

---

## **La question de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la lumière de l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne**

**Auteur :** Nyssen, Lenka

**Promoteur(s) :** Wathelet, Melchior

**Faculté :** Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

**Diplôme :** Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

**Année académique :** 2016-2017

**URI/URL :** <http://hdl.handle.net/2268.2/3434>

---

### *Avertissement à l'attention des usagers :*

*Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.*

*Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.*

---

# **La question de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la lumière de l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne**

**Lenka NYSSSEN**

Travail de fin d'études  
Master en droit à finalité mobilité  
Année académique 2016-2017

Recherche menée sous la direction de :  
Monsieur MELCHIOR WATHELET  
Professeur extraordinaire



## RÉSUMÉ

La protection des droits fondamentaux ne figurait pas parmi les objectifs des traités fondateurs de l'UE, qui étaient purement économiques. Deux éléments vont amener cette question à l'avant plan. D'une part, la Cour de justice a progressivement assuré la protection des droits fondamentaux pour faire face aux revendications de certaines cours constitutionnelles des États membres, qui menaçaient de ne pas reconnaître la primauté du droit de l'Union tant que les droits fondamentaux ne seraient pas protégés au niveau de l'UE d'une manière équivalente à la protection garantie au niveau national.

D'autre part, avec l'extension des compétences de l'UE, de plus en plus d'actes de l'Union étaient susceptibles d'affecter les droits fondamentaux. Dès lors, consciente de ce problème, l'UE va multiplier les références aux droits fondamentaux dans les actes de l'Union, pour aboutir, en 2000, à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

L'adoption de cette Charte n'a toutefois pas définitivement résolu la question de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union. Certains problèmes persistaient: manque de cohérence dans la position de l'UE, risque de conflit de loyauté dans le chef des États membres, coïncés entre leurs obligations au titre de la CEDH et celles découlant du droit de l'Union, lacunes dans la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE (notamment accès restreint à la Cour de justice). L'adhésion de l'UE à la CEDH aurait résolu certains de ces problèmes. Après une première tentative d'adhésion avortée en raison d'une absence de base juridique suffisante, un nouveau projet d'accord d'adhésion a été négocié, lequel prévoyait deux mécanismes originaux (la coresponsabilité et l'implication préalable de la Cour de justice). L'avis de la Cour de justice a été sollicité sur ce projet d'accord en application de l'article 218 TFUE.

Dans son avis 2/13, la Cour de justice a rejeté le projet d'accord pour incompatibilité avec le droit de l'Union. Elle a avancé plusieurs objections, centrées essentiellement sur l'autonomie du droit de l'Union et sa compétence exclusive en matière d'interprétation du droit de l'Union. La position de la Cour de justice a été fortement critiquée, d'une part, au motif qu'elle faisait peu cas des solutions novatrices du projet d'accord allant dans le sens d'une protection accrue des droits fondamentaux, et d'autre part, parce la plupart des arguments soulevés par la Cour se sont avérés peu solides, tant d'un point de vue pratique que juridique. Il n'en reste pas moins que cet avis est contraignant et qu'il s'oppose à la conclusion d'un accord d'adhésion de l'UE à la CEDH sans une modification du projet d'accord ou modification des traités.

Plusieurs solutions ont été proposées pour rencontrer les objections de la Cour de justice et permettre une adhésion. Ces solutions allaient d'une révision des traités (jugée peu probable compte tenu du climat politique actuel), en passant par des réserves à la CEDH (solution politiquement et juridiquement peu praticable), à une modification du projet d'accord ou l'adjonction à ce dernier de déclarations de l'UE et de ses États membres.

Toutefois, compte tenu des priorités de l'UE et des rapports tendus avec certaines Parties contractantes non membres de l'Union, il est fort probable que le statu quo actuel perdure encore quelques années. En dépit des craintes exprimées par certains quant à une divergence

de plus en plus prononcée entre les jurisprudences de la Cour EDH et de la Cour de justice, il semble que celles-ci aient repris le « dialogue » qui a caractérisé leurs relations, chacune cherchant à tenir compte de la position et de la jurisprudence de l'autre.

## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>6</b>
<b>I. LA NECESSITE D'UNE REFERENCE A UN CATALOGUE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION .....</b>	<b>6</b>
A.- LES PROBLEMES ENGENDRES PAR L'ABSENCE D'UNE REFERENCE AUX DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DROIT DE L'UNION .....	7
B.- LES SOLUTIONS APORTEES A CE PROBLEME .....	8
1) <i>Intégration jurisprudentielle des droits fondamentaux dans le droit de l'Union</i> .....	8
2) <i>Intégration des droits fondamentaux dans le droit primaire de l'Union</i> .....	10
3) <i>Conclusion</i> .....	12
<b>II.- L'INTERET D'UNE ADHESION DE L'UE A LA CEDH .....</b>	<b>13</b>
A.- LES PROBLÈMES INDUITS PAR L'ABSENCE D'UNE ADHÉSION .....	13
1) <i>L'incohérence de la position de l'UE</i> .....	13
2) <i>L'absence d'un contrôle extérieur</i> .....	14
3) <i>Les lacunes dans la protection des droits fondamentaux</i> .....	15
4) <i>Le conflit de loyauté</i> .....	16
B.- LES SOLUTIONS APORTEES PAR LA COUR EDH DANS SON ARRET BOSPHORUS .....	17
1) <i>La présomption de protection équivalente</i> .....	17
2) <i>Comparaison avec l'arrêt « So lange II »</i> .....	19
3) <i>Avantages et inconvénients de la jurisprudence Bosphorus</i> .....	20
4) <i>Conclusion</i> .....	20
C.- LES SOLUTIONS APORTEES PAR LE PROJET D'ACCORD EN 2013 .....	21
1) <i>Le cadre juridique des négociations de l'accord d'adhésion</i> .....	21
2) <i>Le mécanisme du codéfendeur</i> .....	22
3) <i>Le mécanisme de l'implication préalable</i> .....	23
<b>III.- L'AVIS 2/13 .....</b>	<b>24</b>
A.- PRISE DE POSITION LIMINAIRE DE LA COUR DE JUSTICE .....	24
B.- LES CARACTERISTIQUES SPECIFIQUES ET L'AUTONOMIE DU DROIT DE L'UNION .....	25
C.- L'ARTICLE 53 DE LA CHARTE DE L'UE ET DE LA CEDH .....	25
1) <i>La position de la Cour de justice</i> .....	25
2) <i>Critiques</i> .....	27
D.- LA CONFIANCE MUTUELLE .....	28
1) <i>La position de la Cour de justice</i> .....	28
2) <i>Critiques</i> .....	29
E.- LE PROTOCOLE N° 16 A LA CEDH .....	30
1) <i>La position de la Cour de justice</i> .....	30
2) <i>Critiques</i> .....	31
F.- LE RESPECT DE L'ARTICLE 344 TFUE .....	32
1) <i>La position de la Cour de justice</i> .....	32
2) <i>Critiques</i> .....	32
G.- LE MECANISME DU CODEFENDEUR .....	34

1) <i>La position de la Cour de justice</i> .....	34
2) <i>Critiques</i> .....	35
H.- LA PROCEDURE DE L'IMPLICATION PREALABLE DE LA COUR DE JUSTICE.....	37
1) <i>La position de la Cour de justice</i> .....	37
2) <i>Critiques</i> .....	38
I.- LA PESC.....	39
1) <i>La position de la Cour de justice</i> .....	39
2) <i>Critiques</i> .....	39
J.- APPRECIATION GLOBALE DE LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE .....	41
<b>IV.- COMMENT SORTIR DE L'IMPASSE ? .....</b>	<b>44</b>
A.- LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DE L'AVIS 2/13 .....	44
B.- COMMENT REpondre AUX OBJECTIONS DE LA COUR ? .....	46
1) <i>La révision des traités et les réserves à la CEDH</i> .....	46
2) <i>Une troisième négociation</i> .....	47
a) L'article 53 CEDH .....	47
b) Le principe de confiance mutuelle.....	48
c) L'article 344 TFUE et le protocole n°16 .....	48
d) Le mécanisme du codéfendeur .....	50
e) Le mécanisme de l'implication préalable .....	51
f) La PESC .....	51
C.- LE STATU QUO .....	52
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>55</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>57</b>
A.- JURISPRUDENCE.....	57
1) <i>Cour de justice de l'UE</i> .....	57
2) <i>Cour européenne des droits de l'homme</i> .....	59
3) <i>Jurisprudences nationales</i> .....	59
B.- DOCTRINE .....	60
1) <i>Périodiques</i> .....	60
2) <i>Ouvrages collectifs</i> .....	63
3) <i>Syllabus</i> .....	64
C.- LEGISLATIONS INTERNATIONALES.....	64
D.- DIVERS .....	64



## **INTRODUCTION**

La question des droits fondamentaux dans l'Union européenne<sup>1</sup> (ci-après « l'UE ») est un sujet abondamment abordé dans les milieux académiques et juridiques européens, surtout depuis que la Cour de justice de l'UE (ci-après « Cour de justice ») a rendu son célèbre avis 2/13<sup>2</sup>.

Le présent travail de fin d'étude n'a pas pour ambition de retracer l'historique exhaustif de la problématique, mais de répondre, en se fondant sur la jurisprudence et la doctrine, sur quelques questions centrales.

Premièrement, comment et pourquoi l'UE, au fur et à mesure de la construction européenne, en est-elle venue à s'intéresser à la protection des droits fondamentaux, domaine qui, a priori, ne relevait pas de sa compétence ?

Deuxièmement, pourquoi l'adhésion de l'UE à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>3</sup> (ci-après « CEDH ») est-elle toujours nécessaire malgré l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>4</sup> (ci-après « la Charte »)?

