

RICCARDO PASSARELLA

**Commentaire de l'Avis consultatif de la CJUE 2/13,
du 18 décembre 2014 sur l'accord d'adhésion de
l'UE à la CEDH**

Travail de Proséminaire

Université de Fribourg

Faculté de Droit

Sous la direction de la Professeure Samantha Besson

Numéro d'étudiant : 13-200-076

Nombre de semestres : 4

Langue maternelle : Italien

Via Pollini 6, 6850 Mendrisio

076 521 08 80

riccardo.passarella@unifr.ch

Année universitaire 2014/2015

Session de janvier 2015

Fribourg, le 9 mai 2015

Table des matières

Table des matières	II
Table des abréviations	IV
Bibliographie	VII
Articles, ouvrages et contributions à des ouvrages édités	VII
Blogposts et contributions sur l’Avis 2/13	XI
Autres sources	XIV
Table des arrêts	XVI
Cour de justice de l’union européenne (CJUE/CJCE)	XVI
Avis de la Cour	XVI
Arrêts de la Cour	XVII
CourEDH	XIX
Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG)	XX
Introduction	1
§1. Développement des droits fondamentaux dans l’UE	2
I. De la constitution des Communautés à nos jours	2
A. Les droits fondamentaux dans l’UE	2
B. La reconnaissance par la CourEDH	4
II. Deux possibles scénarios post-adhésion	5
§2. Les étapes de l’adhésion	6
I. De la CECA au traité de Lisbonne	6
II. La négociation de l’accord d’adhésion	8

III. Les contenus du PAA	10
IV. Les effets de l'adhésion	13
§3. L'Avis 2/13 : analyse critique des motifs de rejet	14
I. Appréciation générale	14
II. Le mécanisme du codéfendeur	16
III. Le mécanisme d'implication préalable	20
IV. Le principe de confiance mutuelle dans l'ELSJ	23
V. La question de la PESC	25
VI. La coordination entre la Charte et la CEDH	27
VII. L'article 344 TFUE	28
VIII. Le conflit entre l'art. 267 TFUE et le protocole n° 16	30
Conclusion	32

Table des abréviations

AG	Avocat Général
Art.	Article(s)
aTUE	Traité sur l'Union européenne (établi par le Traité de Maastricht en 1992, modifié par le Traité d'Amsterdam en 1997 et le traité de Nice en 2001)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
C.	Contre
CDDH	Comité directeur pour les droits de l'homme
C(E)E	Communauté (économique) européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
Cf.	Confer
Charte (de Nice)	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007 (remplaçant la Charte du 7 décembre 2000, JO C 326 du 26.10.2012, pp. 391–407)
Charte NU	Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COREPER	Comité des représentants permanents
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme

CPE	Communauté politique européenne
Édit.	Éditeur
Ég.	Également
EM	État(s) membre(s)
EP	État(s) Partie(s)
ESIL	European Society of International Law
ELSJ	Espace de liberté, sécurité et de justice
Ibid.	Ibidem
JO	Journal officiel de l'Union européenne
Litt.	Littera
N°	Numéro
ONU	Organisations des Nations Unies
P(p).	Page(s)
PAA	Projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH
Para(s)	Paragraphe(s)
PESC	Politique extérieure et de sécurité commune
PESD	Politique européenne de sécurité et de défense
Rec.	Recueil
Règ.	Règlement
Req.	Requête

RUEDELSJ	Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'espace de liberté, sécurité et de justice (ELSJ)
SIDIBlog	Blog della società italiana di diritto internazionale
S(s).	Et suivant(s)
TCE	Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne (tel que modifié par le Traité de Maastricht en 1992, le Traité d'Amsterdam en 1997 et le Traité de Nice en 2001 ; remplacé par le TFUE depuis le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007)
TCEE	Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne
TECE	Traité de Rome du 29 octobre 2004 établissant une constitution pour l'Europe, JO C 310 du 16 décembre 2004, pp. 1-474
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (établi par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, JO C 83 du 30 mars 2010)
TUE	Traité sur l'Union Européenne (tel que modifié par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, JO C 83 du 30 mars 2010)
UE	Union Européenne
VerfBlog	Verfassungsblog.de
Vol.	Volume

Bibliographie

Articles, ouvrages et contributions à des ouvrages édités

ASHIAGBOR Diamond / COUNTOURIS Nicola / LIANOS Ioannis (édit.), *The European Union After the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2012.

BARATTA Roberto, « Accession of the EU to the ECHR: The Rationale for the ECJ Prior Involvement Mechanism », *Common Market Law Review* vol. 50 n° 5, 2013, pp. 1305-1332.

BESSON Samantha, *Droit Constitutionnel Européen*, 2^e éd., Berne 2013.

BREUER Marten, « No Donum Danaorum! A reply to Daniel Thym's "A Trojan Horse?" », *VerfBlog* 16 septembre 2013, <www.verfassungsblog.de>, p. « <http://www.verfassungsblog.de/en/no-donum-danaorum-a-reply-to-daniel-thyms-a-trojan-horse/> », consulté le 22 janvier 2015.

CRAIG Paul, « The Charter, the ECJ and National Courts », in : ASHIAGBOR / COUNTOURIS / LIANOS, *The European Union After the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2012, p. 78 ss.

DE SCHUTTER Olivier, « *Bosphorus* Post-Accession: Redefining the Relationship between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention », in : KOSTA / SKOUTAIRS / TZEVELEKOS (édit.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford / Portland, Oregon 2014, pp. 177-198.

DRZEMCZEWSKI Andrew, « The EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process », in : KOSTA / SKOUTAIRS / TZEVELEKOS (édit.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford / Portland, Oregon 2014, pp. 17-28.

DZEHTSIAROU Kanstantsin / REPYEUSKI Pavel, « European Consensus and the EU Accession to the ECHR », in : KOSTA / SKOUTAIRS / TZEVELEKOS (édit.),

The EU Accession to the ECHR, Oxford / Portland, Oregon 2014, pp. 309-323.

GAJA Giorgio, « The Co-Respondent Mechanisms According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR », *ESIL Reflections* 9 janvier 2013, <www.esil-sedi.eu>, p. « <http://www.esil-sedi.eu/node/266> », consulté le 22 janvier 2015.

GRAGL Paul, « A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights », *Common Market Law Review* vol. 51 n° 1, 2014, pp. 13-58.

HARPAZ Guy, « The European Court of Justice and Its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy », *Common Market Law Review* vol. 46 n° 1, 2009, pp. 105-141.

ILIOPOULOS-STRANGAS Julia / PEREIRA DA SILVA Vasco / POTACS Michael (édit.), *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK: Die Auswirkung auf den Schutz der Grundrechte in Europa / The Accession of the European Union to the ECHR: The impact on the protection of fundamental rights in Europe / L'adhésion de l'Union Européenne à la CEDH : L'impact sur la protection des droits fondamentaux en Europe*, Baden-Baden / Berne 2013.

JACQUÉ, Jean Paul, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *Common Market Law Review* vol. 48 n° 4, 2011, pp. 995-1023 (cité : JACQUÉ I).

KOSTA Vasiliki / SKOUTARIS Nikos / TZEVELEKOS Vassilis P. (édit.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford / Portland, Oregon 2014.

KUIJER Martin, « The Accession of the European Union to the ECHR », *Amsterdam Law Forum* 2011 vol. 3 n° 4, pp. 17-32, <www.amsterdamlawforum.org>

p. « <http://amsterdamlawforum.org/article/view/240/428> », consulté le 6 janvier 2015.

KUNOY Bjørn / DAWES Anthony, « Plate Tectonics in Luxembourg: The *Ménage à Trois* between EC Law, International Law and the European Convention on Human Rights Following the UN Sanctions Cases », *Common Market Law Review* vol. 46 n° 1, 2009, pp. 73-104.

LOCK Tobias, « Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order », *Common Market Law Review* vol. 48 n° 4, 2011, pp. 1025-1054 (cité : LOCK I).

LOCK Tobias, « Accession of the EU to the ECHR: Who would be responsible in Strasbourg? », in : ASHIAGBOR / COUNTOURIS / LIANOS, *The European Union After the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2012, p. 109 ss (cité : LOCK II).

LOCK Tobias, « End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR », *Yearbook of European Law* vol. 31 (2012) n° 1, pp. 162-197 (cité : LOCK III).

ØBY JOHANSEN Stian, « Some Thoughts on the ECJ Hearing on the Draft EU-ECHR Accession Agreement (Part 1 of 2) », *Øby-Kanalen* 6 mai 2014, <www.obykanalen.wordpress.com>,

p. « <https://obykanalen.wordpress.com/2014/05/06/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-1-of-2/> », consulté le 22 janvier 2015 (cité : ØBY JOHANSEN I).

ØBY JOHANSEN Stian, « Some Thoughts on the ECJ Hearing on the Draft EU-ECHR Accession Agreement (Part 2 of 2) », *Øby-Kanalen* 7 mai 2014, <www.obykanalen.wordpress.com>,

p. « <https://obykanalen.wordpress.com/2014/05/07/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-2-of-2/> », consulté le 22 janvier 2015 (cité : ØBY JOHANSEN II).

PEERS Steve, « Tarakhel v Switzerland: Another Nail in the Coffin of the Dublin System? », *EU Law Analysis* 5 novembre 2014, <www.eulawanalysis.blogspot.co.uk>,

p. « <http://eulawanalysis.blogspot.ch/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> », consulté le 22 janvier 2015 (cité : PEERS II).

STREINZ Thomas, « Forum Shopping between Luxembourg and Strasbourg? », *VerfBlog* 17 juin 2014, <www.verfassungsblog.de>, p. « <http://www.verfassungsblog.de/en/forum-shopping-zwischen-luxemburg-und-strassburg/> », consulté le 22 janvier 2015.

THYM Daniel, « A Trojan Horse? Challenges to the Primacy of EU Law in the Draft Agreement on Accession to the ECHR », *VerfBlog* 11 septembre 2013, <www.verfassungsblog.de>, p. « <http://www.verfassungsblog.de/en/a-trojan-horse-challenges-to-the-primacy-of-eu-law-in-the-draft-agreement-on-accession-to-the-echr/> », consulté le 21 janvier 2015.

TIMMERMANS Christiaan, « Some Personal Comments on the Accession of the EU to the ECHR », in : KOSTA / SKOUTAIRS / TZEVELEKOS (édit.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford / Portland, Oregon 2014, pp. 333-339.

TORRES PEREZ Aida, « Too Many Voices? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union », in : KOSTA / SKOUTAIRS / TZEVELEKOS (édit.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford / Portland, Oregon 2014, pp. 29-44.

TULKENS Françoise, « La protection des droits fondamentaux avant et après l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in : ILIOPOULOS-STRANGAS / PEREIRA DA SILVA / POTACS (édit.), *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK: Die Auswirkung auf den Schutz der Grundrechte in Europa / The Accession of the European Union to the ECHR: The Impact on the Protection of Fundamental Rights in Europe / L'adhésion de*

l'Union Européenne à la CEDH : L'impact sur la protection des droits fondamentaux en Europe, Baden-Baden / Berne 2013, pp. 159-176.

