

Avis 2/13 de la CJUE : l'obsession du contrôle ?

Nicolas PETIT, *Professeur, Faculté de droit, de science politique et de criminologie, Université de Liège (ULg)**

et

Joëlle PILORGE-VRANCKEN, *Assistante, Faculté de droit, de science politique et de criminologie, Université de Liège (ULg)***

I. | Introduction

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) est une idée débattue de longue date¹. Par son avis 2/13 rendu le 18 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a mis fin à un long suspense et son intervention, qui renvoie aux calendes grecques toute perspective d'adhésion de l'Union à la CEDH, défraye assurément la chronique juridique².

* Nicolas.petit@ulg.ac.be

** j.pilorge@ulg.ac.be. Les auteurs tiennent à remercier Xavier GROUSSOT pour ses utiles commentaires.

¹ Pour un historique des étapes vers l'adhésion, v. notamment, 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? », 19 novembre, 2011 *Amsterdam Law Forum*, Vol. 3, No. 4, p. 17, 2011. Pour une analyse approfondie de la question de l'adhésion, v. notamment P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart, 2013 et V. KOSTA, N. SKOUTARIS et V.P. TZEVELEKOS (éd.), *The EU Accession to the ECHR*, Hart, 2014.

² En effet, les réactions doctrinales foisonnent. V. notamment Editorial Comments, *CMLRev.* 52, 1, 2015 ; L. BESSELINK, « Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13 », 24 décembre 2014, <http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VP1o7kubyQs> (dernière visite le 9 mars 2015) ; S. DOUGLAS-SCOTT, « Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice », 24 décembre 2014, <http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/> ; D. HALBERSTAM, « 'It's the autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 and a Way Forward », *Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, Paper n° 432, University of Michigan, fév. 2015 ; 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/412337458/2394230/posting/texte/> ; P. J. KUIJER, *Reaction to Leonard Besselink's ACELG Blog*, 6 janvier 2015, <http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks-s-acelg-blog/> ; 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/elsj/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/> ;

La question de l'adhésion de l'Union à la CEDH répond à des ambitions anciennes et diverses, abondamment documentées : harmonisation des systèmes juridiques européens en matière de droits de l'homme, notamment pour assurer la cohérence et la sécurité juridique ; mise en place d'un contrôle externe des droits fondamentaux à l'égard de l'Union européenne, afin d'offrir aux individus une protection renforcée en la matière au sein de l'Union européenne ; volonté d'assurer à l'Union européenne une participation devant la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH)³.

Entérinant ces objectifs, les rédacteurs du traité de Lisbonne introduisirent en 2007 un article 6, paragraphe 2, TUE, qui prévoit que « [l]'Union européenne adhère à la [CEDH] »⁴. Cet article est complété par un protocole n° 8 annexé aux traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne. Depuis lors, un débat s'est ouvert sur le sens

R. LETTERON, « Adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme : la CJUE se lance dans le protectionnisme », 22 décembre 2014, <https://www.contrepoints.org/2014/12/22/192152-adhesion-de-lue-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme-lacjue-se-lance-dans-le-protectionnisme>, dernière visite le 9 mars 2015 ; 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.be/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> ; F. PICOD, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH - Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau de Kirchberg », *JCP G*, n° 6, 9 février 2015, p. 230 ; 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, p. 4.

³ Pour un récapitulatif des enjeux de l'adhésion, v. notamment J. CALLEWAERT, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2013, pp. 13 s.

⁴ Nous soulignons.



de cette disposition⁵. Dans sa grande majorité, la doctrine en a fait une lecture impérative⁶, qui ne tarda pas à être confirmée par le pouvoir politique européen. Au sommet de Stockholm en décembre 2011, le Conseil européen exhorta ainsi l'Union européenne à adhérer « rapidement » à la CEDH.

En doctrine, certaines voix avaient prédit aux institutions de l'Union les pires difficultés pour concevoir un projet d'adhésion satisfaisant pour toutes les parties prenantes⁷. L'histoire leur donnera tort, la Commission parvenant, au terme d'un processus de négociation de près de trois années avec les 47 États parties à la CEDH, à concevoir un projet mettant tout le monde d'accord⁸. David SZYMCAK résume bien l'habile équilibre ainsi atteint : « l'accord constitu[ait] en l'état un compromis entre des intérêts contradictoires : ceux de l'Union qui souhaite préserver son autonomie, ceux des États membres soucieux que l'adhésion n'occasionne pas une extension des compétences de l'Union et ceux des États 'tiers' qui redoutent d'être marginalisés »⁹.

Le projet confectionné par la Commission prévoyait l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH ainsi qu'aux protocoles n° 1 et n° 6

(seuls protocoles ratifiés par l'ensemble des États membres de l'Union européenne)¹⁰. Il instaure par ailleurs des mécanismes inédits pour prendre en compte la nature particulière de l'Union européenne : le codéfendeur et l'implication préalable de la Cour de justice¹¹.

Il reviendra aux historiens du droit européen d'expliquer pourquoi la Commission prit l'initiative de soumettre son texte à la sagacité de la Cour de justice, en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, malgré le caractère purement facultatif de cette saisine¹². Car si, lors des débats devant la Cour, une remarquable unité se dégagea autour du projet¹³, celle-ci remit finalement, à la surprise générale¹⁴, un avis négatif, prenant le contrepied de son avocat général KOKOTT¹⁵.

L'hostilité de la Cour vis-à-vis du projet ressort dès la lecture des considérations générales qu'elle exprime sur le principe de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. Les premiers propos de l'avis semblaient pourtant de bon augure. Après avoir observé que du fait de son adhésion à la CEDH, l'Union européenne « serait soumise à un contrôle externe ayant pour objet le respect des droits et des libertés que l'Union s'engagerait à respecter conformément à l'article 1^{er} de la CEDH »¹⁶, la Cour affirme qu'« un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et

⁵ D'aucuns y voient simplement l'introduction d'une disposition censée combler la carence identifiée par la Cour de justice dans son avis 2/94 du 28 mars 1996, dans lequel elle estima qu'« en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'[avait] pas compétence pour adhérer à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (nous soulignons). En ce sens, Jean-Claude BONICHOT considère que l'adhésion « ne peut pas être, pour les États membres, une obligation » (« Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », in *La conscience du droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 49, spéc. p. 58).

⁶ V. notamment en ce sens J.P. JACQUÉ, « Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne », *L'observateur de Bruxelles*, 2010, n° 8 ; Editorial Comments, *CMLRev.* 52, préc., p. 3. V. toutefois *a contrario*, J-C BONICHOT, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », in *La conscience du droit, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 49, spéc. p. 58.

⁷ Par exemple, Bruno GENEVOIS estimait que si les difficultés techniques soulevées par l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH n'étaient pas « insolubles », il n'en demeurerait pas moins que « leur acuité rend[rait] difficile l'obtention de l'unanimité nécessaire à une réforme, tant au sein de l'Union que des États parties à la Convention » (B. GENEVOIS, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA*, 2010, n° 3, pp. 443).

⁸ Pour plus de détails sur le déroulement des négociations, v. notamment A. DRZEMCZEWSKI, « The EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process », in V. KOSTA, N. SKOUTARIS et V.P. TZEVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, préc., pp. 17-28.

⁹ D. SZYMCAK, « La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, n° 22, at I, B, 2, dernier §.

¹⁰ Le Protocole n° 1 garantit le droit au respect de ses biens (art. 1), le droit à l'instruction (art. 2) et le droit à des élections libres (art. 3). Le Protocole n° 6 prévoit l'abolition de la peine de mort en temps de paix.

¹¹ Pour une analyse doctrinale du projet d'accord, v. notamment X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, « Fondation R. SCHUMAN, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 oct. 2011 », *Question d'Europe*, n° 218, 7 novembre 2011 ; T. LOCK, « End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR », 31 *Yearbook of European Law*, 2012, p. 162 ; 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 », *CMLRev.*, Issue 1, 2014, pp. 13-58.

¹² La demande d'avis a été introduite par la Commission le 4 juillet 2013.

¹³ La Commission, le Conseil de l'Union européenne, le Parlement européen, ainsi que les États membres, « concluent, en substance, à la compatibilité du projet d'accord avec les Traités » (point 109 de l'avis 2/13).

¹⁴ Cette surprise est également exprimée, notamment, par Jean-Paul JACQUÉ (« Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? »).

¹⁵ Celle-ci conclut à la conformité du projet d'accord avec le droit de l'Union européenne, en assortissant toutefois ce constat de quelques conditions (point 280 de la prise de position).