Troisièmement, pourquoi la Cour de justice s'est-elle opposée au projet d'adhésion de l'UE à la CEDH et ses objections sont-elles justifiées?

Quatrièmement, quelles sont les conséquences de cette opposition et quelles solutions peuvent être envisagées pour répondre aux objections de la Cour de justice?

## **I. LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉFÉRENCE À UN CATALOGUE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION**

À l'origine de la construction européenne, les objectifs des traités fondateurs étaient essentiellement économiques et les droits fondamentaux ne figuraient dans aucune disposition des traités. Cette lacune est rapidement apparue problématique et différentes solutions ont été dégagées pour y remédier.

---

<sup>1</sup> Par souci de lisibilité, l'expression « Union européenne » désignera dans le présent travail non seulement l'Union européenne au sens strict mais aussi la Communauté économique européenne et les Communautés européennes.

<sup>2</sup> C.J., avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454.

<sup>3</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

<sup>4</sup> La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Journal officiel, C 326, du 26 octobre 2012, p. 391.

## A.- LES PROBLEMES ENGENDRES PAR L'ABSENCE D'UNE REFERENCE AUX DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DROIT DE L'UNION

L'absence d'une référence aux droits fondamentaux dans le droit de l'Union a suscité des difficultés à deux niveaux de la construction européenne : au niveau de la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe de primauté, d'une part, et au niveau de l'intégration politique de l'UE, d'autre part.

La volonté de la Cour de justice d'asseoir un ordre juridique de type nouveau a abouti au développement de deux principes essentiels, non explicitement prévus par les traités fondateurs, à savoir le principe de l'effet direct, consacré dans l'arrêt *Van Gend en Loos*<sup>5</sup>, et le principe de primauté du droit de l'Union<sup>6</sup>, évoqué pour la première fois dans l'arrêt *Costa c. Enel*<sup>7</sup>. Par la suite, la Cour de justice en a précisé la portée, en déclarant que ce dernier principe s'étend à l'entièreté des ordres juridiques nationaux, en ce compris aux constitutions nationales<sup>8</sup>.

Cette jurisprudence de la Cour de justice a rencontré des résistances de la part de certaines cours constitutionnelles, notamment allemande et italienne, qui, en l'absence d'une protection satisfaisante des droits fondamentaux au niveau de l'UE par la Cour de justice<sup>9</sup> (dont ce n'était d'ailleurs pas la mission au sens des traités fondateurs), n'étaient pas disposées à reconnaître la primauté du droit de l'Union sur leur droit national et les droits fondamentaux garantis par leurs constitutions<sup>10</sup>.

Cette opposition a été exprimée de manière explicite dans le célèbre arrêt « *So Lange* »<sup>11</sup> de la Cour constitutionnelle allemande, dans lequel cette dernière a déclaré qu'elle était compétente pour vérifier que les dispositions du droit de l'Union respectent les droits de l'homme, et ce

---

<sup>5</sup> C.J., arrêt *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen justice*, 5 février 1963, 26/62, EU:C:1963:1. L. SCHEEK, « Autonomie, primauté, droits fondamentaux : une analyse socio-historique du processus d'influence des juges européens sur le champ politique de 1964 à 2014 », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH, *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruylant/Larcier, Bruxelles, 2016, p. 235

<sup>6</sup> Par souci de lisibilité, le présent travail utilise l'expression « droit de l'Union » pour désigner les différentes appellations du « droit européen » employées aux différentes étapes de la construction européenne.

<sup>7</sup> C.J., arrêt *Flaminio Costa c. Enel*, 15 juillet 1964, 6/64, EU:C:1964:66.

<sup>8</sup> C.J., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfur- Vorratssetelle fur Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, 11/70, EU:C:1970:114. L. SCHEEK, *op.cit.*, p. 235.

<sup>9</sup> N. MOLE, « Can *Bosphorus* be maintained? », *ERA Forum*, 2015, p. 468; M. WATHELET, « La Cour de Justice et les droits de l'Homme », *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, 2006, p. 13.

<sup>10</sup> X. GROUSSOT, L. PECH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Question d'Europe* n° 173, 14 juin 2010, Fondation Robert Shuman, p. 1 ; A. PLIAKOS et G. ANAGNOSTARAS, « Fundamental Rights and the New battle over Legal and Judicial Supremacy: Lessons from Melloni », *Yearbook of European Law*, 2015, vol.32 n°1, p. 98.

<sup>11</sup> Bundesverfassungsgericht (Cour Constitutionnelle allemande), arrêt du 29 mai 1974, (2 BvL 52/71 (*Solange I*)), publié en français dans *R.T.D.E.*, 1975, pp. 316 et s. La Cour constitutionnelle italienne a défendu une position similaire dans son arrêt *Frontini* (Corte costituzionale (Cour constitutionnelle italienne), arrêt n° 183, *Frontini*, 18-27 décembre 1973), publié dans *Cahier de droit de l'Union*, 1975, pp. 114 et s.