VEZZANI Simone, « L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent », *SIDIBlog*, <www.sidi-isil.org>, p. « <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2012/10/Simone-Vezzani-LUnione-europea-e-i-suoi-Stati-membri-davanti-ai-giudici-di-Strasburgo-una-valutazione-critica.pdf> », octobre 2012 (cité : VEZZANI I).

Blogposts et contributions sur l'Avis 2/13

ANRO Ilaria, « Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello? », *Eurojus*, <www.eurojus.it>, p. « <http://www.eurojus.it/il-parere-213-della-corte-di-justizia-sul-progetto-di-accordo-di-adesione-dellunione-europea-alla-cedu-una-bocciatura-senza-appello/> », consulté le 22 janvier 2015.

BESSELINK Leonard, « Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13 », *VerfBlog* 23 décembre 2014, <www.verfassungsblog.de>, p. « <http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/> », consulté le 6 janvier 2015.

BUYSE Antoine, « CJEU Rules: Draft Agreement on EU Accession to ECHR Incompatible with EU Law », *ECHR Blog* 20 décembre 2014, <www.echrblog.blogspot.it>, p. « <http://echrblog.blogspot.ch/2014/12/cjeu-rules-draft-agreement-on-eu.html> », consulté le 22 janvier 2015.

DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: a Christmas Bombshell from the European Court of Justice », *UK Constitutional Law Blog* 24 décembre 2014, <www.ukconstitutionallaw.org>, p. « <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/ », consulté le 6 janvier 2015.

DUFF Andrew, « EU Accession to the ECHR: What to Do Next », *VerfBlog* 13 mars 2015, <www.verfassungsblog.de>, p. « [http://www.verfassungsblog.de/en/eu-accession-to-the-echr- what-to-do-next/](http://www.verfassungsblog.de/en/eu-accession-to-the-echr-what-to-do-next/) », consulté le 16 avril 2015.

GOURITIN Armelle, « Avis 2/13 de la Cour de l'UE: incompatibilité de l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH (première partie) », *sentinelle-droit-international.fr Bulletin n° 416 du 4 janvier 2015*, <www.sentinelle-droit-international.fr>, p. « <http://www.sentinelle-droit-international.fr/?q=node/35> », consulté le 22 janvier 2015.

HALBERSTAM Daniel, « "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward », *Public Law and Legal Theory Research Paper Series contribution n° 432*, février 2015.

JACQUE Jean Paul, « Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », *Droit de l'Union Européenne* 23 décembre 2014, <<http://www.droit-union-europeenne.be>>, p. « <http://www.droit-union-europeenne.be/412337458> », consulté le 22 janvier 2014 (cité : JACQUE II).

LABAYLE Henri, « 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 », *RUEDELSJ* 22 décembre 2014, <www.gdr-eldj.eu>, p. « <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/> », consulté le 6 janvier 2015.

LOCK Tobias, « Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR », *VerfBlog* 18 décembre 2014, <www.verfassungsblog.de>, p.

« <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/> », consulté le 21 janvier 2015 (cité : LOCK IV).

MICHL Walther, « Thou Shalt Have No Other Courts Before Me », *VerfBlog* 23 décembre 2014, <www.verfassungsblog.de>, p. « <http://www.verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/> », consulté le 23 janvier 2015.

O'NEILL Aidan, « Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty », *Eutopia Law* 18 décembre 2014, <www.eutopialaw.com>, p. « <http://eutopialaw.com/2014/12/18/opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-the-cjeu-as-humpty-dumpty/> », consulté le 6 janvier 2015.

ØBY JOHANSEN Stian, « Opinion 2/13: A Bag of Coal From the CJEU », *Øby-Kanalen* 10 janvier 2015, <www.obykanalen.wordpress.com>, p. « <https://obykanalen.wordpress.com/2015/01/10/opinion-213-a-bag-of-coal-from-the-cjeu/> », consulté le 22 janvier 2015 (cité : ØBY JOHANSEN III).

PEERS Steve, « The CJEU and the EU Accession to the ECHR: a Clear and Present Danger to Human Rights Protection », *EU Law Analysis* 18 décembre 2014, <www.eulawanalysis.blogspot.ch>, p. « <http://eulawanalysis.blogspot.ch/2014/11/tarakhel-v-switzerland-another-nail-in.html> », consulté le 6 janvier 2015 (cité : PEERS I).

ROSSI Lucia Serena, « Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti? », *SIDIBlog* 22 décembre 2014, <www.sidi-isil.org>, p. « <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1228> », consulté le 22 janvier 2015.

VEZZANI Simone, « "Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU », *SIDIBlog* 23 décembre 2014, <www.sidi-isil.org>, p. « <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1231> », consulté le 22 janvier 2015 (cité : VEZZANI II).

Autres sources

AG, *Conclusions de l'Avocat Général Juliane Kokott sous CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 de la Cour (assemblée plénière), ECLI:EU:C:2014:2454 (cité : AG).*

CJUE, *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*, Luxembourg, 5 mai 2010, disponible sous <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf>.

CJUE/CourEDH, *Joint communication from Presidents Costa and Skouris*, Strasbourg / Luxembourg, 24 Janvier 2011, disponible sous <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf>.

CDDH, *Study of Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights, Report adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) at its 53rd meeting (25-28 June 2002)*, DG-II(2002)006 [CDDH(2002)010 Addendum 2], Strasbourg, 28 Juin 2002.

Commission européenne, *Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights – Commission Memorandum, Bulletin of the European Communities, Supplement 2.79*, Luxembourg, 4 avril 1979.

Commission européenne, *Communiqué de presse, IP/10/906*, Strasbourg, 7 juillet 2010.

Conseil, *Request for the participation of a delegate of the Court of Justice of the European Union as an observer, at the next consultations with the Member States, pertaining to the accession of the European Union to the Euro-*

pean Convention on Human Rights (ECHR), 13714/10 IS/tt 1 DG H 2B, Bruxelles, 17 septembre 2010.

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, Rapport final au CDDH, 47+1(2013)008rev2, Strasbourg, 10 juin 2013. (Les références faites dans le présent travail au Rapport explicatif et au PAA se rapportent à ce document).

Conseil européen, Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JO C 115 du 4.5.2010.

Table des arrêts

Dans la présente table figurent tous les arrêts cités au cours de ce travail écrit. La référence abrégée de l'arrêt est indiquée entre parenthèses.

Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE/CJCE)

Avis de la Cour

CJCE, Avis du 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*, ECLI:EU:C:1991:490 (*Avis 1/91*).

CJCE, Avis du 10 avril 1992, *Avis 1/92 – 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*, ECLI:EU:C:1992:189 (*Avis 1/92*).

CJCE, Avis du 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 (*Avis 2/94*).

CJCE, Avis du 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 (*Avis 1/00*).

CJUE, Avis du 8 mars 2011, *Avis 1/09 – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets - Jurisdiction du brevet européen et du brevet communautaire*, ECLI:EU:C:2011:123 (*Avis 1/09*).

CJUE, Avis du 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:EU:C:2014:2454 (*Avis 2/13*).

Arrêts de la Cour

CJCE, Arrêt du 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*).

CJCE, Arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa c. ENEL*).

CJCE, Arrêt du 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57 (*Stauder*).

CJCE, Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Handelsgesellschaft*).

CJCE, Arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137 (*Rutili*).

CJCE, Arrêt du 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal II*).

CJCE, arrêt du 29 février 1984, *Srl CILFIT et autres et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministero della sanità*, C-77/83, ECLI:EU:C:1984:91 (*CILFIT*).

CJCE, Arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*).

CJCE, Arrêt du 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*).

CJCE, Arrêt du 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, C-6/90 et C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).

CJCE, Arrêt du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman*, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*).

CJCE, Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, C-46/93 et C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du pêcheur*).

CJCE, Arrêt du 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH contre Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 (*Familiapress*).

CJCE, Arrêt du 30 septembre 2007, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*).

CJCE, Arrêt du 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (*Kadi*).

CJUE, Arrêt du 21 décembre 2011, *N. S. (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, C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (NS).

CJUE, Arrêt du 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*).

CourEDH

CourEDH, Arrêt du 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, Req. 24833/94, Rec. 1999-I (*Matthews*).

CourEDH, Arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, Req. 45036/98, Rec. 2005-VI (*Bosphorus*).

CourEDH, Arrêt du 2 mai 2007, *Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, Req. 78166/01 et 71412/01, non publié au Recueil (*Behrami et Behrami*).

CourEDH, Arrêt du 9 décembre 2008, *Connolly c. 15 États membres de l'Union Européenne*, Req. 73274/01, non publié au Recueil (*Connolly*).

CourEDH, Arrêt du 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, Req. 30696/09, Rec. 2011-I (*MSS*).

CourEDH, Arrêt du 7 juillet 2011, *Al Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. 55721/07, Rec. 2011 (*Al-Skeini*).

CourEDH, Arrêt du 6 mars 2013, *Michaud c. France*, Req. 12323/11, Rec. 2012 (*Michaud*).

CourEDH, Arrêt du 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana management inc. c. Suisse*, Req. 5809/08, renvoyé devant la grande chambre le 14/04/2014 (*Al-Dulimi*).

CourEDH, Arrêt du 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, Req. 29217/12, Rec. 2014 (*Tarakhel*).

Tribunal constitutionnel fédéral (BverfG)

BVerfG, Beschluss vom 29. Mai 1974, *Solange I*, 37, p. 217, 1 BvL 22/71 et 21/72.

Introduction

Au cours de ce travail, nous analyserons l'*Avis 2/13* de la CJUE, qui concerne le projet d'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH et son rejet par l'institution luxembourgeoise. Cet avis s'insère dans une longue histoire de développements politiques et juridiques aussi ancienne que l'intégration européenne de la seconde moitié du XX^e siècle elle-même.

Nous chercherons à présenter d'abord le cadre historique général, qui constitue le fondement de l'avis en question (*infra* §1). Puis, nous porterons notre attention sur les étapes principales du processus d'adhésion de l'UE à la CEDH, y compris ses effets sur le droit européen (*infra* §2). Finalement, nous présenterons et commenterons l'*Avis 2/13* (*infra* §3).

§1. Développement des droits fondamentaux dans l'UE

Dans cette section, nous nous efforcerons de résumer les passages historiques essentiels qui ont marqué le développement des droits fondamentaux à l'intérieur de l'UE. Nous examinerons ce thème à la fois du point de vue de l'UE et de celui de la CourEDH (*infra* I). Dans l'optique d'une UE partie à la CEDH, nous mentionnerons deux scénarios potentiels après l'adhésion (*infra* II).

I. De la constitution des Communautés à nos jours

A. Les droits fondamentaux dans l'UE

Après la constitution de la CECA, des discussions sont entamées à propos des démarches à suivre pour créer une Europe unifiée. L'assemblée de la CECA envisage la possibilité d'établir une Communauté politique européenne, la CPE. Le parlement français s'oppose cependant en 1954 au projet de coopération politique¹. La conséquence la plus directe pour la présente analyse est qu'à défaut d'un idéal d'Union politique, les droits fondamentaux sont exclus du traité de Rome qui fonde la CEE en 1957².