¹⁶ Point 181 de l'avis 2/13.



dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union ». Cette position de principe n'est pas nouvelle¹⁷. La Cour l'avait déjà adoptée à l'occasion des avis 1/91 (1991) et 1/09 (2011), concernant respectivement la création d'une « Cour de l'espace économique européen » et d'une juridiction européenne du brevet. Les présentes circonstances, en revanche, sont radicalement différentes : la conclusion de l'accord d'adhésion est prévue par les traités eux-mêmes¹⁸. La Cour de justice se dit, en outre, prête à admettre qu'un accord international puisse avoir des incidences sur sa propre compétence, à la double condition toutefois que la nature de celles-ci soit préservée et qu'il ne soit pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁹.

Mais ces énoncés de principe *a priori* favorables à l'adhésion sont en réalité rapidement assortis de mises en garde²⁰. La Cour dispose d'abord que « l'intervention des organes investis de compétences décisionnelles par la CEDH [...] 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 »²¹. D'emblée, l'affirmation interpellante : la Cour EDH n'a pas pour rôle d'imposer aux parties à la Convention une interprétation déterminée et immédiate de leur droit interne²². Elle se borne à constater l'existence, ou non, d'une violation alléguée par le requérant d'une ou plusieurs dispositions de la CEDH²³. En d'autres termes, le contrôle de la

Cour EDH est proscriptif, et non prescriptif²⁴. D'un point de vue juridique, le sens profond de cette première mise en garde de la Cour de justice pose donc question.

La Cour ajoute ensuite que « le 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 devrait pas pouvoir être mis en cause par la Cour EDH »²⁵. Une fois de plus, le sens de ce nouvel avertissement laisse perplexe. Littéralement, il semble suggérer que la Cour EDH s'intéresserait à la question de savoir si un État membre doit respecter les droits fondamentaux de l'Union... alors même que le contrôle de la Cour EDH porte sur les seuls droits fondamentaux contenus dans la Convention. Par cette affirmation, la CJUE veut peut-être souligner que l'intervention de la Cour EDH ne doit pas fournir aux États membres un prétexte pour se soustraire à certaines obligations dans le champ matériel du droit européen. Si tel était bien son propos, une formulation plus limpide eût été plus appropriée.

Ce ne sont toutefois pas ces considérations générales qui couleront par le fond le projet de la Commission, mais sept considérations spécifiques qui rendent, selon la Cour, le projet d'accord incompatible avec le droit primaire. Chacune d'entre elles abriterait à elle seule un vice de non-conformité²⁶. Les trois premières tiennent aux « caractéristiques spécifiques » et à « l'autonomie du droit de l'Union » (II, III et IV). La quatrième porte sur l'article 344 TFUE (V). La cinquième concerne le mécanisme du codéfendeur (VI), et la sixième, la procédure d'implication préalable de la Cour de justice (VII). L'ultime objection, enfin, a trait aux « caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC » (VIII).

L'inventaire prévient d'arguments avancés par la Cour pour repousser le projet d'accord

¹⁷ La position de la Cour peut être ainsi résumé : « First, the decision of such an external court should be confined to the interpretation and application of the provisions of the agreement. Second, it should not touch upon the exclusive jurisdiction of the ECJ to decide disputes among the Member States [...]. And third, the external court should not be attributed the competence in one way or another to authoritatively interpret EU law » (Editorial Comments, CMLRev. 52, p. 5).

¹⁸ La Cour le souligne au point 182 de l'avis 2/13.

¹⁹ Point 183 de l'avis 2/13.

²⁰ Denys SIMON soupçonne d'ailleurs la Cour d'être en réalité « [hostile par] principe à tout contrôle par une juridiction externe, même si cette affirmation reste dans le non-dit » (« Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt... », p. 7).

²¹ Point 184 de l'avis 2/13.

²² V. en ce sens X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme...*, p. 5.

²³ V. notamment, en ce sens, P. GRAGL, « A giant leap for European human rights?... », pp. 19-20.

²⁴ Il implique en effet simplement une obligation médiate, pour la partie condamnée : celle de tirer les conséquences de l'arrêt afin de mettre son droit interne en conformité avec la CEDH. De plus, les voies de la régularisation des violations de la CEDH sont sujettes à interprétations multiples, et non déterminées comme semble le prétendre la Cour de justice.

²⁵ Point 185 de l'avis 2/13.

²⁶ Vis-à-vis de l'article 6, § 2, TUR et du Protocole n° 8 annexé aux TUE et TFUE.



nous laisse pour seul choix de procéder à un examen de ces objections par le menu, suivant leur ordre d'apparition dans l'avis. S'il fallait toutefois dégager dès cet exorde la ligne de force de l'avis, il serait tentant de parler d'obsession du contrôle. Car derrière la longue liste de griefs qu'adresse la Cour au projet de la Commission, semble se dissimuler une aversion profonde à l'idée de céder la moindre parcelle de souveraineté juridictionnelle sur le droit de l'Union²⁷.

II. De l'absence de disposition assurant une coordination de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 53 de la CEDH

La première objection de la Cour de justice porte sur un classique du droit européen, à savoir le risque de double standard. L'article 53 de la CEDH²⁸ contient un principe de faveur, qui autorise le droit national d'un État partie à la CEDH à offrir une protection plus élevée des droits fondamentaux que le standard garanti par la Convention. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient, elle aussi, un article 53²⁹, de même teneur.

Alors que la Cour EDH a rarement appliqué l'article 53 CEDH³⁰ et n'en a jamais clairement défini le champ d'application³¹, la Cour

de justice s'est explicitement positionnée sur la portée de l'article 53 de la Charte dans ses arrêts *Melloni*³² et *Akerberg*³³ du 26 février 2013. Xavier GROUSSOT et Ingrid OLSSON résumement comme suit cette double intervention jurisprudentielle : « *Article 53 is used to allow the national courts to rely on their own national standards of protection of fundamental rights in a situation where action of the Member States is not entirely determined by EU law (the so-called Åkerberg situation). By contrast, they cannot rely on national standards in a situation where action of the States is entirely determined by EU law, e.g. in the context of the European Arrest Warrant (the so-called Melloni situation)* »³⁴.

Dans l'arrêt *Melloni*, la Cour jugea en effet que « *l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »³⁵. La Cour souhaite ainsi éviter que les États ne se drapent derrière un standard national de protection plus élevé que celui de l'Union européenne pour dissimuler des violations du droit de l'Union au stade de sa mise en œuvre³⁶.

Dans l'avis 2/13, la Cour de justice semble préoccupée par le risque de neutralisation de sa

²⁷ P. J. KUIJPER constate lui aussi que la Cour de justice est « *totally risk-averse* » (« *Reaction to Leonard Besselink's ACELG Blog* »).

²⁸ « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

²⁹ « *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les 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* ».

³⁰ C. VAN DE HEYNING, « *No place like home: Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights* », in *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING and P. VAN NUFFEL (eds.), p. 65, spéc. p. 75.

³¹ Dans sa jurisprudence, la Cour EDH a préféré utiliser le concept de « *marge d'appréciation* » plutôt que de faire appel à l'article 53 CEDH. Elle n'a ainsi jamais utilisé l'article 53 pour trancher un

conflit de droits (v. notamment l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* (CEDH, 29 octobre 1992, n^{os} 14234/88 et 14235/88), dans lequel le Gouvernement irlandais avait soutenu que l'article 53 devait s'appliquer pour trancher le conflit entre liberté d'expression et droit à la vie ; la Cour n'a même pas mentionné l'article 53 dans son arrêt).

³² CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11.

³³ CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Aklagaren / Akerberg Fransson*, aff. C-671/10.

³⁴ X. GROUSSOT et I. OLSSON, « *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights ? - The Judgements in Akerberg and Melloni* », *Lund Student EU Law Review*, Autumn 2013, Vol. II, p. 7, spéc. p. 25.

³⁵ Point 60 de l'arrêt *Melloni*, nous soulignons.

³⁶ V. en ce sens, M. BENLOLO CARABOT, « *Mandat d'arrêt européen : la protection des droits fondamentaux subordonnée aux exigences de la primauté du droit de l'Union européenne* », *Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 mars 2013. Sur les conséquences anticipées d'une interprétation large de l'article 53 de la Charte sur le principe de primauté, v. notamment L. BESSELINK, « *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter* », *Maastricht Journal*, vol. 1, 2001, p. 68, spéc. p. 75.



jurisprudence *Melloni* par la Cour EDH par le biais de l'article 53 de la CEDH³⁷. Elle prend le soin d'établir 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* »³⁸.

