais aussi ceux garantis par les constitutions nationales[2947].

Certaines spéculations ont également émergé quant aux changements à apporter à la Cour européenne des droits de l'homme à la suite de l'avis 2/13. En particulier, on peut se demander si la présomption *Bosphorus* développée dans la jurisprudence de la Cour EDH pourrait maintenant être remise en question. En vertu de cette présomption, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas entièrement dégagé les États membres de leur responsabilité d'avoir transféré leurs activités au niveau d'une organisation internationale comme l'UE, mais a établi après une enquête approfondie que le système de protection des droits fondamentaux de l'UE selon la législation en vigueur à l'époque était approprié au sens de la CEDH. Les premières réactions de la Cour européenne des droits de l'homme ont déjà été interprétées comme des signes possibles d'une coopération moins étroite entre les deux cours à l'avenir[2948]. À cet égard, il convient de noter que la doctrine *Bosphorus* est suffisamment souple pour permettre une protection significative dans les cas du droit européen pur, c'est-à-dire dans les cas où des particuliers contestent des actes d'États membres adoptés en vue de mettre en œuvre un acte de l'UE (sans laisser aucun pouvoir discrétionnaire à l'État membre), même sans disposer de la doctrine de la protection équivalente[2949]. Après tout, il suffirait que la Cour européenne des droits de l'homme donne une interprétation légèrement plus large de ce qui constitue une violation manifeste de la

---

[2946] Cour-EDH, 30 juin 2015, Bosphorus, Req. N° 45036/98 , opinion concordante des juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garlicki, citant Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A no 310, p. 28, § 77.

[2947] J. Polakiewicz, The Future of Fundamental Rights Protection without accession, 26 juin 2015. https://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false

[2948] S. Reitemeyer et B. Pirker, Opinion 2/13 of the Court of Justice on access of the EU to the ECHR-One step ahead and two steps back. https://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/

[2949] E. Spaventa, A very fearful Court ?The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, MJ of European Comparative Law, 2015, Vol 22, N° 1, pp. 54 -56

Convention. Quant à l'UE, ses institutions politiques (et ses États membres) pourraient décider de s'engager clairement et sans ambiguïté en faveur des droits fondamentaux, sans entrer directement en conflit avec la CJUE[2950]. Il faut rappeler peut-être qu'en 1977, la Commission, le Conseil et le Parlement européen ont publié une déclaration commune pour marquer leur acceptation de la jurisprudence de la Cour en matière de droits fondamentaux et leur volonté de respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils agissaient au niveau (alors) de la CEE.

Une fois le nouveau projet d'accord négocié, l'adhésion à l'UE dépendra également de sa ratification, non seulement par les Etats membres de l'UE, mais aussi par tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que de l'accord du Parlement européen.

La Commission européenne a annoncé à plusieurs reprises qu'elle poursuivra ses travaux sur l'adhésion de l'UE à la Convention, en tenant pleinement compte de l'avis de la CJUE. Pour le Parlement européen, le principal avantage de l'adhésion de l'UE à la Convention réside dans la possibilité d'un recours individuel contre les actions de l'UE, similaire à celui dont bénéficient déjà les Etats membres. En outre, l'adhésion à la Convention enverra un signal fort à tous les Européens concernant la cohérence entre l'UE et le système des droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Le Conseil des ministres de l'UE reste également attaché à l'adhésion de l'UE à la Convention. Fin 2017, il a invité la Commission européenne à achever dès que possible son analyse des questions juridiques soulevées par la CJUE. Entre-temps, les deux cours continuent de prendre note de la jurisprudence de l'autre et les divers organes du Conseil de l'Europe chargés des droits de l'homme coopèrent avec la FRA au niveau opérationnel[2951]. Les juges de la Cour de justice de

[2950] L. Besselink, 'Acceding to the ECHR notwithstanding Opinion 2/13', *Verfassungsblog* (2014), www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/ a suggéré que l'UE adopte un «protocole nonobstant» lui permettant d'adhérer à la Convention malgré l'avis 2/13. Ce protocole se lirait comme suit: "L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, nonobstant l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, protocole (n ° 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, de la Traité sur l'Union européenne et avis 2/13 de la Cour de justice du 18 décembre 2014 '. Il n'est pas tout à fait sûr que, même si cela était réalisable, cette solution serait sage: il est toujours préférable d'éviter un conflit ouvert entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

[2951] M. Bond, An Introduction to the European Convention on Human Rights, Conseil de l'Europe, (Une introduction à la Convention européenne des droits de l'homme), Conseil de l'Europe, 2ème édition, 2018, pp. 92-93.

l'Union européenne à Luxembourg et de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg sont bien conscients des conflits de compétence possibles. À cet égard, il faut tout d'abord évoquer l'influence du droit de l'UE sur le droit de la Convention. Le droit de l'Union et la jurisprudence de la CJUE servent en effet de source d'inspiration à la Cour-EDH dans l'interprétation de la Convention. Dès lors que le droit de l'Union est susceptible d'apporter un éclairage ou d'influencer l'issue d'une affaire pendante devant la Cour de Strasbourg, celle-ci se livre à une analyse approfondie des normes de l'Union européenne pertinentes, ces dernières intégrant bien souvent le corps de la décision finale. D'autre coté, partout où la CJUE assure un haut niveau de protection des droits de l'homme, que ce soit en ce qui concerne la protection des données, la non-discrimination, la liberté de religion, ou encore les sanctions internationales, il ya une source d'inspiration possible pour la Cour-EDH[2952].

Au cours des dernières années, elles ont pris soin d'aligner leurs jugements sur les principes de l'un et de l'autre. La Cour de justice de l'Union européenne cite la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts, et la Cour européenne des droits de l'homme prend déjà note des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, le cas échéant. Entre-temps, la coopération entre l'UE et le Conseil de l'Europe se poursuit avec la même vigueur qu'auparavant. L'UE a déjà signé plusieurs des conventions du Conseil de l'Europe qui traitent de questions relevant de sa compétence et a transposé dans la législation européenne les normes du Conseil de l'Europe qui y figurent. Elle continuera également à coopérer avec le Conseil de l'Europe dans le cadre de nombreuses activités conjointes, en partageant son financement ainsi que son expertise chaque fois que cela sera mutuellement utile. Faire un pas de plus vers l'adhésion à la Convention peut sembler un peu obscur, mais le résultat final sera une protection plus complète des droits de l'homme en Europe, renforçant le champ d'application de la Convention et le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme l'a déclaré le

[2952] G. Raimondi, Cour de justice de l'Union européenne & cour européenne des droits de l'homme: « condamnées à s'entendre et à coopérer »? Dans Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, Turin, 2018. pp.806-807.

Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Thorbjørn Jagland : "Ce sera bon pour les droits de l'homme et bon pour l'Europe. [2953]»

Il est intéressant de noter que la plupart des objections de la Cour ont trait à la compétence déjà exercée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, et comme rappelé ci-dessus, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà imposé certaines obligations à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les États membres dans les affaires impliquant des demandeurs d'asile[2954]. Nous avons également déjà précisé que la présomption de protection équivalente ne s'applique pas du tout lorsque la Cour de justice n'est pas compétente, de sorte que les actes adoptés dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune peuvent vraisemblablement être attaqués devant la Cour européenne des droits de l'homme[2955]. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que le refus de renvoyer une affaire devant la CJUE devait être dûment motivé, faute de quoi il y aurait non seulement violation de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, mais également une réfutation de la présomption de protection équivalente. Il faut donc espérer que, dans l'attente de la résolution de l'impasse créée par l'avis 2/13, la Cour européenne des droits de l'homme sera disposée à protéger pleinement les droits des personnes soumises aux règles de l'UE. De fait, il existe déjà que cela pourrait être le chemin qui sera pris.

Compte tenu des sentiments forts et croissants qui règnent dans l'un ou l'autre État membre à l'encontre de "plus d'Europe" en général, et contre la Cour de Strasbourg et sa jurisprudence en matière de droits de l'homme en particulier, l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH pourrait maintenant devenir une mission impossible[2956].
Certains se demandent si l'adhésion de l'UE est nécessaire, y compris (mais pas exclusivement) à la lumière de l'avis, pourtant, l'adhésion signifierait sans aucun doute un contrôle juridictionnel externe du droit de l'UE pour la toute première fois (étant donné que

---

[2953] M. Bond, An Introduction to the European Convention on Human Rights, Conseil de l'Europe, (Une introduction à la Convention européenne des droits de l'homme), Conseil de l'Europe, 2ème édition, 2018, pp. 92-93.

[2954] Cour-EDH, 21 janvier 2011, M.S.S C. Belgique et Grèce, Req. N°30696/09, point 342; Cour-EDH, 4 novembre 2014, Tarakhel c. Suisse, Req. N°29217/12 ; Voir aussi: Cour-EDH, 21 octobre 2014, Sharifi et a. c. Italie, Req. N° 16643/09.

[2955] CJUE, 25 juillet 2002, UPA, aff. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462.

[2956] Editorial comments: The EU's Accession to the ECHR-a « NO » from the ECJ! 52 Common Market Law Review, Issue 1, 2015, p. 13

toutes les normes de l'UE en matière de droits fondamentaux, y compris la Charte, sont «internes»); de plus, si l'Union européenne doit honorer l'obligation énoncée à l'article 6, paragraphe 3, du TUE, elle ne peut qu'adhérer à la CEDH. Leonard Besselink a proposé une possibilité de solution innovante reposant sur l'ajout d'un «protocole nonobstant» aux traités[2957], même si cela impliquerait une réaction assez hostile à l'avis de la Cour de justice[2958]. Selon Daniel Halberstam, malgré ses éléments problématiques, l'avis 2/13 contient certes de réelles inquiétudes au sujet de principes constitutionnels importants; pourtant, ces préoccupations sont parfois quelque peu erronées et les réponses requises par la CJUE semblent montrer des signes de légère réaction excessive[2959]. Lors de la conférence FIDE de 2014, le président de la Cour européenne de justice, Vassilios Skouris, a commencé ses remarques par une déclaration déterminée: *«La Cour de justice n'est pas une cour des droits de l'homme; c'est la Cour suprême de l'Union européenne. »* À tout le moins, l'avis 2/13 a définitivement donné du poids à cette affirmation. Sa contribution à une protection renforcée des droits fondamentaux dans l'UE reste toutefois sujette à caution. L'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne ne peut être maintenu indéfiniment en tant qu'obligation non exécutée ou "oubliée" dans le traité sur l'Union européenne sans nuire gravement à l'image de l'Union européenne en ce qui concerne sa compréhension des implications de l'État de droit. Le point de vue erroné des institutions de l'UE et des États membres sur l'"option nucléaire" explique les tentatives de résoudre les problèmes que l'article 7 du TUE avait été conçu pour résoudre, par d'autres moyens, c'est-à-dire en concevant d'autres mécanismes et approches supposant que l'article 7 du TUE ne puisse être appliqué. Toutes les institutions ont contribué à un résultat troublant, à savoir que l'article 7 du TUE n'a jamais été utilisé, même dans les cas les plus scandaleux, jusqu'au moment de sa rédaction[2960].

[2957] L. F. M Besselink, Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13 on Verfassungsblog, http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213 23 décembre 2014.

[2958] J. Odermatt, A giant step backwards? Opinion 2/13 on the EU'S accession to the European Convention on Human Rights in Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 150, 2015, p. 15.

[2959] D. Halberstam,'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and a Way Forward, German Law Journal, Vol 16; N°1, 2015, p. p. 38.

[2960] D. Kochenov, Busting the myths unclear: A commentary on Article 7 TEU, EUI Working Papers, European University Institute, octobre 2017, p.11.

L'article 7 TUE lui-même, loin de représenter dans la pratique cette " option nucléaire " qui a été évoquée, semble en réalité pouvoir être rattaché à la logique de compromis qui semble couvrir non seulement les Traités, mais l'ensemble du projet unitaire en question :Un véritable instrument de défense des idéaux "sacrés" visés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne serait en effet l'expulsion de l'État membre, et certainement pas une simple suspension de certains des droits découlant des traités. Mais un tel choix, clair et incontestable, serait en réalité en contradiction avec les valeurs réelles et les principes fondateurs de l'ordre européen, qui ne sont certainement pas représentés par ce qui est exprimé à l'article 2 du TUE, mais qui sont en fait essentiellement de nature économique, et obligerait donc les États membres à mettre le masque, révélant le bluff colossal dans lequel ils vivent. Par conséquent, il n'est point surprenant que les seules mises en œuvre de l'article 7 du TUE, à notre connaissance, n'aient eu lieu que lorsque les États membres en question avaient d'ores et déjà franchi les frontières de l'Etat de droit, ainsi que l'ont clairement démontré Sadurski[2961], Scheppele, Sólyom[2962] et d'autres spécialistes. De telles mises en œuvre, finalement sans conséquence, outre le fait d'apporter un argument supplémentaire au débat relatif à la reconnaissance mutuelle, pourraient, semble-t-il, porter préjudice à l'UE plus qu'aux pouvoirs en place en Hongrie et en Pologne[2963].

En effet, il ne fait malheureusement aucun doute que la décision de la Commission d'invoquer l'article 7, paragraphe 1 du TUE à l'encontre de la Pologne en 2018 n'entraînera aucun changement positif concret en Pologne. Le cas hongrois n'est en rien différent. Cela a pris du temps avant de constater que le PiS et le Fidesz ne se situent pas sur un terrain propice au dialogue[2964]. Le recours à l'article 7, paragraphe 1 du TUE va probablement suscité un nouveau flot d'insultes de la part de Varsovie, ce qui ne renforce pas les valeurs européennes et a de grandes chances d'être perçu par les polonais lambda

---

[2961] W. Sadurski, How democracy dies (in Poland): a case study of anti-constitutional populist backsliding , Sydney Law School Research Paper n° 18/01, 2018

[2962] K.L. Scheppele, Understanding Hungary's constitutional revolution ,in A. Von Bogdandy et P. Sonnevend(éd.), Constitutional crisis in the european constitutional area: theory, law and politics in Hungary and Romania, Hart Publishing, 2015; L. Solyom , The rise and decline of constitutional culture in Hungary ,dans A. Von Bogdandy et P. Sonnevend(éd.), Constitutional crisis in the european constitutional area, Hart Publishing, 2015;

[2963] D. Kochenov, Article 7: Un commentaire de la fameuse disposition « morte », Rev. des affaires européennes, N01, 2019, pp. 33-50.

[2964] *Ibid.*

comme étant contre-productif[2965]. Il est donc peu probable que les actions de la Commission et du Parlement européen engendreront une quelconque amélioration.

La situation actuelle ne peut donc être que transitoire. Il n'en reste pas moins que si les objections exprimées par la CJCE dans son avis 2/13 constituent un défi, elles ne sont pas insurmontables. Nous sommes encore loin d'avoir exploré toutes les options qui s'offrent à eux. Il est temps de le faire, dans l'intérêt d'une compréhension et d'une application collectives européennes des droits fondamentaux et pour éviter leur fragmentation[2966].

Il y a des raisons très convaincantes pour lesquelles l'UE devrait adhérer à la Convention. Il est extrêmement décevant que la Cour de justice rende un arrêt qui semble davantage axé sur la protection de ses propres prérogatives que sur la protection des droits fondamentaux (ou même la structure constitutionnelle de l'UE), a rendu l'adhésion très improbable dans un avenir proche. Il faut espérer que les institutions politiques et la Cour-EDH agiront pour combler le vide laissé par la décision de la Cour. Cette solution est loin d'être idéale, et pourtant, un message clair doit être envoyé tant à l'extérieur qu'à l'intérieur: l'UE est une communauté basée sur des valeurs fondamentales, et les droits fondamentaux en sont une des priorités. S'il existe une volonté politique de soumettre l'UE à un contrôle externe, il existe un moyen de le faire même en cas de manque d'adhésion. Entre-temps, il faut espérer que l'arrêt injustifié de la Cour ne causera pas un préjudice irréparable à la volonté de l'UE de s'engager en faveur des droits fondamentaux.

En conclusion, l'avis 2/13 confirme l'opinion selon laquelle la CJUE reste un tribunal égoïste[2967] et que sa jurisprudence sur l'opportunité d'impliquer les juridictions internationales dans le règlement des litiges en rapport avec le droit de l'Union jette un doute sur la faisabilité du projet d'adhésion[2968]. Comme l'a souligné de manière pessimiste le président de la Cour européenne des droits de l'homme en 2015, Dean Spielmann, *«les*

[2965] *Ibid.*

[2966] J. Callewaert, Do we still need article 6 (2) TEU? Considerations on the Absence of EU Accession to the ECHR and its consequences, CMLR, Vol 55, N° 6, 2018, p. 1715-1716.

[2967] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, and M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015,Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, p. 41

[2968] B. de Witte, A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union, in M. Cremona/A. Thies (eds), The European Court of Justice and External Relations Law, 2014, 46.

principales victimes seront les citoyens que cet [avis 2/13] priverait du droit de soumettre les actes de l'Union européenne au même contrôle externe en ce qui concerne le respect des droits de l'homme que celui qui s'applique à chaque État membre. Il incombera donc plus que jamais à la Cour de Strasbourg de faire tout ce qui est en son pouvoir pour protéger les citoyens des conséquences négatives de cette situation[2969]».

L'avenir du projet d'adhésion reste néanmoins une question non résolue. Il est incertain quelle option l'Union européenne et ses États membres suivront à l'avenir. Malheureusement, la seule chose qui soit sûre, c'est que l'avis 2/13 a considérablement retardé l'adhésion et que celle-ci ne se fera pas avant deux ans en raison de la jalousie déraisonnable de la Cour à l'égard de la CEDH. En fait, il n'est pas certain que l'adhésion se produise au cours de la présente décennie[2970]. L'avis 2/13 est sans aucun doute l'une des décisions les plus importantes de la Cour de justice, certainement pas l'une des décisions les plus évanouissantes. La CJUE pouvait adopter une position réaliste et admettre au prix de quelques réserves sur la coresponsabilité et l'implication préalable l'accord proposé dans un soucis de rationalisation de la protection des droits fondamentaux[2971]. Cela a déjà déclenché un débat houleux et il est probable que cela continuera dans les années à venir. En termes simples, les juges de Luxembourg ont bloqué l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH au moins pendant plusieurs années. Ils énoncent leurs conditions assez clairement, mais la question qui reste est de savoir si ces garanties sont négociables à la satisfaction de la Cour. Comme indiqué dans cet article, parvenir à un consensus avec les pays non membres de l'UE qui sont parties à la CEDH apparaît, à tout le moins à première vue, comme une lutte potentiellement ardue. Par exemple, le climat politique actuel dans les relations de l'UE avec la Russie ou la Turquie n'est pas favorable, à aucun degré d'imagination. Par conséquent, engager les deux pays dans des négociations sur des aspects techniques essentiels n'est peut-être pas la meilleure idée. Cela revient à une question plus générale de savoir si les demandes formulées par la Cour de justice constituent une

---

[2969] Cour-EDH, Rapport annuel 2014, Strasbourg 2015, p. 6. https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2014_FRA.pdf

[2970] P. Gragl, The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR, W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, and M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015 (Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, p. 41

[2971] J.P. Jacqué, Pride and/or Prejudice, Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice, CDE, N°1, 2015, p.45.

«rançon» qui vaut la peine d'être payée[2972]. On peut soutenir que les réserves formulées par les rédacteurs du traité de Lisbonne ont été transformées en verrous ou, pour le dire autrement, en tant que condition *sine qua non* à l'approbation future de l'accord d'adhésion révisé. Les arguments avancés par la Cour sont tellement fondamentaux que l'on se demande si les négociateurs l'ont vu venir. Faire en sorte que l'UE soit soumise à des normes extérieures en matière de droits fondamentaux était le but essentiel de l'adhésion au système de Strasbourg, et il est inconcevable de penser que ce n'est que maintenant que la Cour semble se rendre compte de l'impact. Comme nous l'avons vu, les présidents des deux cours ont publié des déclarations communes; et ils ont sans aucun doute abordé les problèmes lors de leurs dialogues judiciaires réguliers (au moins tous les deux ans)[2973]. En outre, un représentant de la Cour de justice était présent lors des discussions sur les négociations en qualité d'observateur[2974]. Au même moment, le greffier et le greffier adjoint de la CEDH participaient au groupe de négociation[2975]. On peut supposer que la plupart des questions soulevées par la Cour dans son avis ont déjà fait partie des débats. Pourtant, c'est aussi une question d'interprétation. Après tout, non seulement la Commission européenne, en présentant ses points de vue, mais également l'avocat général Kokott, sont parvenus à des conclusions différentes sur la base des mêmes faits.

Dans ce contexte et compte tenu des marges d'interprétation, notre conclusion est que la Cour avait le choix. Au lieu de se tourner vers sa stratégie naturelle d'aversion pour le risque, elle aurait pu commencer par faire confiance au système de Strasbourg, dont la jurisprudence a déjà largement influencé le droit de l'Union, mais aussi aux États membres, qui ont été formés à la compréhension du la nature du droit de l'Union et de la juridiction

---

[2972] A. Lazowksi et R. Wessel, When Caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16, N° 1, pp. 208-210.