Par conséquent, la CJCE écarte toute requête liée aux droits de l'homme lorsqu'elle est appelée à exercer son contrôle juridictionnel, et ce, sans par autant renoncer à affirmer la primauté du droit européen sur le droit national et son autonomie³. Cette situation engendre une réaction des cours constitutionnelles des EM. Une position significative est celle du BVerfG qui, en 1974, dans son arrêt *Solange I*, tout en reconnaissant la primauté du droit européen, se réserve le droit de ne pas appliquer les actes contraires aux garanties de la Loi fondamentale du 23 mai 1949⁴. On compte aussi parmi

¹ BESSON, p. 5.

² KUJIER, p. 17.

³ CJCE, *Costa c. Enel* ; KUJIER, p. 18.

⁴ KUNOY / DAWES, p. 73.

les protagonistes de cette période la Cour constitutionnelle française et la *Consulta* italienne⁵.

La CJCE contre-réagit aux préoccupations de ces cours par une série d'arrêts qui permettent de renforcer la protection des droits fondamentaux intracommunautaires. La référence initiale à ces droits se trouve dans l'arrêt *Stauder* de 1969, où la Cour érige les droits fondamentaux en principes généraux du droit européen sans spécifier leur source première⁶. Il faut en effet attendre l'arrêt *Handelsgesellschaft* pour que la Cour déclare que les droits fondamentaux dont elle assure la protection sont issus des traditions constitutionnelles communes des EM⁷. Après l'adhésion de la France à la CEDH, qui sanctionne la participation de tous les EM à cet instrument, la CJCE commence à se référer expressément à la CEDH⁸ et à la jurisprudence de la CourEDH⁹.

Plus récemment, la Cour a réaffirmé l'importance des droits fondamentaux en Europe et leur primauté par rapport aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁰. Dans l'arrêt *Kadi*, la Cour adopte un raisonnement avoisinant celui de la CourEDH sur l'immunité limitée des actes de l'ONU, tout en se réservant la faculté d'interpréter la Convention de façon divergente¹¹. Elle sanctionne par conséquent le respect des droits fondamentaux aussi dans les situations où l'UE ne jouit pas de marge de manœuvre quant aux mesures à adopter. L'arrêt a sans doute contenté les cours constitutionnelles, qui y ont pu voir l'effort fourni par la CJUE dans la protection de ces valeurs fondamentales¹². Le fait de se référer à la jurisprudence de Stras-

⁵ BESSON, pp. 47-48.

⁶ CJCE, *Stauder*, para 7 ; KUNOY / DAWES, p. 77

⁷ CJCE, *Handelsgesellschaft*, para 4 ; KUNOY / DAWES, p. 77.

⁸ Cf. CJCE, *Rutili*, *ERT* et *Bosman*.

⁹ Cf. CJCE, *Familiapress* ; JACQUE I, p. 1000 ; KUNOY / DAWES, p. 80.

¹⁰ HARPAZ, p. 112.

¹¹ *Ibid.*

¹² KUNOY / DAWES, p. 81.

bourg et de se rapprocher du raisonnement de la CourEDH permet par conséquent de garantir une protection plus efficace des droits des individus¹³.

Il faut toutefois attendre l'Acte unique européen de 1986, en particulier son préambule, pour voir une première reconnaissance formelle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Le Traité de Maastricht codifie ensuite la jurisprudence de la Cour dans son Article F (ensuite l'art. 6 TUE). L'art. F.1 du Traité d'Amsterdam (désormais l'art. 7 TUE) prévoit successivement un mécanisme de sanction des violations des droits fondamentaux par les États membres. Une étape ultérieure dans la sauvegarde des garanties fondamentales en Europe est représentée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, élaborée sous la présidence allemande du Conseil européen en 1999 et adoptée à Nice le 7 décembre 2000¹⁴. L'adoption couronne la voie de la protection interne des droits fondamentaux, déjà invoquée dans la saga *Solange*¹⁵. La Charte provoque cependant le scepticisme des EM, en particulier en raison de la formulation différente de certaines dispositions contenant des clauses de protection assimilables à celles de la CEDH¹⁶. Le résultat est la proclamation non suivie d'un effet contraignant. Finalement, celle-ci est élevée au rang de droit primaire à travers l'article 6 TUE tel qu'amendé par le Traité de Lisbonne, qui permet aussi l'adhésion de l'UE à la CEDH et transforme la Convention d'une source d'inspiration à une source de droit¹⁷.

B. La reconnaissance par la CourEDH

Selon la jurisprudence sur la primauté du droit européen (*supra* §1.I.A), les EM sont tenus de respecter les normes issues de cet ordre juridique, ce qui

¹³ HARPAZ, p. 115 s.

¹⁴ KUIJER, p. 19.

¹⁵ JACQUE I, p. 998 s.

¹⁶ KUIJER, p. 19.

¹⁷ BARATTA, p. 1306.

peut les amener à méconnaître la Convention. Ainsi, le droit de l'UE est susceptible d'être indirectement mis en question devant la CourEDH¹⁸.

Dans cette perspective, l'arrêt *Matthews* de 1999 a posé le principe selon lequel les EP à la CEDH peuvent aliéner leur souveraineté, mais restent responsables des violations de leurs obligations conventionnelles, même lorsque l'acte contraire à la convention fait partie, comme dans le cas d'espèce, du droit primaire de l'UE¹⁹. La jurisprudence *Matthews* ne s'applique cependant pas aux affaires relevant de la seule juridiction de l'UE²⁰. En 2005, la CourEDH va plus loin et crée dans l'arrêt *Bosphorus* une présomption réfraggable de protection équivalente des garanties conventionnelles par le droit de l'UE, notamment en ce qui concerne les actes de droit dérivé qui ne laissent aucune marge de manœuvre aux EM²¹. Cette présomption est le fruit du long développement des droits fondamentaux par la CJUE²². Il faut remarquer que l'UE est pour l'instant la seule qui jouit d'une telle présomption. La CourEDH a en effet refusé d'appliquer le même critère à l'ONU dans son arrêt *Al-Dulimi*²³.

II. Deux possibles scénarios post-adhésion

L'adhésion de l'UE à la CEDH aura certainement un impact important sur le droit européen (*infra* §2.IV). Certains auteurs avancent cependant deux hypothèses intéressantes, qu'il nous semble important de mentionner. D'un côté, DE SCHUTTER propose une généralisation de la présomption de protection équivalente à l'ensemble des États européens²⁴. De l'autre, DZEHTSIAROU et REPYEUSKI suggèrent un renforcement du consensus européen²⁵.

¹⁸ Document de réflexion, para 5.

¹⁹ CourEDH, *Matthews*, para 32 s. ; BARATTA, p. 1308.

²⁰ CourEDH, *Connolly* ; CourEDH, *Behrami and Behrami*, para 151 (à interpréter *mutatis mutandis*).

²¹ CourEDH, *Bosphorus*, para 156.

²² LABAYLE ; LOCK III, p. 163 s.

²³ CourEDH, *Al-Dulimi*, para 120 s.

²⁴ DE SCHUTTER, pp. 177-198

²⁵ DZEHTSIAROU / REPYEUSKI, pp. 17-28

§2. Les étapes de l'adhésion

La présente section sera consacrée à un exposé des étapes fondamentales de l'adhésion de l'UE à la CEDH. Nous ferons d'abord un résumé de l'évolution historique à partir de la CECA jusqu'au Traité de Lisbonne (*infra* I), puis nous expliquerons comment les négociations en vue de l'adhésion ont évolué (*infra* II). Finalement, nous aborderons le PAA de 2013, qui a fait l'objet de l'*Avis 2/13* (*infra* III) et les conséquences de l'adhésion (*infra* IV).

I. De la CECA au traité de Lisbonne

L'idée selon laquelle le processus d'intégration régionale doit tenir compte de la CEDH remonte déjà au projet de Traité établissant la CECA, qui prévoyait l'intégration du droit de la CEDH dans le droit communautaire²⁶. Cependant, l'intégration politique n'était pas envisagée par les six États fondateurs (*supra* §1.I.A) et l'assimilation de la CEDH serait allée au-delà du but économique de la Communauté.

La saga *Solange* du BVerfG est une conséquence de la décision politique reportée au ci-dessus²⁷. C'est pour adresser les préoccupations des cours constitutionnelles que la Commission examine, dans un mémorandum publié le 4 avril 1979, la possibilité de l'adhésion à la CEDH²⁸. Dans cette analyse, la Commission fonde la compétence de l'UE pour procéder à l'adhésion sur l'actuel art. 352 TFUE²⁹. Elle s'interroge sur l'implication de la CJUE dans le cas où une juridiction nationale méconnaîtrait ses obligations sous l'art. 267 TFUE³⁰ et sur les conséquences d'une adhésion pour l'autonomie du droit communautaire³¹.

²⁶ JACQUE I, p. 995

²⁷ BverfGE, *Solange I*.

²⁸ JACQUE I, p. 1001.

²⁹ Memorandum du 4 avril 1979. para. 44.

³⁰ Idem, para. 39.

³¹ Idem, para. 23

La Communauté envisage à nouveau l'adhésion en 1984, quand le projet de Traité sur l'Union Européenne, inspiré par Altiero SPINELLI, prévoit l'intégration du droit de la CEDH dans le droit européen et l'adhésion de l'Union dans un délai de cinq ans après l'entrée en vigueur de l'aTUE³².

Par la suite, la présidence belge du Conseil en 1993 décide d'analyser en détail la compétence de l'UE de se soumettre au contrôle juridictionnel strasbourgeois. À l'issue de cet intérêt, on trouve l'*Avis 2/94*, jugeant que l'art. 352 TFUE ne peut pas être utilisé pour conclure un accord international qui engendrerait des conséquences pour l'ordre constitutionnel, en ayant pour effet une modification des traités en dehors de la procédure formelle³³.

Le Traité d'Amsterdam de 1997 et le Traité de Nice de 2001 ne comblent pas cette lacune. Ce n'est que lors de la conférence sur l'avenir de l'Europe que la question de l'adhésion est abordée à nouveau. Pour la première fois, à travers le TECE, un instrument fondateur de l'Union prévoit formellement l'adhésion à la CEDH. Même si cet instrument est finalement abandonné, il n'est plus possible de revenir en arrière : l'adhésion doit être présente aussi dans le Traité réformateur³⁴. L'idée de l'adhésion ne va pas sans la méfiance des États membres, qui dans la déclaration n° 2 et dans le protocole n° 8 à l'article 6 du TUE annoncent clairement ne vouloir aucune modification de l'ordre juridique de l'Union, notamment pour ce qui concerne son autonomie, ni que cette adhésion comporte de nouvelles obligations pour eux³⁵.

En effet, l'art. 6 para 2 TUE prévoit que « L'Union adhère à la [CEDH] » et que « cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union », alors que l'art. 1 du protocole n° 8 prévoit que l'adhésion « doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union » et l'art. 2 qu'elle « n'affecte pas la situation particulière des États membres à l'égard de la convention ». Ces conditions poursuivent également le but de

³² JACQUE I, p. 995.