En érigeant en totem sacré la jurisprudence *Melloni*, qui n'est « *pas la plus exemplaire quant au degré de protection des droits fondamentaux dans l'Union* »³⁹, la Cour de justice a assurément – pour reprendre le bon mot du Professeur Henri LABAYLE – manqué de « *bon goût* ». 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. La jurisprudence *Melloni* est en réalité tout à fait conciliable avec le système de 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. À bien y regarder, en effet, cette disposition peut permettre aux États parties d'aller plus loin que la CEDH dans la protection d'un droit, mais ne leur en fait pas l'obligation. Les États demeurent donc libres de limiter, par un engagement international, la faculté ouverte par l'article 53 de la CEDH⁴⁰.

III. Du risque de remise en cause d'un principe de confiance mutuelle

La deuxième objection qu'avance la Cour de justice repose sur une conjecture : l'adhésion de l'Union à la CEDH aurait pour conséquence d'« *[exiger] d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre* »⁴¹. Nombre d'auteurs y ont vu une réaction à l'arrêt *Tarakhel c. Suisse*⁴² de la Cour EDH⁴³, rendu quelques semaines avant l'avis 2/13 de la CJUE et portant sur l'application du règlement « Dublin II »⁴⁴.

En vertu du système établi par ce dernier règlement, un seul État membre, désigné sur la base de critères objectifs, est compétent pour connaître d'une demande d'asile introduite dans l'Union. Dans un arrêt de 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁴⁵, la Cour EDH avait reconnu la Belgique responsable d'une violation par ricochet de l'article 3 de la CEDH (traitements inhumains et dégradants). La Cour EDH reprochait à la Belgique d'avoir renvoyé le requérant (demandeur d'asile), vers la Grèce, en application du règlement « *Dublin II* », alors même qu'elle ne pouvait ignorer l'existence de défaillances structurelles en matière d'asile au sein de la République hellénique⁴⁶. Le cas échéant, la Belgique aurait pu faire usage de la marge d'appréciation dont elle disposait dans le cadre du règlement pour traiter la demande elle-même⁴⁷.

Quelques mois plus tard, la Cour de justice se prononça dans le même sens dans un

⁴¹ Point 194 de l'avis 2/13.

⁴² Cour EDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12.

⁴³ V. notamment en ce sens, J.P. JACQUÉ, « *Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ?* » ou encore H. LABAYLE, « *La guerre des juges n'aura pas lieu...* » ; F. PICOD, « *La Cour de justice a dit non...* », p. 234 ; D. SIMON, « *Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt...* », p. 6.

⁴⁴ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil de l'Union européenne du 18 février 2003 « *établissant les critères et les 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* ». Ce règlement s'applique également à la Suisse.

⁴⁵ Cour EDH, Gde Ch., 21 janvier 2011, req. n° 30696/09.

⁴⁶ V. les points 345 à 360 de l'arrêt.

⁴⁷ Cette marge de manœuvre est offerte par l'article 3, § 2, du règlement, qui autorise tout État membre à qui une demande d'asile est présentée d'examiner celle-ci, « *même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés [dans le règlement Dublin II]* ».

³⁷ Ni l'avocat général KOKOTT, ni les autres institutions européennes, ni les États membres intervenant à la procédure n'ayant soulevé ce point dans leurs écritures, c'est de sa propre initiative que la Cour s'en est emparée.

³⁸ Point 189 de l'avis 2/13, nous soulignons.

³⁹ H. LABAYLE, « *La guerre des juges n'aura pas lieu [...]* », préc.

⁴⁰ V. en ce sens D. HALBERSTAM, « *'It's the autonomy, Stupid!'* [...] », p. 17.



arrêt *N.S.* Après avoir rappelé que le mécanisme « *Dublin II* » repose sur le principe de confiance mutuelle et que, dès lors, « *il doit être présumé que le traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque État membre est conforme aux exigences de la charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne] [...] ainsi qu'à la CEDH* »⁴⁸, la Cour admit toutefois le caractère réfragable de cette présomption. Selon la Cour, l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux exige des États membres de l'Union européenne qu'ils ne transfèrent pas un demandeur d'asile en vertu du mécanisme Dublin II « *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* »⁴⁹.

C'est dans ce contexte qu'intervient la jurisprudence *Tarakhel* de la Cour EDH. En l'espèce, la Suisse fut condamnée sur la base de l'article 3 de la CEDH, au motif qu'elle entendait expulser vers l'Italie une famille afghane, demandeuse d'asile, sans avoir obtenu de garanties préalables de la part des autorités italiennes quant aux conditions d'accueil dont elle bénéficierait⁵⁰. Or, il n'y avait pas en Italie de défaillances structurelles ou systémiques quant au traitement des demandeurs d'asile. La Cour EDH considéra donc ici que la présomption pouvait être limitée même lorsque les défaillances ne sont pas systémiques⁵¹, ce qui dépasse de manière assez considérable la position plus restrictive de la CJUE dans son arrêt *N.S.*⁵².

L'arrêt *Tarakhel* offre un prétexte à la Cour pour critiquer de nouveau le projet d'accord. Dans son avis 2/13, la Cour de justice fait

implicitement planer le spectre d'une importation et d'une généralisation de la jurisprudence *Tarakhel* dans l'ordre juridique européen. Elle met en avant le risque que les États membres ne commencent à contrôler le degré de protection des droits fondamentaux effectivement assuré chez leurs voisins avant d'appliquer, le cas échéant, telle ou telle norme européenne dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Il est pourtant difficile de voir en quoi l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH pourrait avoir pour conséquence d'autoriser les États membres à s'affranchir de leurs obligations vis-à-vis de l'Union lorsqu'il leur semblera que celles-ci entrent en conflit avec les droits de l'homme. Les États membres demeurent entièrement libres d'utiliser les voies de recours prévues par les traités pour contester les actes de l'Union européenne contraires à la CEDH. Ils peuvent aussi actionner celles-ci pour obtenir l'interprétation conforme du droit primaire non attaqué incompatible avec la CEDH. Bénéficiant de ces opportunités juridiques, rien n'autorise les États à laisser inappliqué le droit de l'Union de leur propre chef, sous peine de s'exposer à une procédure d'infraction en vertu des articles 258 à 260 TFUE.

Ces réflexions suggèrent que l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, loin de porter atteinte au principe de confiance mutuelle⁵³, est essentielle pour sortir les États d'une position inextricable⁵⁴, entre le marteau du droit de l'Union et l'enclume des obligations qui découlent de la CEDH (ce qu'illustrent bien les affaires évoquées)⁵⁵.

⁴⁸ CJUE, gde ch., 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. jointes C-411 et 493/10, points 79-80.

⁴⁹ *Ibid.*, point 106, nous soulignons.

⁵⁰ La Suisse aurait notamment dû s'assurer que les enfants bénéficieraient d'une prise en charge adaptée à leur âge et que l'unité familiale serait préservée (point 122 de l'arrêt).

⁵¹ En ce sens, v. notamment L. ROSENTEIN, « L'exigence d'une garantie individuelle des conditions d'accueil des familles en demande d'asile dans le cadre du mécanisme Dublin II », *La Revue des droits de l'homme, Actualité Droits-Libertés*, 9 décembre 2014, p. 4.

⁵² Cette position de la Cour de justice a été précisée plus récemment dans un arrêt *Abdullahi* du 10 décembre 2013.

⁵³ V. toutefois, *a contrario*, Fabrice PICOD, qui considère que « le principe de la confiance mutuelle entre les États membres [...] est justement présenté par la Cour de justice comme un principe 'd'une importance fondamentale' », dans *l'esprit d'unité qui caractérise le système de l'Union européenne* » (F. PICOD, « La Cour de justice a dit non [...] », p. 233).

⁵⁴ Henri LABAYLE rappelle la position, « *inconfortable par nature* », des États membres de l'Union européenne qui découle de l'absence d'unité entre le système créé par la CEDH et l'ordre juridique européen : ceux-ci sont susceptibles de se retrouver « *en situation de devoir choisir entre leurs obligations communautaires et leurs devoirs conventionnels, parfois en cas de contradiction* » (« La guerre des juges n'aura pas lieu... »).

⁵⁵ Pour une analyse détaillée des implications de l'adhésion vis-à-vis du principe de confiance mutuelle, v. D. HALBERSTAM, « *"It's the autonomy, Stupid!"*... », pp. 18-27.



IV. De l'absence d'articulation entre le mécanisme mis en place par le protocole n° 16 à la CEDH et la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE

Le protocole n° 16 à la CEDH prévoit la possibilité, pour les plus hautes juridictions des États l'ayant ratifié, 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 »⁵⁶. Les avis rendus dans ce cadre ne sont pas contraignants.