« aussi longtemps que le processus d'intégration de la Communauté ne s'est pas développé jusqu'à un point où le droit communautaire contient un catalogue de droits fondamentaux correspondant au catalogue de droits fondamentaux de la Loi fondamentale »<sup>12</sup>.

Or, la Cour de justice ne pouvait accepter que les juridictions nationales examinent la validité des actes de l'Union au regard de leur Constitution<sup>13</sup>. Cette situation risquait de mettre en péril l'ordre juridique de l'Union naissant. En effet, une vérification systématique du respect, par des actes du droit de l'Union, des dispositions fondamentales nationales portait atteinte au principe de primauté du droit de l'Union et à son application effective et uniforme.

Parallèlement, il est rapidement apparu qu'il était difficilement défendable de promouvoir une intégration européenne, fondée sur la démocratie et l'État de droit, sans disposer d'une référence aux droits fondamentaux dans un texte contraignant. En effet, le développement du droit de l'Union et l'extension sans cesse croissante des compétences de l'UE ont eu pour conséquence que de plus en plus d'actes de l'UE ont affecté la vie des entreprises et des particuliers<sup>14</sup>, augmentant d'autant le risque d'une violation des droits fondamentaux par un acte de l'Union. Les États membres et les institutions de l'UE ne pouvaient pas rester sans agir.

## B.- LES SOLUTIONS APPORTEES A CE PROBLEME

Tant la Cour de justice que les États membres et les institutions de l'UE ont développé des solutions pour répondre aux problèmes soulevés par l'absence d'une référence aux droits fondamentaux.

### 1) *Intégration jurisprudentielle des droits fondamentaux dans le droit de l'Union*

La première institution à aborder le problème posé par l'absence d'un catalogue de droits fondamentaux a été la Cour de justice<sup>15</sup>. Dans l'arrêt *Stauder*<sup>16</sup>, elle s'est référée, pour la

---

<sup>12</sup> Dispositif de l'arrêt (traduction libre). Elle a ajouté qu'une saisine de la Cour constitutionnelle allemande, après avoir obtenu une décision à titre préjudiciel de la Cour de justice, était recevable et même requise si la juridiction nationale considérait que la disposition telle qu'interprétée par la Cour de justice était inapplicable en raison d'un conflit avec les droits fondamentaux de la Loi fondamentale. C. RIZCALLAH, « La protection des droits fondamentaux dans l'UE : l'immuable poids des origines ? », *Cahier de Droit Européen*, 2015, p. 400.

<sup>13</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice », *RDTeur*, Juillet- septembre, 2015, p. 593.

<sup>14</sup> Plus spécifiquement entre le droit de la concurrence et les droits fondamentaux au sens strict. M. WATHELET, « La Cour de justice... », *op.cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> L. SCHEEK, *op.cit.*, p. 235.

<sup>16</sup> C.J, arrêt *Erich Stauder c. ville d'Ulm*, novembre 1969, 29/69, EU:C:1969:57. J.-M. LARRALDE, « Convention Européenne des droits de l'Homme et Jurisprudence Communautaire », dans S. LECLERC,

première fois, aux droits fondamentaux dans le cadre d'un litige relevant du droit de l'Union. Saisie d'une affaire relative à une violation du droit à la vie privée, mais dépourvue d'un catalogue de droits fondamentaux auquel se référer, elle a dégagé des constitutions de tous les États membres (à l'époque, il n'y en avait que 6) certains droits fondamentaux communs aux ordres juridiques des États membres pour les ériger en principes généraux du droit de l'Union, dont elle a déclaré assurer le respect, alors que les traités ne prévoyaient pas cette mission.

Dans l'arrêt *Nold*<sup>17</sup>, la Cour de justice a déclaré que les droits de l'homme font intrinsèquement partie de l'ordre juridique de l'UE et que, dès lors, ils devaient être respectés par les institutions européennes<sup>18</sup>. La Cour de justice précisera par la suite, dans l'arrêt *Wachauf*<sup>19</sup>, que les États membres étaient aussi tenus de respecter les droits fondamentaux lorsque ces derniers mettaient en œuvre le droit de l'Union<sup>20</sup>.

Par la suite, la Cour de justice va, au fil du temps, préciser la portée de ces principes généraux et se porter garante de la protection des droits fondamentaux. À cette fin, si elle s'est parfois inspirée, outre des constitutions nationales, de diverses sources internationales, elle s'est référée de plus en plus souvent à la CEDH, qui revêt, selon elle, « *une signification particulière* »<sup>21</sup>. Même si l'Union n'est toutefois pas formellement liée par cette Convention<sup>22</sup>, elle semble le devenir indirectement<sup>23</sup>. Cette référence apparaît dans tout type de recours et pour la plupart des dispositions de la CEDH<sup>24</sup>, ainsi que de la jurisprudence de la Cour EDH<sup>25</sup>, ce qui indique bien la volonté de la Cour de justice d'en faire la source principale de la protection des droits fondamentaux dans l'UE<sup>26</sup>.