³³ CJCE, *Avis 2/94*, paras 29-30.

³⁴ JACQUE I, p. 1001.

³⁵ LABAYLE.

ne pas compromettre l'équilibre de cet ordre juridique *sui generis* que la Cour a instauré depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*³⁶.

La formulation de l'art. 6 TUE doit être comprise comme une obligation faite à l'Union d'adhérer. Un échec, pour autant qu'il ne soit pas dû aux membres du Conseil de l'Europe, serait en effet probablement sanctionné par un recours en carence (art. 265 TFUE)³⁷. Les États membres sont aussi tenus de collaborer dans le processus d'adhésion en vertu du principe de coopération loyale (art. 4 para 3 TUE)³⁸. Le programme de Stockholm prévoit en outre que l'Union adhère rapidement à la convention³⁹.

De son côté, le Conseil de l'Europe s'est aussi penché sur la question de l'adhésion de l'UE à la CEDH. C'est dans cet esprit qu'en 2002 le CDDH a adopté un rapport d'études sur les questions techniques d'une possible adhésion de l'UE, où a été entre autres élaboré pour la première fois le mécanisme du codéfendeur (*infra* §3.II)⁴⁰. Finalement, la CEDH a dû être amendée afin de permettre à l'UE d'y devenir partie.

II. La négociation de l'accord d'adhésion

Le processus de négociation est encadré en droit européen par l'art. 6 TUE et le protocole n° 8, mentionnés au point précédent, qui posent les fondements auxquels l'accord final ne peut pas renoncer. La négociation d'un accord international est régie par l'art. 218 TFUE, qui prévoit en outre des dispositions spécifiques pour ce qui concerne l'accord d'adhésion à la CEDH, notamment aux paragraphes 6 et 8.

Selon l'art. 218 TFUE, le Conseil a la maîtrise de la négociation de l'accord. Lui seulement peut autoriser l'ouverture des négociations et la signature (art.

³⁶ Ég. CJUE, *Avis 2/13*, paras 157-159.

³⁷ PEERS I.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Programme de Stockholm, para 2.1 ; LOCK II, p. 109.

⁴⁰ CDDH, DG-II(2002)006, CDDH(2002)010 Addendum 2, para 57 ss.

218 para 2 TFUE). Le Conseil mandate la Commission pour négocier l'accord au nom de l'UE et la négociation est entamée le 7 juillet 2010⁴¹. Un premier projet d'accord d'adhésion est rejeté par le Conseil en 2011, notamment en raison de la France, qui n'accepte pas l'inclusion de la PESC dans le champ d'application de la CEDH. Ce rejet fait douter de la volonté des États membres quant à l'adhésion de l'UE à la Convention⁴². Une nouvelle négociation a lieu entre 2012 et 2013. Cette fois, la France change d'avis⁴³. La CJUE a aussi eu la possibilité de participer aux négociations et aux réunions du COREPER en tant qu'observatrice et a posé certaines conditions (notamment la présence du mécanisme d'implication préalable)⁴⁴.

Les étapes principales de la négociation, qui cherche à traiter l'UE le plus possible comme les autres EP⁴⁵, se déroulent dans le cadre institutionnel du Conseil de l'Europe⁴⁶. Cette organisation mandate le CDDH d'élaborer le PAA avec l'Union. Le CDDH délègue la tâche de la première négociation au groupe informel CDDH-UE, composé de sept membres du Conseil de l'Europe non membres de l'UE et sept EM. La deuxième négociation est poursuivie au sein du groupe *ad hoc* 47+1. Le projet d'accord analysé par la CJUE dans l'*Avis 2/13* est inclus dans le rapport final au CDDH du 5 avril 2013.

Conformément à l'art. 218 para 11 TFUE, la Commission demande l'avis de la Cour de Justice le 4 juillet 2013⁴⁷. Une audience pour entendre les parties a lieu le 5 et 6 mai 2014. Le Conseil, la Commission, le Parlement, ainsi que vingt-deux États membres présentent leurs observations⁴⁸.

⁴¹ Commission Européenne, IP/10/906.

⁴² BESSELINK.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Conseil, 13714/10 IS/tt 1 DG H 2B ; Conseil, 13714/10 IS/tt 1 DG H 2B ; JACQUE II.

⁴⁵ JACQUE I, p. 997.

⁴⁶ AG, para 6.

⁴⁷ AG, para 8.

⁴⁸ AG, para 10.

III. Les contenus du PAA

Le PAA se compose de plusieurs instruments qui ont tous la même importance pour l'adhésion de l'UE à la CEDH⁴⁹. Il s'agit du PAA lui-même (annexe I), d'un projet de déclaration de l'UE à faire au moment de la signature de l'accord d'adhésion (annexe II), d'un projet de règles à ajouter aux Règles du Comité des ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts de la CourEDH (annexe III), d'un projet de mémorandum entre l'UE et X (annexe IV) et d'un projet de rapport explicatif (annexe V). En outre, l'art. 1 para 2 PAA qui modifie l'art. 59 CEDH spécifie que l'accord d'adhésion fait partie intégrante de la Convention. Cela signifie que la dénonciation de la CEDH entraîne la dénonciation dudit accord et vice-versa⁵⁰.

Le PAA comprend douze articles, dont certains se limitent à adapter le texte de la Convention pour pouvoir inclure l'UE dans leur champ d'application (par exemple l'art. para 5 PAA ou l'art. 4 PAA). D'autres articles traitent de questions techniques ou formelles telles que la participation de l'UE aux dépenses liées à la Convention ou la signature (art. 8 et 10 PAA)⁵¹. Il comprend cependant aussi des articles qui régissent le régime post-adhésion. Nous en traiterons ci-dessous.

L'art. 1 PAA entraîne plusieurs conséquences. D'abord, il dispose que l'UE adhère à la CEDH, au Protocole additionnel et au protocole n° 6 (para 1) et il modifie aussi l'art. 59 CEDH pour permettre à l'UE d'adhérer, dans le futur, aux autres protocoles (para 2). Le para 3 sauvegarde le principe de l'attribution de compétences de l'art. 5 TUE, en disposant que l'adhésion ne crée des obligations en chef à l'UE que si elle a une compétence dans un certain domaine. Il permet aussi de retenir la responsabilité de l'UE pour les actes et omissions de ses institutions et donc sa juridiction et la compétence *ratione personae* de la CourEDH dans des affaires comme celle de *Connol-*

⁴⁹ Rapport final au CDDH, para 9.

⁵⁰ GRAGL, p. 25.

⁵¹ L'accord doit être ratifié par les membres du Conseil de l'Europe, avant qu'il puisse entrer en vigueur.

ly⁵². On peut aussi imaginer que l'art. 1 para 3 PAA devrait permettre d'écar-
ter totalement la présomption d'équivalence de l'arrêt *Bosphorus*⁵³. Cet ar-
ticle dispose en outre que la responsabilité primaire pour les actes et omis-
sions des États membres revient à ceux-ci (para 4). La disposition a deux
conséquences principales. D'une part, elle codifie et confirme les principes
de l'arrêt *Matthews*⁵⁴ et de l'autre, elle permet de retenir les critères des ar-
rêts *Köbler*, *Francovich* et *Brasserie du Pêcheur* quant à la responsabilité
des EM⁵⁵. L'art. 1 para 6 PAA régit la question de la notion de juridiction de
l'art. 1 CEDH. Il dispose que la juridiction est à entendre de façon territoriale
comme l'ensemble des territoires des États membres décrit aux art. 52 TUE
et 355 TFUE et de façon extraterritoriale comme s'appliquant aux personnes
qui auraient relevé de la juridiction d'une Haute Partie étatique, si la violation
lui avait été imputable. Cette formulation très complexe est à interpréter, se-
lon nous, comme une tentative de combler la lacune relevée dans l'arrêt *Be-
hrami et Behrami*⁵⁶.

L'art. 2 PAA permet à l'UE de formuler des réserves conformément à l'art. 57
CEDH. Les réserves à l'accord d'adhésion sont toutefois interdites (Art. 11
PAA). On note en outre que certains auteurs mentionnent le problème de
l'exclusion de la PESC du champ d'application du PAA comme relevant de
cette question⁵⁷. Nous sommes de l'avis que si l'exclusion figurait dans le
PAA, elle serait admissible et ne serait pas une réserve unilatéralement for-
mulée par l'Union. Cette exclusion entraînerait d'autres problèmes et serait
contraire au but de l'adhésion (cf. *infra* §3.IV)⁵⁸.

L'article 3 régit le mécanisme du codéfendeur (paras 1-5), de l'implication
préalable (para 6) et du partage de la responsabilité (para 7). Il faut ajouter à

⁵² BARATTA, p. 1309

⁵³ GRAGL, p. 27.

⁵⁴ BREUER.

⁵⁵ GRAGL, p. 26.

⁵⁶ CourEDH, *Behrami et Behrami*, paras 151-152.

⁵⁷ Par exemple, VEZZANI II.

⁵⁸ Ég. VEZZANI II.

la lecture de cet article le projet de déclaration de l'UE (annexe II) et le projet de mémorandum (annexe IV). Il en sera question plus loin (*infra* §3).

L'article 5 aménage la question de la soumission de requêtes portant sur l'interprétation de la CEDH à la CJUE. Il dispose en effet que les voies de droit prévues par les traités ne sont pas à considérer comme des procédures internationales ou de règlement des différends et leur utilisation n'entraînerait donc pas la violation des articles 35 et 55 CEDH.

L'élection des juges ressort de l'art. 6 PAA. Il faut remarquer qu'il n'y a aucune disposition spéciale qui régit le statut du juge de l'UE. Selon GRAGL, l'article 22 CEDH est suffisant⁵⁹. Par conséquent, comme il ressort déjà du rapport d'étude du CDDH de 2002, le juge de l'UE sera égal en tout aspect aux juges des autres parties à la Convention⁶⁰.

L'art. 7 PAA pose les bases pour la participation de l'UE aux réunions du Comité des ministres. Le paragraphe 4, en particulier, concerne la compétence dudit comité de contrôler l'exécution des arrêts de la CourEDH. L'UE est en effet tenue de prendre part à ce mécanisme selon l'art. 1 litt. a Protocole n° 8. Ce paragraphe est à lire en conjonction avec le projet de Règle 18 (annexe III). En effet, en vertu du principe de coopération loyale (art. 4 para 3 TUE), l'UE et ses EM sont tenus de voter de manière coordonnée lorsqu'il en va de la surveillance des obligations de l'UE dans les affaires où elle est défenderesse ou codéfenderesse⁶¹. Cela signifie que les EM de l'UE auraient le monopole du processus de vote⁶². C'est pourquoi le projet de Règle 18 prévoit qu'une hyper-minorité d'un quart des représentants ayant le droit de vote suffit pour saisir la CourEDH d'une procédure d'interprétation d'arrêt ou d'un recours en manquement. Dans les cas où l'UE n'est pas partie à la procédure devant la Cour de Strasbourg, les règles ordinaires s'appliquent. Ces

⁵⁹ GRAGL, p. 51.