Dans son avis, la Cour de justice argue qu'en l'absence de disposition spécifique dans le projet d'accord sur l'articulation entre le protocole n° 16 et l'article 267 TFUE, l'adhésion de l'Union européenne risque de « porter atteinte à l'autonomie et à l'efficacité de [la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE] »⁵⁷.

Cette présentation de la situation est surprenante et, il faut bien le dire, logiquement fallacieuse. Les États membres de l'Union européenne sont en effet libres d'adhérer au protocole n° 16 : le problème que décrit la Cour de justice existe déjà et l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH n'est en rien la cause de son apparition⁵⁸.

Mais là n'est pas le seul vice de raisonnement de l'avis 2/13. 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. 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. Enfin, les avis rendus par la Cour EDH à l'occasion d'une demande d'avis ont valeur consultative, à la différence de ceux la

Cour de justice, qui jouissent de l'autorité de la chose interprétée⁵⁹.

Au demeurant, l'avis 2/13, sur ce point, ne manque pas de malice. Le Protocole n° 16 a été signé le 2 octobre 2013. Or, à cette date, le projet d'accord était finalisé depuis plusieurs mois, et la Commission avait même déjà introduit sa demande d'avis devant la Cour de justice. Les négociateurs auraient-ils dû faire œuvre divinatoire ? Sans compter que le protocole n° 16 n'est pas encore en vigueur, et qu'à l'heure actuelle, l'Union européenne ne projette pas d'y adhérer...

V. Du risque d'affecter l'article 344 TFUE, qui interdit aux États membres de l'Union européenne de « soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des Traités à un mode de règlement autre que prévu par ceux-ci »

L'article 344 TFUE octroie un monopole de juridiction à la Cour de justice sur tous les litiges de droit de l'Union européenne entre États membres. C'est sur l'articulation de ce monopole avec l'article 33 de la CEDH que porte l'objection de la Cour. De quoi parle-t-on ? L'article 33 de la CEDH permet à un État de « saisir la Cour [EDH] de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante ».

Selon la Cour de justice, l'article 33 autoriserait un État membre de l'Union à poursuivre en manquement un autre État membre de l'Union 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 du contradictoire devant les autorités nationales compétentes). La Cour

⁵⁶ Art. 1, § 1, du Protocole n° 16.

⁵⁷ Point 199 de l'avis 2/13.

⁵⁸ V. en ce sens Denys SIMON, qui reproche à la Cour « une certaine dose de mauvaise foi » sur ce point (« Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt [...] », p. 7). *A contrario*, v. D. HALBERSTAM, qui va dans le sens de la Cour (« It's the autonomy, Stupid!... », pp. 14-16).

⁵⁹ L'existence du protocole n° 16 ne porte donc pas atteinte à l'article 267, § 3, TFUE : comme le souligne l'avocat général KOKOTT, « pour autant qu'elles aient à statuer sur un litige relevant du champ d'application du droit de l'Union, les juridictions des États membres statuant en dernière instance [restent soumises à leur obligation d'] adresser leurs questions sur les droits fondamentaux par priorité à [la CJUE] et [de] se conformer à ses décisions par priorité » (point 141 de la prise de position).



de justice estime qu'une telle situation violerait clairement l'article 344 TFUE. Dès lors, faute de disposition expresse prévoyant l'irrecevabilité d'un tel recours, la Cour de justice considère le projet d'accord non-conforme aux traités⁶⁰.

Soulignons d'emblée qu'en pratique, le scénario mis en avant par la Cour de justice est assez improbable. D'abord, les recours inter-étatiques sont un épiphénomène. Aucun État membre de l'Union européenne n'a jamais attaqué un autre État membre devant la Cour EDH⁶¹. Au sein de l'Union elle-même, seuls quatre arrêts ont été rendus par la Cour de justice au titre de l'article 259⁶². 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 membre⁶³.

Mais, en dehors de ces considérations pratiques, le droit issu des traités a déjà développé un anticorps juridique au problème qu'entrevoit la Cour. En vertu du principe de primauté, les États membres 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. Tout État membre de l'Union qui ferait, dès lors, usage de l'article 33 de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union, se rendrait coupable d'une violation des engagements découlant des Traités. L'État membre s'exposerait alors à l'ouverture d'une

procédure d'infraction à son encontre. Cette arme de dissuasion juridique semble être un mécanisme « *[suffisant] pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE* »⁶⁴, comme l'a justement écrit l'avocat général KOKOTT.

Il faut donc conclure qu'en tout état de cause, il y a ici un problème de mise en œuvre du droit interne de l'Union, et non une question de droit international⁶⁵. Certes, il est tout à fait concevable que la Cour de justice doute, en opportunité, du caractère suffisamment dissuasif de la procédure d'infraction. Le cas échéant, il lui eût toutefois été loisible d'obvier au problème sans pour autant torpiller le projet d'accord. Ainsi eut-elle pu, dans son avis, inviter l'Union et les États membres à déclarer formellement, à l'occasion de l'adhésion, qu'ils s'engageraient à ne pas faire usage de l'article 33 de la CEDH lorsque l'objet du litige entre dans le champ d'application du droit de l'Union⁶⁶.

VI. Des modalités de fonctionnement du mécanisme du codéfendeur qui ne garantiraient pas que les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit soient préservées

La cinquième objection de la Cour de justice est relativement complexe⁶⁷. Un détour pédagogique s'impose. Après avoir présenté le mécanisme du codéfendeur (A) puis les modalités d'octroi du statut de codéfendeur devant la Cour EDH (B), nous examinons les réserves émises par la Cour de justice (C).

⁶⁰ Point 213 de l'avis 2/13.

⁶¹ Il est vrai que la Grèce a déjà attaqué le Royaume-Uni, que l'Autriche a déjà attaqué l'Italie, que le Danemark, la Suède et les Pays-Bas ont déjà attaqué la Grèce, ou encore que l'Irlande a déjà attaqué le Royaume-Uni. Cependant, chacune de ces affaires a eu lieu alors que les États concernés n'étaient pas encore des États membres de l'Union européenne. Pour un tableau récapitulatif de l'ensemble des 17 requêtes inter-étatiques portées devant la Cour EDH, v. http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_FRA.pdf.

⁶² CJCE, 4 octobre 1979, *France / Royaume-Uni*, aff. 141/78, *Rec.* p. 2923 ; CJCE, 16 mai 2000, *Belgique / Espagne*, aff. C-388/95, *Rec.* p. I-3123 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne / Royaume-Uni*, aff. C-145/04, *Rec.* p. I-7917 et CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie / Slovaquie*, aff. C-364/10. La Cour de justice a été saisie de deux autres affaires au titre de l'article 259 TFUE, mais celles-ci ont fait l'objet d'une radiation en cours de procédure : *Irlande / France* (aff. 58/77) et *Espagne / Royaume-Uni* (aff. C-349/92).

⁶³ V. notamment T. MATERNE, *La procédure en manquement d'État. Guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, Coll. Europe, 2012, pp. 296-297.

⁶⁴ Point 118 de la prise de position de l'avocat général KOKOTT. Le gouvernement hellénique a également défendu cette position. V. aussi dans ce sens D. HALBERSTAM, « 'It's the autonomy, Stupid!'... », p. 14.

⁶⁵ V. notamment, en ce sens, J.P. JACQUÉ, « Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? » ; M. KUIJER, « The accession of the European Union to the ECHR... », p. 30.

⁶⁶ Point 118 de la prise de position de l'avocat général KOKOTT.

⁶⁷ V. les points 220 s. de l'avis 2/13.



A. Présentation du mécanisme du codéfendeur

Le mécanisme du codéfendeur est une création du projet d'accord⁶⁸. Son article 3 en détaille le fonctionnement. Une modification de l'article 36 de la CEDH est ainsi prévue, qui consiste en l'ajout d'un quatrième paragraphe disposant que « *l'Union européenne, ou un État membre de l'Union européenne, peut devenir codéfendeur à la procédure par décision de la Cour [EDH] dans les circonstances prévues dans l'Accord portant adhésion [de l'UE à la CEDH]. Le codéfendeur est partie à l'affaire* ».

Ce mécanisme vient organiser un cadre juridique ouvert, mais laissé vacant lors du traité de Lisbonne. Se plaçant dans la perspective nouvelle d'une Union européenne partie à la CEDH, le protocole n° 8 annexé au traité de Lisbonne exigeait que « *les recours formés par les États membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États-membres et/ou l'Union selon le cas* ». Il fallait en même temps « *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* »⁶⁹.