[2973] Voir sur le dialogue judiciaire: L.F.M. Besselink, Should the European Union Ratify the European Union Convention on Human Rights? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, dans A. Føllesdal, B. Peters et G. Ulfstein (edt.), Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 301-303.

[2974] «Le 7 janvier 2010, le Comité des représentants permanents a approuvé la participation, en qualité d'observateur, d'un délégué de la Cour de justice de l'Union européenne aux réunions du groupe" Droits de l'homme, droits des citoyens et libre circulation des personnes ", sur la base du document 17807/09 JAI 948 INST 255, pendant toute la durée des discussions sur le projet de recommandation concernant l'ouverture des négociations en vue de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. "

[2975] Editorial comments: The EU's Accession to the ECHR-a « NO » from the ECJ! 52 Common Market Law Review, Issue 1, 2015, p. 15.

connexe de la Cour. En acceptant un rôle - en quelque sorte - subordonné, la Cour aurait pu envoyer un message qu'elle s'est elle-même si souvent transmise à ses propres États membres: Soyez disposé à accepter une interprétation de votre droit interne à la lumière de principes fondamentaux[2976]. Sauf que, d'une certaine manière, la Cour a maintenu le point de vue qu'elle avait exposé dans les avis 1/91 (EEE) et 1/09 (Cour européenne des brevets). La thèse conclut que l'adhésion de l'UE à la CEDH entraînera des changements assez importants dans l'ordre juridique interne de l'UE, à la fois en termes de concepts sur lesquels l'UE a généralement fondé son autonomie jalousement et en termes de circonstances structurelles qui permettront à l'UE de fonctionner à partir d'une position plus estimée par la Convention. Une différence essentielle que l'adhésion de l'UE à la CEDH posera à l'architecture actuelle du pluralisme juridique et du système juridictionnel à plusieurs niveaux en Europe réside dans le fait que les cours de Luxembourg et de Strasbourg n'auront plus aucune ligne horizontale. S'il est évident que les destins de ces deux cours sont intrinsèquement liés, l'apport de chaque Cour à l'autre reste, et demeure, une plus-value précieuse, bien plus qu'un inconvénient. C'est la leçon de la coexistence de ces deux Cours: en encourageant l'interrogation, en combattant les certitudes que peuvent générer les systèmes autoréférentiels, elle stimule la réflexion sur les moyens d'améliorer la protection des droits de l'homme. La perpétuation de cette synergie passe par un renforcement du dialogue[2977].

L'adhésion hiérarchisera leurs relations, du moins d'un point de vue juridique, en une ligne verticale, la cour de Strasbourg devenant une cour de droit international au-dessus de la cour de Luxembourg devenant une cour nationale de l'Union européenne, cette dernière étant une partie contractante à la Convention. Ce changement de carte des positions entre les régimes de traités de l'UE et de la CEDH, d'une part, et les cours de Luxembourg et de Strasbourg, d'autre part, ouvre de nouvelles perspectives pour la future architecture du pluralisme juridique en Europe, avec à la fois des régimes de droit et des cours ayant

---

[2976] Selon S. Peers: «La Cour cherche à protéger les éléments fondamentaux du droit de l'Union en négligeant les valeurs fondamentales sur lesquelles l'Union a été fondée. « dans S. Peers, 'The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection', EU Law Analysis, 18 décembre 2014; http://eulawanalysis.blogspot.nl/2014/12/the-cjeu-and- eus accession-to-echr.html.

[2977] G. Raimondi, Cour de justice de l'Union européenne & Cour européenne des droits de l'homme: « condamnées à s'entendre et à coopérer »? Dans Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Edizione, 2018, p. 806.

besoin de fonctions définies et aménagées pour exercer. Cela corrigera également l'observation théorique de Lavranos selon laquelle les divergences entre la jurisprudence des deux juridictions pourraient avoir été causées par un manque de positionnement hiérarchique des deux juridictions. Avec la carte hiérarchisée, il est nécessaire d'attribuer à chaque juridiction et régime juridique un certain rôle théorique et normatif qui - du point de vue interactif - rendrait la vision globale du pluralisme juridique européen plus efficace et plus saine. À cette fin, cette thèse propose que les juridictions de Luxembourg et de Strasbourg, qui réfléchissent sur la nature de leurs régimes de droit, jouent chacune un rôle spécifique qui rendrait le système judiciaire européen plus intégré, bien que pluriel. L'UE et ses États membres doivent clarifier la relation du droit de l'UE au droit international et aux juridictions internationales en particulier. L'invocation tautologique de l'autonomie du droit de l'UE, suivie de l'affirmation circulaire de sa relation à la juridiction exclusive de la CJUE ne suffisent plus à convaincre et rendent les relations internationales des Etats membres de l'UE de plus en plus difficiles[2978].

La Cour de Strasbourg étant une juridiction spécialisée dans le domaine des droits de l'homme - située dans un contexte de droit international des droits de l'homme - mais également subsidiaire, son rôle devrait donc être de fixer les grandes lignes abstraites de l'architecture constitutionnelle européenne des droits de l'homme, préservant ainsi soigneusement son rôle face au régime de droit de Luxembourg. De son côté, la Cour de Luxembourg pourrait toutefois développer davantage son rôle constitutionnel en matière d'interprétation du droit de l'Union afin d'offrir aux demandeurs potentiels un accès complet à la juridiction. Il est proposé que Luxembourg conserve sa nature de cour de droit commun des réclamations en droit de l'Union. Avoir deux cours constitutionnelles en Europe ne serait pas si contradictoire, car la Cour de Strasbourg aurait un rôle constitutionnellement spécialisé pour la doctrine des droits de l'homme en Europe, alors que Luxembourg aurait cette fonction régulière pour toutes les questions relatives au droit de l'Union. Fondamentalement, la cour de Strasbourg créerait un niveau de droit constitutionnel à l'échelle européenne qui s'appliquerait du point de vue du droit international au niveau du droit constitutionnel interne de l'UE. Cette architecture signifierait fondamentalement que la cour de Strasbourg deviendrait une juridiction de

[2978] S. Besson,L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015) 2015 p. 454.

droit constitutionnel européen-international, tandis que la Cour de Luxembourg deviendrait une cour constitutionnelle ordinaire du droit constitutionnel interne de l'UE: les deux ordres proposaient de nouer une relation moniste. Même sans adhésion, les individus continueront de s'adresser aux tribunaux nationaux et, en fin de compte, à la Cour européenne des droits de l'homme pour faire valoir leurs droits, indépendamment du fait que leur cas soulève ou non des questions au regard du droit de l'UE et dans quelle mesure. En vertu du droit international, les États membres de l'UE demeurent collectivement responsables de veiller à ce que les pouvoirs transférés soient exercés conformément à la CEDH[2979]. La Cour européenne des droits de l'homme a interprété les garanties de la Convention visées à l'article premier de la CEDH comme s'appliquant globalement non seulement à l'exercice direct des compétences au niveau national mais aussi à l'exercice des compétences transférées par les institutions supranationales de l'UE[2980].

Pour Korenica[2981] ce n'est pas que la Cour ne soit pas disposée à se soumettre à un tribunal externe, cela ne permet tout simplement pas à ce tribunal de modifier la compétence exclusive de la CJUE pour trancher des litiges internes ou pour interpréter le droit de l'Union. Cette thèse souligne également le fait que le processus d'adhésion en tant que tel connaîtra de nombreuses innovations théoriques qui n'ont jamais été testées dans la pratique non seulement dans les relations de l'UE avec les cours internationales, mais également entre les cours internationales dans leur ensemble. La nature théorique des nombreux mécanismes du PDA n'étant pas encore testée, la thèse conclut généralement que l'adhésion de l'UE à la CEDH fournira une autre couche d'expérience à la Cour de Luxembourg pour la refonte de son autonomie externe ou pour améliorer sa légitimité afin de pouvoir s'opposer fermement à la loi du régime de Strasbourg. Dans ce contexte, il est conclu que l'UE devrait améliorer nombre de ses pratiques judiciaires actuelles afin de mieux se doter des garanties de fond et de procédure prévues par le système de la Convention. D'autre part, cette thèse conclut généralement à la nécessité d'instaurer un

[2979] J. Polakiewicz, The Future of Fundamental Rights Protection without accession, 26 juin 2015. https://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false

[2980] Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews c. Royaume Uni, Req N°. 24833/94.

[2981] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015p. 428.

système de dialogue plus solide entre les deux cours, ce qui n'incitera plus la cour de Strasbourg à faire le "pas en arrière[2982] ». Dans un nouveau cadre juridique, il est conclu que la Cour de Strasbourg aura la possibilité d'améliorer ses positions face à l'UE avec la norme de droits de l'homme de fond qu'elle devrait appliquer, en accordant clairement à la Cour de Luxembourg sa considération en tant que cour constitutionnelle nationale pour l'UE mais rien au-delà de cela. En tant que tel, la conclusion générale est que les relations à venir entre les juridictions des cours de Strasbourg et de Luxembourg donneront plus de produits sur le fond des droits jugés plutôt que de nourrir une déférence symbolique l'une pour l'autre.

Enfin, sera-t-il logique d'essayer de «déverrouiller» la situation? On peut dire que c'est le cas[2983]. Indépendamment des développements ultérieurs (et importants) et de l'utilisation de la Charte des droits fondamentaux, l'adhésion de l'UE à la CEDH aura un certain nombre d'implications importantes. Premièrement, compte tenu de la poursuite du transfert des compétences, les droits des individus seront mieux garantis lorsque les actes des institutions de l'UE seront soumis au même contrôle que ceux des organes des États membres. Deuxièmement, l'état actuel de développement constitutionnel de l'ordre juridique de l'UE permet non seulement un contrôle externe, mais même l'exige. L'UE devrait avoir suffisamment confiance en elle-même pour accepter les freins et contrepoids externes et, plus important encore, pour accepter les critiques dans les cas où les choses ne sont pas conformes aux normes. Troisièmement, l'adhésion contribuera à l'uniformité des droits qui doivent être respectés par tous les acteurs concernés et empêchera la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme de développer des interprétations divergentes de dispositions identiques ou similaires. Quatrièmement, le maintien de la protection de sa propre compétence par la CJUE dans ce domaine pourrait amener les cours constitutionnelles nationales à faire de même[2984]. Enfin, avec le développement de l'action extérieure de l'Union, les droits fondamentaux doivent être protégés lorsqu'ils sont liés à la

[2982] F. Korenica, The EU Accession to the ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection, Springer, 2015, p. 428.

[2983] M. Kuijer, The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR's 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?, 3 Amsterdam Law Forum (2011), 17, 20–21; aussi bien que; Editorial comments: The EU's Accession to the ECHR-a « NO » from the ECJ! 52 Common Market Law Review, Issue 1, 2015, p.3-4.

[2984]Editorial comments: The EU's Accession to the ECHR-a « NO » from the ECJ! 52 Common Market Law Review, Issue 1, 2015 p.15.

PESC[2985]. C'est une chose d'empêcher l'activisme judiciaire dans ce domaine; c'est tout autre chose de laisser délibérément des lacunes dans la protection des droits fondamentaux. Sans adhésion, la crédibilité de la politique de l'UE en matière de droits de l'homme sera en jeu. Il existe une contradiction flagrante entre les engagements en matière de droits de l'homme exigés des États non membres de l'UE, par exemple dans le cadre des accords de pré-adhésion et d'association, et l'absence de tout contrôle externe des actions de l'Union elle-même. Est-il logique de faire de la ratification de la CEDH une condition d'adhésion à l'UE, alors que l'UE elle-même et sa législation resteront exemptées du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme ?

Les paroles prononcées par le président de la CEDH de l'époque, Luzius Wildhaber, le 7 mars 2000, devant le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, restent pleinement valables aujourd'hui. Il a déclaré qu'il est de la plus haute importance *"d'éviter une situation dans laquelle il existe des systèmes alternatifs, concurrents et potentiellement conflictuels de protection des droits de l'homme tant au sein de l'Union que dans la grande Europe. La duplication des systèmes de protection risque d'affaiblir la protection globale offerte et de compromettre la sécurité juridique dans ce domaine. "*

Déjà à l'époque, personne ne doutait de la capacité de l'UE à développer son propre catalogue des droits fondamentaux, allant plus loin à certains égards que la protection offerte par la CEDH. Mais, comme l'a fait remarquer l'éminent juriste néerlandais Henri G. Schermers, « pour l'Europe dans son ensemble... il y aurait aussi une perte considérable. L'Europe serait divisée en ce qui concerne les droits de l'homme, très certainement au détriment des non-membres de l'Union. » C'est pourquoi, depuis la Déclaration de Laeken (2001), la Convention de l'UE (2001-2003) et les conférences intergouvernementales ultérieures (2003 et 2007) ont établi un *junktim* entre l'incorporation de la Charte de l'UE dans les traités et son adhésion à la CEDH.

Avec son poids politique, l'UE devrait renforcer les mécanismes européens communs en assurant un suivi politique efficace de leurs conclusions et recommandations. Le fait d'avoir des systèmes parallèles de contrôle et de surveillance fonctionnant pour les 28 pays de l'Union européenne, d'une part, et pour les 47 pays du Conseil de l'Europe, d'autre part, est non seulement un gaspillage de l'argent des contribuables, mais comporte également un

[2985] P. Gragl, A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights, 51 CMLRev. 2014, p.13-58.

risque réel de créer de nouvelles lignes de division en Europe en matière de droits de l'homme, un domaine par excellence où l'Europe doit être unie par les mêmes normes et valeurs.

Comment l'Europe peut-elle être crédible dans sa défense et sa promotion des droits de l'homme dans le monde entier si elle n'est pas capable de maintenir l'ordre dans sa propre maison ?

Bibliographie

I. Ouvrages et Manuels

ADAM S., La procédure d'avis devant la Cour de Justice de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2011.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J. La Convention européenne des droits de l'homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux, et du droit communautaire , communication au colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, in H. Gaudin, (sous la dir.), Droit constitutionnel et droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel? , Paris, Economica, 2001.

ALSTON P., et WEILER J. - H.H., Vers une politique des droits de l'homme authentique et cohérente pour l'Union européenne, in Alston (P.), (sous la dir.), in L'Union européenne et les droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001.

AUVRET-FINCK J., La projection des droits fondamentaux dans les relations extérieures, in Les droits fondamentaux dans L'Union européenne, Dans le sillage de la Constitution européenne, J.Rideau (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009.

AZOULAY L., La Constitution européenne, acte refondateur de l'Union ? , in A.Levade, (sous la dir.), La Constitution européenne, Actes du colloque des 3 et 4 juin 2004, Bruxelles, Bruylant.

BAILLEUX A., VAN DROOGHENBROECK S. et DELGRANDE X., La Charte des droits fondamentaux, Invocabilité, interprétation, application et relations avec la Convention européenne des droits de l'homme », in Les Innovations du traité de Lisbonne, Incidences pour le praticien, N.de Sadeleer, H. Dumont, P.J adoul et S. van Drooghenbroeck (dir), Bruylant, Bruxelles, 2011.

BARBERIS M., Evolutionismo giuridico, diritti ed Europa, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXXIX, Milan, 2009.

DE BÉCHILLON D., Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Odile Jacob, 1997.

BENOIT- ROHMER F., Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne , in Le traité de Lisbonne, Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne, ed. E. Brosset, C. Chevalier- Govers, V. Edjaharian et C. Schneider, Brussel, Bruylant, 2009.

BESSELINK L., Should the European Union Ratify the European Convention on Human Rights? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, in A. Føllesdal, B. Peters & G. Ulfstein (eds.), Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BESSON S., L'effectivité des droits de l'homme - Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme = The Effectivity of Human Rights, in, J.B Zufferey, J. Dubey, et M. Previtali, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, 2011.

BESSON S., Fédéralisme et droits de l'homme: une introduction thématique, in: Besson/ Belser (éd), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014.

BESSON S., Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – Je t'aime, moi non plus, in: Besson/Belser (éd), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014 .

BESSON S. , L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne 2015) 2015.

BIEHLER G., Procedures in International Law, Springer, Berlin, 2008.

BLUMANN C., Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union Européenne , in Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public, Paris, Dalloz, 2002.

BLUMANN C. et DUBOUIS L., Droit Institutionnel de l'Union européenne , Lexis Nexis, 4e ed. Paris, 2016.

BRIBOSIA E., Perspectives des droits fondamentaux et de la citoyenneté européenne, in Genèse et destinée de la Constitution européenne, Commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives de l'avenir, G.Amato, H.Bribosia, B. de Witte (Ed), Bruylant, Bruxelles, 2007.

BRIBOSIA E., Le traité de Lisbonne, un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux , in L'Union Européenne: la fin d'une crise ?, P. Magnette et A. Weeymebergh (dir), Bruxelles, Éd. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2008.

BOBBIO, N., Teoria generale del diritto, Turin, Giappichelli, 1993.

BOBBIO ,N. L'Età dei diritti, Turin, Einaudi, 1997.

BOND, M., An Introduction to the European Convention on Human Rights, Conseil de l'Europe, (Une introduction à la Convention européenne des droits de l'homme), Conseil de l'Europe, 2ème édition, 2018.

BURGORGUE-LARSEN L., Les résistances des États de droit, in J. Rideau, (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., 2000.

BURGORGUE-LARSEN L., La force de l'évocation ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Paris, Dalloz, 2003.

BURGORGUE-LARSEN L., L'évocation jurisprudentielle. Les juges face à la Charte. De la prudence à l'audace ,in L. Larsen-Burgorgue, (sous la dir.), La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2005.

CARBONNIER J. Flexible droit, L.G.D.J, Paris, 10 ème édit , 2001.

CHAMPEIL -DESPLATS V. et LOCHAK D. , À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, Presses Universitaires de Paris, Paris, 2008.

COHEN-JONATHAN G., Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté , volume I, Bruylant, Bruxelles, 2004.

COMANDUCCI P. et GUASTINI R.(ed.), Struttura e dinamica dei sistemi giuridici, Turin, Giappichelli, 2008.

COMBACAU, J. et SUR, S., Manuel de Droit international public, Montchrestien, Paris, 12 ème éd. 2016.

CONFORTI B, Comments on the accession of the European Union to the ECHR., Italian Yearb Int Law 20, 2010.

CONSTANTINESCO V., La CJCE et le droit International, in Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Ch.Chaumont, Pedone, Paris,1984.

CONSTANTINESCO V., Les sanctions politiques contre les États membres, in Les sanctions contre les États en droit communautaire, I. Pingel et D. Rosenberg (dir.), éd. A. Pedone, Paris, 2006.

CRAIG P., The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform, Oxford, Oxford University Press, 2010.

CRAIG P. Craig and DE BÚRCA G; EU Law. Text, Cases and Materials,5th edition, Oxford University Press, 2011.

DERO - BUGNY D., Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2015.

DOLLAT P., L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union?, Rev. du Droit de l'Union européenne, 3/4, 2016.

DUPUY F. THOENING J.C., L'administration en miettes, Fayard, 1985.

DUPUY P-M, KERBRAT Y., Droit international public, 14e édition, Dalloz, 2018.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., Charte des Droits Fondamentaux, quel apport à la protection des droits ?, in Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public, Paris, Dalloz, 2002.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J, Droits fondamentaux : Quelle place dans l'architecture de l'Union ? , in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, G. Cohen-Jonathan, V. Constatinesco, V.Michel, J.C. Piris et P.Wachsmann (dir), Dalloz, Paris, 2010.

ECKERT, G., GAUTIER, Y., KOVAR, R. et RITLENG D., (Sous la dir.), Incidences du droit communautaire sur le droit public français, Presses Universitaires De Strasbourg, 2007.

EECKHOUT. P., EU External Relations Law, Oxford University Press Oxford, 2011.

FARRALL, JM., United Nations sanctions and the rule of law, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

FERRAJOLI, L., Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, vol. I, Rome-Bari, Laterza, 2007.

FERRARI, V., Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2004.

FRAGOLA M., Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituizone europea e processo di "deconstituzionallizzazione" , in Il Dirittto comunitario e degli scambi internazionali, fasc.1, 2008.

FREIDMAN L.M., The Legal System. A Social Science Perspective, New York, Russell Sage, 1975.

GAJA, G., Responsabilité des États et/ou organisation internationales en cas de violations des droits de l'Homme:la question de l'attribution, in Société française pour le droit international, La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, Paris, Pedone, 2009.

GAUDIN H. Standards nationaux de protection des droits fondamentaux et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, in Les droits de l'homme à la croisée des droits: mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, Paris, 2018.

GAUTRON J.-C. Un ordre juridique autonome et hiérarchisé, in J. Rideau, (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., 2000.

GÉRARD Ph., Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, in Déviance et société, 1988, Vol. 12, n°1.

GERKRATH J., L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe: modes de formation et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997.

GRAGL P., The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

GREWE C. RUIZ FABRI H., Droits constitutionnels européens, Presses universitaires de France, 1995.
GREWE C., L'État des droits : communications et tensions, Recueil d'articles (dir. O. Beaud, C. Gusy, O. Jouanjan, H. Ruiz Fabri et P. Wachsmann), Société de législation comparée, Paris, 2018.

GRILLER, S. The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy, in A. Rosas, E. Levits et Y. Bot (Eds), Court of Justice of the European Union - Cour de Justice de l'Union Européene, The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case- law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2013.