En définitive, si la Cour de justice s'est finalement érigée en garante de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, c'était, dans un premier temps, non pas parce que telle était sa mission au regard des traités, mais, entre autres, parce que c'était le moyen le plus approprié pour que les cours constitutionnelles nationales reconnaissent le

---

J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, M.-J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 108; L. SCHEEK, *op.cit.*, p. 235.

<sup>17</sup> C.J., arrêt *J. Nold, Khlen und Baustoffgrosshandlung c. Commission*, 14 mai 1974, 4/74, EU:C:1974:51.

<sup>18</sup> J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, p. 135.

<sup>19</sup> C. J., arrêt *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 13 juillet 1989, 5/88, EU:C:1989:321.

<sup>20</sup> A. PLIAKOS, G. ANAGNOSTARAS, *op. cit.*, p. 98.

<sup>21</sup> C.J., arrêt *Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes*, 21 septembre 1989, 46/87, EU:C:1989:337. C'est dans cette affaire que la Cour de justice fait pour la première fois référence à la jurisprudence de Strasbourg. J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, pp. 111 et s. ; L. SCHEEK, *op.cit.*, p. 236 ; C. COSTELLO, « The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights and Blurred Boundaries in Europe », *Human Rights Law Review*, 2006, vol. 6, p. 111

<sup>22</sup> J. MALENOVSKY, « Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de l'Union Européenne sur l'adhésion à la Convention Européenne des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2015, vol.4, p. 709.

<sup>23</sup> T. BARKHUYSEN, A. BOS, « Negatief advies van het Hof van Justitie over de toetreding van de EU tot het EVRM : Na de euro-crisis, nu een grondrechtencrisis ? », *Nederlands Juristenblad*, April 2015, p. 805.

<sup>24</sup> J. KOKOTT, « L'avis 2/13 sur l'adhésion de l'UE à la CEDH : le calme après la tempête? », *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, 2016, p. 171, qui cite, à titre d'exemple, C.J., arrêt *Procédure pénale c. Maria Pupino*, 16 juin 2015, C-105/03, EU:C:2005:386, point 59.

<sup>25</sup> J. KOKOTT, *ibidem*, p. 171. C.J., arrêt *Joachim Steffensen*, 10 avril 2003, C-276/01, EU:C:2003:228, point 72 ; C.J., arrêt, *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, C-540/03, EU:C:2006 :429, point 85 ; C.J., arrêt *Dereci et autres*, 15 novembre 2011, C-256/11 EU:2011:734, point 70.

<sup>26</sup> J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, pp. 113-114.

principe de primauté du droit de l'Union<sup>27</sup>. Avec le développement de sa jurisprudence dans ce domaine, elle est passée d'une instrumentalisation des droits fondamentaux aux fins d'assoir la primauté du droit de l'Union à une volonté réelle de garantir la protection des droits fondamentaux<sup>28</sup>. Toutefois, même si elle se réfère à la CEDH, la Cour de justice ne manque pas de rappeler que la CEDH n'est pas un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union tant que celle-ci n'y a pas adhéré<sup>29</sup>.

## 2) *Intégration des droits fondamentaux dans le droit primaire de l'Union*

La deuxième voie suivie a consisté en une intégration formelle des droits fondamentaux dans le droit primaire de l'Union. Cette intégration a été réalisée progressivement.

À l'origine, les traités fondateurs de l'UE (traités CE, CEEA et CEEA) ne mentionnaient pas les droits fondamentaux et avaient pour objectif principal, sinon unique, la création d'un marché commun. Les seules libertés consacrées par le traité de Rome étaient la liberté de circulation<sup>30</sup> et l'interdiction de discriminations liées à la nationalité<sup>31</sup> ou au sexe<sup>32</sup>. Les premières démarches en vue de pallier ce vide juridique se sont limitées à des déclarations et des résolutions des États membres et des institutions de l'UE en matière de droits de l'homme<sup>33</sup>, qui n'avaient toutefois aucune valeur juridique contraignante.

C'est en 1984 que la protection des droits fondamentaux et la CEDH ont fait l'objet pour la première fois d'une mention dans le préambule d'un traité<sup>34</sup>. En raison de cette référence dans un traité européen, la CEDH est devenue également un instrument pour réaliser l'intégration européenne<sup>35</sup> et non seulement une source d'inspiration pour la Cour de justice<sup>36</sup>.

En 1992, le traité de Maastricht a consacré, pour la première fois dans un texte de droit primaire, l'importance des droits fondamentaux en affirmant que ces derniers sont reconnus

---

<sup>27</sup> L. SCHEEK, *op. cit.*, p. 236.

<sup>28</sup> J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, p. 107 ; C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 401.