Aux termes de l'article 3 du projet d'accord, l'Union européenne peut donc devenir codéfienderesse à une procédure dirigée contre un (ou plusieurs) État(s) membre(s), lorsque la violation prétendue de la CEDH concerne une disposition du droit de l'Union européenne⁷⁰. Symétriquement, les États membres de l'Union européenne peuvent devenir codéfendeurs à une procédure dirigée contre l'Union européenne, lorsque la violation alléguée porte sur une disposition de droit primaire. Cette seconde hypothèse fut introduite pour contraindre les États membres, seuls compétents pour modifier le droit primaire, d'ouvrir, le cas échéant, une procédure de révision des Traités en vertu de l'article 48 TUE, si une disposition contenue dans ceux-ci était jugée contraire à la CEDH.

⁶⁸ Sur le mécanisme du co-défendeur, v. notamment G. GAJA, « The "Co-respondent Mechanisms" According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR », pp. 341 à 348.

⁶⁹ X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme...*, p. 11.

⁷⁰ Art. 3, § 2, du projet d'accord.

Toujours selon l'article 3 du projet d'accord, lorsque le mécanisme du codéfendeur s'applique et qu'une violation de la CEDH est constatée par la Cour, « *le défendeur et le codéfendeur sont conjointement responsable 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* »⁷¹.

Grâce à la règle de la responsabilité conjointe, « *la Cour EDH se limiterait* », selon les explications de la Commission, « *à constater une [...] violation [et] [...] ne serait pas appelée à se prononcer directement sur la nature et la part des contributions respectives de l'Union et de l'État membre concerné à cette violation ni, partant, indirectement sur les obligations respectives de ceux-ci en ce qui concerne l'exécution de l'arrêt* »⁷².

Au cours de l'élaboration du projet d'accord, certaines voix plaidèrent en faveur d'un champ d'application large du mécanisme du codéfendeur⁷³. *In fine*, son périmètre fut très significativement restreint. Commentant le projet d'accord, Xavier GROUSSOT, Tobias LOCK et Laurent PECH écrivirent ainsi que « *[l]e mécanisme du codéfendeur a fait couler beaucoup d'encre alors qu'il apparaît que seulement trois affaires auraient indubitablement requis, jusqu'à présent, son application* »⁷⁴. Johan CALLEWAERT estima quant à lui que l'« *on peut s'attendre à ce que le nombre d'affaires appelant l'application du mécanisme de codéfendeur sera très réduit en pratique* ». Et l'auteur de citer comme rares exemples d'affaires antérieures qui auraient réuni les conditions requises, *Bosphorus* et *Matthews*⁷⁵.

⁷¹ Art. 3, § 7, du projet d'accord.

⁷² Point 82 de l'avis 2/13.

⁷³ V. notamment en ce sens, P. DOLLAT, « Souhaiter à l'Union européenne une adhésion à la CEDH ? », *Terra nova*, note, 22 décembre 2010, p. 6, ou encore la communication commune des présidents COSTA et SKOURIS du 17 janvier 2011, p. 10 (http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_francais.pdf).

⁷⁴ X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme...*, p. 19. V. également dans ce sens J. CALLEWAERT, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 75.

⁷⁵ J. CALLEWAERT, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, préc., p. 75.

Dans la majorité des cas portés devant la Cour EDH, c'est le mécanisme classique de la tierce intervention qui aura vocation à



B. Modalités d'octroi du statut de codéfendeur

Devant la Cour, une partie substantielle des débats porta sur le contrôle de plausibilité effectué par la Cour EDH, à l'issue duquel cette dernière peut refuser le statut de codéfendeur à l'Union européenne ou à un État membre. L'avocat général KOKOTT avait émis certaines réserves à l'égard de ce mécanisme.

Le système prévu dans le projet d'accord était le suivant : la Cour EDH prend la décision d'accepter ou de refuser la demande d'un État membre ou de l'Union européenne qui souhaite être codéfendeur après avoir « [évalué] si, à la lumière des arguments présenté par la Haute Partie contractante concernée, il est *plausible* que les conditions [...] soient remplies »⁷⁶. Dans son avis, la Cour de justice considère que ce contrôle de plausibilité « serait susceptible d'interférer avec la répartition des compétences entre UE et États membres ». Quant à l'avocat général KOKOTT, elle estimait que le « pouvoir discrétionnaire »⁷⁷ ainsi accordé à la Cour EDH « est de nature à compromettre [...] la défense efficace du droit de l'Union devant la Cour EDH »⁷⁸, et que, dans l'hypothèse d'un refus injustifié de la Cour EDH, l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ne serait pas respectée⁷⁹.

Ce point soulevé par la Cour de justice et l'avocat général KOKOTT ne manque pas de pertinence. Certes, en pratique, la probabilité est – encore une fois – faible que la Cour EDH se livre à une politique jurisprudentielle de boycott de l'UE, via une censure systématique des demandes en codéfense de celle-ci. Mais en théorie, ce mécanisme pourrait conduire à une intrusion de la Cour EDH dans la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres⁸⁰. Ceci étant, il n'y avait pas matière à faire de ce problème

s'appliquer (V. 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, Annexe V, *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*, points 45 et 46).

⁷⁶ Art. 3, § 5, du projet d'accord, nous soulignons.

⁷⁷ Point 230 de la prise de position de l'avocat général KOKOTT.

⁷⁸ *Ibid.*, point 231.

⁷⁹ *Ibid.*, point 232.

⁸⁰ V. toutefois l'analyse proposée par Paul GRAGL sur la portée du terme « plausible » (« *A giant leap for European human rights ?*... », pp. 34-35).

un *casus belli* : comme l'a démontré l'avocat général KOKOTT, une retouche du projet d'accord sur ce point aurait été envisageable.

C. La responsabilité conjointe et le sort des réserves à la CEDH formulées par les États membres

Le protocole n° 8 prévoit expressément que l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH « doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard [...] notamment [...] des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres »⁸¹.

La Cour de justice, suivant l'avocat général KOKOTT, reproche au projet d'accord de ne pas exclure qu'« un État membre puisse être tenu pour responsable, conjointement avec l'Union, de la violation d'une disposition de la CEDH au regard de laquelle [il] aurait formulé une réserve »⁸². Sur ce point, il faut bien reconnaître que la Cour est fondée à critiquer le projet d'accord. En sus du stigmate afflictif pesant sur le codéfendeur réserviste, des mesures d'exécutions doivent normalement être prises par les Parties condamnées par la Cour EDH. Ces mesures s'imposent-elles aussi au codéfendeur qui a formé des réserves ? Le cas échéant, n'y a-t-il pas là, au moins en théorie, un risque de violation du prescrit du protocole n° 8 ?

Dans la pratique, le risque d'occurrence concrète d'une telle situation demeure toutefois limité : les États membres ne peuvent se prévaloir de réserves 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 Charte des droits fondamentaux de l'Union. Cette dernière s'applique en effet sans réserve, en vertu de son article 51, paragraphe 1⁸³, à la quasi-totalité des États

⁸¹ Art. 2 du protocole n° 8.

⁸² Points 227-228 de l'avis 2/13. L'avocat général KOKOTT redoute des « situations dans lesquelles la Cour EDH condamnerait un ou plusieurs États membres intervenant en qualité de codéfendeur(s) [...] aux côtés de l'Union pour répondre d'une violation d'un droit fondamental garanti par la CEDH bien qu'en sa ou leur qualité de partie(s) à la CEDH, le ou les États membres concernés aient formulé une réserve de droit international à l'encontre de la disposition de la CEDH dont il s'agit » (point 264 de la prise de position).

⁸³ « Les dispositions de la présente Charte s'adressent [...] aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de



membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. La Cour de justice précisa les contours de son champ d'application à l'occasion de l'affaire *Akerberg*⁸⁴, retenant une conception extensive de la notion de « *mise en œuvre nationale* »⁸⁵. Quant aux États bénéficiant d'une clause d'*opt-out* de la Charte, ils restent soumis aux principes généraux de droit de l'Union dégagés par la Cour de justice, qui s'inspirent abondamment et puisent largement dans la CEDH⁸⁶. Si tant est qu'elles existent, des réserves qui sortiraient de ce cadre ne seraient certainement pas pléthore.

Une disposition prévoyant expressément que « *le principe de la responsabilité conjointe du défendeur et du codéfendeur s'applique sans préjudice d'éventuelles réserves que les parties à la CEDH auraient formulées* »⁸⁷ aurait cependant été la bienvenue pour dissiper tout malentendu éventuel et rassurer formellement les États membres sur le sort de leurs réserves.