GUASTINI R., La sintassi del diritto, Giappichelli, Turin, 2014.

HARMSEN R., The (geo-) politics of EU accession to the ECHR: democracy and distrust in the wider Europe. in V.Kosta et autres (eds, The EU accession to the ECHR, Hart Publishing, Oxford, 2014.

HARRIS D., O'BOYLE M. BATES E. at BUCKLEY C. (eds.), Law of the European Convention on Human Rights, 2ème edt., Oxford, Oxford University Press, 2009.

HART H.L.A., Il concetto di diritto (1961), Turin, Einaudi, 2002.

HARTLEY T. , Constitutional problems of the European Union, Hart Publishing, Oxford, 1999.

HELISKOSKI J., The Arrangement Governing the Relationship between the ECtHR and the CJEU in the Draft Treaty on the Accession of the EU to the ECHR, in M. Cremona/A. Thies (eds), The European Court of Justice and External Relations Law, 2014.

HILLION Ch. et WESSEL R., Restraining External Competences of EU Member States under CFSP, in EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals 79, (Marise Cremona & Bruno de Witte eds., 2008).

HILLION Ch. A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy, in The European Court of Justice and external relations Law: Constitutional Challenges 47, (Marise Cremona & Anne Thies, eds., 2014.

JACOBS FG , The sovereignty of law: the European way. Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

JACQUÉ J.-P, Communauté européenne et CEDH , in La CEDH. Commentaire article par article, Economica, 1995.

JACQUÉ J.P. , Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, Paris, 9ème édition, 2018.

KAILA H. ,The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States. In Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh. Edited by Cardonnel, P., Rosas, A. and Wahl, N. Oxford and Portland, Oregon 2012.

KELLER H. et SONTE SWEET S., (eds.) A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford University Press, 2008.

KELSEN H., General Theory of Law and the State (1945), Milan, Etas, 2009.

KLABBERS J. Treaty conflict and the European Union, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

KORENICA F. , The EU Accession to the ECHR, Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection , Springer, Suisse, 2015.

KOVAR R., L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux , in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 2007.

KOUTRAKOS P.,Trade, foreign policy and defence in EU constitutional law: the legal regulation of sanctions, exports of dual-use goods and armamants, Hart Publishing, Oxford, 2001.

KUIJPER P. J., The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story in Enzo Cannizzaro (ed), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, Oxford, 2011.

LARRALDE J.M, Convention européenne, des droits de l'homme et jurisprudence communautaire, in L'Union européenne et les droits fondamentaux, Ed. S. Leclerc, J.F Akandji-Kombé et M.J Redor, Bruylant, Bruxelles, 1999.

LAVRANOS N., Jurisdictional Competition. Selected Cases in International and European Law, Groningen, Europa Law Publishing, 2009.

LENARTS K., ARTS D., MASELIS I. et BRAY R. , Procedural Law of the European Union, 2ème edt, Sweet &Maxwell, Londres, 2006,

LAWSON R, A 21st Century Procession of Echternach : The Accession of the EU to the European Convention on Human Rights in F. Dorssemont, K.Lörcher et I.Schömann (eds), The European Convention on Human Rights and the Employement Relations, Oxford, Hart Publishing, 2014.

DE LA MARE T. et DONNELLY C., Preliminary Rulings and EU Legal integration: Evolution and Stasis in P. Craig at G. De Búrca (eds.), The Evolution of EU Law (2ème édition, Oxford University Press, 2011.

MARTINICO G., Two Worlds (Still) Apart? ECHR and EU Law before National Judges, in The EU Accession to the ECHR, V. Kosta, N. Skoutaris et V.P. Tzevelokos eds., 2014.

MARTUCCI F. et RITLENG D., L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme, dans Le phénomène institutionnel international dans tous ses états :transformation, déformation ou réformation ? L. Dubin et M-Cl Runavot (dir.), éditions A. Pedone, Paris 2014.

MAGNETTE P., Prendre la Charte au sérieux. La force politique d'un texte juridique non contraignant, in Carlier (Jean-Yves) et De Schutter (Olivier) (dir.): La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2002.

MEHDI R., La justice communautaire, in L. Cadiet (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.

MAUS D., Où en est le Conseil Constitutionnel ? , in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Paris, Dalloz, 2004.

Milano L., F. Sudre, H. Surrel, Droit européen et international des droits de l'homme, Presses Universitaires de France - P.U.F. - Droit fondamental, 14e édition, 2019.

MODERNE F., La Convention européenne des droits de l'Homme, Dalloz, Paris, 2012.

MOSTACCI E., La Soft Law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato, Cedam, Padoue , 2008.

MORTIMER SELLERS, Autonomy in the Law, Springer, 2007.

ORAKHELASHVILI A., Peremptorynorms in international law , Oxoford University Press, New York, 2009.

PAPADOPOULOU R.-E., Principes Généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation, Bruxelles, Bruylant, 1996.

PESCATORE P. dans Les droits de l'Homme et l'intégration européenne et Le droit de l'intégration - Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes, Red. coll. Droit de l'Union européenne, grands écrits, Brussel, Bruylant, 2005.

PICOD F., Article II-III, in Traité établissant une Constitution pour l'Europe, tome 2, L.Burgorgue-Larsen, A.Levade et F.Picod (dir.), Burylant., Bruxelles, 2005.

PINO. G SCHIAVELLO A. VILLA V. (dir), Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo,, Torino, Giappichelli, 2013.

POGGI F., Concetti Giuridici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto, Pise, Ets, 2013.

PUISSOCHET J.-P., La Cour de justice et les principes généraux du droit, in La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire, Bruxelles, Bruylant, 1997.

RAIMONDI G., Cour de justice de l'Union européenne & Cour européenne des droits de l'homme: « condamnées à s'entendre et à coopérer »? In Liber Amicorum, Antonio

Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, Turin, 2018

RANGEON F., Réflexions sur l'effectivité du droit , in Les usages sociaux du droit, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1989

REDOR, M.-J, La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux , in L'Union européenne et les droits fondamentaux, en collaboration avec J.-F. Akandji-Kombe et S.Leclerc, Actes de la journée d'études CEDECE organisée par le C.R.D.F. le 7 mai 1998, éd. Bruylant, 1999

RENUCCI J.-F. Le développement d'un système de protection des droits de l'homme , in J. Rideau , (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., Paris, 2000.

RENUCCI J-F., Traité de droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J, Paris, 2012

RIDEAU J, Ordre juridique de l'Union européenne, sources non écrites , Jurisclasseur, Europe Traité, fascicule 191.

RIDEAU J , Accès aux juridictions de l'Union européenne, J-cl. Libertés, 2007, fasc. 400, 402, 404.

RIDEAU J. et PICOD F, Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne , Litec, Paris, 2e édition, 2002.

RIDEAU J, Droit Institutionnel de l'Union européenne, , Lextenso éditions L.G.D.J, 6e édition, Paris, 2010.

RIDEAU J. (dir.), Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Anthemis, Collection Droit et justice, 2011.

DE SCHUTTER O. De Schutter et NIHOUL, Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne, Larcier, Bruxelles, 2004.

DE SCHUTTER O., (sous la dir.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Brussel, Bruylant, 2004.

DE SCHUTTER O., Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationship between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention. in V.Kosta et autres (eds), The EU Accession to the ECHR, Hart Publishing, Oxford, 2014.

SENERIN E, LASCOUMES P, LAMBERT T., Transactions et pratiques transactionnelles: sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public Economisa, 1987.

SHANY Y., The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford Univeristy Press, Oxford, 2003.

SEILLER B., Droit administratif, 1 - Les sources et le juge, Flammarion, Paris, 2011, 4ème éd

SUDRE F., L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, Annuaire de droit européen 2006, Volume IV, Bruylant, Bruxelles, 2008.

SWEET A. S.,The European Court of Justice. In "The Evolution of EU Law". Second Edition. P. Craig, et G. de Búrca, Oxford University Press 2011.

TAVERNIER P., La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, in La Charte des

droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application, A. Biad et V. Parisot (dir.), Anthemis, Nemesis, Bruxelles, 2018

TIDJANI A.I, L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. De la nécessité au casse-tête, Éd; universitaires européennes, 2017.

VALLIER F., POTH -MÖGELE, A. et NOUNPADJA N., Europe 2030, Les territoires prennent la parole, Local leaders speak out, Éditions Autrement, Paris, 2018,

VANDERSANDEN G., Renvoie préjudiciel en droit européen, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VILLIGER M. E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden, Brill Academic Publishers, 2009.

WACHSMANN P. (dir), Le Protocole n°11 à la CEDH, Brussel, Bruylant, 1995.

WEILER JHH et HALTERN U.R, The autonomy of the Community Legal Order-Through the Looking Glass 37 Harvard International Law Journal 411, 1966.

WILLIMAS A., EU Human Rights Policies. A study in Irony, Oxford, Oxford University Press, 2015.

DE WITTE B., Le rôle passé et futur de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme , in P. ALSTON (dir.), L'Union européenne et les droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 2001.

DE WITTE B., Beyond the Accession Agreement: Five Items for the European Union's Human Rights Agenda, in The EU Accession to the ECHR , V. Kosta, N. Skoutariset V. P. Tzevelokos eds., 2014.

DE WITTE B., Article 53, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds), The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, CH Beck- Hart-Nomos, Oxford and Portland, Oregon, 2014.

WYBO M, L'interdiction des discriminations dans les Communautés européennes, Paris, L.G.D.J., 1966

II. Articles et contributions

AFROUKH M. COUTRON et L., « La compétence -exagérément?- exclusive de la Cour de Justice pour l'examen des recours interétatiques », Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direction de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1.

ADAM S., L'examen de l'admissibilité d'une demande d'avis, aux confins de l'effectivité du contrôle préventif et de l'équilibre institutionnel, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, (F. Picod et J. Rideau dir.), R.A.E -L.E.A 2015/1).

ALEGRE S. et LEAF M., Mutual Recognition in European Judicial Co-operation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – The EAW, 10 European Law Journal , 2004.

ALTER K., La Cour de justice de l'Union européenne et l'intégration juridique : maturité et limites d'un sous-champ des études européennes,« Lectures critiques », Revue française de science politique, vol. 61, no. 6, 2011.

ALSTON P. et WEILER J.H.H. An " ever closer Union " in need of a Human Rights policy , 9 EJIL,1998.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J. Harmonie ou disharmonie de la protection des droits de l'Homme en Europe : quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme depuis 2005, C.D.E., 2006/5-6 .

ANDRIANTSIMBAZOVINA J, L'enrichissement mutuel des droits fondamentaux en Europe , R.F.D.A., 2002.

ANAGNOSTARAS G., Mutual Confidence is not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Cãldãraru, 53 Common Market Law Review (2016).

ANKERSMIT L., Opinion 2/15 and the Future of Mixity and ISDS, European Law Blog, 18 Mai 2017.

ARTINO M. NOËL et P.Y, Les Perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne , RMCUE,n°540, juillet-août 2010.

D'ASPREMONT J. et DOPAGNE F., Kadi: The CJEU's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders, 2008, 5, International Organisations Law Review

AUER A. , E pur si muove. Le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe , Rev. dr. Union européenne, n°1, janvier, 2005.

BACHOUÉ PEDROUZO G., Avis 2/13 de la CJUE : l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après ?, ELSJ, 31 janvier 2015.

BARRAL V., La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale , RGDIP, 2006.

BARATTA R., Accession of the EU to the ECHR: The Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism, Common Market Law Review, 50 ,2013.

BARENTS R., The autonomy of Community law, English Edition, La Haye, New York : Kluwer Law International, 2004.

BENLOLO- CARABOT M. , La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire, Revue du Marché commun de l'Union européenne, n° 529, juin 2009.

BENOIT -ROHMER F. , L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, RUDH 2000.

BENOIT-ROHMER F. , A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention , RTDH, 2005.

BENOIT-ROHMER F., Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales , RTDH, 81/2010.

BENOIT-ROHMER F. L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne , RTDE, 2011.

BERGHE (VAN DER) F., The EU and issues of human rights protection: same solutions to more acute problems? .2010, Eur Law J 16 (2).

BERRAMNDANE A., L'application de la costume International dans l'ordre juridique communautaire , CDE, 2000.

BERRAMNDANE A., La Cour européenne des droits de l'homme, juge du droit de l'Union européenne , R.D.U.E., 2006-2.

BERRAMNDANE A., Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne , *RDUE,* mars 2009.

BESSELINK L., Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13. Verfassungblog , 23 décembre 2014.

BESSELINK L., Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, 23 décembre 2014

BESSELINK L., The Bite, the Bark, and the Howl, Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives, in A. Jakab et D.Kochenov , The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance, Oxford University Press, Mai 2017.

BESSON S., European Legal pluralism after Kadi., Eur Const Law Rev 5 (2) Verfassung Blog on Constitutional Matters.

BESSON S., L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l' avis 2/13, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen (Stämpfli Verlag AG-Bern 2015, Stämpfli Editions SA-Berne , 2015.

BLUMANN C, Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme , R.A.E. – L.A.E., 2006/1.

BRIBOSIA E.; DE SCHUTTER O., RONSE Th., et WEYEMBERGH A Le contrôle par l'Union européenne du respect de la démocratie et les droits de l'homme par ses Etats membres: à propos de l'Autriche. Journal des tribunaux, Droit européen, nr. 3, 2000.

BRIBOSIA E. Bribosia, DE SCHUTTER O, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne , J.T, 2001.

BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A, Confiance mutuelle et droits fondamentaux: « Back to the future », CDE, 2016, N°2.

BRONCKERS M., « The Relationship o the EC Courts with other International Tribunals: Non-Committal, Respectful or Submissive?" .2007. Common Market Law review 601

BROWN Ch., The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding Your Way through the Maze, 3 Melbourne Journal of International Law, 2002.

BULTRINI A., La responsabilité des États membres de l'Union Européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire , RTDH, 2002.

BURGORGUE- LARSEN L, De l'autonomie de la protection du droit communautaire par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme, A.J.D.A., 2009.

BYCHAWSKA-SINIARSKA D., Criticizing the new President of the new Polish Constitutional Court: A Crime against the State?, Verfassungblog on Constitutional Matters, 6 décembre 2017

CAMERON, I., The Court and the member states: procedural aspects, in A. Føllesdal et al. (eds.), Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National , European and Global Context, Cambridge University press, 2013.

CLAES M. Claes et IMMAMOVIČ S., National courts in the New European Fundamental Rights Architecture, in The EU Accession to the ECHR, (edt) V. Kosta, N. Skoutaris et V. P. Tzevelekos, Oxford and Portland, Oregon, 2014.

CALLEWAERT J., The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony , 6 European Human Rights Law Review, 2009.

CALLEWAERT J 'L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH: une question de cohérence' 3 Cahiers du CeDIE 2013.

CALLEWAERT J , The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2014.

CALLEWAERT J., Do we still need article 6 (2) TEU? Considerations on the Absence of EU Accession to the ECHR and its consequences, CMLR, Vol 55, N° 6, 2018.

CANOR I, Primus inter pares. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe? 2000, 25 European Law Review 1.

CANIVET G., Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la bénévolance des juges , Revue des Sciences Criminelles, 2005.

CAPOROSO J. A., The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory, or Post-Modern?, Journal of Common Market Studies, 34 ,1996.

CARRERA S. et FAURE ATGER A., L'Affaire des Roms: A Challenge to the EU's Area of Freedom, Security and Justice. CEPS, 29 septembre 2010.

CARRERA S., Shifting Responsibilities for EU Roma Citizens.The 2010 French affair on Roma evictions and expulsions continued. CEPS, nr. 55 , Juin 2013.

CASSAN H., Le principe de non-discrimination dans le domaine social à travers la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européenne , R.T.D.E., 1976.

CASELLA S., Les suites de l'arrêt Kadi de la CJCE : quel équilibre entre protection de la sécurité internationale et respect des droits de l'homme ?. In: Annuaire français de droit international, volume 56, 2010.

CASSIA P., MARIATTE F., Le Tribunal arbitral a-t-il « déraillé » ? À propos de la sentence rendue le 24 mai 2005 dans l'affaire du « Rhin de fer » »Revue Europe, n° 8-9, 2005.

CAZALA J. La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Étude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends, RTDE, 2004.

CHALTIEL F., L'argument du droit européen devant le juge administratif , L.P.A., 19 avril 2007.

CHALTIEL F., Le droit constitutionnel enrichi par le droit européen, L.P.A., 19 avril 2007.

CHRISTOFFERSEN J., Aspects institutionnels de l'adhésion de l'UE à la CEDH Parlement Européen, Commission des affaires constitutionnelles, Audition sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 18 mars 2016.

CLÉMENT-WILZ L., Le renvoie préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé? in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/2013 F. Picod et J. Rideau (dir.), R.A.E-L.E.A, 2016.

CLOSA C., KOCHENOV D., WEILER J.H.H., 'Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union', EUI Working Papers RSCAS 2014/25.

CLOSA C., 'Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and Procedural Limitations', dans C. Closa and D. Kochenov (ed.), Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union Cambridge: CUP, 2015.

COHEN-JONATHAN G., La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme , Revue du Marché Commun, 1978.

CONSTANTINESCO V., note sous C.E.D.H., 30 juin 2005, « Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c/ Irlande », « C'est comme si c'était fait ? », C.D.E., n°2006-3/4.

CORDIER J.,L'Union européenne: un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens , Questions d'Europe n°156, Fondation Robert Schuman, 1 févr.2010.

COSTA J.P, The European Court of Human Rights and its recent case law. Texas Int Law J 3, 2003.

CRNIC-GROTIC V., Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties. Asian Yearb Int Law 7, 1997.

DANWITZ (Von) Th., La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13, in Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, Turin, 2018.

DELGADO CASTELEIRO A. United We Stand: The EU and its Member States in the Strasbourg Court, in The EU Accession to the ECHR, sous la direct. de V. Kosta, N. Skoutaris et V. Tzevelekos, 2014.

DE BURCA G., The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi , Jean Monnet Working Paper NO.1/09, 2009.

DE BURCA G , The European Court of Justice and the international legal order after Kadi , Harvard Int Law Rev 51 (1):1-49, 2010.

DE BURCA G, After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?, 20 Maastricht Journal of European and Comparative Law 2013.

DE CAPITANI E., European Union and Hungary: towards a new Haider case?, The Fundamental Rights European Experts Group (FREE Group), 15 Janvier 2012.

DAUGIRDAS K., Reputation and the Responsibility of International Organizations, 25 European Journal of International Law (2015).

DEFEIS E .F., Human Rights, security, and conflicting international obligations:exploring inter-jurisdictional judicial dialogue in Europe.2000-2001, Am J Com Law 58:359-414.

DERO - BUGNY , D. Les rapports entre les deux cours européennes après l'avis 2/13. Analyse au regard de l'arrêt Avotins c. Lettonie (Cour EDH, 23 mai 2016), R.A.E-L.E.A 2016/3.

DIETER CLASSEN C., Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale-quel avenir dans l'espace juridique européen? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen du 15 décembre 2015, CDE, 2016, N°2

DOCQUIR P. F, Réflexions sur l'efficacité du droit des droits fondamentaux , (Some Thoughts on the Efficiency of Fundamental Rights), 20 février 2010, https://ssrn.com/abstract=2017635 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2017635

DOLLAT P., « Der Teufel steckt im Detail », De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes… », RMCUE, n°542, octobre-novembre 2010

DOLLAT P. , L'avis 2/13 de la CJUE: autonomie ou reddition du droit de l'Union? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux, Revue du Droit de l'Union européenne 3/4-2016.

DONNY M. et BRIBOSIA E., Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union européenne in Commentaire de la Constitution de l'Union Européenne, É. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005.

DORD, O., « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution » in Droit communautaire, Droit constitutionnel, Vers un respect réciproque mutuel, Coll. Droit public positif, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 2001.

DRZEMCVZEWSKI, A., EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process, in The EU Accession to the ECHR, V.Kosta, N.Skoutaris et V.P. Tzevelekos, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014.

DUBOUT E., Le niveau e protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitariste constitutif versus pluralisme constitutionnel, Cahiers de droit européen, N°2, 2013.

DUBOUT E., Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, CDE, 2015, N°1.

DUBOUIS L., Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? , in Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Paris, Dalloz, 2002.

DUMONTIER Th., GUIOMARD F, LANGLAIS C., ROCCATI M. et TOUILLIER M., Chronique de droit des discriminations (avril 2016-septembre 2016) , La Revue des droits de l'homme, 11 juillet 2017.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne , Jurisclasseur Europe Traité, 2 février 2010, Fascicule 140.

DOUGLAS -SCOTT S., Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas Bombshell From the European Court of Justice, U.K. CONST. L. BLOG (24 déc. 2014).

DUXBURY A., Austria and the European Union – The report of the «three wise men». Melbourne Journal of European Law, vol. 1 (December 2000).

ECKES Ch., EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaption, Modern Law Review, 76, 2013.

EECKHOUT. P., The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms as an Integral Part of EU Law – Some Reflections, in I. Govaere, E. Lannon, P. Van Elsuwege, S. Adam (Eds.), The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

ECONOMIDES C. et KOLLIOPOULOS A. La clause de déconnection en faveur du droit communautiare : Une pratique critiquable , 110 Revue Générale de Droit International Public, 2006.