<sup>29</sup> C. RIZCALLAH, *ibidem*, p. 401.

<sup>30</sup> Article 48 à 58 du traité de Rome. J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, p. 105.

<sup>31</sup> Articles 7, 48 et 220 du traité de Rome. J.-M. LARRALDE, *ibidem*, pp. 105-135.

<sup>32</sup> Article 119 du traité de Rome.

<sup>33</sup> Pour n'en citer que quelques-unes : la déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les droits fondamentaux du 5 avril 1977 (recueil des traités 1995, p. 889), la déclaration commune du Parlement européen, du Conseil, des représentants des États membres réunis au sein du Conseil et de la Commission contre le racisme et la xénophobie du 11 juin 1986 (Recueil des traités 1995, p. 889), et la résolution sur les droits de l'Homme, la démocratie et le développement adoptée par le Conseil et les représentants des États membres réunis au sein du Conseil le 28 novembre 1991 (Bulletin des Communautés européennes, n°11/91, point 2.3.1). J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, p. 106.

<sup>34</sup> En effet, l'Acte unique européen rappelle la volonté des États membres de « promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne » (troisième paragraphe du préambule de l'Acte unique européenne).

<sup>35</sup> J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, p. 116.

<sup>36</sup> M. WATHELET, « La Cour de Justice... », *op. cit.*, p. 14.

en tant que principes généraux du droit de l'Union<sup>37</sup>. Cette disposition devint le fondement des références juridiques de la Cour de justice à la CEDH<sup>38</sup>. Pourtant, tant que l'UE ne fait pas partie de la CEDH, cette dernière ne peut constituer une source formelle du droit de l'Union<sup>39</sup>. Par la suite, avec le traité d'Amsterdam, les compétences de l'UE en matière de droits fondamentaux se sont élargies en permettant à cette dernière de prendre des mesures visant à combattre toute forme de discrimination<sup>40</sup>.

En 1996, un projet politique d'adhésion a pour la première fois été envisagé, mais il n'a pas abouti en raison de l'avis 2/94 de la Cour, dans lequel celle-ci déclara qu'« *en l'état actuel, la Communauté n'a pas la compétence pour adhérer à la Convention européenne* » et qu'une révision des traités était nécessaire. En réaction à ce premier avis, un projet d'élaboration d'un catalogue des droits fondamentaux propres à l'UE a vu le jour, qui allait aboutir, en 2000, à l'adoption la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>41</sup>.

À l'occasion du traité de Nice, il est apparu de manière évidente, qu'il était impossible de concevoir un projet d'intégration de l'UE sans adhésion à la CEDH. C'est donc lors de l'élaboration de la Constitution européenne que l'idée d'une deuxième tentative d'adhésion est née<sup>42</sup>. En réalité, l'idée sous-jacente du Traité établissant une Constitution pour l'Europe était de « *transformer l'Union en une entité constitutionnelle et institutionnelle quasi fédérale* »<sup>43</sup>. Ainsi, la structure juridique de l'Union se serait rapprochée de celle d'un État membre, ce qui aurait permis l'adhésion à la CEDH<sup>44</sup>. Toutefois, le projet de Constitution pour l'Europe échoua et l'Union n'adopta pas les réformes envisagées.

La référence à la CEDH dans les traités offrait certes une réponse à l'absence de référence aux droits fondamentaux, mais cela ne résolvait pas tous les problèmes. En effet, la CEDH bénéficiait d'un statut ambigu dans l'ordre juridique de l'Union. Elle était une source de droits pour la jurisprudence de la Cour de justice, mais elle ne liait pas les institutions de l'UE. D'où l'idée d'une Charte reprenant les droits fondamentaux garantis par la CEDH et ajoutant d'autres droits « plus modernes », qui serait contraignante pour les institutions de l'UE et les États membres<sup>45</sup>.

---

<sup>37</sup> L'article 6, paragraphe 1, du traité de Maastricht dispose : « *L'Union européenne est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'il sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». L. SCHEEK, *op. cit.*, p. 237.

<sup>38</sup> J. KOKOTT, *op. cit.*, p. 172.

<sup>39</sup> J. KOKOTT, *Ibidem*, p. 172.

<sup>40</sup> Voir articles 13 et 141 TCE. L. SCHEEK, *op. cit.*, p. 234.

<sup>41</sup> J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 714.

<sup>42</sup> J. MALENOVSKY, *ibidem*, p. 714.

<sup>43</sup> J. MALENOVSKY, *ibidem*, p. 714.

<sup>44</sup> En effet, l'adhésion à la CEDH était réservée aux entités étatiques. J. MALENOVSKY, *ibidem*, pp. 714 et 715.