⁶⁰ CDDH, DG-II(2002)006, CDDH(2002)010 Addendum 2, para 73; GRAGL, p. 52.

⁶¹ Rapport explicatif, para 84.

⁶² Ég. AG, paras 242-243.

règles spéciales ne devraient avoir aucune incidence sur l'autonomie du droit de l'Union⁶³.

Finalement, l'art. 9 PAA prévoit que l'UE respecte les dispositions de certains autres accords du Conseil de l'Europe.

IV. Les effets de l'adhésion

L'adhésion permettra premièrement de retenir la responsabilité de l'UE, sans les artifices de la responsabilité indirecte des États membres⁶⁴, et la compétence *ratione personae* de la CourEDH dans des affaires telles que *Connolly*, où les États membres n'entrent nullement en ligne de compte⁶⁵. Elle mènera également à un renforcement de l'image politique de l'UE et à une plus grande crédibilité dans le domaine de la protection des individus⁶⁶.

En outre, la Convention revêtira un rang intermédiaire entre droit dérivé et droit primaire. Cela ressort d'une lecture combinée de l'art. 218 para 11 TFUE, et de l'art. 216 para 2 TFUE⁶⁷.

⁶³ AG, para 247 ; ØBY JOHANSEN II.

⁶⁴ Cf. CourEDH, *Matthews* ; BARATTA, p. 1308.

⁶⁵ LOCK III, pp. 163-164.

⁶⁶ DOUGLAS-SCOTT ; BARATTA, p. 1310 ; LOCK I, p. 1026 ; THYM.

⁶⁷ BESSON, p. 135.

§3. L'Avis 2/13 : analyse critique des motifs de rejet

Cette section analyse la prise de position de la CJUE dans l'Avis 2/13 du 18 décembre 2014. Afin de mieux saisir tous les enjeux de cet avis, nous expliquons d'abord, lorsque c'est nécessaire, les notions liées au thème de la sous-section. Puis nous présentons les considérations de la Cour et finalement nous prenons position en nous fondant sur la doctrine. À ce titre, le paragraphe procède d'abord à une appréciation générale ayant trait à la question de l'autonomie du droit de l'UE (*infra* I), puis nous détaillons le mécanisme du codéfendeur (*infra* II) et de l'implication préalable (*infra* III). Nous traitons aussi du principe de confiance mutuelle dans l'ELSJ invoqué par la CJUE (*infra* IV), de la question de la PESC (*infra* V) et de l'omission d'un système de coordination entre la Charte et la CEDH dans le PAA (*infra* VI). Finalement, il sera question des recours entre les Hautes Parties contractantes (*infra* VII) et du conflit potentiel entre le Protocole n° 16 à la CEDH, non encore en vigueur, ainsi que du renvoi préjudiciel de l'art. 267 TFUE (*infra* VIII).

I. Appréciation générale

L'intérêt qui entoure l'Avis 2/13 se rapporte principalement à une question de fond, qui est la compatibilité de l'accord d'adhésion avec l'autonomie du droit de l'UE, que la CJUE a construite à partir de l'arrêt *Van Gend en Loos* et a particulièrement renforcé dans l'arrêt *Kadi*. Cet avis s'inscrit dans cette longue chaîne de considérations sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE et sur le refus de la CJUE d'y renoncer d'une quelconque manière⁶⁸. En effet, le raisonnement de la Cour semble se concentrer plutôt sur le maintien de ses prérogatives que sur la protection des droits fondamentaux⁶⁹. La Cour adopte une vision opposée à celle de l'AG, ouverte et proactive, qui met en évidence des détails qui peuvent être corrigés. Inversement, la Cour procède à une interprétation littérale et, avec le souci de ne pas contraindre l'Union à agir, elle écarte l'idée que des règles internes puissent adresser les pro-

⁶⁸ LABAYLE ; VEZZANI II.

⁶⁹ PEERS I ; O'NEILL.

blèmes relevés⁷⁰. La CJUE donne l'impression de vouloir remettre en question l'accord dans ses fondements mêmes⁷¹. L'approche est fort différente de l'exceptionnalité de l'affaire *Kadi*, où le souci du respect des droits fondamentaux européens l'a emporté sur la primauté de l'art. 103 Charte NU. Dans l'*Avis 2/13*, le souci de protection des individus a été troqué contre la protection sans exception de cette autonomie si chère à la CJUE⁷². C'est finalement la CEDH qui devrait s'adapter à l'UE, et non l'inverse⁷³.

Tout cela se passe même si l'adhésion prévue par l'art. 6 TUE implique nécessairement que l'autonomie du droit de l'UE soit partiellement restreinte. C'est aussi ce que soutiennent le Conseil et les EM⁷⁴. Or, l'art. 6 TUE tient nécessairement compte du fait que la CourEDH sera en mesure d'apprécier la compatibilité de la CEDH avec le droit de l'UE et, puisqu'il s'agit d'une disposition du traité, cette disposition ne peut pas être contraire à l'autonomie du droit européen⁷⁵. La Cour ne conteste pas que l'UE puisse être soumise au contrôle externe d'une autorité conventionnelle⁷⁶. Il est cependant fondamental que l'interprétation du droit de l'Union donnée par cette instance ne puisse pas être imposée à la CJUE⁷⁷. La Cour reconnaît certes que, même si la CEDH fera partie de l'ordre juridique européen, l'interprétation donnée de cet instrument par la CourEDH doit la lier et, à l'inverse que sa propre interprétation de la Convention ne lie pas la CourEDH⁷⁸, mais elle se préoccupe de l'interprétation du droit européen que Strasbourg pourrait faire lorsque une affaire lui est soumise⁷⁹. Ce que la CJUE semble cependant méconnaître est que la CourEDH n'interprète pas le droit interne, mais le traite comme un fait et que lorsqu'elle est forcée de procéder à une interprétation

⁷⁰ JACQUE II.

⁷¹ ØBY JOHANSEN III.

⁷² Ibid.

⁷³ VEZZANI II.

⁷⁴ ØBY JOHANSEN II.

⁷⁵ LOCK I, p. 1037.

⁷⁶ CJUE, *Avis 2/13*, para 182 ; CJUE, *Avis 1/09* ; CJCE, *Avis 1/91*, paras 40 et 70 , para 74.

⁷⁷ CJUE, *Avis 2/13*, para 184 ; CJCE, *Avis 1/00*, para 13 ; CJCE, *Avis 1/91*, paras 30-35 ; O'NEILL.

⁷⁸ CJUE, *Avis 2/13*, para 185 ; GOURITIN.

⁷⁹ CJUE, *Avis 2/13*, para 186.

pour pouvoir juger d'une affaire, à défaut d'une interprétation par l'organe interne compétent, l'issue de son opération n'est pas contraignante pour la juridiction nationale (ou communautaire). L'autonomie du droit de l'Union ne peut donc pas être menacée par une interprétation dudit droit par la CourEDH⁸⁰. En outre, l'exécution des arrêts rendus à Strasbourg n'est pas automatique, mais assurée par des procédures internes. La décision et l'interprétation du droit ne seraient donc pas vraiment imposées⁸¹. Finalement, nous ajoutons qu'il ne devrait pas être possible pour la CourEDH d'interpréter *motu proprio* le droit de l'UE en raison du mécanisme d'implication préalable de l'art. 3 para 6 PAA, qui permet à la CJUE d'être consultée avant que la CourEDH ne rende son jugement lorsque l'UE est codéfendresse. En revanche, si l'UE est défenderesse, l'interprétation de la CJUE en tant qu'instance de recours permettrait de fournir à la CourEDH l'interprétation du droit européen dont elle a besoin pour trancher une affaire. Les préoccupations de la CJUE quant à l'autonomie, dans ce cas, ne sont donc pas fondées.

II. Le mécanisme du codéfendeur

Le mécanisme du codéfendeur trouve son fondement dans l'art. 1 litt. b du Protocole n° 8, qui établit le principe selon lequel l'accord d'adhésion doit permettre au demandeur de s'adresser au bon défendeur. En bref, le codéfendeur devient partie à la procédure. Il s'agit du sujet juridique qui se trouve à la source de la base légale attaquée devant la CourEDH⁸².

Soit l'UE, soit ses États membres peuvent être codéfendeurs. Dans le premier cas, on se rapproche du cas de figure de l'arrêt *Bosphorus*, où la source de l'acte attaqué se trouve dans le droit dérivé et où les EM n'ont pas de marge de manœuvre pour choisir une solution compatible avec la CEDH⁸³ ; dans le second, il s'agirait plutôt d'une affaire similaire aux faits de l'arrêt

⁸⁰ LOCK I, p. 1037 ; TULKENS, p. 166.

⁸¹ LOCK I, p. 1037.

⁸² Rapport explicatif, para 56.

⁸³ GRAGL, p. 32.

Matthews, où la source du problème était dans le droit primaire⁸⁴. Il est envisageable que l'activation du mécanisme soit finalement assez rare⁸⁵. On note en outre que pour que le mécanisme soit activé, il n'est pas nécessaire que le recourant épuise les voies de recours internes du codéfendeur⁸⁶.

L'activation du mécanisme n'est pas automatique. En effet, une partie devient codéfenderesse soit en acceptant l'invitation de la CourEDH, soit sur requête du codéfendeur potentiel, à travers une décision de la CourEDH, qui conduit un examen de plausibilité, basé sur les arguments du codéfendeur, pour constater si les conditions d'activation sont réunies (art. 3 para 5 PAA). Même si le mécanisme est en soi volontaire et qu'il y a eu des discussions pour en faire un système obligatoire⁸⁷, le projet de déclaration, qui est contraignant pour l'UE en vertu du principe de la bonne foi en droit international public, et le principe de coopération loyale, pour ce qui concerne les États membres, devraient aider à empêcher qu'une partie puisse se soustraire à ses responsabilités⁸⁸.

L'art. 3 para 7 PAA dispose que la CourEDH attribue en principe la responsabilité conjointement aux deux parties, mais sur la base des arguments de ces dernières, elle peut finalement l'attribuer à une seule d'entre elles.

On remarque en outre que le codéfendeur se distingue de la tierce intervention de l'art. 36 CEDH. En effet, ce genre de participation n'est possible que si le demandeur est un citoyen de l'intervenant et la décision de la cour n'est pas imposable à cet intervenant, qui n'est pas une partie à proprement parler. La tierce intervention reste toutefois la seule procédure ouverte lorsque le droit de l'Union est remis en cause dans une affaire qui concerne un État tiers à l'UE. Cela peut être notamment le cas de la Suisse et des affaires re-

⁸⁴ Idem, p. 34.

⁸⁵ TULKENS, p. 170.

⁸⁶ Idem, p. 171.

⁸⁷ DRZEMCZEWSKI, p. 23.

⁸⁸ Ibid.

latives au règlement de Dublin⁸⁹. Le mémorandum entre l'UE et X (annexe IV) vise exactement ces cas.