EDITORIAL COMMENTS, The aftermath of Opinion 1/94 or how to ensure the Unity of Representation for Joint Competences , Common Market Law Rev 32, 1995

ÉPINEY, A., Le champ d'application de la charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications, Cahiers de droit européen, 2014, N°2.

FASSBENDER B., The United Nations Charter as Constitution of the International Community, 1998. 36 Columbia Journal of Transnational Law, 1998.

FAVOREU, L., "Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des Cours constitutionnelles", Au carrefour des droits ": Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002.

DI FREDERICO G, Fundamental rights in the EU : Legal Pluralism and Multi-Level Protection after the Lisbon Treaty in Giacomo Di Federico (ed), The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Document .Dordrecht, Springer Netherlands, 2011.

FAVRET J.-M., Le Traité de Nice du 26 février 2001, vers un affaiblissement irréversible de la capacité d'action de l'Union européenne ? , R.T.D.E 2001, p. 271.

FOUCART R., Avis 2/13: la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de justice, Réseau Universitaire Européen, Droit de l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice.

FINES F., De l'influence de la crise autrichienne sur l'avenir de l'Union européenne, in Mélanges en hommage à Guy Isaac, Presses de l'université des sciences sociales, 2004.

FINES F., Le champ d'application, reflet des compétences communautaires ? , RAE-LEA, 2003-2004, pp 37.

FLÜCIKER A., « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », Revue européenne des sciences sociales, XLV-138 | 2007, mis en ligne le 01 juillet 2010, URL : http://journals.openedition.org/ress/195 ; DOI : 10.4000/ress.195.

FRANÇOIS C., Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales- Compatibilité avec les traités de l'UE et FUE. Avis de la Cour de justice de l'Union européenne(Avis 2/13 du 18 décembre 2014), www.europe-liberte-securite-justice.org

FOUCART R. Avis 2/13: la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de Justice, 20 février 2015, GDR-ELSJ.

GENBERG J., The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – Quo Vadimus?, Helsinki Law Review 2014/1.

GAJA, G., Responsabilité des États et/ou organisation internationales en cas de violations des droits de l'Homme:la question de l'attribution, in Société française pour le droit international, La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, Paris, Pedone, 2009.

GERARDS J., Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal, MJ 2014, Vol 21, N° 4.

GILLAUX P., "L'intensité du contrôle par les juridictions communautaires", JDE, 2001.

GILLIAUX P, L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiairité juridicitonnelle et effectivité, CDE, 2003.

GILLIAUX P., CJUE et Cour-EDH: « Pourquoi la guerre aurait-elle lieu? », CDE, 2016, N° 2.

GOUNELLE M., Communicabilité et droit international public , in M. Baudrez et Th. Di Manno, La communicabilité entre les systèmes juridiques : Liber Amicorum Jean Claude Escarras, Bruxelles, Bruylant, 2005.

GRAGL P., Accession Revisted : Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union's legal autonomy, in W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl and M. Nowak ,ed, European Yearbook on Human Rights 2011,Vienne, NWV 2011.

GRAGL P, The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg's M.S.S. Judgment and its Implications for the European Union's Legal Order, in Wolfgang Benedek/Florence Benoît-Rohmer/Wolfram Karl/Manfred Nowak (eds), European Yearbook of Human Rights 2012.

GRAGL P. '(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16', 38 *European Law Review* ,2013.

GRAGL P., A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights, 51 CMLRev. 2014.

GRAGL P. , The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR dans W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl et M. Nowak (eds), European Yearbook on Human Rights 2015, Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2015, février 2015.

GRANT J. P. et CRAIG BARKER J., Encyclopaedic Dictionary of International Law (3 ed.)", Oxford University Press, 2009.

GREWE C. , Le traité de paix avec la Cour de Luxembourg: l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane , RTDE 1/2001.

GREWE C. , Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, RUDH 2004, p. 26-32.

GREWE C. , L'impact de la protection internationale des droits de l'homme sur le droit constitutionnel comparé, flux et reflux, R.I.D.C. 4-2016.

GREWE C. , Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable Revue Française de droit constitutionnel, 2014/4 (n° 100).

GRUSSOT X. et PECH L., La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne , Question d'Europe, n° 173, Fondation Robert Schuman, 14 juin 2010.

GRUSSOT, X., LOCK T. et PECH L., Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011. Fondation Robert Schuman, Question d'Europe n°218, 7 novembre 2011.

GROUSSOT X., PECH L., & PETURSSON G.,The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States Action: in Search of Certainty in EU Adjudication. Eric Stein Working Paper No 1/2011.

GUIRESSE M., Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux, 8 février 2016, Réseau Universitaire européen, Droit de Liberté de sécurité et de justice.

HANCOX E., The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson 50 CMLRev. , 2013.

HALBERSTAM D. et STEIN E., The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: economic sanctions and individual rights in a plural world order, 2009, CML Rev , 46 (1): 13-72.

HALBERSTAM D., "It's the Autonomy Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal N° 1, 1 Mars 2015.

HÜLLEN (Van) V. et BÖRZEL A. The EU's Governance Transfer. From External Promotion to Internal Protection?. SFB-Governance Working Paper Series, nr. 56, Juin 2013.

HELISKOSKI, J , Mixed Agreements as a Technique for Organising the International Relations of the European Community and its Member States , La Haye, Kluwer Law, 2001.

HOFFMEISTER F., Outsider or frontrunner ? Recent developments under international and European law on the status of the European Union in international organizations and treaty bodies. Common Market Law Rev 44, 2007.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S., The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights, 49 CML Rev., 2012.

IMBERT P.-H., Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et ses protocoles , Jurisclasseur Libertés, fascicule 80.

JACQUÉ J.P, La Cour et la situation en Pologne, http://www.droit-union-europeenne.be/439010200

JACQUÉ , J.P., Back to Philadelphia, RMC, 2002, n° 463.

JACQUÉ J.-P, La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne , A.J.D.A., 2002.

JACQUÉ J.P., L'arrêt Bosphorus, Une jurisprudence So lange II' de la cour européenne des droits de l'homme ? , RTDE, 2005.

JACQUÉ J.P, Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », Revue française de droit constitutionnel 2007/1 (n° 69).

JACQUÉ J.P., La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne , L'Europe des Libertés, Rev. d'actualité juridique, n° 26, 2008.

JACQUÉ J.P. , Le traité de Lisbonne, Une vue cavalière, RTDE, 2008.

JACQUÉ J.P. , L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ,RTDE, n°1, 2011

JACQUÉ J.P , The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Common Market Law Review, 48 , 2011.

JACQUÉ J.P., Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice., Cahiers de Droit européen, 2015, N°1.

JACQUÉ J.P, « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTD Eur.* 2014 dans A. Popov, L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, février 2015, La Revue des Droits de l'Homme

JOHANSEN S., The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its Potential Consequences, 16 German Law Journal, N° 1, 23 mars 2015.

JORIS T et VENDERBERGHE J., The Council of Europe and the European Union: natural partners or uneasy bedfellows?, 2008-2009,Columbia J Eur Law 15.

RABA K., The Accession of the European Union to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms- overview of the accession agreement. ERA Forum 14.

KAUFF-GAZIN F., Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne: un bilan contrasté, Dossier-Le traité de Lisbonne:oui, non, mais à quoi?, Europe, N°7, Juillet 2008

KERBRAT Y., Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale. In: Annuaire français de droit international, vol 50, 2004.

KLABBERS J., Treaty Conflict and the European Union, Cambridge, Cambridge University press, 2009

KOKOTT J et SOBOTTA C., The Kadi Case-constitutional core values and international law-finding the balance ? 2012, Eur J Int Law 23 (4)

KOSKENNIEMI M., « International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education, 2007, 1 European Journal of Legal Studies, 1.

KRAFFT M.Ch, Le système institutionnel de l'EEE Aspects généraux , European Journal of International Law, 1992,

KOCHENOV D. et PECH L., « From bad to worse? On the Commission and the Council's rule of law initiatives.", 19 Janvier 2015, EU Law Analysis Blogspot

KOCHENOV D. et PECH L., Upholding the Rule of Law in the EU:On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction , Fondation Robert Schuman, European Issues, N. 356, 12 Mai 2015.

KOCHENOV D., PECH L. et PLATON S , Ni panacée ni gadget: le nouveau cadre de l'Union européenne pour renforcer l' État de droit , RTD Eur, 2015.

KOCHENOV D et PECH L., Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality, European Constitutional Law Review, Volume 11, Nr.3, décembre 2015

KOCHENOV D et PECH L. Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation, JCMS Symposium 2016: The Great Rule of Law Debate in the EU ed. D. Kochenov, A. Magen et L. Pech, Volume 54, Nr. 5, September 2016

KOCHENOV D, Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU , European University Institute Working Papers, Department of Law, Octobre 2017

KOCHENOV D, Busting the myths unclear: A commentary on Article 7 TEU, EUI Working Papers, European University Institute, octobre 2017

KOCHENOV D, Article 7: Un commentaire de la fameuse disposition « morte », Rev. des affaires européennes, N01, 2019.

KOCHENOV D , Pech L. et SCHEPPELE K. L., The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, 23 décembre 2017, EU Law Analysis Blog.

KOKOTT J. et PRECHAL S. (eds.),50e Anniverssaire de l'arrêt,50th anniversary of the judgment in Van Gen den Loos,, 1963-2013, Actes du Colloque Luxembourg, 13 mai 2013-Conférence proceedings Luxembourg,13 May 2013,Luxembourg 2014,

KOMAREK J., In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure?, 32 European Law Review, 2007.

KOVAR R., Compétences des Communautés européennes, JurisClasseur Europe, Fascicule 420,

KRENN Ch., Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13, 16 German Law Journal, N°1, 2015,

KRÜGER H.C et POLAKIEWICZ J., Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, RUDH, 2001, vol 13, n°1-4

KRÜGER H, Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights 2002, vol 21 Penn State International Law Review 89

KUMM M., Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice, CMLR, 1999, Vol 36,

LACATUS C., « Is Romania at risk of backsliding over corruption and the rule of law? ", The London School of Economics and Political Science, 27 novembre 2017.

LADENBURGER C., Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ,Revue trimestrielle de droit européen, 2011

LABAYLE H., Droits fondamentaux et droit européen , A.J.D.A., 1998.

LABAYLE H., L'Union européenne et les droits fondamentaux, in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002.

LABAYLE H., Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice , R.T.D.E., 2006

LABAYLE H., Le traité de Lisbonne et l'entraide répressive dans l'Union européenne , R.A.E, 2008

LABAYLE H., La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la Cedh, Réseau Universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice, 22 décembre 2014.

LADENBURGER C., Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, RTDE,*n° 1* , janvier-mars 2011.

LASCOUMES P., Conclusion : l'effectivité, indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux, in V. Champeil-Desplats, D. Lochak, À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, Presse Universitaire de Nanterre, 2008.

LAVRANOS N., The Mox Plant and IJzeren Rijn disputes:which court is the supreme arbiter?, 2006, Leiden J Int Law 19 (1):223-246.

LAVRANOS, N., Judicial Review of UN sanctions by the European Court of Justice , Vol 78 Nordic Journal of International Law, 2009.

LAZOWKSI A. et WESSEL R. A., When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal, Vol 16 N° 1, 2015

LENAERTS K., Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue", 16 ELRev ,1991,

LENAERTS K. , Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union , JDE, déc.2009.

LENAERTS K., 'La Vie après L'Avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust', 54 Common Market Law Review (2017),

LENART J. , « Fortress Europe » : compliance of the Dublin II Regulation with the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, 2012, Utrecht J int Eur Law 28

LETTERON R., Droit européen et laïcité: la diversité des modèles, A.J.D.A N° 24/2017, 10 juillet 2017,

LEROY Y., La notion d'effectivité du droit , Droit et société, vol. 79, no. 3, 2011

LIMBACH J, La coopération des juridictions dans la future architecture européenne des droits fondamentaux. Contribution à la redéfinition des rapports entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme', 12 Revue universelle des droits de l'homme, 2000.

LIXINSKI L., Taming the fragmentation monster through human rights? International constitutionalism, 'Pluralism Lite', and the common territory of the two European Legal Orders. in V.Kosta et autres (eds) The EU accession to the ECHR, Hart Publishing, 2014.

LŌŌF R., « Shooting from the hip : proposed minimum rights in criminal proceedings through-out the EU. » Eur Law J 12 (3), 2006

LOCK T. , The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts , 8 The Law and Practice of international Courts and Tribunals, 2009

LOCK T., EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg. Eur Law Rev 35 (6), 2010

LOCK T., Walking on a tightrope: The draft ECHR Acession Agreement and the Autonomomy of the EU legal order ,CMLR 48,2011.

LOCK T., End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR, Yearbook of European Law, 31 ,2012

LOCK T., Oops! We Did it Again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR, Verfassungblog , 18 décembre 2014

LONDRAS (de) F. et KONGSTON S, Rights,security, and conflicting international obligations:exploring inter-jurisdictional dialogues in Europe,2010, Am J Comp Law 58:359-414.

LOPEZ-ESCUDERO M., Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la Cour de Justice dans l'avis 2/13., dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A. 2015/1

MARKAKIS M., Brexit and the EU Charter of Fundamental Rights, Public Law, 2019,

MANCINI F. et DI BUCCI V., Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire, R.C.A.D.E., I-1991

MARTINICO G. Is the European Convention going to be « Supreme » ?A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts. Eur J Int Law 23 (2),2012.

MEERBECK (Van) J. et VAN WAERNBERGE A., Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du dédale européen, in Les innovations du traité de Lisbonne, Incidences pour le praticien, N. de Sadeleer, H. Dumont, P.Jadoul, S. van Drooghenbroeck (dir.),Bruylant,Bruxelles, 2011.

MEHDI R., Les retombées de la Communauté de droit dans les États de droit , in J. Rideau, (sous la dir.) Communauté de droit, Union de droit, États de droit, L.G.D.J., 2000.

MEHDI R.. La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu. RTDE, 2003

MENDEZ M. The enforcement of EU agreements: bolstering the effectiveness of treaty law?, 2010,Common Market Law Rev 47

MICHL W. , "Thou Shalt Have no other Courts before Me", Verfassungsblog, 23 Décembre 2014

MILLARD E., Effectivité des droits de l'homme, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.P Marguenaud et S. Rials, et F. Sudre (édit.) Dictionnaire des droits de l'homme, Paris, PUF, 2008.

MILLARD E., Précision et effectivité des droits de l'homme, La Revue des droits de l'homme, septembre 2015.

MITSILEGAS V., The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter- State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, Yearbook of European Law, 31 ,2012

MOINY, Y. , Le contrôle, par le juge européen, de certaines mesures communautaires visant à lutter contre le financement du terrorisme , *JDE*, mai 2008,

MÜLLER, J.-W., Safeguarding Democracy inside the EU. Brussels and the Future of the Liberal Order, Washington DC: Transatlantic Academy Paper Series, 2013.

MÜLLER, J-W., Eastern Europe Goes South. Disappearing Democracy in the EU's Newest Members, Foreign Affairs Magazine, March-April 2014.

MODERNE F., Légitimité des principes généraux et théorie du droit , R.F.D.A., 1999

MOHAY A., Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR-Case note. Pecs Journal of International and European Law, 2015/1

MONTANI E, PARISI F., La Babele dell'EAL e il diritto penale, in "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia", XX, 2007,

MONJAL P.Y, Le traite d'Amsterdam et la procédure de constatation politique de manquement aux principes de l'Union, RMUE 3/1998.

MORICEAU A., Le traité de Lisbonne et la Charte des droits fondamentaux , R.M.C.U.E, n°519, juin 2008.

NANOPOULOS E., Trust issues and the European Common Asylum System: finding the right balance, Camb Law J 72 (2), 2013.

NEFRAIMI E., The duty of loyalty: rethinking its scope through its application in the field of EU external relations, 2010, Common Market Law Rev 47 (2):323-359.

NEKMOUCHE M. L'extension des compétences de la Cour de Justice, in Quel avenir pour l'intégration européenne? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne, A.Berramdane, W.Cremer, A.Putter, J.Rossetto (dir.),PUFR, Tours, 2010.

NIVARD C., La situation des Roms et des gens du voyage en France saisie par le Conseil de l'Europe, RDLF 2013, chron. n°25

ØBY JOHANSEN S., EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of Avotiņš v. Latvia, 24 mai 2016 EU Law Analysis Blogspot

ØBY JOHANSEN S., Judicial control of EU foreign policy: the ECJ judgment in Rosneft, 29 mars 2017. EU Law Analysis Blogspot

ODERMATT J., The Eu's accession to the European Convention on Human Rights : an international law persepective. Leuven Center for Global Governance Studies. Working Paper No 136, 2014

O'NEILL A., Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty, EutopiaLaw 18 décembre 2014

O'MEARA N. A More Secure Europe of Rights?, The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU accession to the ECHR. German Law J 12 (10), 2011.

O'MEARA N., Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocol 15 and 16 ECHR, UK Constitutional Law Blog, 2013

PAPP (Von) K., Clash of « Autonomous Legal Orders » : can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ ? A plea for direct referral from investment tribunals to ECJ. Common Market Law Rev 50 (4) 2013.

PASTORE B. , Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti, in "Lavoro e diritto", XVII, 2003.

PAUWELYN J, Conflict of norms in public international law, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

PECH L. , The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union, Jean Monnet Working Paper No. 04/09.

PECH L., Promoting the Rule of Law Abroad: On the EU's limited contribution to the shaping of an international understanding of the rule of law in F. Amtenbrink and D.

Kochenov (eds), The EU's Shaping of the International Legal Order , Cambridge University Press, 2013.

PECH L., Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: What should the Commission do? , 31 octobre 2016, Verfassungblog on Constitutional Matters/

PECH L. et SCHEPPELE K. Lane , Poland and the European Commission, Part I: A Dialogue of the Deaf?, 3 Janvier 2017, Verafassung Blog on Constitutional Matters

PECH L. et SCHEPPELE K. Lane ,, Poland and the European Commission, Part II : Hearing the Siren Song of the Rule of Law , 6 Janvier 2017, Verfassungblog on Constitutional Matters

PECH L. et SCHEPPELE K. Lane ,, Poland and the European Commission, Part III: Requiem for the Rule of Law, 3 Mars 2017, Verfassungblog on Constitutional Matters

PECH L. et SCHEPPELE K. Lane, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU.,Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge , Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol.19, décembre 2017

PECH L. Pech et PLATON S., Menace systémique envers l'État de droit en Pologne: entre action et procrastination. Fondation Robert Schuman, Question d'Europe N°451 ,13 novembre 2017

PEERS S., The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection. 18 décembre 2014, EU Law Analysis Blog.

PEERS S.,The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare., German Law Journal 16 , N° 1, 2015

PERNICE I., Autonomy of the European Legal Order-Fifty Years after Van Gend & Loos in A.Tizzano.

PERNICE I., L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue; Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014, CDE, 2015, N°1

PESCATORE P., La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux. Enquête sur un problème virtuel , R.M.C.U.E., 2003

PETIT N. et PILORGE-VRANCKEN J., Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle? R.A.E-L.E.A 2014/4

PICOD F., Article II-III, in Traité établissant une Constitution pour l'Europe, tome 2, L.Burgorgue-Larsen, A.Levade et F.Picod (dir.), Burylant., Bruxelles, 2005.

PICOD F., " Droit de l'Union européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ", Jurisclasseur Libertés, 01.05.2010.

PICOD F., Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne, in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, Dalloz, Paris, 2010.

PICOD F., La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE, in La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne- Entre évolution et permanence, sous la direct. de C. Vial, R. Tinière, Bruylant, Bruxelles, 2015.

PICOD F., La mise en oeuvre du droit de l'Union européenne condition énigmatique d'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux, in Les droits de l'homme à la croisée des droits: mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, Paris, 2018.

PRISI J.-C. L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme , R.T.D.E., 2005, n°2

PICHERAL C., Concurrence et parasitisme des standards de protection, dans Questions choisies à la lumière de lavis 2/13 sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1

PICHERAL C., Des réponses potentielles de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avis 2/13, RUE, 2016.

PINELLI C., Protecting the fundamentals. Article 7 of theTreaty of the European Union and Beyond. Foundation for European progressive studies (FEPS), 25 Septembre 2012,

PLATON S., La Charte des droits fondamentaux et la « mise en oeuvre » nationale du droit de l'Union: précisions de la Cour de Justice sur le champ d'application de la Charte. RDLF 2013, chron. n°11.

PLATON S., Applicabilité et inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux aux Etats : la ligne jurisprudentielle sinueuse de la Cour, Journal d'Actualité des Droits Européens, 7 mars 2014

PLATON S., Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ?RDLF 2015, chron. n°13.

PLATON S., La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, AJDA, 2015, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direc. de F. Picod et J. Rideau,R.A.E-L.E.A.2015/1

PHILIP Ch., La Cour de Justice des Communautés et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, in Annuaire Français de Droit International, Vol 21,1975

PRIOLLAUD F.X et SIRITZKY D, Le Traité de Lisbonne, Texte et Commentaire, Article par Article des nouveaux Traités européens (TUE-TFUE), La documentation française, Paris, 2008

POIARES MADURO M., Interpreting European Law: Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism, 2 EUR. J. LEGAL STUD. N°1 ,2007.