<sup>45</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour de Justice sur l'adhésion de l'Union à la CEDH et après ? », *Étude pour la Commission AFCO*, 2016, p. 9, disponible à l'adresse <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

Bien que disposant, avec la Charte, d'un catalogue des droits fondamentaux propre à l'UE, la Cour de Justice n'a commencé à s'y référer qu'en 2006<sup>46</sup>. Lorsque le traité de Lisbonne a reconnu une force contraignante à la Charte, la Cour de Justice a pu pleinement s'y rapporter, tout en continuant aussi à se référer à la CEDH. Par ailleurs, elle s'est fondée sur le mécanisme des droits correspondants prévu à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte<sup>47</sup> pour assurer la cohérence entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux<sup>48</sup>.

Par la suite, la Cour de justice a cessé, petit à petit, de se référer aux droits correspondants de la CEDH et a renvoyé de plus en plus souvent à la seule Charte<sup>49</sup>. Ce faisant, en s'affranchissant de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour EDH, la Cour de justice a assis de plus en plus l'autonomie du système de protection des droits fondamentaux qu'elle a développé<sup>50</sup>.

### 3) Conclusion

Suite aux diverses garanties données par les institutions européennes, en particulier par la jurisprudence de la Cour de justice et le préambule de l'Acte unique, la Cour Constitutionnelle allemande a opéré, en 1986, un revirement de jurisprudence. En effet, suite aux diverses améliorations apportées par les institutions de l'UE en matière de protection des droits fondamentaux, elle a considéré que le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'UE était équivalent à celui garanti par le système constitutionnel allemand. Elle a déclaré qu'elle ne contrôlerait plus les actes de l'Union aussi longtemps que la Cour de justice assurera la protection des droits fondamentaux de manière comparable à la protection garantie

---

<sup>46</sup> C.J., (gde. ch.), *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, 27 juin 2006, C-540/03, EU:C:2006:429. R. TINIÈRE, « Le rôle de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne depuis l'avis 2/13 : vers un modus vivendi avec le droit de la Convention », *Revue de l'Union Européenne*, Juillet-Août 2016, n°600, p. 401.

<sup>47</sup> Cet article dispose : « Dans la mesure où de la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Cet article ne s'applique évidemment pas aux droits prévus dans la Charte qui ne trouvent pas d'équivalent dans la CEDH.

<sup>48</sup> R. TINIÈRE, *op.cit.*, p. 402.

<sup>49</sup> Voir l'arrêt Delvigne, qui est l'arrêt phare dans lequel la Cour de justice ne se réfère pas à la CEDH (C.J., arrêt *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde*, 6 octobre 2015, C-650/13, EU:C:2015:648). Pour d'autres arrêts de ce type, voir, par exemple, les arrêts *Sky Österreich* (C.J., arrêt *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, 22 janvier 2013, C-283/11 EU:C:2013:28) ; *Akerberg Fransson* (C.J., arrêt *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10, EU:C:2013:105) ; *Inuit* (C.J., arrêt *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, 3 oct.2013, C-581/11 P, EU:C:2013:625) ; *Google Spain* (C.J., arrêt *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, 13 mai 2014, C-131/12 EU:C:2014:317) et *Spasic* (C.J., *Oberlandesgericht Nurnberg c. Spasic*, 27 mai 2014, C-129/14 P, EU:C:2014:586). R. TINIÈRE, *op.cit.*, p. 403 ; J. KROMMENDIJK, « HvJ EU en EHRM : toenemende Alleingang? », *A&MR*, 2016, n°8, p. 359.

<sup>50</sup> R. TINIÈRE, *op.cit.*, pp. 403-404.

par la Loi Fondamentale allemande<sup>51</sup>. De la sorte, elle a reconnu la primauté du droit de l'Union tout en assortissant cette primauté d'une réserve (« So Lange »). Cette doctrine de la Cour Constitutionnelle allemande a été confirmée dans un arrêt de 2000<sup>52</sup>.

En définitive, la référence aux droits fondamentaux, qui, à l'origine, était totalement absente de l'ordre juridique de l'Union, a permis d'asseoir le principe de primauté du droit de l'Union. Par la suite, avec l'adoption de la Charte, le respect des droits fondamentaux fait désormais partie intégrante du droit de l'Union et ne constitue plus uniquement un instrument pour asseoir la primauté de ce dernier<sup>53</sup>.

## II.- L'INTÉRÊT D'UNE ADHÉSION DE L'UE À LA CEDH

### A.- LES PROBLÈMES INDUITS PAR L'ABSENCE D'UNE ADHÉSION

L'adoption de la Charte, si elle a remédié à l'absence d'un catalogue de droits fondamentaux, n'a toutefois pas fait disparaître la pertinence de la question de l'adhésion de l'UE à la CEDH. En effet, une telle adhésion apporterait incontestablement des avantages, tant en termes d'image et de cohérence de l'UE qu'en termes de protection des droits fondamentaux, et elle résoudrait certains problèmes soulevés par l'absence d'adhésion de l'UE à la CEDH.