La CJUE critique le mécanisme du codéfendeur sur trois points principaux. D'abord, elle constate que l'art. 3 para 5 PAA, lorsqu'il donne à la CourEDH la compétence de statuer sur la plausibilité d'une demande en activation du mécanisme, risque de porter atteinte à la répartition des compétences, voire à l'autonomie du droit européen et aux prérogatives de la Cour⁹⁰. L'AG a aussi exprimé des préoccupations, en retenant que le contrôle de plausibilité pourrait créer des incertitudes quant à la participation du codéfendeur et donc comporter des risques pour le respect de l'art. 1 litt. b du Protocole n° 8⁹¹. Nous sommes de l'avis que, même si Strasbourg n'avait aucun motif pour refuser la participation du codéfendeur, puisqu'il s'agit d'une protection renforcée pour le demandeur⁹², la possibilité que la CourEDH le fasse existe. En effet, il est vrai que l'examen de la CourEDH serait seulement *prima facie*⁹³, mais nous supportons l'idée qu'il faudrait éliminer tout risque et permettre que seul le défendeur puisse appeler en cause le codéfendeur⁹⁴, qui serait obligé de participer soit en vertu de la déclaration (Annexe II), soit en vertu du principe de coopération loyale. Ce même principe empêcherait aussi les EM d'abuser de cette prérogative⁹⁵.

Ensuite, la Cour se penche sur l'art. 3 para 7 PAA et retient qu'un État membre, en vertu du principe de responsabilité partagée, pourrait être tenu responsable même s'il avait exprimé une réserve à la CEDH⁹⁶. Or, la Cour ne spécifie pas dans quels cas cela pourrait se passer. Il nous semble toute-

⁸⁹ cf. Règ. (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 29/06/2013, p. 31-59 ; Accord du 26 octobre 2004 (RS 0.142.392.68).

⁹⁰ CJUE, *Avis 2/13*, paras 223-225.

⁹¹ AG, paras 230-231.

⁹² ROSSI.

⁹³ ØBY JOHANSEN I ; GRAGL, p. 34.

⁹⁴ LOCK I, p. 1045.

⁹⁵ LOCK II, p. 127.

⁹⁶ CJUE, *Avis 2/13*, paras 227

fois que ce scénario est impossible lorsque l'UE est codéfenderesse. En effet, une requête à l'encontre d'un EM serait irrecevable si ce dernier avait exprimé une réserve. Le codéfendeur ne serait donc pas activable, la requête n'étant même pas notifiée à la Haute Partie en question⁹⁷. Le problème existe seulement par rapport à l'art. 3 para 3 PAA. L'AG suggère qu'il soit ajouté une clause qui spécifie que la responsabilité conjointe s'applique sans préjudice d'éventuelles réserves⁹⁸. Cela nous paraît la meilleure solution. Il est certain que la responsabilité devrait revenir à tous les EM, puisqu'ils sont les seuls à pouvoir changer le droit primaire et résoudre le conflit avec la CEDH. Il y a cependant une contradiction entre l'art. 2 du protocole n° 8 et son art. 1. D'une part, il faut trouver le bon défendeur et de l'autre, il faut que la situation des EM vis-à-vis de la Convention reste la même. On devrait donc admettre que, selon la proposition de l'AG, seuls les États qui n'ont pas émis ladite réserve soient tenus pour responsables en vertu de la CEDH, mais que tous les EM devraient participer à la correction du droit primaire, en vertu du principe de coopération loyale.

Finalement, la Cour retient que la possibilité laissée à la CourEDH par l'art. 3 para 7 PAA d'attribuer la responsabilité à une des parties est contraire à l'autonomie du droit de l'UE. Il est vrai qu'il est nécessaire que les parties en fassent la requête, mais il ne ressort pas clairement du PAA qu'elle doit être le résultat d'un accord entre les deux. Même si elle l'était, les risques quant à l'autonomie du droit de l'UE dans le domaine de la répartition des compétences ne seraient pas éteints⁹⁹. Nous partageons pleinement l'avis de la Cour sur ce point. En effet, nous ne sommes pas d'accord avec GAJA, qui pense que le principe du bon défendeur du Protocole n° 8 est à interpréter dans le sens de l'attribution de responsabilité. Dans ce cas, la CourEDH serait amenée à apprécier la répartition des compétences en droit européen, ce qui usurperait les prérogatives de la CJUE. L'art. 1 du Protocole n° 8 implique qu'il doit être possible de tenir pour responsable l'auteur de la base

⁹⁷ Rapport explicatif, para 51.

⁹⁸ AG, para 265.

⁹⁹ CJUE, *Avis 2/13*, para 231-234

légale, qui peut agir pour la modifier, et pas qu'il faille attribuer la responsabilité à une partie particulière¹⁰⁰. Il serait mieux de ne pas fournir la possibilité ouverte par l'art. 3 para 7 PAA et de prévoir un rôle pour la CJUE dans les règles internes de mise en œuvre de l'accord.

III. Le mécanisme d'implication préalable

Cette procédure est mentionnée à l'art. 3 para 6 PAA. Elle peut être activée seulement dans les cas où l'UE participe en tant que codéfenderesse, si la CJUE n'a pas pu se prononcer sur la question. Le PAA fait uniquement référence au temps nécessaire qui doit être accordé à la CJUE. Selon le paragraphe 66 du rapport explicatif, la Cour pourra s'exprimer sur des questions portant sur l'interprétation du droit primaire ou la validité du droit dérivé.

On remarque que cette compétence n'est pas totalement assimilable à d'autres procédures prévues dans les traités. La Cour a cependant jugé qu'un traité international peut élargir ses pouvoirs, pour autant que ses compétences ne soient pas dénaturées et que la nouvelle procédure ne comporte pas une modification des traités à la dérobée¹⁰¹. La CJUE ne s'est cependant pas posée la question du fondement du mécanisme dans les traités. De son côté, l'AG note que même s'il fallait créer une nouvelle procédure, cela ne serait pas susceptible de dénaturer l'essence des compétences de la Cour. En effet, sa prérogative selon l'art. 19 TUE est de veiller à l'interprétation du droit et d'en contrôler la validité. L'implication préalable s'inscrit exactement dans ce cadre, en renforçant la position même de la CJUE¹⁰². Le mécanisme peut donc être ajouté au statut interne de la Cour à travers la procédure législative ordinaire (art. 281 TFUE)¹⁰³.

¹⁰⁰ *Contra*, GAJA, para 7.

¹⁰¹ CJUE, *Avis 1/09*, para 75 ; CJCE, *Avis 1/92*, para 41 ; VEZZANI I, p. 12 .

¹⁰² BARATTA, p. 1330

¹⁰³ AG, paras 68-74.

L'implication préalable, qui a été voulue par la CourEDH et par la CJUE¹⁰⁴, a été beaucoup critiquée en doctrine. Il a été dit qu'il s'agit d'un privilège concédé à l'UE¹⁰⁵ et que certains États-Parties à la CEDH se trouvent dans une situation similaire à celle de l'UE, car leurs cours constitutionnelles ne se prononcent pas forcément avant la CourEDH¹⁰⁶. Un autre argument est que le fait que la CJUE puisse ne pas être saisie d'un renvoi préjudiciel n'est pas un défaut à corriger dans l'accord d'adhésion, mais dans les traités¹⁰⁷. Au contraire, nous sommes convaincus que cette procédure est nécessaire parce que la situation des EP et celle de l'UE ne sont pas similaires. En effet, même si la cour constitutionnelle d'un EP à la CEDH n'est pas saisie, une cour nationale a déjà eu la possibilité de se prononcer sur la question. Tel ne serait pas le cas de l'UE, où aucun juge européen n'aurait eu l'occasion de juger de l'affaire¹⁰⁸. En outre, il n'est pas pertinent de prétendre que l'UE adapte ses voies internes. Le Protocole n° 8 demande que ses caractéristiques soient maintenues¹⁰⁹.

Ce système est nécessaire pour préserver la subsidiarité de la CourEDH, qui se fonde sur une interprétation préalable du droit interne (*supra* §3.1). En effet, le renvoi préjudiciel de l'art. 267 TFUE ne peut pas être considéré comme une voie de droit à épuiser au sens de la CEDH, car cette procédure échappe au contrôle du recourant. Il n'est pas certain que la CJUE soit saisie par les cours nationales, même de dernière instance¹¹⁰. La jurisprudence *CILFIT* permet de ne pas poser la question préjudicielle à la Cour lorsqu'on est en présence d'un acte clair ou d'un acte éclairé par la CJUE¹¹¹. Les cours nationales restent cependant tenues d'y procéder s'il s'avère nécessaire de statuer sur la validité d'un acte des institutions européennes, la CJUE étant

¹⁰⁴ Joint Communication ; Document de réflexion.

¹⁰⁵ Notamment, GAJA, para 5.

¹⁰⁶ LOCK III, p. 182.

¹⁰⁷ TORREZ PEREZ, p. 36.

¹⁰⁸ TIMMERMANS, p. 335 ; BARATTA, p. 1326.

¹⁰⁹ TIMMERMANS, p. 336.

¹¹⁰ Document de réflexion, para 10.

¹¹¹ CJCE, *CILFIT*, para 21.

la seule autorité compétente en la matière¹¹². La nécessité de déclarer la jurisprudence *CILFIT* inapplicable chaque fois que la CEDH entre en ligne de compte pourrait être défendue. La CJUE tend cependant à se méfier des cours nationales et cette procédure d'implication préalable permet d'éliminer tout risque de non-activation¹¹³.

La CJUE conteste le mécanisme dans sa prise de position sur deux points. D'abord, elle constate que la question de savoir si elle s'est déjà prononcée sur une question similaire doit être tranchée par la CJUE. Il serait contraire à l'autonomie du droit européen de laisser à la CourEDH la faculté d'interpréter la jurisprudence de la CJUE¹¹⁴. Le PAA n'est pas limpide sur ce point. La procédure étant interne à l'UE¹¹⁵, nous sommes de l'avis que la compétence de faire la requête devrait revenir à la Commission, qui représentera l'UE devant la CourEDH. Ici, l'accord d'adhésion devrait tout simplement spécifier qu'à la requête de l'UE, la CourEDH accorde, *de jure*, le temps nécessaire à la CJUE¹¹⁶. La procédure serait donc modelée, *mutatis mutandis*, sur l'art. 267 TFUE¹¹⁷.

Le second point critiqué par la Cour est celui de l'étendue de l'implication préalable. Selon le paragraphe 66 du rapport explicatif, la CJUE pourra statuer sur l'interprétation du droit primaire et la validité du droit dérivé. Selon la Cour, une limitation à la validité du droit secondaire est contraire à ses prérogatives. Elle retient que l'accord devrait spécifier que la CJUE peut être saisie aussi pour des questions en interprétation d'actes des institutions¹¹⁸. L'AG est du même avis¹¹⁹. Nous pensons cependant que la critique de la Cour est infondée. D'abord, il faut remarquer que la CJUE elle-même s'était

¹¹² CJCE, *Foto-Frost*, para 17.

¹¹³ JACQUE I, p. 1015.

¹¹⁴ CJUE, *Avis 2/13*, paras 238-239.