POPOV A., L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La revue des droits de l'Homme, Février 2015

POSCH A., The Kadi Case: Rethinking the relationship between EU Law and International Law? .2009.15 The Columbia Journal of European Law Online 1

POTTEAU A., Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? , RGDIP, n°1, mars 2011

POTVIN-SOLIS L., Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire, in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, (J.CH Barbato et J-D Mouton dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010.

POTVIN-SOLIS L., Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne in La garantie des droits fondamentaux dans Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, Paris 2018.

QUINTY D., L'adhésion des Communautés européennes à la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Vers l'Europe des Citoyens :Rev. Jur. Centre-ouest avr.1992

QUIRICIO O., Substantive and procedural issues raised by the accession of the EU to the ECHR. Italian Yearb Int Law 2010

RASMUSSEN H., Remedying the crumbling EC judicial system, 37 Commun Market Law Review, 2000

RAYNARD J, Quand la Cour de Luxembourg se préoccupe de droits fondamentaux , R.T.D.Civ., 1999

REITEMEYER S.et PIRKER B., Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR-One step ahead two steps back, European Law Blog, 31 Mars 2015.

RENUCCI J.-F. Le développement d'un système de protection des droits de l'homme , in J. Rideau , (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J., Paris, 2000.

REUTER P., Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit , in Mélanges Henri Rolin, Paris, Pedone, 1964.

RIBBLE M. R, I Don't Trust Your Judgment: the European Convention on Human Rights meets the European Union on new grounds?, 2010-2011, Pa State Int Law Rev 29 (1).

RIDEAU J. L'influence du droit communautaire sur la protection des droits fondamentaux de la personne dans les États Membres, in L.Dubuis, Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États Membres, Economica, 1995.

RIDEAU J, Union européenne, Nature, valeurs et caractères généraux , Jurisclasseur Europe traité, fascicule 115.

RIDEAU J, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne. , Rev. des Affaires Européennes, 2007-2008/2

RIDEAU J, L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC. dans Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13 sous la direc. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1

RITLENG D., De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union, RTDE, 2013.

RICZALLAH C. The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection, 20 février 2017, EU Law Analysis Blogspot.

RÖBEN V . The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the Mox Plant at Sellafield:How much Jurisdictional Subsidiarity?, 2004,73 Nordic Journal of International Law 223.

ROKOWSKA-TELA A., Next Stop on the Way to Constitutional Disarray in Poland: Electoral Law Reform., Verfassungblog on Constitutional Matters, 18 décembre 2017

ROSSI L.S., « Constitutionnalisation » de l'Union européenne et des droits fondamentaux », R.T.D.E., 2002.

ROSSI L.S. Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne, in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, G. Cohen-Jonathan, V. Constatinesco, V. Michel, J.C. Piris et P.Wachsmann (dir), Dalloz, Paris, 2010.

ROUVILLOIS F., La règle de droit entre efficacité et légitimité, Éditorial, La lettre N° 13, Fondation pour l'innovation politique, juin 2005

ROUVILLOIS F., L'efficacité des normes, Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique et Ch. Gavini, L'efficacité des normes, Enquête en contrepoint, Fondation pour l'innovation politique, Working paper, novembre 2016

SADURSKI, W., Adding a Bite to a Bark? A story of article7, the EU enlargement and Jörg Haider». The University of Sydney. Sydney Law School. Legal Studies Research Paper, nr. 1 , 2010

SARMINETO D., Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe, 50 CMLRev. 2013

SARMIENTO D., Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law. , Verfassungblog of Constitutional Matters, 24 novembre 2017.

SASSE C., La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne , in Mélanges Dehousse, Paris, Nathan, Labor, 1979, vol. II.

SCHEPEL H. et BLAKENBURG E., Mobilizing the European Court of Justice, in G. De Burca et J.H.H. Weiler, The European court of Justice, Oxford University Press, 2001.

SHCEPPELE K.L., Understanding Hungary's constitutional revolution ,in A. Von Bogdandy et P. Sonnevend(éd.), Constitutional crisis in the european constitutional area: theory, law and politics in Hungary and Romania, Hart Publishing, 2015

SCHEININ Martin, CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances, Verfassungsblog , 26.12.2014

SCHEPPELE K. L., The Unconstitutional Constitution, New York Times, 2 janvier 2012

SCHEPPELE K.L, What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The case for Systemic Infringement Actions .Princenton University, Novembre 2013.

SHCEPPELE K.L., Making Infringement Procedures More Effectiv', EUTopia Law, 29 avril 2014,

SCHEPPELE K. L., Can Poland be sanctioned by the EU? Not unless Hungary is sanctioned too. Vefassungblog on Constitutional Matters, 24 octobre 2016

SCHILLING T., The Autonomy of the community legal order: an analysis of possible legal foundations, Harvard Int Law J 37: 389-435, 1996.

SCHUTTER (de) O, L'espace de liberté, de securité et de justice et la responsabilité individuelle des États au regard de la Convention européenne des droits de l'homme , in, L'espace penal européen : enjeux et perspectives, G.de Kerchove et A.Weyembergh (dir) préf. A.Vitorino, , éd. de l'U.L.B,Bruxelles, 2002.

SCHUTTER (de) O. Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif , JTDE, 2006.

SCHUTTER (de) O. de , L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH : feuille de route de la négociation, Rev. trim. dr. h., 2010, n° 83

SCHMITT VON SYDOW H., Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'art. 7 du traité UE , RDUE, n°2/2001.

SCHNEIDER C., En marge de l'anthropologie juridique (Brèves réflexions sur la dialectique de l'ordre et du désordre pour une histoire des droits fondamentaux dans le système communautaire, p. 639, in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits, Paris, Dalloz, 2002, XXVI.

SCHWEBEL S.M. Relations between the International Court of Justice and the United Nations. in Mélanges Michel Virally : Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Pedonne, Paris, 1991.

SEGADO F.F, Le juge national comme juge communautaire de droit commun. http:// www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2010/le_juge_national.pdf

SEIDL -HOHENVELDDERN I., L'avis n° 1-91 du 14 décembre 1991 de la CJCE concernant le projet d'accord sur la création de l'Espace économique européen. In Annuaire français de droit international, volume 37, 1991.

ŠELIH J., BOND I. et CODAN C, Can EU Funds Promote the Rule of Law in Europe ? , Centre for European Reform, 21 novembre 2017.

SHANY Y., The first Mox Plant award : the need to harmonize competing environmental regimes and dispute settlement procedures. Leiden J Int Law 17 (4) 2004.

SHMALENBACH K, Struggle for Exclusivenness: The CJEU and Competing International Tribunals, in Isabelle Buffard, James Crawford, Alain Pellet and Stephan Wittich edt "International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner" Leiden, Brill, 2008.

SIMON D.Simon, Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? , Droits, n° 14, 1991

SIMON D.,Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? , Pouvoirs n°96 - Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg, janvier 2001

SIMON D. et MARIATTE F., Le Tribunal de première instance des communautés.Professeur de droit international ? , Rev.Europe n°1, 1 jan.2005

SIMON D. , Deuxième (ou second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13, Revue Europe, Février 2015

SIMON D., L'État de Droit en Pologne: que peut faire l'Europe? , Europe, Février 2016.

SKOURIS V.,The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformation. In Constitutionalising the EU Judicial System. Edited by Pascal

Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon 2012,

SPAVENTA E., 'Remembrance of Principles Lost: on Fundamental Rights, the Third Pillar and the Scope of Union Law', 25 Yearbook of European Law (2006),

SPAVENTA E., A Very Fearful Court?: The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, MJCL, Vol 22, N°1, février 2015

SPAVENTA E., The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights : the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures., Project Report. European Parliament, Brussels, 2016

SOULIER G., Histoire de la construction européenne , Jurisclasseur de Droit International, fascicule Union européenne

STEINEIS M., Polish Courts are Our Courts, 15 juillet 2007, Verfassung Blog.

STRATULAT C.et IVAN P., Romania's democracy inreverse gear – en garde, EU!. European Policy Center Commentary, 6 juillet 2012.

SUDRE F., La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam, Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? , Jurisclasseur, Éd. G., n°1, janvier 1998.

SUDRE F., L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux , in S.F.D.I., Droit international et droit communautaire, Perspectives actuelles, Paris, Pedone, 2000.

SUDRE F , Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne , in J. Rideau, (sous la dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuités et avatars européens, L.G.D.J. Paris, 2000.

SUDRE F., La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système de protection des droits de l'homme ? , Jurisclasseur, éd.GI.100.

SUDRE F., A propos du « dialogue des juges et du contrôle de conventionalité », in Etudes en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, Pedone, 2004.

SUDRE F., L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Annuaire de droit européenne 2006, Volume IV, Bruylant, Bruxelles, 2008.

SUMMER G., We'll Sometimes Have Strasbourg: Privileged Status of Community Law Before the European of Human Rights", 2008, 16 Irish Student Law Review 127

SZCZODROWSKA A.,. In search of thresholds for activating article 7 of the Lisbon Treaty. The cases of Austria and Hungary. Budapest, Hungary: Central European University, CEU eTD Collection, 2013

SZYMCZAK D.,"ARX TARPEIA CAPITOLI PROXIMA Bref retour sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme", *RUE, n° 553*, décembre 2011

SZYMCZAK D. L'avis 2/13 du 18 décembre 2014: de l'art d'être contre -productif, in Questions choisies à la lumière de l'avis 2/13, sous la direct. de F. Picod et J. Rideau, R.A.E-L.E.A 2015/1

SZYMCZAK D., Convention européenne des droits de l'Homme et questions préjudicielles, AJDA, 2015, n°5.

SZYMCZAK D., La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne , in La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne- Entre évolution et permanence, Bruylant, Bruxelles, 2015.

TAUPIAC- NOUVEL G., Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne, ELSJ, Réseau Universitaire Européen, Droit de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice.

TIMMERMANS Ch., Multilevel Judicial Co-operation. in Constitutionalising the EU Judicial System. Edited by Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon 2012.

TINIÈRE R., Application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Chronique « Droits fondamentaux, Annuaire de droit européen, année 2011, Éd. Panthéon-Assas Paris II.

TINIÈRE R., Le rôle de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'avis 2/13: vers un lotus vivendi avec le droit de le Convention? , Rev. De l'Union européenne, N° 600, juillet-août 2016.

TIZZANO A., Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH, RTD eur. 47 (1) janvier -mars 2011.

THYM D., A Trojan Horse? Challenges to the primacy of EU law in the Draft Agreement on accession to the ECHR. Verfassung blog, 11 septembre 2013.

THOUVENIN J.-M. , Le choc du droit communautaire et du droit international, encore l'arrêt *Kadi,* RMCUE, 2015.

TRIDIMAS T. Tridimas etGUTIERREZ-FONS JA , EU law, international law and economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress? 2008, Fordham Int Law J 32(2):660-730.

TROPER M., La motivation des décisions constitutionnelles, dans CH. Perelman et P. Foriers, La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Bruylant, 1978.

TORREZ PÉREZ A. Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication, Oxford University Press,,Oxford, 2009.

TOTH A.G., The European Union and Human Rights : the Way Forward , 34 CMLRev, 1997

TULKENS F. Pour et vers une organisation harmonieuse , RTDE, Vol 47, N°1, 2011

TULKENS F., La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir. CDE, 2012, N°2

TULKENS F., "EU accession to the European Convention on Human Rights. National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP)-Krakow , Pologne, Vendredi 1 Mars 2013

TURPIN F., L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne, Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe , *RTDE,* octobre-décembre 2003

UERPMANN R., International Law as an Element of European Constitutional law: International Supplementary Constitutions. Jean Monnet Working paper 9/03. 2003.

UITZ R, Poland, Hungary and Europe :Pre-article 7 Hopes and Concerns, Verfassungblog on Constitutional Matters, 14 mars 2016.

VANDERSANDEN G., Le traité de Lisbonne et le contentieux de la politique étrangère et de sécurité commune , in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué, G.Cohen-Jonathan, V.Constantinesco, V.Michel, J-C Piris, P.Wachsmann (dir.), Dalloz, Paris, 2010.

VAUCHEZ A., À quoi « tient » la Cour de justice des communautés européennes ? Stratégies commémoratives et esprit de corps transnational , Rev. française de science politique, vol. vol. 60, no. 2, 2010

VERHOEVEN J, Commentaire de l'article I-59, in L.Bugorgue-Larsen, A.Levade et F.Picod (dir.), Traité établissant une Constitution pour l'Europe- Commentaire article per article; Bruxelles, Bruylant,2007.

VERHOEN J. , Sur les relations entre le juge communautaire et les « autorités » internationales. dans: Annuaire français de droit international, vol 54, 2008.

VIRALLY M., Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes, in
Mélanges H. Rolin, Problèmes de droit des gens, Pedone, Paris, 1964.

WHACHSMANN P., Les droits de l'homme , R.T.D.E., 1997

WAELBROECK M. , La Cour de justice et la CEDH , C.D.E., 1996

WAELBROEK M et OLIVER P., La crise de l'État de Droit dans l'Union européenne: Que faire? , Cahiers de Droit européen, 2017, Nr.2

WAELBROECK D. et BOMBOIS Th., Des requérants « privilégiés » et des autres….. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen, CDE, 2014, N°1,

WEBB Ph, Scenarios of Jurisdictional Overlap among International Courts, 19 Revue Québécoise de Droit International, 2006.

WEILER JHH. et HALTERN U., The Autonomy of the community legal order through the looking glass , 1996, Harvard Int Law J 37.

WEILER J. HH et Ulrich HALTERN R, "Constitutional or International? The Foundation of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz –Kompetenz" in Anne-Marie Slaughter,Alec Stone Sweet and JHH Weiler, éd, The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence , Oxford, Hart Publishing,1998.

WEILER JHH , The Transformation of Europe, 100 Yale Law Journal, 1991,

WETZEL J. R., Improving fundamental rights protection in the European Union: resolving the conflict and confusion between the Luxembourg and Strasbourg Courts., Fordham Law rev 71, 2003

WILDHABER L., The European Convention on Human Rights and International Law, 2007, 56 International and Comparative law Quarterly 217.

WILDEMEERSCH J., L'article 263, alinéa 4, du traité FUE: une modification des conditions de recevabilité du recours en annulation sans (véritables) conséquences, in Contentieux de l'Union européenne, Questions choisies, S. Mahieu (dir.) , Larcier, Bruxelles, 2014.

WHITE S,The EU's accession to the convention on human rights: a new era of closer cooperation between the Council of Europe and the EU? New J Eur Crim Law, 2010.

WOUTERS J. , National Constitutions and the European Union (2000) 27 Legal issues of Economic Integration 25.

ZIEGLER K S, Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law : The Kadi Decision from the Perspective of Human Rights .2009. 9 Human Rights Law Review 288.

IV. Thèses

BONNET B., Le juge administratif et l'article 55 de la Constitution, Thèse, Saint-Etienne, 2004.

TINIÈRE R., L'office du juge communautaire des droits fondamentaux, Coll. Thèse, Bruylant, 2007.

REMEDEM A., La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne, Université Jean Monnet – Saint-Étienne, 2013.

V. Traités européens et Textes relatifs aux traités

Traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), 18 avril 1951.

Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957.

Traité de Maastricht du 7 février 1992

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, 10.11.1997

Traité de Nice, 26 février 2001

Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, 18 juillet 2003, CONV,850/03.

Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux J.O.U.E, n° C 303/2, 14.12.2007.

Traité de Lisbonne, 13 décembre 2007.

A. Directives

Directive 64/221/CEE, Conseil, 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, J.O., n° 056, 04 avril 1964,

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 23 novembre1995

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,JO L 180 du 19.7.2000, p. 22–26; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16–22.

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, JOUE L 180 du 19.7.2000,

Directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, 15 juillet 2010, J.O N° L180

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 (directive sur l'égalité en matière d'emploi) (COM(2014) 2 final du 17.1.2014.

B. Règlements

Règlement (CEE), n°1612/68,15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, J.O., L 257, 19 octobre 1968, p. 2.

Règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993, concernant les échanges entre la Communauté économique européenne et la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro).

Règlement (CE) n°881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées au réseau Al Qaida et au Talibans J.O.U.E, 29.05.2002.

Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOUE L 50, 25.2.2003, p. 1–10.

Règlement 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, [2013] JO L 180/31 (règlement Dublin II - ancien règlement 343/2003 - tel que modifié également pour tenir compte de l'arrêt N.S; Règlement (CE) n ° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Règlement dit Bruxelles II)., JOUE 2003, L 338/1.

Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE L 53, 22.2.2007, p. 1–14.

C. Rapports.

Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen Rapport commun sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité entre les races)

Rapport final du groupe de travail II, 22 octobre 2002, CONV 354/02

Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen — L'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (COM(2006) 643 final du 30.10.2006).

Rapport final du groupe Future of Europe (connu sous le nom de rapport Westerwelle), 17 septembre 2012, par. II (d) intitulé «Renforcer l'UE en tant que communauté de valeurs»

Rapport final du CDDH du 10 juin 2013 sur la cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, doc. 47+1(2013) 008rev2.
Convention européenne, Rapport final du Groupe de travail II, CONV 354/02, 22.10.02

Projet de Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 47+1(2013)007

Rapport d'activité annuel consolidé de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne 2018, Juin 2019.

D. Résolutions

Résolution du 14 février 1984, J.O., 2, C77, 19 mars 1984.

Résolution du Parlement européen sur les risques de violation, dans l'Union européenne et particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information, 22 avril 2004, spéc. §83. Résolution du Parlement européen sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, 14 février 2007,

Parlement Européen, « Résolution du Parlement européen du 19 mai 2010 sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » P7_TA-PROV (2010) 0184.

PE, Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux: normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012) (2012/2130(INI)), Strasbourg, 3 juillet 2013.

Résolution Res (2005) 47 du Comité des Ministres, concernant les comités et les organes subordonnés, leur mandat et leurs méthodes de travail

Parlement Européen, « Résolution du Parlement européen sur les aspects institutionnels de l'adhésion » (n32)

E. Recommandations.

Recommandation du Conseil du 9 décembre 2013 relative à des mesures efficaces d'intégration des Roms dans les États membres (JO C 378 du 24.12.2013

JO L 228, 2 septembre 2017, Recommandation (UE) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374 et (UE) 2017/146, C/2017/5320

F.Rapports

Projet de Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 47+1(2013)007

PE, Projet de Rapport sur la situation en matière de droits fondamentaux ; normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012 (2012/2130(INI)), Bruxelles, 2 mai 2013.

P.E, Situation en Hongrie: suivi de la résolution du Parlement européen du 10 juin 2015**,** Résolution du Parlement européen du 16 décembre 2015 sur la situation en Hongrie, (2015 /2935 (RSP), 16 décembre 2015, Strasbourg.

PE,15 novembre 2017, Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2017 sur la situation de l'État de droit et de la démocratie en Pologne, (2017/2931(RSP).

Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, SWD(2019) 198 final.

G. Déclarations

Réseau des Présidents des Cours Suprêmes Judiciaires de l'Union Européenne, Déclaration du Réseau des présidents de Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne sur la situation en Pologne.

Déclaration sur les derniers développements sur la situation rom, Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne chargée de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté.SPEECH 10/428, 14 septembre 2010.

H. Décisions

Décision no 252/2013/UE du Conseil du 11 mars 2013 établissant un cadre pluriannuel pour l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne pour la période 2013-2017 (JO L 79 du 21.3.2013, p. 1-3)

Décision-cadre 2002/584 / JAI du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, [2002] JO L 190/1, version consolidée du 28 mars 2009 (mandat d'arrêt européen).

Décision du Conseil ,98/392/CE.JO 1998 L 179, concernant la conclusion par la Communauté européenne de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de ladite convention, p.1. J.O.U.E, 23/06/1998, n° L 179 du p. 0001 – 0002.