VII. Des modalités de fonctionnement de la procédure de l'implication préalable, qui ne permettraient pas de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit

Avant d'analyser la position de la Cour de justice sur ce point (B), revenons un instant sur

L'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives » (nous soulignons).

⁸⁴ Préc.

⁸⁵ V. sur ce point les analyses de X. GROUSSOT et I. OLSSON, « *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter...* », notamment pp. 8 à 13 et S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la "mise en œuvre" 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.

⁸⁶ Rappelons que depuis son arrêt *ERT* de 1991, la Cour considère que « *dès lors qu'une [réglementation nationale] entre dans le champ d'application du droit communautaire* », elle doit être conforme « *avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la convention européenne des droits de l'homme* » (CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925, point 42). L'article 6, § 3, TUE dispose en outre que « *[l]es 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* ».

⁸⁷ Point 265 de la prise de position de l'avocat général KOKOTT.

le mécanisme d'implication préalable prévu dans le projet d'accord (A)

A. L'implication préalable dans le projet d'accord

En créant une procédure d'implication préalable⁸⁸, les négociateurs avaient souhaité tenir compte d'une caractéristique de l'ordre juridique de l'Union européenne : celle selon laquelle « *en règle générale, l'action de l'Union ne déploie ses effets à l'égard des particuliers que par l'intermédiaire des mesures nationales de mise en œuvre ou d'application* »⁸⁹. En dehors des recours directs, les particuliers qui entendent contester un acte de l'Union doivent donc, en principe, attaquer la mesure nationale de mise en œuvre devant le juge national, pour ensuite exciper, par ce détour, de l'illégalité de l'acte de l'Union. Le renvoi préjudiciel – obligatoire pour les juridictions nationales statuant en dernière instance – prévu aux traités garantit alors que la Cour de justice puisse exercer un contrôle sur la validité de l'acte de l'Union sur lequel repose la mesure d'exécution critiquée par le justiciable.

Comme chacun le sait, un principe d'épuisement des voies de recours internes prévaut en droit EDH. Il impose au justiciable d'avoir actionné toutes les voies de recours internes, avant d'adresser une requête à la Cour EDH. Faute d'y satisfaire, la requête est irrecevable.

La question s'est donc posée de savoir si, dans le cadre de l'adhésion, le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice devait être lui aussi épuisé avant de porter une requête devant la Cour EDH.

Assez tôt, les négociateurs ont y réservé une réponse négative, au motif que les parties au procès devant le juge national n'ont aucun pouvoir sur le renvoi préjudiciel (sauf celui de le solliciter dans leurs écritures). C'est au juge, dans son office, de décider discrétionnairement d'adresser ou non une question préju-

⁸⁸ Sur le mécanisme de l'implication préalable, v. notamment A. T. PÉREZ, « Too Many Voices ? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union », in V. KOSTA, N. SKOUTARIS et V.P. TZEVELEKOS (éd.), *The EU Accession to the ECHR*, préc., p. 29.

⁸⁹ Document de réflexion de la CJUE à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 mai 2010, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf, point 5.



dicielle à la Cour de justice, selon les conditions prévues par les traités et la jurisprudence de la Cour⁹⁰. Comment, dès lors, pourrait-on refuser au justiciable l'accès au prétoire de la CEDH, au motif qu'il n'aurait pas exercé une voie de recours dont la maîtrise lui échappe ?

La Cour de justice s'est néanmoins émue de cette exclusion. Dans un document de réflexion de 2010 sur l'adhésion de l'Union à la CEDH⁹¹, elle exprima son inquiétude de voir arriver devant la Cour EDH des requêtes mettant en cause la conformité d'un acte de l'Union européenne avec la CEDH, sans qu'elle n'ait été préalablement consultée sur la validité même de l'acte litigieux au regard du droit de l'Union européenne⁹². Elle prit soin, notamment, de rappeler qu'« *il incombe [...] à la seule CJUE de constater, le cas échéant, l'invalidité d'un acte de l'Union* »⁹³, ce à quoi « *l'adhésion ne doit pas porter atteinte* »⁹⁴.

Ainsi s'explique que le projet d'accord ait aménagé une procédure d'implication préalable de la Cour de justice. Celle-ci permet à la Cour de justice d'« *examiner la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne avec les droits en question garantis [par la CEDH et les protocoles auxquels l'UE a adhéré]* »⁹⁵, c'est-à-dire de « *statuer sur la validité d'une disposition juridique figurant dans des actes [de l'UE], ou bien sur l'interprétation d'une disposition [de droit primaire]* »⁹⁶. Ceci semble donc exclure de la procédure d'implication préalable l'interprétation du droit dérivé.

L'implication préalable ne peut être déclenchée que si deux conditions cumulatives sont satisfaites : (i) l'Union européenne est codéfenderesse devant la Cour EDH ; et (ii) les juridictions internes saisies de l'affaire portée

par le requérant devant la Cour EDH n'ont pas consulté la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Il est en outre prévu que la Cour de justice intervient « *rapidement* », et que son avis ne lie pas la Cour EDH⁹⁷.

La doctrine est partagée sur l'opportunité de la procédure d'implication préalable. Ses partisans ont mis en avant le respect du monopole d'interprétation et l'autonomie procédurale de la CJUE⁹⁸. Ses adversaires y perçoivent au contraire un régime « de faveur » injustifié au profit de l'Union européenne et, plus particulièrement, de la Cour de justice. Les juridictions suprêmes des États parties à la CEDH n'ont en effet jamais bénéficié d'un tel mécanisme. Xavier GROUSSOT, Tobias LOCK et Laurent PECH avouent « *demeurer peu convaincu[s] quant à la nécessité d'offrir à la CJUE l'opportunité d'une "implication préalable" [...] [qui] conduit à privilégier la CJUE* » par rapport aux juridictions suprêmes nationales, en sus de complexifier davantage le mécanisme du codéfendeur et d'allonger la procédure devant la Cour EDH⁹⁹.

B. L'avis 2/13

L'avis 2/13 est de nouveau sévère. Il reproche d'abord au projet d'accord de restreindre, en matière d'interprétation, le champ de l'implication préalable au seul droit primaire, à l'exclusion du droit dérivé¹⁰⁰.

Mais les critiques les plus fondamentales portent sur le pouvoir, octroyé à la Cour EDH,

⁹⁷ Art. 3, § 6, du projet d'accord.

⁹⁸ V. notamment en ce sens P. DOLLAT, *Souhaiter à l'Union européenne une adhésion à la CEDH?*, p. 6. Pour l'auteur, il est nécessaire de « *prévoir des mesures procédurales garantissant l'implication préalable de la CJUE pour les affaires où elle n'a pas eu à se prononcer sur la compatibilité d'un acte de l'Union avec les droits fondamentaux* ». Sans surprise, cette position est également défendue par les Présidents COSTA et SKOURI dans leur communication commune du 17 janvier 2011 (pp. 2-3). D'autres mettent en avant des arguments plus évanescents. Ainsi, Jörg POLAKIEWICZ estime que si, au premier abord, la procédure d'implication préalable pourrait privilégier indument la Cour de justice par rapport aux cours suprêmes ou constitutionnelles des États membres, elle « *may be justified by the considerations of subsidiarity and the 'specific characteristics of Union law'* », dans la mesure où elle ne s'applique que dans le cadre du mécanisme de codéfendeur (« *EU law and the ECHR: will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?, Fundamental Rights in Europe: a matter for two courts, Oxford Brookes University*, 18 janvier 2013, pp. 9-10).

⁹⁹ X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme...*, p. 18.

¹⁰⁰ Points 242-243 de l'avis 2/13.

⁹⁰ Notamment celle relative à la théorie de l'acte clair (CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT*, aff. 283/81).

⁹¹ Document de réflexion de la CJUE à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 mai 2010, préc.

⁹² *Ibid.*, point 9. Selon la Cour, il « *importe [donc] d'éviter que la Cour EDH soit amenée à statuer sur la conformité d'un acte de l'Union avec la Convention sans que la CJUE ait pu, au préalable, se prononcer définitivement à cet égard* ».

⁹³ La Cour de justice fait ici référence à son arrêt *Foto-Frost* (CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199).