¹¹⁵ Rapport explicatif, para 66

¹¹⁶ *Contra*, AG, para 184 ; GRAGL, pp. 46-48 ; JACQUE I, p. 1022.

¹¹⁷ GRAGL, p. 46.

¹¹⁸ CJUE, *Avis 2/13*, paras 242-246.

¹¹⁹ AG, paras 131 et 135

exprimée dans les mêmes termes employés dans le rapport explicatif¹²⁰, ce qui a certainement conduit les négociateurs à s'y fier de bonne foi. Ensuite, une demande en validité implique qu'une interprétation de cet acte soit faite ; à cet égard, une interprétation téléologique du PAA est nécessaire¹²¹. En effet, même si la Cour était saisie d'une demande en interprétation, elle devrait préalablement apprécier la validité de l'acte en question par rapport à la CEDH. Cela dit, il ne devrait pas être problématique d'accommoder cette requête de la CJUE pour éviter toute insécurité¹²².

IV. Le principe de confiance mutuelle dans l'ELSJ

Aux points 191-195 de son *Avis 2/13*, la CJUE évoque une problématique quelque peu inédite par rapport à l'adhésion de l'UE à la CEDH. Elle considère qu'en traitant l'Union comme toute Haute Partie contractante, le PAA méconnaît le principe de confiance mutuelle dans l'ELSJ. En effet, la Cour dit que ce principe est fondamental pour établir une Union sans frontières intérieures et que les EM, dans la façon dont le PAA est aménagé, seraient tenus d'exiger que les autres États membres assurent le respect des droits fondamentaux et donc de contrôler que ces garanties sont respectées dans des cas concrets. Cela est contraire au principe de confiance mutuelle que l'accord d'adhésion devrait protéger. Il existe donc un risque pour l'autonomie du droit européen¹²³.

Ce point est l'un des plus controversés de l'avis et nous ne saurons l'accepter.

L'ELSJ est défini à l'art. 67 TFUE comme un espace fondé sur le respect des droits fondamentaux. La Cour, en exigeant que le respect du principe de confiance mutuelle prime le contrôle du respect de ces droits, voire qu'il prime

¹²⁰ Document de réflexion, para 12.

¹²¹ GAJA, para 5 ; ØBY JOHANSEN III.

¹²² Ég. HALBERSTAM, p. 12.

¹²³ Ég. DOUGLAS-SCOTT ; BUYSE ; ØBY JOHANSEN III.

les droits eux-mêmes, méconnaît grossièrement les traités¹²⁴. Il n'est fait mention à aucun moment, aux art. 67 ss. TFUE, de la confiance mutuelle, qui ne peut donc pas avoir le pas sur le respect des garanties fondamentales¹²⁵.

Ainsi faisant, la Cour cherche à éliminer du champ d'application de la CEDH un domaine très sensible du droit européen. En effet, le règlement Dublin III, qui trouve sa base légale dans l'art. 78 TFUE, ressortit à l'ELSJ. L'exécution de ce règlement et de ses prédécesseurs a donné lieu à un certain nombre d'arrêts de la CourEDH, comme les affaires *MSS* et *Tarakhel*, où la CourEDH a critiqué les mécanismes de renvoi automatique. Dans le second arrêt, en particulier, la CourEDH a fortement allégé les conditions pour retenir une défaillance systémique, seul moyen pour s'écarter du principe de confiance mutuelle d'après l'arrêt *NS* de la CJUE¹²⁶. Cette position de la CourEDH permet de mieux protéger les droits fondamentaux¹²⁷.

La prise de position de la Cour apparaît donc comme une réaction directe aux décisions rendues dans *Tarakhel* et *MSS*¹²⁸ et cela au préjudice de la protection des requérants l'asile, qui vivent parfois dans des conditions difficiles¹²⁹.

Nous sommes de l'avis qu'une adhésion dans ces termes à la CEDH serait privée de son but et ne serait acceptable ni politiquement, ni moralement.

Si la Cour ne veut pas renoncer au principe de confiance mutuelle, elle aurait dû reconnaître que la meilleure façon pour garantir ce principe et le respect de l'autonomie du droit européen est d'admettre une adhésion sans exclusion, comme le relève HALBERSTAM¹³⁰. En effet, si l'UE adhère à la CEDH

¹²⁴ ØBY JOHANSEN III.

¹²⁵ DOUGLAS-SCOTT.

¹²⁶ CJUE, *NS*, para 106 ; PEERS II.

¹²⁷ PEERS II.

¹²⁸ MICHL.

¹²⁹ Un article à propos des CIE en Grèce et en Italie : <http://goo.gl/nYzrNL> (consulté le 24 février 2015).

¹³⁰ HALBERSTAM, p. 32.

selon les termes du PAA actuel, les EM pourraient continuer à appliquer le principe de confiance mutuelle et seront protégés, le cas échéant, par l'UE qui, en tant que co-défenderesse, serait responsable pour la violation de la CEDH et devrait pourvoir à la correction de cette violation¹³¹.

Nous restons convaincus qu'il convient de donner la priorité aux droits fondamentaux et de s'écarter, au moins dans des domaines sensibles comme celui de l'asile, du principe de confiance mutuelle.

V. La question de la PESC

La structure intergouvernementale de la PESC, ainsi que l'incompétence, en principe, de la CJUE pour revoir les mesures prises en vertu du titre V du TUE (art. 275 TFUE et 24 para 1 TUE) sont bien connues. Il est aussi reconnu et accepté que la PESC reste soumise aux juridictions nationales en vertu de l'art. 274 TFUE¹³².

Or, la CJUE estime qu'étant donné qu'elle n'est pas elle-même compétente, la CourEDH ne peut se voir attribuer la compétence exclusive de revoir les actes et omissions relatives à la PESC. Il s'agirait en effet d'une méconnaissance des caractéristiques de l'Union. La Cour déduit ce principe notamment de son *Avis 1/09*¹³³, qui exclut l'attribution exclusive des compétences juridictionnelles à des juridictions externes à l'UE¹³⁴.

La position de la Cour sur ce point paraît forcée et suscite des doutes quant à la volonté de la CJUE d'assurer la protection des droits fondamentaux dans l'UE.

¹³¹ Ibid.

¹³² AG, para 195.

¹³³ CJUE, *Avis 1/09*, paras 78, 80 et 89.

¹³⁴ CJUE, *Avis 2/13*, paras 254-257.

D'abord, comme relevé par l'AG, la question de la PESC est tout à fait inédite¹³⁵. En effet, la Cour n'a jamais jugé d'une affaire sur laquelle elle-même n'avait pas de juridiction. Pour ce motif, sa référence à l'*Avis 1/09* est dénuée de fondement, la question étant fondamentalement différente. En effet, en évoquant cette prise de position, la CJUE, paradoxalement, élargit sa compétence à la PESC, en excluant la compétence de toute autre juridiction internationale¹³⁶. En outre, il faut noter que la PESC n'est pas le seul domaine où il y aurait une situation où la Cour ne peut pas revoir la validité d'une disposition ou d'un acte. En effet, elle ne peut revoir la validité du droit primaire non plus, alors que la CourEDH peut juger de sa compatibilité avec la CEDH¹³⁷.

Ce que la CJUE semble également méconnaître est que les auteurs du Traité de Lisbonne ont décidé de soustraire la PESC à une interprétation harmonisée dans l'ensemble de l'Union. Le traité prévoit l'adhésion à la CEDH et exclut la compétence de la CJUE. Par conséquent, il nous semble évident que les auteurs du traité n'ont pas envisagé de problèmes quant à la compétence de la CourEDH et que la position de la CJUE n'est pas en ligne avec l'autonomie du droit européen¹³⁸. Il n'est en effet pas illégitime que les EM eux-mêmes invoquent la compatibilité du PAA sur ce point¹³⁹.

Nous ne pensons pas que l'exclusion de la PESC, si elle était prévue dans l'accord d'adhésion, serait à comprendre comme une réserve au sens de l'art. 57 CEDH¹⁴⁰ (*supra* §2.III). Cette exclusion serait cependant éminemment contraire aux buts de l'adhésion et représenterait un avantage injustifié pour l'Union, puisque la politique étrangère des autres quarante-sept Parties est soumise au contrôle de la CourEDH. L'exclusion menacerait en outre la protection des droits fondamentaux. En effet, même si des cas comme *Behrami et Behrami* ou *Al-Skeini* ne se sont jamais produits au sein de l'UE, ils

¹³⁵ AG, para 190.

¹³⁶ LOCK IV.

¹³⁷ LOCK III, p. 190.

¹³⁸ AG, paras 193-194.

¹³⁹ ØBY JOHANSEN I

¹⁴⁰ *Contra*, BARATTA, p. 1306.

ne sont nullement exclus, notamment dans le cadre de la PESD (art. 43 ss. TUE). Une exclusion lancerait donc un signal politique négatif qui, en vue des événements récents (*i.e.* la crise ukrainienne), pourrait avoir des incidences fâcheuses sur le système de la CEDH lui-même.

Il faut également mentionner que la possibilité de limiter la juridiction de la CourEDH aux seuls cas où la CJUE est compétente mettrait en danger l'autonomie du droit européen, car la cour de Strasbourg devrait interpréter le droit européen pour s'assurer de ne pas être compétente¹⁴¹. Finalement, même une exclusion totale ne guérirait pas l'incompétence de la CJUE. En effet, la CourEDH se considèrerait comme compétente pour attribuer la responsabilité des actes de la PESC aux États membres en vertu de la jurisprudence *Matthews*. Ceci aurait lieu sans que la présomption de l'arrêt *Bosphorus* ne puisse trouver application, la CJUE ne pouvant pas assurer le respect des droits fondamentaux requis par le principe de la protection équivalente¹⁴². Les EM se retrouveraient donc face à un conflit d'obligations¹⁴³.

VI. La coordination entre la Charte et la CEDH

Les paragraphes 187-190 de l'*Avis 2/13* portent sur la coordination entre l'article 53 Charte et l'article 53 CEDH. La disposition de la Charte, qui indique que cet instrument ne saurait léser les droits garantis par, entre autres, la CEDH, a été interprétée par la Cour comme limite maximale de protection lorsque les EM appliquent le droit de l'UE et cela en vertu de la primauté et de l'efficacité du droit européen¹⁴⁴. Dans ce sens, l'arrêt *Melloni* confirme l'arrêt *Handelsgesellschaft*¹⁴⁵. Par contre, l'art. 53 CEDH indique tout simplement que les dispositions de la Convention représentent un standard minimal de protection.

¹⁴¹ Lock III, p. 188-189.

¹⁴² CourEDH, *Michaud*, para 114.

¹⁴³ JACQUE II.

¹⁴⁴ CJUE, *Melloni*, paras 58-60

¹⁴⁵ CJUE, *Melloni*, para 59 ; MICHL.