VI. Textes du Conseil de l'Europe

Conseil de l'Europe, 2 septembre 1949, Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, Paris, Série des traités européens n° 2

Conseil de l'Europe, Collected Edition of the "Travaux Preparatoires" of the European Convention on Human Rights:Vol. V:Legal Committee-Ad Hoc Joint Committee-Committee of Ministers-Consultative Assembly (23 Juin - 28 Août 1950), Springer Netherlands, 1979

Conseil de l'Europe, 5 Mars 1996, Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série des traités européens -n° 161

Conseil de l'Europe, 5 Mars 1996, l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe., Strasbourg, Série des traités européens -n° 162

Etude menée au sein du Conseil de l'Europe sur les questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion à la CEDH, Groupe de travail II "Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH", Bruxelles, 25/28 juin 2002

La Convention Européenne, Le Secrétariat,Rapport final du Groupe de travail II, CONV 354/02, «Incorporation de la Charte//adhésion à la CEDH », 22 octobre 2002

Conseil de l'Europe, Étude des questions techniques et juridiques d'une éventuelle adhésion CE / UE à la Convention européenne des droits de l'homme, rapport adopté par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) à sa 53e réunion (25-28 juin 2002), DG-II (2002) 006 [CDDH (2002) 010 Addendum 2]

Council de l'Europe, "1st Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-

UE) with the European Commission. Summary of Discussions on the Informal Meeting of Member States' Representatives in the CDDH'CDDH-UE (2010)01

1085e Réunion des Délégués des Ministres : – Comité des Ministres : Projet de mandat occasionnel au Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) pour élaborer un instrument juridique établissant les modalités d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 26 Mai 2010. (Décision n° CM/ 882/26052010 - Mandat occasionnel du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) pour élaborer un instrument juridique établissant les modalités d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

Le groupe de travail informel du comité directeur des droits de l'homme du conseil de l'Europe semble en tous cas prendre cette direction, CDDH UE (2010), 11-22-09-2010

Conseil de l'Europe, Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) –Rapport au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme CDDH-UE(2011)009

Groupe de travail II « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH » de la Convention européenne, Rapport du Président du groupe de travail II « Intégration de la Charte/ adhésion à la CEDH » aux Membres de la Convention, CONV 354/02 – WG II 16, Bruxelles, 22.10.02

Cinquième Réunion de Négociation entre le Groupe de Négociation AH HOC du CDDH et la Commission Européenne sur l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport Final au CDDH , 5 avril 2013, 47+1(2013)008rev2.

Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport final au CDDH, 10 juin 2013, 47+1(2013)008rev2

« Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 47+1(2013)008rev2.

Cour européenne des droits de l'homme, Rapport annuel 2014, Strasbourg 2015

VII. Autres

CHRISTOFFERSEN J, Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Parlement Européen, Commission des affaires constitutionnelles, 18 Mars 2010

HOLOCATY S., Institutional Aspects of the EU's Accession to the ECHR. European Parliament, Committee on Constitutional Affairs, Hearing on the Institutional Aspects of the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights, 18 Mars 2010

JACQUÉ I.-P, L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Note à l'attention de la Commission institutionnelle en vue de l'audition du 18 mars 2010. Parlement Européen, Audition Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales Commission des affaires 18 Mars 2010, 2.

VAN DER LINDEN R., L'adhésion de la CE / UE à la Convention européenne des droits de l'homme. Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, Audience sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme18 Mars 2015

DE SCHUTTER O. de Schutter dans Conseil de l'Europe –Assemblée Parlementaire, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne

des Droits de l'Homme, Doc 11533 Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 18 Mars 2008

DE SCHUTTER O., L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ; feuille de route de la négociation. Parlement Européen, Commission des affaires constitutionnelles, Audition sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme,10 Avril2010

Parlement Européen, «The triangular relationship between Fundamental Rights, Democracy and Rule of Law in the EU –Towards an EU Copenhagen Mechanism». Etude demandée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures au Parlement Européen, Auteurs: Dr. Sergio Carrera, Prof. Elspeth Guild, Mr. Nicholas Hernanz, Octobre 2013

« Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, Rapport adopté par le Comité directeur pour les droits de l'Homme (CCDH) lors de la 53e réunion (25-28 juin 2002), document DG-II (2002)006.

Tables des jurisprudences

I. Jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne

A. Jurisprudences de la Cour de justice

C.J.U.E., 4 février 1959, Stork c/Haute Autorité CECA , aff. 1/58,, ECLI:EU:C:1959:4

C.J.U.E.,4 février 1959, Conclusions M. Lagrange, Stork c/Haute Autorité CECA, aff. 1/58,ECLI:EU:C:1959:4.

C.J.U.E., 15 juillet 1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr "Präsident" et a. c/ Haute Autorité CECA , aff. jtes 36 à 38/59 et 40/59, , ECLI:EU:C:1960:36

C.J.U.E., 22 mars 1961, SNUPAT c. Haute Autorité de la CECA, , aff. jtes 42/59 et 49/59, ECLI:EU:C:1961:5

CJUE 5 février 1963, Van Gend en Loos , aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

C.J.U.E., 4 juillet 1963, Alvis c. Conseil , aff. 32/62, ECLI:EU:C:1963:15

CJCE, 15 juillet 1963, Plaumann c. Commission, aff.25/62, ECLI:EU:C:1963:17

CJUE, 16 décembre 1963, Mme Emilia Barge, veuve de M. Vittorio Leone contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. aff. 18/62,ECLI:EU:C:1963:33

C.J.U.E., 1er juillet 1964, Pistoj c/ Commission, aff. 26/63, ECLI:EU:C:1963:52

C.J.U.E., 1er juillet 1964, Degreef c. Commission , aff. 80/63, , ECLI:EU:C:1964:55

CJUE, 15 juillet 1964, Costa v ENEL aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66

C.J.U.E.,13 novembre 1964, Comm. c. Luxembourg et Belgique, aff. 90/63 et 91/63, ,ECLI:EU:C:1964:80.

C.J.U.E., 22 juin 1965, San Michele, aff. 9/65,ECLI:EU:C:1968:10.

C.J.U.E, 15 mars 1967, Gutmann , aff. jtes 18/65 et 35/65, , ECLI:EU:C:1967:6,

CJCE 3 avr. 1968, Molkerei Zentrale Westfalen-Lippe, aff. 28/67, ECLI:EU:C:1968:17

CJCE, 4 avr. 1968, Lück c. Hauptzollamt Köln, aff. 34/67, ECLI:EU:C:1968:24.

CJCE 19 déc. 1968, Salgoil, aff. 13/68,, ECLI:EU:C:1968:54.

CJCE, 12 nov 1969, Stauder, aff. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

C.J.U.E., 28 mai 1970, Lacroix c/ Commission , aff. 30/68, , ECLI:EU:C:1970:46.

C.J.U.E., 6 octobre 1970, Franz Grad c. Finanzamt Traustein, aff. 9/70,, ECLI:EU:C:1970:78

CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

C.J.C.E., 17 décembre 1970, S.p.a. Sace c/ Ministère des Finances de la République italienne aff. 33/70, , ECLI:EU:C:1970:118

CJUE, 13 mars 1971, Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes - Accord Européen sur les Transports (AETR), aff. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32.

CJUE. 31 mars 1971, Commission/ Conseil (AETR) aff. 22/70 , ECLI:EU:C:1971:32

C.J.U.E., 14 décembre 1971, Politi , aff. 43/71, , ECLI:EU:C:1971:122

C.J.U.E., 7 juin 1972, Bertoni c. Parlement, aff. 20/71, ECLI:EU:C:1972:48

CJUE, 7 juin 1972, Bauduin c. Commission , aff. 32/71, ECLI:EU:C:1972:49

CJCE 13 juill. 1972, Commission c/Italie, aff. 48/71,, ECLI:EU:C:1972:65.

CJUE. 12 décembre 1972, International Fruit Company NV et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit. Aff. Jointes 21/72 à 24/72, ECLI: ECLI:EU:C:1972:115

C.J.U.E., 11 avril 1973, Michel S. c. Fonds national de reclassement social des handicapés , aff. 76/72,, ECLI:EU:C:1973:46

C.J.U.E, 10 octobre 1973, Variola,, aff. 34/73, ECLI:EU:C:1973:101

C.J.U.E, 24 octobre 1973,Carl Schlüter c.Hauptzollamt Lörrach, aff. 9/73, , ECLI:EU:C:1973:110

CJCE, 11 décembre 1973, Lorenz, aff. 120/73, ECLI:EU:C:1973:152.

C.J.U.E., 4 avril 1974, Commission c/ République Française , aff. 167/73, EU:C:1974:35

CJUE.30 avril 1974, R. & V. Haegeman contre État belge, aff. 181/73, ECLI:EU:C:1974:41

CJCE, 14 mai 1974, Nold/Commission, aff. 4/73,ECLI:EU:C:1974:51.

C.J.U.E., 21 juin 1974, J. Reyners c. État Belge , aff. 2/74, ECLI:EU:C:1974:68

CJUE, 4 déc 1974 Van Duyn/Home Office aff.41/74, ECLI:EU:C:1974:133

C.J.C.E., 26 février 1975, Bonsignore , aff. 67/74, ECLI:EU:C:1975:34

C.J.U.E., 30 septembre 1975, Cristini c. S.N.C.F, aff. 32/75 , ECLI: ECLI:EU:C:1975:120

C.J.C.E, 28 octobre 1975, Rutili, aff. 36/75,, ECLI:EU:C:1975:137

C.J.U.E., 8 avril 1976, G. Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena , aff. 43/75, , ECLI:EU:C:1976:56

C.J.U.E., 8 avril 1976, Royer , aff. 48/75, ,ECLI: ECLI:EU:C:1976:57

C.J.U.E., 7 juillet 1976, , Watson, aff. 118/75 , ECLI:EU:C:1976:106

CJUE. 14 Juillet 1976, Kramer et autres (Biological Resources of the Sea) . aff.jointes 3/76,4/76 and 6/76 ,ECLI:EU:C:1976:114

C.J.U.E., 27 octobre 1976, Prais c/Cons. , aff. 130/75, ECLI:EU:C:1976:142.

CJUE, 26 avril 1977**,** Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, Avis 1/76, ECLI:EU:C:1977:63

C.J.U.E., 9 mars 1978, Administration des finances de l'État c. Société Simmenthal, aff. 106/77, , ECLI:EU:C:1978:49

C.J.U.E., 28 juin 1978, Kenny ,aff. 1/78, , ECLI:EU:C:1978:140.

CJUE., 10 juillet 1978, CFDT c. Communautés européennes ,ECLI:EU:C:1977:31

CJCE, 5 avril 1979, Ratti, aff. 148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

CJUE, 4 octobre 1979, République française contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, aff. C 141/78, ECLI:EU:C:1979:225.

C.J.U.E., 8 novembre 1979, Denkavit Futtermittel, aff. 251/78,ECLI:EU:C:1979:252.

CJUE, 13 décembre 1979, Hauer/ Land Rheinland-Pfalz, aff 44/79, ECLI:EU:C:1979:290

CJUE, 21 mai 1980, Denilauler/ Couchet Frères, aff. C-125/79, ECLI:EU:C:1980:130

C.J.U.E., 26 juin 1980, National Panasonic , aff. 136/79,ECLI:EU:C:1980:169

C.J.U.E, 6 mai 1980, Commission c. Belgique, aff. 102/79,, ECLI:EU:C:1980:120

C.J.U.E., 29 octobre 1980, Landeweyck et a. c/ Comm., aff. jtes 209/78 à 215/78 et 218/78, ECLI:EU:C:1980:248

CJUE, 16 décembre 1981, Foglia aff. 244/80,ECLI:EU:C:1981:302

C.J.U.E., 19 janvier 1982, Becker, aff. 8/81 , ECLI:EU:C:1982:7

C. J. U. E., 6 Octobre 1982 , Srl CILFIT c. Ministère de la Santé, aff. 283/81,ECLI:EU:C:1982:335

CJUE, 26 octobre 1982. Kupfberg & Cie (Kupfberg I) aff.104/81,ECLI:EU:C:1982:362

CJUE, 26 octobre 1982, Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.., aff. C 104/81, ECLI:EU:C:1982:362

C.J.U.E., 18 mai 1989, Commission c. RFA , aff. 249/86, ECLI:EU:C:1980:169.

C.J.U.E., 9 novembre 1983, Michelin , aff. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313

C.J.U.E., 10 avril 1984, S. Von Colson et E. Kamann c. Land Nordrhein Westfalen, aff. jtes. 14/83 et 79/83, ECLI:EU:C:1984:153.

C.J.U.E., 10 juillet 1984, Kirk , aff. 63/83, , ECLI:EU:C:1984:255

C.J.U.E., 26 février 1986, M.H. Marshall c/ Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, aff. 152/84 , ECLI:EU:C:1986:84

C.J.U.E., 15 mai 1986, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary aff. 222/84,ECLI:EU:C:1986:206

CJUE, 26 mars 1987, Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes, aff. 45/86,ECLI:EU:C:1987:163

CJEU, 30 septembre 1987, Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd, aff. 12/86, ECLI:EU:C:1987:400,

C.J.U.E., 15 octobre 1987, UCENTEF , aff. 222/86, ECLI:EU:C:1987:442

CJUE. 22 octobre 1987, Foto-Frost/Hauptzollant Lübeck-Ost, aff.314/85, ECLI:EU:C:1987:452

CJUE, 15 décembre 1987, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission des Communautés européennes. aff. 325/85, ECLI:EU:C:1987:546

C.J.U.E., 18 mai 1989, , Comm. c.Allemagne , aff. 249/86, ECLI:EU:C:1989:204.

CJUE, 13 juillet 1989, Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff.5/88, ECLI:EU:C:1989:321.

C.J.U.E., 17 octobre 1989, Dow Benelux c/ Comm. CE. aff. 85/87, ECLI:EU:C:1989:379

C.J.U.E., 17 octobre 1989,Dow Chemical Ibéria et a. c. Comm. CE, aff. jtes 97/87 à 99/87, ECLI:EU:C:1989:380

C.J.U.E., 13 novembre 1990, Fedesa et a. , aff. C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391

C.J.U.E., 18 juin 1991, ERT , aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254

C.J.U.E., 25 juillet 1991, aff. C353/89, Commission c/ PaysBas , ECLI:EU:C:1991:325.

CJUE,19 novembre 1991,Francovich/ République d'Italie, aff. jointes C-6/90 et C-9/90 ,ECLI:EU:C:1991:428,

CJUE 23 novembre 1991 République portugaise contre Conseil de l'Union européenne (Market Access in Textile Products). aff.C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574

CJUE, 14 décembre 1991,Avis 1/91,(Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les autres pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, relatif à la création de l'Espace économique européen. ECLI:EU:C:1991:490

C.J.U.E., 9 juin 1992, Etablissement Delhaize frères et Compagnie Le Lion SA c/ Promalvin SA et AGE Bodegas Unidas SA , aff. n° C-47/90,,ECLI:EU:C:1992:250

CJUE. 07 juillet 1992, Micheletti e.a. c. Delegación del Gobierno en Cantabria, aff. C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295

C.J.U.E., 28 octobre 1992, Ter Voort , aff. C-219/91, ECLI:EU:C:1992:414

CJUE, 24 novembre 1992, Anklagemyndigheden contre Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp., aff. C-286/90,ECLI:EU:C:1992:453

CJUE, 3 décembre, 1992, Oleificio Borellic. Commission, aff. C-97/91,ECLI:EU:C:1992:491

CJUE, 19 mars 1993, Avis 2/91,ECLI:EU:C:1993:106

CJUE, 30 mars 1993, Konstantinidis c. Stadt Altensteig et Landratsamt Calw, aff. C-168/91, ECLI:EU:C:1993:115,

CJUE. 26 avril 1994, Roquette Frères SA/Hauptzollant Geldern (Roquette Frères I), aff. C-228/92, ECLI:EU:C:1994:168

CJUE,9 août 1994, France/ Commission, aff C-372/91, ECLI:EU:C:1994:305

C.J.C.E., 5 octobre 1994, X c. Comm. CE », aff. C-404/92 P, ECLI:EU:C:1994:361

C.J.U.E., 5 octobre 1994, TV10 , aff. C-23/93,ECLI:EU:C:1994:362

CJUE 15 octobre 1994, République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne (Bananas-Common Organisation of the Markets) aff. C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367

CJUE, 10 mai 1995, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne., aff. C-422/92, ECLI:EU:C:1995:125

CJUE, 19 mars 1996, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne. OAA, aff. C-25/94, ECLI:EU:C:1996:114.

C.J.U.E., 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales , Avis 2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

C.J.U.E., 30 avril 1996, P c/ S, aff. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170

CJUE, 26 novembre 1996, T. Port GmbH & Co. KG c. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, aff. C-68/95,ECLI:EU:C:1996:452.

C.J.U.E., ord., 5 décembre 1996, Lopes c. Cour de justice, aff. C-174/96 P,ECLI:EU:C:1996:473

CJUE, 14 Janvier 1997, The Queen, ex parte Centro-Com Srl v HM Treasury and Bank of England, aff. C-124/95, ECLI:EU:C:1997:8

CJUE. 22 janvier 1997.Opel Austria GmbH c Conseil, aff.**T-115/94.** ECLI:EU:T:1997:3

CJUE, 29 mai 1997 , Friedrich Kremzow c. Republik Österreich, aff. C-299/95,ECLI:EU:C:1997:254

CJUE, 9 décembre 1997, Commission des Communautés européennes c. République française, aff. C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595

C.J.U.E., 26 juin 1997, Familiapress, aff. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325,

CJUE, 9 octobre 1997, Procédure pénale contre Martino Grado et Shahir Bashir, aff. C-291/96, ECLI:EU:C:1997:479

C.J.U.E., 18 décembre 1997, Annibaldi, aff. C-309/96,ECLI:EU:C:1997:631

CJCE, 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant /South-West Trains Ltd.,aff. C-249/96,ECLI:EU:C:1998:63

CJUE, 10 mars 1998, Allemagne c. Conseil, aff C-122/95, ECLI:EU:C:1998:94

CJUE,16 juin 1998, A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz, aff. C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293.

C.J.U.E., 17 septembre 1998, Baustahlgewebe GmbH, aff. C-185/95, ECLI:EU:C:1998:608

C.J.U.E., 22 septembre 1998, B.J. Coote, aff. C -185/97, ECLI:EU:C:1998:424.

C.J.U.E., 17 décembre 1998, Baustahlgewebe c/ Comm. CE , aff. C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608

C.J.U.E., 8 juillet 1999, Montecatini SpA c/ Comm , aff. C-235/92 P, ECLI:EU:C:1999:362.

C.J.U.E., 8 juillet 1999, Hüls c. Comm. CE , aff. C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358

C. J . UE, 16 décembre 1999 , Comité économique e t social c . E , aff. C-239/98 ,ECLI:EU:C:1999:619

C.J.U.E., 11 janvier 2000, Pays-Bas et van de Wal c. Comm., aff. jtes C-174/98 P et C-189/98 P, ECLI:EU:C:2000:1

C.J.U.E., ord. 4 février 2000, Emesa Sugar NV (Free zone) c. Aruba, aff. C-17/98, ECLI:EU:C:2000:70

CJUE, 13 avril 2000, Kjell Karlsson, aff. C-292/97,ECLI:EU:C:2000:202.

C.J.U.E., 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98,ECLI:EU:C:2000:164

CJUE,16 mai 2000, Royaume de Belgique c. Royaume d'Espagne,aff. C-388/95, ECLI:EU:C:2000:244

CJUE, 6 juin 2000, Angonese, aff. C−281/98, EU:C:2000:296

C.J.U.E., 19 septembre 2000, Luxembourg c. Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster , aff. C-287/98, ECLI:EU:C:2000:468

CJUE, 3 octobre 2000, Ferlini, aff. C−411/98, EU:C:2000:530

CJUE,11 janvier 2001, Kofisa Italia, aff. C-1/99, ECLI:EU:C:2001:10, pt. 46, et Siples, C-226/99, ECLI:EU:C:2001:14

C.J.U.E., 6 mars 2001, Connolly c. Comm. CE, aff. C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127

C.J.U.E.,31 mai 2001, D et Suède c. Cons. CE, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, ECLI:EU:C:2001:304

C.J.U.E., 9 octobre 2001, Pays-Bas c/ PE et Cons. UE, aff. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523.

C.J.U.E., Conclusions de A.Tizzano 26 juin 2001, BECTU, aff. C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356

CJUE.9 octobre 2001, Royaume des Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne. aff. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523,

C.J.U.E., 6 décembre 2001,Carl Kühne et a, aff. C-269/99, ECLI:EU:C:2018:544

CJUE 6 décembre 2001 Avis 2/00 Protocole de Cartagena ,ECLI:EU:C:2001:664

CJUE, 18 avril 2002, Avis C-1/00 Accord ECAA (Espace aérien européen commun) ECLI:EU:C:2002:231

CJUE, 24 avril 2012, Kamberaj c.Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e.a., aff. C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233

C.J.U.E., 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434

CJUE, 11 juillet 2002, Conclusions de l'AG Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, Kaba, aff. C-466-00, EU:C:2002:447.

CJUE, 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil, aff. C-50/00 P , ECLI:EU:C:2002:462.

C.J.U.E., 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission , aff. ites C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C 250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P, C-254/99 P , ECLI:EU:C:2002:582

C.J.U.E., 22 octobre 2002, Roquette frères S.A. c. directeur général de la concurrence de la commission de la répression des fraudes , aff. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603

CJUE,14 novembre 2002, des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord., aff. C-140/00, ECLI:EU:C:2002:653

C.J.U.E., 20 mai 2003, Osterreichischer Rundfunk et a., aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294

CJUE,12 juin 2003, Schmidberger, aff. C−112/00, EU:C:2003:333

C.J.U.E, 12 juin 2003, Schmidberger , aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333

C.J.U.E., 10 juillet 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, ECLI:EU:C:2003:397

C.J.U.E., 23 septembre 2003, Akrich, aff. C-109/01, ECLI:EU:C:2003:491

CJUE, 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

CJUE, 02 octobre .2003, Garcia Avello c. État belge, aff.C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539

CJUE, 14 novembre 2013, Puid, aff. C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740

CJUE, 10 décembre 2013, Abdullahi c. Bundesasylamt, aff. C-394/12 , ECLI:EU:C:2013:813

C.J.U.E., 7 janvier 2004, Aalborg Portland et a. c/ Comm. CE, aff. jtes C-204/00 P et a, ECLI:EU:C:2004:6

C.J.U.E., 7 janvier 2004, K. B., aff. C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7.