⁹⁴ Document de réflexion de la CJUE de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, préc., point 8.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Rapport explicatif (préc.), point 66, nous soulignons.



de décider d'impliquer préalablement (ou non) la Cour de justice. Selon cette dernière, le projet d'accord devrait prévoir que seule l'institution compétente de l'Union (probablement la Commission) doit pouvoir décider si la Cour de justice s'est déjà prononcée sur la même question de droit que celle en débat devant la Cour EDH. Autrement dit, la Cour de justice semble refuser à la Cour EDH toute compétence d'interprétation de la jurisprudence luxembourgeoise¹⁰¹. Dans un sens plus modéré, l'avocat général KOKOTT proposait que la Cour EDH ne puisse renoncer à engager la procédure que « lorsqu'il est *manifeste* que la [CJUE] s'est déjà prononcée sur la question de droit concrète qui fait l'objet du recours pendant devant la Cour EDH »¹⁰².

Que penser de l'analyse de la Cour ? En droit, il est compréhensible que la Cour ait critiqué l'exclusion du droit dérivé. Rien ne justifie, au vrai, un tel cantonnement de la procédure d'implication préalable. Toutefois, dans les faits, on ne peut que s'étonner des préoccupations de la Cour de justice. Comme chacun sait, celle-ci est confrontée à un sérieux problème d'engorgement en matière de renvoi préjudiciel¹⁰³. Elle s'en est émue à maintes reprises. À cette aune, revendiquer une approche maximaliste du mécanisme d'implication préalable marque une inconstance de sa part. En d'autres domaines, la haute juridiction luxembourgeoise s'est d'ailleurs ingéniée à développer des politiques jurisprudentielles de « lâcher prise » vis-à-vis des juridictions nationales... Pourquoi cette ligne jurisprudentielle ne vaudrait-elle pas (ou plus) dans ses relations vis-à-vis de la Cour EDH ? La res-

triction du mécanisme aux questions d'interprétation du droit primaire ne semble-t-elle pas justifiée en termes d'économie procédurale ?

Selon nous, la procédure d'implication préalable telle que prévue par le projet d'accord organisait un compromis équilibré entre les différents intérêts en cause : célérité processuelle du côté de la Cour EDH, autonomie interprétative du côté de la Cour de justice. Il est curieux que la Cour de justice n'y ait aucunement été sensible.

VIII. De la méconnaissance alléguée des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'UE en matière de PESC¹⁰⁴

Avant de procéder à une analyse approfondie de l'argumentation de la Cour de justice sur cette ultime question (B), arrêtons-nous un instant sur le cadre juridique du contrôle des actes PESC dans l'architecture actuelle de l'ordre juridique de l'Union européenne (A).

A. Cadre juridique actuellement applicable au contrôle des actes PESC

Malgré l'abolition, par le traité de Lisbonne, des anciens piliers de l'Union européenne, le régime de la PESC (ancien deuxième pilier) est jusqu'à présent demeuré largement dérogatoire au droit commun, et ce, notamment, en matière de contrôle juridictionnel. Ainsi, la compétence de la Cour de justice en matière de contrôle des actes pris dans le cadre de la PESC est limitée au contrôle du respect de l'article 40 TUE (répartition des compétences et procédures applicables pour adopter un acte) et de la légalité des décisions visées à l'article 275, alinéa 2, TFUE, qui prévoient des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales.

Le contrôle juridictionnel – ou son absence – des actes PESC alimente un débat récurrent dans la doctrine européeniste. Avant l'adoption du traité de Lisbonne, c'était implicite-

¹⁰¹ *Ibid.*, points 238-239.

¹⁰² Point 280 de la prise de position de l'avocat général KOKOTT, nous soulignons.

¹⁰³ Sur l'engorgement de la CJUE, v. not. K. LENAERTS, « *The unity of European law and the overload of the ECJ: the system of preliminary ruling revisited* », in G.Z. CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2006, p. 211, disponible sur : <http://www.ecln.net/elements/berlin2005/lenaerts.pdf> (v. plus particulièrement, sur la délégation d'une compétence préjudicielle limitée au Tribunal de l'UE, pp. 232 s., et sur les réformes procédurales de la Cour, pp. 236 s.) ; D.-U. GALETTA, « *European Court of Justice and Preliminary Reference Procedure Today: National Judges, Please Behave!* », in U. BECKER et al. (éds.), *Verfassung und Verwaltung in Europa. Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2014, p. 674, disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=2500746> ; v. enfin les statistiques de la Cour : *Rapport annuel de la CJUE* (2014), disponible sur : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-03/qdag15001frn.pdf>.

¹⁰⁴ Point 257 de l'avis 2/13.



ment que les Traités excluaient le « deuxième pilier » du contrôle juridictionnel. Le pilier PESC était en effet conçu comme « un domaine qui, par sa nature, n'appelait pas de soumission au juge »¹⁰⁵. Touchant à la diplomatie internationale, à la négociation intergouvernementale et à la stratégie géopolitique, les actes PESC étaient assimilables à des actes de gouvernement soustraits au contrôle du juge.

Le traité de Lisbonne est toutefois venu changer la donne. D'une part, il rendit explicite l'incompétence de la Cour de justice sur les actes relevant de la PESC. D'autre part, il introduisit des exceptions à cette incompétence. Les rédacteurs du traité avaient en effet à cœur d'assurer aux particuliers une protection juridictionnelle face à des actes produisant des effets juridiques défavorables à leur égard. Cette préoccupation faisait suite à la jurisprudence *Kadi*, où la Cour de justice disposa que « le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une Communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE »¹⁰⁶.

B. L'avis 2/13

Malgré les progrès enregistrés à Lisbonne, il était toutefois permis de se demander si l'équilibre alors atteint serait soluble dans le système strasbourgeois. Dans son avis, la Cour de justice estime que cela n'est pas le cas. Elle rappelle, dans ses prolégomènes, qu'« 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 »¹⁰⁷ et estime qu'une telle situation « ne peut se jus-

tifier qu'au regard du seul droit de l'Union », parce qu'elle découle de « l'aménagement des compétences de la Cour prévu par les traités »¹⁰⁸. Ayant ainsi planté le décor, la Cour de justice remarque que « 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 ». Cette situation n'est pas acceptable selon la Cour de justice : cela « reviendrait à confier le contrôle juridictionnel [de ceux-ci] [...] exclusivement à un organe externe de l'Union » – ce qui lui pose problème bien qu'il s'agisse d'« un contrôle limité au respect des seuls droits garantis par la CEDH »¹⁰⁹.

L'argumentation légaliste de la Cour de justice interpelle. Elle consiste à affirmer que la conformité de certains actes PESC aux droits fondamentaux ne peut ni ne doit être contrôlée, au motif que la lettre des traités l'interdit. Pourtant, dans une perspective téléologique, ce sont ces mêmes traités qui prévoient l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, notamment dans le but d'améliorer la protection des droits fondamentaux des particuliers au sein de l'Union européenne. Jean Paul JACQUÉ a bien souligné ce décalage entre la lecture conservatrice du traité et l'esprit progressiste de l'adhésion : « l'attitude qui consiste à dire puisque je ne peux connaître de la PESC, Strasbourg n'en connaîtra pas non plus laisse, s'agissant d'un secteur où les risques de violations des droits fondamentaux sont importants, pour le moins perplexe quant à la balance qu'établit la Cour entre ses prérogatives et la protection des droits humains »¹¹⁰. Le protectionnisme juridique dont fait preuve la Cour de justice est du reste surprenant de la part d'une juridiction qui, depuis les années 1970, n'a cessé de s'ériger en magistrature constitutionnelle, garante des droits fondamentaux.

Mais ce sont peut-être les conclusions de l'avocat général KOKOTT qui ont le mieux mis l'accent (rétrospectivement) sur les vices

¹⁰⁵ G. BACHOUÉ-PEDROUSO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne : contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 219.

¹⁰⁶ CJCE, gde ch., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, aff. jointes C-402 et 415/05 P, point 316. Les développements exposés dans ce paragraphe s'appuient notamment sur la thèse de G. BACHOUÉ-PEDROUSO (*op. cit.* note précédente, pp. 218 s.). L'auteur les conclut en remarquant que le traité de Lisbonne « modifie radicalement les perspectives », ce qui « est [bienvenu] à la veille de l'adhésion de l'Union à la CEDH », dans la mesure où cela « permet au juge de l'Union d'assurer une protection juridictionnelle effective », notamment « dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ».

¹⁰⁷ Point 252 de l'avis 2/13.

¹⁰⁸ *Ibid.*, point 253.

¹⁰⁹ *Ibid.*, point 255.