Or, la Cour demande que l'accord d'adhésion cordonne les deux dispositions de façon à garantir que les EM n'utilisent pas l'art. 53 CEDH pour aller au-delà du niveau de protection garanti par la Charte. La CJUE prétend que l'accord d'adhésion protège la primauté, l'effectivité et l'unité du droit européen¹⁴⁶. À défaut, l'adhésion de l'Union à la Convention mettrait en danger la primauté du droit de l'Union et donc ses spécificités¹⁴⁷.

Nous sommes de l'avis que cette argumentation n'est pas acceptable. Premièrement, la question devrait être résolue à l'interne, les États membres ne pouvant pas violer le droit primaire, notamment la Charte. Il faut bien noter que l'art. 53 CEDH ne confère pas de nouvelles compétences aux EM, mais limite uniquement la portée de la CEDH. Les EM ne peuvent donc pas l'utiliser pour se soustraire aux obligations de droit européen, puisque le droit européen y fait obstacle¹⁴⁸. Enfin, exiger d'un accord international qu'il protège la primauté d'un ordre juridique interne semble dénué de fondement¹⁴⁹.

Il convient également de relever qu'il pourrait être politiquement très difficile de défendre une solution selon laquelle la CEDH serait formellement inférieure aux standards internes, ce qui rendrait la conclusion d'un accord virtuellement impossible et inutile¹⁵⁰.

VII. L'article 344 TFUE

La sauvegarde de l'art. 344 TFUE est une condition posée à l'art. 3 du Protocole n° 8.

Le conflit potentiel entre l'adhésion de l'UE et la Convention surgit en raison de l'art. 33 CEDH, qui prévoit les recours interétatiques, et de l'art. 55 CEDH,

¹⁴⁶ CJUE, *Avis 2/13*, para 189.

¹⁴⁷ JACQUÉ II.

¹⁴⁸ HALBERSTAM, p. 22.

¹⁴⁹ ANRO.

¹⁵⁰ ROSSI.

qui exclut la possibilité de soumettre des litiges portant sur la Convention à d'autres modes de règlement des différends que ceux prévus par la CEDH.

L'art. 5 PAA résout expressément le conflit entre l'art. 55 CEDH et l'art. 344 TFUE (*supra* §2.III)¹⁵¹. La CJUE reconnaît la validité de cette solution¹⁵². A l'inverse, en ce qui concerne l'art. 33 CEDH, la CJUE estime que le fait que le PAA ne régit pas la question de savoir si des recours *inter partes* peuvent être soumis à la CourEDH porte atteinte à l'art. 344 TFUE et donc à l'autonomie du droit de l'Union¹⁵³. Selon la Cour, l'accord d'adhésion devrait prévoir une exception d'irrecevabilité pour les différends portant sur l'interprétation et l'application de la CEDH présentés devant la CourEDH par les États membres ou ces derniers et l'Union¹⁵⁴.

Nous partageons l'avis selon lequel on se trouve ici devant un conflit purement interne au droit de l'Union et qu'il n'a pas lieu d'être résolu dans l'accord d'adhésion¹⁵⁵. Il s'agit de la même position déjà adoptée par le CDDH en 2002¹⁵⁶.

L'AG et la doctrine soutiennent en effet que l'art. 344 est suffisant pour limiter la portée de l'art. 33 CEDH¹⁵⁷. En effet, si un EM décidait de soumettre son différend à la CourEDH, il violerait l'art. 344 et son action pourrait faire l'objet d'un recours en manquement au sens des art. 258-260 TFUE. La présence de cette procédure devrait pouvoir garantir l'effet utile de l'art. 344 TFUE¹⁵⁸.

L'AG formule une proposition que la CJUE aurait pu suivre au lieu de conclure tout simplement au rejet du PAA sur ce point. Elle suggère en effet que la Cour subordonne la compatibilité de l'accord d'adhésion à une déclaration

¹⁵¹ Rapport Explicatif, para 74.

¹⁵² CJUE, *Avis 2/13*, para 207.

¹⁵³ CJUE, *Avis 2/13*, paras 207-208 ; Rapport Explicatif, para 72.

¹⁵⁴ CJUE, *Avis 2/13*, para 213.

¹⁵⁵ STREINZ ; JACQUE II ; JACQUE I, p. 1008.

¹⁵⁶ CDDH, DG-II(2002)006, CDDH(2002)010 Addendum 2, para 65.

¹⁵⁷ AG, para 118 ; JACQUE I, p. 1008.

¹⁵⁸ AG, para 118.

de l'UE et de ses EM à ne pas saisir la CourEDH d'un recours *inter partes*¹⁵⁹. Le principe de la bonne foi en droit international public permettrait à la CourEDH de déclarer le recours irrecevable. Cette solution nous apparaît comme le meilleur compromis que la CJUE aurait pu choisir. Même sans cette déclaration, le principe de la bonne foi pourrait malgré tout permettre à la CourEDH de ne pas entrer en matière¹⁶⁰. La bonne foi ne devrait, selon nous, pas dépendre de la présence d'une déclaration.

VIII. Le conflit entre l'art. 267 TFUE et le Protocole n° 16

Le Protocole n° 16 à la CEDH introduit une procédure d'avis consultatif devant la CourEDH pour des questions d'interprétation ou d'application de la Convention. Il s'agit d'un mécanisme qui ressemble au renvoi préjudiciel de l'art. 267 TFUE. Il diffère cependant sur deux points principaux. D'abord, l'art. 1 du Protocole spécifie que l'avis consultatif n'est ouvert qu'aux plus hautes juridictions de la Haute Partie contractante. Ensuite, l'art. 5 du Protocole prévoit que l'avis donné par la CourEDH n'est pas contraignant.

La CJUE a retenu qu'il faut prévoir dans l'accord d'adhésion une articulation entre la procédure de renvoi préjudiciel et le nouveau mécanisme consultatif de la CEDH. À défaut d'une telle articulation, l'accord d'adhésion ne saurait être apte à préserver l'autonomie et les caractéristiques du droit de l'UE¹⁶¹.

La Cour est en effet convaincue que le protocole n° 16 pourrait être utilisé pour se référer à la CourEDH avant de lui soumettre la question préjudicielle et pour la saisir, le cas échéant, à travers la procédure d'implication préalable. Cela aurait pour effet de contourner le fonctionnement de l'art. 267 TFUE¹⁶².

¹⁵⁹ AG, para 120.

¹⁶⁰ HALBERSTAM, p. 16.

¹⁶¹ CJUE, *Avis 2/13*, paras 199-200.

¹⁶² CJUE, *Avis 2/13*, para 198.

Ce risque est concevable. Après l'adhésion, la CJUE pourra être saisie d'un renvoi préjudiciel portant sur la CEDH, mais les tribunaux des EM qui ont ratifié le Protocole n° 16 pourraient lui préférer la cour de Strasbourg ou même être tentés de choisir l'interprétation de la CEDH, unie à cette procédure, en lieu de l'interprétation de la Charte, lorsqu'il s'agit de définir et d'appliquer des droits communs aux deux instruments¹⁶³.

Le problème ne relève cependant pas de l'accord d'adhésion et la question est à résoudre de manière interne à l'UE¹⁶⁴. Le Conseil est d'avis que des règles internes suffiraient, sans que l'articulation soit insérée dans le PAA. D'autres suggèrent que l'UE devrait s'appuyer sur le principe de coopération loyale pour empêcher la ratification du Protocole n° 16¹⁶⁵, ou que le recours à la procédure décrite pourrait être puni en tant que violation de l'art. 344 TFUE¹⁶⁶. Une autre position est celle de BREUER, qui dit que le principe de l'arrêt *Simmenthal II*, selon lequel les cours nationales doivent saisir la Cour avant de se référer aux cours constitutionnelles, s'applique *mutatis mutandis* au conflit entre l'art. 267 TFUE et le Protocole n° 16, la question étant donc déjà résolue dans la jurisprudence de la CJUE. L'AG s'exprime dans le même sens, en affirmant que, l'art. 267 TFUE primant le droit national et les éventuels accords internationaux souscrits par les EM, les juridictions de ces derniers devraient donner la priorité au mécanisme du TFUE¹⁶⁷.

Ces deux derniers avis nous paraissent des solutions particulièrement plausibles. La possibilité de bloquer la ratification en vertu du principe de coopération loyale serait à prendre en considération comme *ultima ratio*.

¹⁶³ AG, paras 139-140.

¹⁶⁴ STREINZ ; JACQUE II ; ROSSI ; ØBY JOHANSEN III.

¹⁶⁵ ANRO.

¹⁶⁶ ROSSI.

¹⁶⁷ AG, para 141 ; BREUER

Conclusion

Par ce travail, nous avons tenté de démontrer que l'*Avis 2/13* de la CJUE n'apporte pas de solution satisfaisante.

La doctrine a critiqué cet avis presque à l'unanimité. Il a aussi été proposé que les EM s'accordent sur un protocole de *Notwithstanding*, par lequel l'UE devrait adhérer à la CEDH malgré le protocole n° 8, l'*Avis 2/13* et l'art. 6 para 2 TUE¹⁶⁸. Cet idée ne nous semble pas la bonne solution et pourrait créer des insécurités juridiques.

De plus, de beaucoup d'éléments, dans le raisonnement de la CJUE, paraissent forcés. À travers cet avis, la CJUE a mis en danger l'idée même de l'adhésion de l'UE à la Convention. Il est presque exclu, vu la situation géopolitique actuelle, que les autres parties à la CEDH, et surtout la Russie, puissent accepter l'exclusion de la PESC de l'accord d'adhésion. De plus, il n'est pas acceptable de demander d'un accord international qu'il pourvoie à la sauvegarde de la primauté et de l'efficacité du droit interne. En outre, de nombreux points, comme ceux portant sur l'art. 344 TFUE ou sur le Protocole n° 16, peuvent simplement être résolus sur le plan interne et ont été contestés par la Cour de manière injustifiée. L'argument le plus contestable se rapporte à la question de l'ELSJ. Prétendre que le principe de confiance mutuelle entre EM prendrait le pas sur la protection des droits fondamentaux et sur le contrôle du respect de ces garanties met potentiellement en danger la protection des droits fondamentaux des individus. La CJUE s'est fondée sur un point que ni les négociateurs, ni la doctrine avaient pris en considération pour poser une condition difficilement négociable.

Suite à l'*Avis 2/13*, la négociation d'un nouveau projet d'accord ne sera pas aisée. Les difficultés politiques sont considérables, et les tensions sur le continent européen n'améliorent pas la situation. C'est pourquoi nous partageons l'avis d'autres auteurs selon lesquels il appartient à la politique de dé-

¹⁶⁸ BESSELINK.

montrer sa ferme volonté d'assurer la protection des droits fondamentaux tant par les États que par les institutions européennes¹⁶⁹. Il conviendrait donc d'envisager la possibilité de réviser le traité de Lisbonne pour mieux élaborer les conditions de l'adhésion de l'Union à la CEDH, dont la conception, dans le traité actuel déjà, n'a pas été méticuleuse. De même, il paraît nécessaire d'élaborer au sein de l'UE des règles internes à présenter à la Cour lors de la prochaine audience¹⁷⁰.

¹⁶⁹ VEZZANI I ; BUYSE ; BESSELINK.

¹⁷⁰ Ég. DUFF.