C.J.U.E., 25 mars 2004, Karner, aff. C-71/02, , ECLI:EU:C:2004:181

CJUE, 7 juin 2004, , Segi et autres c. Conseil, aff. T-338/02, ECLI:EU:T:2004:171

C.J.U.E., Conclusions de J.Kokott 10 juin 2004, Antonio Niselli, aff. 457/00, ECLI:EU:C:2003:387.

C.J.U.E., 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02,, ECLI:EU:C:2004:614

CJUE,19 octobre 2004 , Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department, aff. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

C.J.U.E.,19 oct 2004, Concl. Av. gén. A. Tizzano, Zhu et Chen, aff. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639,

CJUE, 01 mars 2005 Léon Van Parys NV /Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB), , aff.C-377/02, ECLI: ECLI:EU:C:2005:121

C.J.U.E., 26 avril 2005, Goed Wonen , aff. C-376/02, ECLI:EU:C:2005:251, pt. 32.

CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi et a., aff. C-378/02, C-391/02 et C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270

C.J.U.E., 12 mai 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA , aff. C-347/03, ECLI:EU:C:2005:285

CJUE, 02 juin 2005, Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg., aff. C-266/03,ECLI:EU:C:2005:341.

CJUE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

CJUE, 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission,, aff.T-306/01 ECLI:EU:T:2005:33

CJUE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C−144/04, EU:C:2005:709,

C.J.U.E., 14 décembre 2005, General Electric c. Comm. CE, aff. T-210/01, ECLI:EU:T:2005:456

CJUE.30 mai 2006, Commission / Ireland (Mox PLANT), aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345

C.J.U.E., 27 avril 2006, Comm. CE c. Allemagne, aff. C-441/02, ECLI:EU:C:2006:253

C.J.U.E., 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429

C.J.U.E., 12 septembre 2006, Laserdisken, aff. C-479/04, ECLI:EU:C:2006:549

CJUE, 12 Septembre 2006, Royaume d'Espagne c. Royaume Uni, aff. C-145/04. ECLI:EU:C:2006:543.

C.J.U.E., 14 décembre 2006, ASML, aff. C-283/05, ECLI:EU:C:2006:787

C.J.U.E., 12 décembre 2006, Allemagne c/ Parlement et Conseil, aff. 380/03, ECLI:EU:C:2006:772.

C.J.U.E., 18 janvier 2007, PKK et KNK c. Conseil. , aff. C 229/05 P, ECLI:EU:C:2007:32.

C.J.U.E., 27 février 2007, Gestoria Pro Amnistia e.a et Segi e.a c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116.

CJUE, 27 février 2007 Avis de l'Avocat General, Mengozzi, Segi et autres /Conseil, aff. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116

CJUE, 01 avril 2007, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand, aff. C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178

CJUE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, aff. C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261

CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union/ Viking Line ABP OÜ Viking Line Eesti, aff.C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772.

CJUE,18.décembre 2007, Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet, aff.C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809

CJUE, 16 janvier 2008, Conclusions de l'AG Maduro,, Kadi et Al Barakkat International Foundation/ Commission, C-402/05 P et C-415/05 P

CJUE, 3 Juin 2008, Intertanko, aff. C-308/06,ECLI:EU:C:2008:312.

CJUE, 12 aout 2008, Santesteban Goicoechea, aff. C-296/08 ,ECLI:EU:C:2008:457.

CJUE, 17 juillet 2008, Kozlowski, aff. C-66-08, ECLI:EU:C:2008:437

C.JU.E., 3 sept 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission, aff. Jtes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461

C.J.U.E., 17 février 2009, Épx. Elgafagi c.Staatssecretaris von Justitie,aff. C-465/07,ECLI:EU:C:2009:94.

C.J.U.E., 5 mars 2009, Age Concern England, aff. C-388/07, ECLI:EU:C:2009:128

CJUE, 24 mars 2009, Danske Slagterier, aff.C-445/06 ,ECLI:EU:C:2009:178

CJUE. 3 sept 2009. Faraj Hassan/ Conseil de l'Union européenne et Commission européenne et Chafiq Ayadi contre Conseil de l'Union européenne. aff.jointes C-399/06 P et C-403/06 P, ECLI:EU:C:2009:748,

CJUE, 3 septembre 2009, Amministrazione dell'Economia e delle Finanze /Fallimento Olimpiclub aff. C-2/08 ECR I-7501

CJUE, 6 octobre 2009, Dominic Wolzenburg, aff.C-123/08, ECLI: ECLI:EU:C:2009:616

CJUE,19 novembre 2009 Filipiak v Dyrektor Izby Skarbowej/ Poznaniu aff. C-314/08 ECR I- 11049.

CJUE, 19 janvier 2010, Kücükdeveci, aff. C−555/07,ECLI:EU:C:2010:21

CJUE, 9 mars 2010, Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne, aff. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125,

CJUE, 18 mars 2010, SGS Belgium e.a., aff. C-218/09, ECLI:EU:C:2010:152

CJUE, Conl. De l'Avokat Général Trstenjak, 14 avril 2010, Commission/Allemagne, aff. C-271/08,ECLI:EU:C:2010:426

CJUE, 01 juillet . 2010, P. Knauf Gips KG/ Commission, aff. C- 407/ 08, ECLI:EU:C:2010:389

CJUE,8 septembre 2010, Winner Wetten GmbH /Bürgermeisterin der Stadt Berghaim, aff. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503

C.J.U.E., 14 septembre 2010, J. Kokott, Conclusions sous Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission , aff. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512

CJUE, 16 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission aff. C-149/10, ECLI:EU:C:2010:534

CJUE, 05 octobre .2010, J.McB/L.E , aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582

CJUE, 14. Octobre 2010, W. Commission, aff. F-86/09, ECLI:EU:F:2010:125

CJUE, Conl. De l'AG Jääskinen, 19 octobre .2010, Novo Nordik AS/Ravimiamet, aff. C-249/09, ECLI:EU:C:2010:616

C.J.U.E. 21 octobre 2010, T.Verica., Conclusions sous Idryma Typou, aff. C-81/09, ECLI:EU:C:2010:622

CJUE, 09 novembre 2010, Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert contre Land Hessen, aff. C-92/09 et C-93/09 , ECLI:EU:C:2010:662,

CJUE, 16 novembre 2010, Mantello, aff. C-261/09, ECLI:EU:C:2010:683

CJUE, 22 décembre 2010, DEB, C−279/09,ECLI:EU:C:2010:811

CJUE, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806

C.J.U.E., 1er mars 2011, Conclusions sous, Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a. aff. C-236/09, C-236/09

CJUE, 08 mars 2011, Gerardo Ruiz Zambrano /Office national de l'emploi, aff. C 34-09, ECLI:EU:C:2011:124.

C.J.U.E 08 mars 2011, Conclusions de l'Avocat Général, Ruiz Zambrano, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560

CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09 (Accord sur la Cour des brevets européenne et communautaire) ECLI:EU:C:2011:123.

CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09 - Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, ECLI:EU:C:2011:123

CJUE, Conl. De l'AG Cruz Villalon, 14.mars .2011, Scarlet Extended SA/Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (Sabam), aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:255

C.J.U.E, 5 mai 2011, Conclusions sous,MSD Sharp & Dohme , aff. C-316/09, ECLI:EU:C:2011:275

CJUE, 15 septembre 2011, Dickinger et Ömer, aff. C-347/09, EU:C:2011:582

C.J.U.E.,15 novembre 2011, Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduike, Dragica Stevic c. Bundesministerium für Innere , aff. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734.

CJUE, 21 décembre 2011, N.S , aff. jointes C−411/10 et C−493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

CJUE, 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. contre Úřad pro ochranu hospodářské soutěže., aff. C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72

CJUE, 19 juillet 2012, Parlement / Conseil, aff. C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472

CJUE, 4 octobre 2012, ordon. Pelckmans Turnhout, aff. C-559/11, EU:C:2012:615

CJUE, 16 octobre 2012, Hongrie c. République slovaque, aff. C-364/10,ECLI:EU:C:2012:630.

CJUE, 2 novembre 2012, Commission c. Hongrie, aff.C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687

CJUE, 29 janvier 2013, Radu, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39

CJUE, 21 février 2013, Ajdini, aff. C-312/12, EU:C:2013:103

CJUE, 22 février 2013, Sky Österreich GmbH contre Österreichischer Rundfunk, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28.

CJUE, 26 février2013, Melloni / Ministerio Fiscal, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107

CJUE, 26 février 2013, Åklagaren c/Hans Åkerberg Fransson, aff. C−617/10, ECLI:EU:C:2013:105

CJUE, 11 avril 2013, Edwards et et Pallikaropoulos, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221

CJUE, 8 mai 2013, Ymeraga, aff. C-87/12, ECLI:EU:C:2013:291

CJUE, 18 juillet 2013, Eurofit, aff. C-99/12, ECLI:EU:C:2013:487

CJUE, 26 septembre 2013, Texdata Software, aff. C-408/11, ECLI:EU:C:2013:588

CJUE, 10 octobre 2013, Alokpa et Moudoulou, aff. C−86/12, ECLI:EU:C:2013:645;

CJUE, 10 décembre 2013, Abdullahi c. Bundesasylamt, aff. C-394/12 ,ECLI:EU:C:2013:813

CJUE, 15 janvier 2014, Association de Médiation Sociale (AMS) v. Union locale des syndicats CGT , aff. C-176/, EU :C :2014 :2

CJUE, 27 février 2014, Woonlinie c. Commission, aff. C-133/12P, ECLI:EU:C:2014:105

CJUE, 6 mars 2014, Siragusa, aff. C-206/13, EU:C:2014:126

CJUE, 12 mars 2014, O., aff. C−456/12, ECLI:EU:C:2014:135

CJUE, 12 mars 2014, S. et G., aff. C−457/12, ECLI:EU:C:2014:136.

CJUE ord., 27 mars 2014, Torralbo Marcos, aff. C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187

CJUE, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland Ltd aff. C-293/12 et Kärntner Landesregierung, aff .C-293/12,ECLI:EU:C:2014:238

CJUE, 8 avril 2014, Commission/Hongrie, aff C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237

CJUE, 15 janvier 2014, Association de médiation sociale, aff. C-176/12 , ECLI:EU:C:2014:2

CJUE, 30 avril 2014, Pfleger e.a., aff. C-390/12, EU:C:2014:281

CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

CJUE, 22 mai 2014, Érsekcsanádi Mezőgazdasági, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352.

CJUE,13 juin 2014, Prise de Positon de l'AG Kokott, Procédure d'avis 2/13,ECLI:EU:C:2014:2475

CJUE, 10 juillet 2014, Julian Hernàndez, aff. C-198/13, EU:C:2014:2055,

CJUE, 11 décembre 2014, ordonnance, Stylinart, C-282/14, EU:C:2014:2486.

CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454.

CJUE, 18 décembre 2014, Abdida, aff. C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

CJUE, 23 avril 2015, ord. Commission/Vanbreda Risk & Benefits, C−35/15, EU:C:2015:275

CJUE, 2 juillet 2015, Gullotta et Farmacia di Gullotta Davide & C. aff. C-497/12, EU:C:2015:436

CJUE, 16 juillet 2015, Lanigan, aff. C -237/15, ECLI:EU:C:2015:474

CJUE, 3 septembre 2015, Inuit c. Commission, aff. C-398/13P, ECLI:EU:C:2015:535

CJUE 8 septembre 2015, Taricco e.a. aff. C−105/14, EU:C:2015:555.

CJUE, 25 septembre 2015, Openbaar Ministerie contre A, aff. C-463/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:634

CJUE, 17 décembre 2015, WebMindLicenses Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832.

CJUE, 25 février 2016, Aiudapds, aff. C-520/15, EU:C:2016:124

CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Caldararu, aff. jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198

CJUE, 24 mai 2016, Dworzecki, aff. C-108/ 16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346,

CJUE, 1er juin 2016, Niculaie Aurel Bob-Dogi, aff. C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385.

CJUE, 7 juin 2016, Ghezelbash, aff. C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409

CJUE, 28 juillet 2016, JZ, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610

CJUE, 6 septembre 2016, Petruhhin, aff. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630

CJUE, 13 septembre 2016, Rendón Marín, aff. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675

CJUE, 20 septembre 2016, Ledra Advertising/ Commission et BCE, aff. C-8/15 P à C-10/15 P, EU:C:2016:701.

CJUE, 6 octobre 2016, Paoletti e.a., aff. C−218/15, EU:C:2016:748

CJUE, 8 novembre 2016, Ognyanov, aff. C-554/14, ECLI:EU:C:2016:835,

CJUE, 10 novembre 2016 ,Krzysztof Marek Poltorak, aff. C−452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858

CJUE, 10 novembre 2016, Kovalkovas, aff. C-477/16 PPU,ECLI:EU:C:2016:861

CJUE, 10 novembre 2016, Özçelik, aff. C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:860

CJUE, 1er décembre 2016, Daouidi, aff. C-395/15, EU:C:2016:917

CJUE, 6 décembre 2016,, Riksaklagaren c. Zenon Robert Akarsar, pendante, aff. C-148/16, ECLI:EU:C:2016:969

CJUE,11 janvier 2017, Grundza, aff.C-289/15,ECLI:EU:C:2017:4,

CJUE,25 janvier 2017, Vilkas, aff; C-640/15, ECLI:EU:C:2017:39

CJUE, 16 février 2017, C.K e.a, aff. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127

CJUE, 28 mars 2017, Rosneft, aff. C-72/15 , ECLI:EU:C:2017:236

CJUE 5 avril 2017, Procédures pénales contre Massimo Orsi et Luciano Baldetti, aff. jointes C-217/15 et C-350/15, ECLI:EU:C:2017:264.

CJUE, 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund, aff. C−682/15, EU:C:2017:373

CJUE, 26 mai 2017, Avis 2/15, Accord de libre-échange avec Singapour, ECLI:EU:C:2016:992

CJUE, 22 juin 2017, Unibet International, C-49/16, ECLI:EU:C:2017:491

CJUE, 29 juin 2017, Popławski, aff. C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503

CJUE, 26 juillet 2017, Avis 1/15 (Accord PNR UE-Canada), du 26 juillet 2017, EU:C:2017:592,

CJUE, 10 août 2017, Tupikas, aff. C-270/17, ECLI:EU:C:2017:628

CJUE, 10 août 2017, Zdziaszek, aff. C-271/ 17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629

CJUE,6 septembre 2017, Peter Schotthöfer & Florian Steiner, aff. C-473/15, ECLI:EU:C:2017:633,

CJUE, 7 septembre 2017, Demarchi Gino, aff. C-177/17 et C-178/17, EU:C:2017:656.

CJUE, 15 novembre 2017, Aranyosi II, aff. C-496/16, ECLI:EU:C:2017:866.

CJUE, 13 décembre 2017 , Telefónica c. Commission, aff. C- 487 / 16 P, ECLI:EU:C:2017:961

CJUE, 27 février 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas, aff. C−64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

CJUE, 17 avril 2018,Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, aff. C−414/16ECLI:EU:C:2018:25

CJUE: 17 avril 2018,, Commission c. Pologne, aff. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2018:255

CJUE, 18 mai 2018, R.O, aff. C-327/18, ECLI:EU:C:2018:733,

CJUE, 10 aout 2017, Zdziaszek, aff. C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629

CJUE, 25 juillet 2018, LM, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

CJUE, 2 octobre 2018, Ministerio Fiscal, aff. C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788.

B. Jurisprudences du Tribunal

Tribunal, 17 octobre 1991, De Compte c. PE , aff. T-26/89, ECLI:EU:T:1997:164.

Tribunal, 10 mars 1992,Shell c. Comm. CE, aff. T-11/89, ECLI:EU:T:1992:33

Tribunal , 18 septembre 1992, X c/ Comm. CE,, aff. jtes T-121/89 et T-13/90, ECLI:EU:T:1992:96

Tribunal, 14 avril 1994, A c. Comm. CE, aff. T-10/93, ECLI:EU:T:1994:39

Tribunal, ord, 19 juin 1995, aff. T-107/94, Kik c. Cons. et Comm. CE, ECLI:EU:T:1995:107

Tribunal, 22 janvier 1997, Opel Austria GmbH c/ Cons. ,aff. T-115/94,ECLI:EU:T:1997:3.

Tribunal, 15 mai 1997, N c. Comm. aff. T-273/94, ECLI:EU:T:1997:71

Tribunal, 22 octobre 1997, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, SCK et FNK c. Comm. , ECLI:EU:T:1997:157

Tribunal, 18 décembre 1997, Gill c. Comm. CE, aff. T-90/95, ECLI:EU:T:1997:211

Tribunal , 2 avril 1998, Apostolidis c. CJCE, aff. T-86/97, ,ECLI:EU:T:1998:71

Tribunal , 14 mai 1998, Esso Espanola c. Comm, aff. T-348/94, ECLI:EU:T:1998:102.

Tribunal , 14 mai 1998 , Mayr- Melnhof Kartongesellschaft , aff. T-347/94,ECLI:EU:T:1998:101

Tribunal, 17 juillet 1998, ITT Promedia NV c/ Comm. , aff. T-111/96,ECLI:EU:T:1998:183

Tribunal 28 janvier 1999, D. c/ Conseil, aff. T-264/97, ECLI:EU:T:1999:13

Tribunal, 11 mars 1999, Gaspari c. PE, aff. T-66/98, ECLI:EU:T:1999:56

Tribunal, 19 mai 1999, Connolly c. Comm. , aff. jtes T-34/96 et T-163/96, ECLI:EU:T:1999:102,

Tribunal, 27 juin 2000, Salamander AG et a. c. Parlement et Conseil , aff. T-172/98, 175/98 à 177/98, ECLI:EU:T:2000:168

Tribunal,20 février 2001, Mannesmannröhren-Werke c.Commission, aff. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61,

Tribunal, 11 septembre .2002, Pfizer Animal Health SA/Conseil, aff. T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209,

Tribunal, 15 janvier 2003, Philip Morris International et a. c/ Comm. CE , aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, ECLI:EU:T:2003:6.

Tribunal, 10 avril 2003, Travelex c. Comm , aff. T-195/00, ECLI:EU:T:2003:111.

Tribunal, 1er avril 2004 , Jègo- Quéré c. Commisssion, aff. C- 263 / 02 P ,ECLI:EU:C:2004:210

Tribunal,10 novembre 2004, Vonier c.Comm. CE, aff.T-165/03, ECLI:EU:T:2004:331.

Tribunal, 15 février 2005, Pyres c. Commission, aff. T-256/01, ECLI:EU:T:2005:45,

Tribunal, 21 septembre 2005, Yassin Abdullah Kadi c. Conseil , aff. T-351/01,ECLI:EU:T:2005:332

Tribunal, 26 octobre 2005,Groupe Danone c. Comm. CE, aff. T-38/02, ECLI:EU:T:2005:367

Tribunal , 5 avril 2006, Degussa c. Comm. CE, aff. T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103

II. Jurisprudences de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme

Cour-EDH, 11 janvier 1969, Autriche c. Italie, Req. N° 788/60 , point 19.

Cour-EDH, 18 Janvier 1978, Irlande/ Royaume Uni, Req. No. 5310/71

Cour-EDH, 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni , Req. N° 5856/72 31

Cour-EDH,17 octobre 1986, Rees c. Royaume Uni, Req. N° 95321/81

Cour-EDH, 07 juillet 1989, Soering/Royaume Uni, Req.n°14038/88

Cour-EDH, 9 février 1990, M & Co c. Allemagne, Req. N°.13258/87

Cour-EDH., 27 septembre 1990, Cossey , Req. N° 10843/84

Cour-EDH, 19 mars 1991, Cardot/ France, Req. No 11069/84

Cour- EDH, 25 mai 1993, Kokkinakis, Req. N°:14307/88

Cour-EDH, 10 janvier 1994, Karl Eckart Heinz c. États contractants également parties à la Convention sur le brevet européen, Req. N° 21090/92

Cour-EDH, 23 mars1995, Loizidou/Turquie, Req,n°15318/89,

Cour-EDH.19 juillet 1995, Kerojärvi c. Finlande, Req. N°17506/90

Cour-EDH, 22 novembre 1995, S. W. c. Royaume-Uni, Req. N°20166/92

Cour-EDH, 22 novembre 1995, C. R c. Royaume-Uni, Req. N° 20190/92

Cour-EDH, 20 février 1996, Vermeulen c. Belgique , Req. N° 19075/91

Cour-EDH, 11 Novembre 1996, Cantoni contre France, Req. No. 17862/91

Cour-EDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, Req. N° 21497/93, point 33

Cour-EDH, 30 janvier 1998, aff. Parti Communiste unifié et autres/Turquie, Req. n° 19392/92

Cour-EDH, 18 février 1999, Matthews c Royaume-Uni , Req. N° 24833/94

Cour-EDH, 18 février 1999, Beer et Regan c. Allemagne, Req. Nr. 28934/95

Cour-EDH, 18 février 1999, Waite et Kennedy c. Allemagne, Req. Nr. 26083/94

Cour-EDH, 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et a. c. France, Req. N° 24846/94 34165/96 34166/96 34167/96 34168/96 34169/96 34170/96 34171/96 34172/96 34173/96 J

Cour-EDH, 7 mars 2000, T.I c. Royaume Uni, Req N° 43844/98

Cour-EDH., 4 juillet 2000, Société Guérin Automobiles c. les 15 États membres de l'Union européenne, Req. N° 51717/99

Cour-EDH, 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne, Req. N° 34044/96, 35532/97 et 44801/98.