¹¹⁰ J. P. JACQUÉ, « Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? ». V. toutefois *a contrario* D. HALBERSTAM, « "It's the autonomy, Stupid!"... », pp. 27 à 34.



de raisonnement de l'avis 2/13. Selon l'illustre magistrat, la question se pose en ces termes : « *la protection juridictionnelle garantie par l'ordre juridique de l'Union dans le domaine de la PESC peut-elle être considérée comme une protection juridictionnelle effective au sens des articles 6 et 13 de la CEDH ? Ou bien l'Union contracterait-elle par son adhésion à la CEDH, telle qu'elle est prévue dans le projet d'accord, en ce qui concerne la protection juridique dans le domaine de la PESC, des obligations de droit international pour l'accomplissement desquelles ses institutions, à savoir la Cour de justice de l'Union européenne, n'ont pas les compétences nécessaires ? Si la Cour devait constater que cette seconde proposition est correcte, cela n'empêcherait pas seulement l'Union d'adhérer à la CEDH, mais apparaîtrait aussi au grand jour, au plan interne de l'Union, une faille dans le système de protection juridictionnelle qui serait éminemment problématique dès aujourd'hui, ne serait-ce qu'en raison de l'obligation d'homogénéité imposée par l'article 52, paragraphe 3, première phrase, de la Charte* »¹¹¹.

La Commission avait entrevu la difficulté diagnostiquée par l'avocat général. Elle avait donc pris soin, dans ses écritures, de démontrer que le régime juridictionnel des actes PESC remplissait les exigences de la CEDH en matière de recours juridictionnel. 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. 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. Par ailleurs, si l'acte litigieux est exceptionnellement fondé sur une disposition d'une décision du Conseil adoptée « *[l]orsqu'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

¹¹¹ Point 85 de la prise de position de l'avocat général KOKOTT, nous soulignons.

Cour est compétente en vertu de l'article 275, alinéa 2, TFUE – notamment pour se prononcer dans le cadre d'un renvoi préjudiciel¹¹².

En sus des arguments juridiques de la Commission, auxquels nous souscrivons, il nous faut ajouter que l'avis se distancie de la philosophie universaliste qui soufflait sur l'arrêt *Kadi* de 2008. Pour asseoir sa septième objection, la Cour reprend la clause de style relative aux « *caractéristiques spécifiques* » de l'Union, déjà intensivement sollicitée dans les autres sections de l'avis¹¹³. Or, comme l'évoque Jörg POLAKIEWICZ, « *[a]s a matter of principle, it can be questioned whether it is appropriate to invoke the autonomy of any legal order when protecting fundamental and human rights* »¹¹⁴.

IX. | Remarques conclusives

À l'issue de cette analyse, force est de constater que la Cour de justice ne dit rien de positif sur le projet d'accord¹¹⁵. La méthode argumentative que suit la Cour consiste à aligner, énumérer, inventorier les griefs à l'encontre du projet d'accord. De plus, l'instruction se fait uniquement à charge¹¹⁶. La Cour paraît réticente à discuter de tout élément susceptible de sauver le projet d'accord. Une attitude plus constructive, telle que celle adoptée par l'avocat général KOKOTT, qui a conclu à une compatibilité avec réserves, était pourtant possible¹¹⁷. Pour évoquer le choix méthodolo-

¹¹² Point 98 de l'avis 2/13. Si un acte pris en matière de PESC produit des effets juridiques contraignants et émane d'une institution européenne, il peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour de justice dans l'hypothèse où ils violent les droits fondamentaux : il s'agit alors, en effet, de « *mesures restrictives* ».

¹¹³ L'expression « *caractéristiques spécifiques* » apparaît non moins de treize fois dans l'analyse de conformité du projet d'accord opérée par la Cour de justice. Outre sur la question de la PESC, elle est utilisée au soutien des trois premières objections, puis pour critiquer les mécanismes du codéfendeur et de l'implication préalable.

¹¹⁴ J. POLAKIEWICZ, « EU la wand the ECHR... », p. 5.

¹¹⁵ Denys SIMON parle de conclusions « *catégoriquement négatives* » (« *Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt...* », p. 8). Roseline LETTERON remarque quant à elle que « *rien dans le projet ne trouve grâce [aux] yeux [de la CJUE]* » (*Adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme...*).

¹¹⁶ V. *contra* F. PICOD, « La Cour de justice a dit non... », p. 231.

¹¹⁷ En ce sens, v. J. P. JACQUÉ, « Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? ». Nous approuvons en outre Jörg POLAKIEWICZ lorsqu'il affirme qu'il est « *vital to preserve the essential features of the Convention mechanism [...], the equal treatment of all Contracting Parties and [...] its subsidiary nature* », et de rappeler qu'après tout, « *it is the EU which seeks accession to the ECHR and not the other way around* ». C'est pourquoi les aménagements, certes indispensables, à l'adhésion de l'Union, devraient être limités à ceux qui sont strictement néces-



gique de la Cour, Henri LABAYLE a parlé de posture « *délibérément politique* »¹¹⁸.

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. 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* »¹¹⁹. Dans le même sens, il serait permis d'ajouter qu'après l'avis, il relève de la mystique¹²⁰.

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.

Dès après le prononcé de l'avis, les brocards ont afflué. Henri LABAYLE a reproché à la Cour de justice « *[e]mbourgeoisement, autosatisfaction [et] manque de courage* »¹²¹. Jean Paul JACQUÉ a déploré le « *manque de confiance [de la CJUE] dans l'aptitude des juridictions suprêmes nationales à se soumettre pleinement aux obligations des traités* », et le « *faible crédit accordé à Strasbourg pour prendre en compte les particularités du système judiciaire de l'Union* »¹²².

saire (« EU la wand the ECHR: will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle? », p. 2.). Les mécanismes originaux créés par le projet d'accord nous paraissent suffire à préserver les « *caractéristiques spécifiques* » de l'Union européenne, sans pour autant lui accorder des dérogations telles qu'elles viendraient dénaturer le fonctionnement du contrôle judiciaire instauré par la CEDH.

¹¹⁸ H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu... ».

¹¹⁹ X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, « Adhésion de l'Union européenne », p. 3.

¹²⁰ Comme le remarque Jean Paul JACQUÉ, « *on a connu la Cour moins réservée dans le passé* » (« Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? »).

¹²¹ H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu... ».

¹²² V. en ce sens, J.P. JACQUÉ, « Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? ».

D'autres voix doctrinales se sont toutefois faites entendre pour soutenir l'avis 2/13¹²³. Fabrice PICOD a ainsi salué « *un esprit de cohérence témoignant d'une vision globale* ».

Nous espérons pour notre part que l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH aura lieu malgré ce coup d'arrêt¹²⁴, dans la mesure où elle représente un important facteur de cohérence et de crédibilité¹²⁵. En voulant ainsi « *se développer en vase clos, à l'abri d'influences qu'elle ne maîtrise pas* »¹²⁶, la Cour de justice a fait preuve d'une inexplicable obsession du contrôle.

En attendant, il faudra « *s'en tenir* », comme le préconisait Bruno GENEVOIS en 2010, « *aux solutions qui ont vu spontanément le jour : respect de facto par la Cour de Luxembourg de la jurisprudence de la Cour européenne ; souci de cette dernière de ne pas exercer son contrôle dès lors qu'existe une protection équivalente des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire* »¹²⁷.

¹²³ V. notamment F. PICOD, « La Cour de justice a dit non... » et D. HALBERSTAM, « "It's the autonomy, Stupid!"... ».

¹²⁴ Les spéculations de la doctrine sur l'avenir de l'adhésion foisonnent. Des divergences marquées apparaissent quant aux suites à donner à l'avis 2/13 : renégociation de l'accord – si tant est qu'elle soit possible –, adoption d'une série de déclarations unilatérales par les États membres et l'Union européenne, révision des traités, signature d'un « *Notwithstanding Protocol* »... ou, au contraire, un abandon pur et simple du processus d'adhésion. Notons que pour sa part, la Commission n'a pas abandonné le projet : dans un discours prononcé le 12 février 2015 devant le Parlement européen, Frans Timmermans, Premier Vice-Président de la Commission, a assuré que l'« *accession to the ECHR remains a top priority for the Commission* », et estime qu'une « *reflection period giving [the Commission] time for consultation with stakeholders on the best way forward* » est nécessaire (« Commission Statement: EU Framework for democracy, rule of law and fundamental rights »).

¹²⁵ *A contrario*, Fabrice PICOD estime que « *le système de protection des droits fondamentaux développé par la Cour de justice [...] est globalement satisfaisant* », que la voie de l'adhésion est « *excessivement complexe et tortueuse* » et met en doute la valeur ajoutée de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH (« La Cour de justice a dit non... », p. 234).

¹²⁶ R. LETTERON, « Adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme... ».

¹²⁷ B. GENEVOIS, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte... », p. 444.