Cour-EDH, 10 Mai 2001, aff. Chypre/Turquie (IV), Req. Nr. 25781/94.

Cour-EDH, 7 juin 2001, Kress c. France, Req n ° 39594/98

Cour-EDH, 2 août 2001, Boultif c. Suisse , Req. N° 54273/00

Cour-EDH, 21 novembre 2001, Al-Adsani c Royaume-Uni, Req. Nr. 35763/97

Cour-EDH, 12.décembre 2001, Bankovic c. Belgique et autres, Req.n°52207/99

Cour-EDH, 23 mai 2002, SEGI et autres et Gestoras Pro Amnistia et autres c.(15 États Membres de l'Union européenne) , Req. N° 6422/02 et 9916/02

Cour-EDH, 11 juillet 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni, Req. N° 28957/95

Cour-EDH, 11 juillet 2002, Amrollahi c. Danemark, Req. N° 56811/00.

Cour-EDH, 13 février 2003, Refah Partisi et autres c. Turquie, Req. N°. 41340/98 41342/98 41343/98 41344/98

Cour-EDH., 10 mars 2004, Senator Lines c. les 15 membres de l'Union ,Req. N° 56672/00.

Cour-EDH, 08 août 2004, Ilascu et a. C. Moldova et Russie ,Req,n°48787/99

Cour-EDH 30 Juin 2005, Bosphorus/ Irlande, Req. Nr 45036/9

Cour-EDH, 10 novembre 2005, Leyla Sahin c. Turquie, Req. N° 44774/98

Cour-EDH, 29 mars 2006, Cocchiarella c. Italie, Req. N° 64886/01

Cour-EDH, 2 mai 2007, Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège, Req. N° nº71412/01 et 78166/01

Cour-EDH, 2 décembre 2008, K.R.S c. Royaume Uni, Req N° 32733/08.

Cour-EDH, 11 février 2009, Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas Req. Nr. 13645/05

Cour-EDH, 12 mai 2009, Gasparini contre Itali et Belgique, Req. Nr. 10750/03

Cour-EDH, 01 décembre 2009, G.N.e.a. c. Italie Req. N°43134/05

Cour-EDH, 22 décembre 2009, Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine , Req. n° 27996/06 et 34836/06.

Cour-EDH, 04 mai 2010, Peterska c. Républque tchèque, Req. N° 21990/08

Cour-EDH, 18 janvier 2011, MGN Limited contre Royaume Uni, Req. N°39401/0

Cour-EDH, 21 janvier 2011, M.S.S. contre Belgique et Grèce, Req. No. 30696/09

Cour-EDH, 1 février 2011, Karoussiotis c. Portugal, Req. No 23205/08

Cour-EDH, 18 mars 2011, Lautsi et a. c. Italie, Req; N°30814/06

Cour-EDH,7 juillet 2011, AL-Jedda c. Royaume Uni, Req. N° 270221/08.

Cour-EDH, 7 juillet 2011, Al-Skeini, c. Royaume-Uni ,Rq. N°55721/07

Cour-EDH, 6 décembre 2012, Michaud c. France, Req. No. 12323/11

Cour-EDH, 4 juin 2013, K.A.S c. Royaume Uni, Req N°38844/12

Cour-EDH, 6 mai 2013, Avis de la Cour sur le projet de Protocole n16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention

Cour-EDH, 18 juin 2013, Povse v. Austria , Req. N°. 3890/11.

Cour-EDH, 28 novembre 2013, Dementyev c. Russie, Req; N° 43095/05

Cour-EDH, 8 avril 2014, Dhahbi contre Italie, Req. No. 17120/09.

Cour-EDH,20 avril 2014, aff. Villa c. Italie, Req. N°19675/06

Cour-EDH, 16 septembre 2014, Hassan c. Royaume-Uni, Req. N° 29750/09

Cour-EDH, 4 novembre 2014, Tarakhel/ Suisse, Req.Nr. 29217/12.

Cour-EDH, 24 mars 2015, aff. Gallardo Sanchez c. Italie, Req. N° 11620/07

Cour-EDH, 30 avril 2015, Kapetanios/ Grèce, Req. n° 3453/12, 42941/12, 9028/13

Cour-EDH, 13 décembre 2016, Paposhvili c. Belgique, Req. n ° 41738/10

Cour-EDH, 23mai 2016, aff. Avotins c./ Lettonie , Req. N° 17502/07.

Cour-EDH, 14 février 2017, Hokkeling c. Pays-Bas, Req. N° 30749/12

III. Jurisprudences françaises

A. Conseil d'État

Cons. d'Ét., Ass., 26 octobre 1945, Aramu , Rec., p. 213.

Cons. d'Ét., Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier , Rec. p. 133 ; RDP, 1944

Cons. d'Ét., Ass., 30 octobre 1998, M. Sarran et M. Levacher et autres , Rec. p. 368.

Cons. d'E. 3 novembre 1999, Groupement national de défense des porteurs de titres russes , Lebon,

B. B. Conseil Constitutionnel

Cons. Constit., décision n°74-54 DC, 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse, Rec., p. 19.

Cons. Constit., décision n°2004-496 DC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique , J.O. du 22 juin 2004

Cons. Constit., décision n°2004-498 DC, 29 juillet 2004, « Loi relative à la bioéthique », J.O. du 7 août 2004,

Cons. Constit., décision n°2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances , 30 mars 2006, Europe, 2006, n°6

IV. Juridictions étrangères et autres juridictions internationales

Cour constitutionnelle italienne

Cour constit. italienne, Frontini , arrêt n°183, 27 décembre 1973, , For. it., 1974, I

Cour constit. italienne, Société Fragd, arrêt n°232, 13 avril 1989, R.U.D.H., 1989

Cour constit. italienne, Sentenza 7/3/64, no. 14 (dans F. Sorrentino, Profili Costituzionali dell'Integrazione Comunitaria (2e édition, Giappichelli Editore, 1996

Cour constitutionnelle allemande

C.const, Karlsruhe, 29 mai 1974: RTDE 1974

BvL 52/71 Solange I BVerfGE 37, 271 e

2 BvR 197/83 Solange II BVerfGE 73,339

Cour constit. allemande, 22 octobre 1986, Wünsche Handelsgesellschaft, R.T.D.E., 1987

Cour constit. allemande, 22 octobre 1986, R.T.D.E., 1987

Cour Permanente d'Arbitrage

Cour Permanente d'Arbitrage, Réactivation du Rhin de fer (Royaume de Belgique/ Royaume des Pays Bas), Soumission Finale des Parties Belgique 1 Oct 2003

Cour permanente d'arbitrage, sentence du Tribunal arbitral, 24 mai 2005 dans l'affaire Royaume de Belgique c/ Royaume des Pays-Bas, «Réactivation du Rhin de fer (IJzeren Rijn) »

Cour Internationale de Justice

CIJ,20 février 1969, aff. du Plateau Continental de la mer du Nord, Rep. Fed. d'Allemagne vs ; Danemark, Rec. des arrêts 1969.

CIJ, Avis Consultatif du 3 mars 1950, Compétence de l'Assemblée générale pour l'Admission d'un État aux Nations Unies.

CIJ, 3 février 2012, arrêt Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce).

CIJ, 3 février 2012, arrêt Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce).

Cour Inter-americaine des droits de l'homme

Cour Inter américaine des droits de l'homme, 24 Septembre 1984, Avis Consultatif OC-2/82, Serie A, No.2.

Cour Inter-americaine des droits de l'homme, 21 Juin 2002, Hilaire, Constantine and Benjamin et autres contre Trinité-et-Tobago.

VIII. Traités internationaux

Charte des Nations Unies, 26 Juin 1945.

Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (Convention de Genève).

CIJ, Recueil 1963.

Protocole du 31 janvier 1967 relatif au Statut des réfugiés 4 octobre 1967.

Convention de Vienne sur le droit des traités , 1969.

CIJ, Recueil 1971.

Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR, Nov. 14, 1975.

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ,10 décembre 1982.

Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, 17 mars 1992
Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est ou Convention OSPAR, Sept. 22, 1992, 32 I.L.M. 1069.

Nations Unies, Cour internationale de Justice, RECUEIL DES ARRÊTS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES ? Ordonnance du 8 avril 1993 sur la demande en indication de mesures conservatoires dans l'affaire de l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)].

Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies 820 (17 Avril 1993) Doc S/RES/820.
Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce 15 avril 1994

UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 12.

Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Jun. 25, 1998,
La Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, Sept. 29, 2003.

Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Pologne, CCPR/C/POL/CO/7, 23 Novembre 2016.

Table des matières

Avant-propos, Préface, Avertissement 3
Remerciements 4
Sommaire 5
Introduction… 10
Partie I. L'élaboration d'un système de protection des droits fondamentaux, comme fondement effectif de l'ordre juridique de l'Union européenne 48
Titre I. Les droits fondamentaux, vecteurs de légitimité de l'ordre juridique l'Union Européenne 50
Chapitre I. Les droits fondamentaux garants de l'existence d'un ordre juridique spécifique 52
Section I. Les droits fondamentaux au regard du principe d'autonomie du droit de l'UE 52
Section II. Les droits fondamentaux au regard de la compétence de la Cour 61
1§L'incidence sur les compétences de la CJUE 71
2§ L'incidence de l'avis 2/13 de la CJUE 100
Chapitre II. Les droits fondamentaux garants de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne 127
Section I. L'absence originelle d'un système de protection des droits fondamentaux… 130
1§.Une interprétation extensive des dispositions des Traités conduisant à une introduction limitée des droits fondamentaux… 132
2§.Le rappel par l'avis 2/94 de l'absence d'une compétence d'attribution en matière de protection des droits fondamentaux… 144
Section II. La mise en place d'une protection limitée 150
1§.Une limitation de l'exercice des droits fondamentaux au regard des objectifs du Traité 150
2§.Une limitation de l'exercice des droits fondamentaux… 161
Titire II : Les droits fondamentaux vecteurs de constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne 170
Chapitre I. L'impact de l'inscription des droits fondamentaux dans les Traités 171

Section I. L'utilisation de la CEDH comme source de la légalité de la protection des droits fondamentaux… 178
1§. Un instrument permettant à la CJUE de s'affirmer au travers d'un système de protection des droits fondamentaux… 180
A. Un instrument juridique préservant la spécificité du droit de l'UE 184
B. Un instrument garantissant la pérennité du projet de l'UE 191
2§.L'utilisation des références au texte de la CEDH 195
Section II. Le choix d'une inscription dans les traités 200
1§. L'établissement d'un cadre institutionnel à l'adhésion de l'UE 200
A. Le principe de l'adhésion… 200
B.L'apport du traité de Lisbonne et du protocole n°14 de la CEDH 203
I. L'obligation constitutionnelle de l'UE à adhérer à la CEDH 203
II. L'adhésion de l'UE encouragée par le protocole n°14… ..... 206.
2§.Le contexte juridique de la mise en œuvre de l'adhésion, dans la mesure où celle-ci est de moins en moins sûre 209
A .La détermination des obligations substantielles aux quelles l'UE sera sujet après l'adhésion à la CEDH 218
B. L'étendue du champ d'application de la CEDH à l'UE 228
I.La dimension potentiellement extraterritoriale de la juridiction de l'Union européenne 231
II.. Les implications en matière de responsabilité internationale 234
i. La responsabilité de l'UE pour l'inconventionnalité du droit primaire 235
ii. La responsabilité de l'Union pour la violation d'obligations positives 239

Chapitre II. La constitutionnalisation des droits fondamentaux à travers la Charte des droits fondamentaux… 242
Section I. La clarification du statut de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne 245
1§.La justiciabilité des droits et principes de la Charte 250
2§.Distinctions entre droits, libertés et principes dans la Charte 254
Section II.. Articulations de la Charte avec les traités existants 259
1§Articulation de la Charte avec les traités 260

2§.Articulation de la Charte avec la CEDH 289
Partie II. L'élaboration d'un système de protection des droits fondamentaux à l'efficacité relative, au nom de l'autonomie 297
Titre I : Le refus de mettre en place un système complet de protection des droits fondamentaux et la nature juridique spécifique de l'Union européenne.....298
Chapitre I. Les facteurs d'une efficacité relative du système de protection des droits fondamentaux. 302
Section I. Les mécanismes de sanctions en cas de violation des droits de l'homme..... 303
1§. Le champ d'application de l'art 7 TUE 311
A. Les facteurs du déclenchement de l'art. 7 TUE 314
B. Une nouvelle procédure pré- article 7 TUE 323
2§. L'efficacité limitée du mécanisme de sanctions dans l'UE 331
A. Le caractère politique du mécanisme de sanctions de l'UE 335
B.L'intervention et le rôle limité de la CJUE 341
3§ Les tentatives de l'application de l'Art. 7 TUE 346
A.L'affaire Haider en Autriche: vers une amélioration du mécanisme 347
B. Les expulsions roms en France 350
C. La démocratie et l'État de droit en Roumanie..... 354
D. Réforme constitutionnelle en Hongrie.....356
E. Les attaques contre l'État de droit en Pologne 363
Section II. Le refus de l'adhésion à la CEDH au nom de l'autonomie de l'Union européenne.....387
1§. Le projet d'accord portant l'adhésion de l'UE 389
A .Les éléments clés du projet d'adhésion de l'UE à la CEDH 397
B. La relation entre le projet d'adhésion et les procédures internes de l'UE 424
2§. L'échec du projet d'accord portant l'adhésion de l'UE et la place de la CJUE 428
A .Les motifs d'incompatibilité présentés dans l'avis 2/13… 430
B. Les conséquences du rejet du projet d'adhésion et le devenir de la doctrine Bosphorus..... 435
Chapitre II. Le respect des caractéristiques spécifiques de l'UE : L'autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union affirmée par l'avis 2/13 de la CJUE 466

Section I. Les recours interétatiques après l'adhésion de l'UE à la CEDH 467
1§. La dimension interne : Luxembourg versus Strasbourg ? 474
A. La juridiction exclusive de la CJUE : Art.344 TFUE..... 481
B. La juridiction exclusive de la CEDH : Art.55 CEDH..... 493
I Les traités en tant qu'accord conclu uniquement entre l'Union européenne et les Etats membres 495
II Le cadre juridique: articles 4 et 5 du projet d'accord d'adhésion… 508
2§. L'Article 344 du TFUE et sa pertinence pour l'adhésion de l'UE à la CEDH 532
A. La méfiance de la CJUE à l'égard des États membres..... 543
I .L'intérêt à agir des États membres..... 553
i. Action juridique entre les États membres..... 553
iii. Actions juridiques des États membres contre l'Union européenne..... 556
II L'intérêt à agir de l'Union européenne..... 561
i. Actions en justice contre les États membres lors de la mise en œuvre du droit de l'UE.. 561
ii. Actions en justice contre les États membres lorsqu'ils ne mettent pas en œuvre le droit de l'UE 563
B. La préservation du monopole de la CJUE. Entre autonomie interprétative et compétence juridictionnelle exclusive de la CJUE 566
Section II. L'autonomie du droit de l'UE vue sous l'ongle du Protocole N°16 et le renvoi préjudiciel..... 574
1§. Comparaison entre le Protocole N°16 et le renvoi préjudiciel 578
A. La Procédure d'avis consultatif du Protocole N° 16… 580
B. L'implication préalable et les lacunes de l'efficacité du renvoi préjudiciel..... 590
2 §. La solution prévue par le Projet d'accord d'adhésion et le raisonnement de la CJUE 602
A. Le risque de la mise en concurrence entre la CJUE et la Cour-EDH..... 605
B. Le risque d'une atteinte à l'autonomie et l'efficacité du renvoi préjudiciel 609
Titre II. Les limites de l'efficacité du système au regard des limitations de compétence de la CJUE et de l'autonomie procédurale des États Membres..... 629
Chapitre I. L'amélioration limitée des mécanismes internes à l'Union de protection juridictionnelle des droits fondamentaux… 633

Section I. Le contrôle juridictionnel de la PESC dans le droit positif de l'Union européenne et de la Convention.…..635
1§.Les limites de la protection des droits fondamentaux dans l'UE dans le cadre de la PESC… 636
A.L'absence compétence de l'UE dans le cadre de la PESC…..... 637
B.Le contrôle des droits fondamentaux dans le domaine de la PESC au regard de la CEDH..... 640
2§. L'avis 2/13 de la CJUE concernant la PESC…..... 648
A.L'absence de référence explicite à la PESC dans le projet d'accord… 649
B.L'émergence de la question de la PESC à l'occasion de l'examen par la CJUE de la demande d'avis de la Commission… 663
Section II. Le principe de confiance mutuelle et l'ELSJ.....673
1§. Les changements apportés par le traité de Lisbonne au sein de l'ELSJ.....674
A. La consécration du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciaires 676
B. La création d'un régime européen commun d'asile 680
2§ Les limites de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l' ELSJ..... 686
A. L'ESLJ et le régime européen commun d'asile 691
B. Le mandant d'arrêt européen. 720
Section III. La persistance des limites à l'accès des particuliers aux juridictions de l'UE 759
1§. Les particuliers ne peuvent attaquer que les actes réglementaires qui ne leur sont pas adressé.....766
§2. Les conditions du recours demeurent inchangées pour les actes de portée générale 771
A .L'existence d'une décision… 771
B. Le requérant doit être directement et individuellement concerné 774
C. Directement concerné 775
D. Individuellement concerné..... 776
Chapitre II. Les limites jurisprudentielles de l'efficacité du système de protection au regard de l'autonomie procédurale des États membres 780
Section I. La répartition des responsabilités entre États membres et l'Union… 782

1.§ Le développement des principes du fonctionnement du mécanisme du codéfendeur dans le système de la CEDH..... 783
A. Les modalités d'octroi et du statut de codéfendeur… 784
B. La problème des compétences entre l'UE et ses États membres 789
I. L'UE comme codéfendeur… 807
II. Les États membres comme codéfendeurs 809
2 §. Les modalités du fonctionnement du mécanisme de codéfendeur prévues dans le projet d'accord d'adhésion… 813
A. Le mécanisme du codéfendeur à la lumière de l'Avis 2/13… 817
B. Les risques liés au non-respect des caractéristiques spécifiques de l'UE par le mécanisme du codéfendeur 824
Section II. Les limitations d'invocation de la Charte des droits fondamentaux… 832
1§ La délimitation de la mise en œuvre nationale de la Charte des droits fondamentaux 838
A. La concurrence des standards de protection au sein de l'UE..... 847
B. Le respect de la Charte des droits fondamentaux par les Etats membres et les situations ne relevant pas de la Charte.....863
2 § L' application de la CHDF et le respect de l'autonomie du droit de l'UE.....876
A. L'équivalence au niveau de protection de la CEDH.....878
B. La neutralisation de l'opposabilité du niveau national de protection des droits fondamentaux 892
Conclusions 904
Bibliographie 950
Tables des matières 1037

Taulant Troshani
Université de Toulon, UFR droit

Centre d'études et de recherche sur les contentieux (CERC) — EA 3164

RÉSUMÉ

L'Union européenne repose sur un ferme engagement à promouvoir et à protéger les droits de l'homme, la démocratie et l'État du droit dans le monde. Les droits de l'homme sont au cœur des relations de l'UE avec d'autres pays et régions. Cette thèse examine de manière approfondie les implications fondamentales résultant de la concurrence ou de la coopération entre les juridictions de Strasbourg et de Luxembourg à la lumière des derniers développements concernant le système de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne comme l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. La protection des droits de l'homme reste un sujet de discussion infinie. L'attitude générale à l'égard d'un catalogue plus exhaustif et contraignant des droits de l'homme est essentiellement positive, bien que les problèmes constitutionnels et juridictionnels d'un tel document contraignant ne puissent être ignorés.

ABSTRACT

The European Union is built on a strong commitment to promoting and protecting human rights, democracy and the rule of law in the world. Human rights are at the heart of the EU's relations with other countries and regions. This thesis examines in detail the fundamental implications of competition or cooperation between the courts of Strasbourg and Luxembourg in the light of the latest developments concerning the system for the protection of fundamental rights in the European Union, such as the accession of from the European Union to the European Convention on Human Rights. The protection of human rights remains a subject of infinite discussion. The general attitude towards a more exhaustive and binding catalog of human rights is essentially positive, although the constitutional and jurisdictional problems of such a binding document can not be ignored.

MOTS CLÉS: droit fondamentaux - adhésion de l'UE à la CEDH - charte des droits fondamentaux - autonomie du droit de l'UE - État de droit - PESC- ELSJ.

KEYWORDS: fundamental rights - accession of the eu to the echr- charter of fundamental rights - autonomy of the EU law- rule of law- CFSP- AFSJ.