#### 1) *L'incohérence de la position de l'UE*

L'adhésion de l'UE à la CEDH enverrait un signe clair quant à l'intérêt réellement porté par l'UE à la protection des droits fondamentaux<sup>54</sup>. La question de la protection des droits

---

<sup>51</sup> Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande), arrêt du 22 octobre 1986 (2 BVR 197/83 (Solange II)). Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle allemande déclare que, « *aussi longtemps que les Communautés européennes, en particulier la jurisprudence de la Cour de justice, garantit de manière générale une protection effective des droits fondamentaux (...) substantiellement comparable à la protection des droits fondamentaux requise de manière inconditionnelle par la Loi fondamentale, (...) la Cour constitutionnelle fédérale n'exercera plus son pouvoir de se prononcer sur la l'applicabilité du droit communautaire dérivé (...) et ne le contrôlera plus au regard des droits fondamentaux figurant dans la Loi fondamentale. Par conséquent, les recours introduits devant la Cour constitutionnelle fédérale à cet effet sont irrecevables* » (traduction libre). L. SCHEEK, *op. cit.*, p. 236.

<sup>52</sup> Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande), arrêt du 7 juin 2000, (2 BUL 1/97).

<sup>53</sup> C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 400.

<sup>54</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion à la Convention... », *op. cit.*, pp. 593 et s.; DOUGLAS-SCOTT, « Autonomy and fundamental rights: The ECJ's opinion 2/13 on accession of the EU to the ECHR », *Europarättslig Tidskrift*, 2016, n°1, (Ulf Bernitz, 80), p. 30.

fondamentaux ne ferait plus seulement l'objet de déclarations non contraignantes, mais ferait l'objet d'un engagement juridiquement contraignant, confirmant ainsi le statut d'État de droit de l'Union<sup>55</sup>.

De plus, une telle adhésion apporterait davantage de cohérence dans le système de protection des droits fondamentaux de l'UE<sup>56</sup>. En effet, depuis le Conseil européen de Copenhague en 1993, le respect des droits fondamentaux et de l'État de droit est devenu un critère d'adhésion à l'UE<sup>57</sup>. Or, comment l'UE pourrait-elle justifier l'imposition de telles conditions alors qu'elle-même n'a pas adhéré à la CEDH ?

## 2) *L'absence d'un contrôle extérieur*

L'adhésion à la CEDH permettrait de porter un regard extérieur sur les actes de l'Union, ce qui, dans certains cas, offrirait aux particuliers une meilleure protection de leurs droits fondamentaux. Deux éléments viennent expliquer l'intérêt d'un contrôle externe et indépendant.

D'une part, la mission première de la Cour de justice n'est pas de garantir la protection des droits fondamentaux<sup>58</sup> : elle doit notamment assurer l'autonomie et la primauté du droit de l'Union, ce qui l'amène parfois à mettre en balance la protection des droits fondamentaux et le respect d'autres principes fondamentaux sur lesquels reposent le droit de l'Union. Ainsi, par exemple, en matière de droit d'asile ou de mandat d'arrêt européen, il est arrivé que la Cour de justice, en cas de conflit entre protection des droits fondamentaux et respect d'un autre principe fondamental du droit de l'Union, donne la priorité à ce dernier. Tel a été le cas, par exemple, du principe de confiance mutuelle dans l'arrêt Melloni<sup>59</sup>. Du point de vue des particuliers, cela implique qu'en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, le niveau de protection garanti par la Charte sera parfois moins élevé que celui garanti par leur ordre juridique national<sup>60</sup>. D'où l'intérêt d'un contrôle externe des actes de l'Union, qui n'accordera pas nécessairement la priorité aux principes sur lesquels repose l'ordre juridique de l'Union.

---

<sup>55</sup> P. GRAGL, « The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR », *European Yearbook on Human Rights*, édition Intersentia, Antwerp, 2015, p. 29.

<sup>56</sup> X. GROUSSOT, L. PECH, *op. cit.*, p. 3; P. GRAGL, *ibidem*, p. 30; E. SPAVENTA, « A very fearful court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13 », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 22(1), p. 43.

<sup>57</sup> Voir article 6, paragraphe 1, et article 49 TUE.

<sup>58</sup> C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 400; S. O'Leary, « Courts, charters, and conventions: making sense of fundamental rights in the EU », *The Irish Jurist*, 2016, p. 9.

<sup>59</sup> C.J. (gde ch.), arrêt Stefano Melloni c. Ministero Fiscal, 26 février 2013, C-399/11, EU:C:2013:107). C. RIZCALLAH, *ibidem*, p. 401.

<sup>60</sup> Voir titre d'exemples d'arrêts où la CJUE a mis en balance les droits fondamentaux, d'une part, et les libertés de circulation, d'autre part, sans nécessairement donner la préférence aux objectifs du droit de l'Union: C.J., arrêt *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, 12 juin 2003, C-112/00, EU:C:2003:333 ; C.J. (gde ch.), arrêt *International transport workers Federation et Finnish Seamen's Union c. VikingLineABP and OU Viking line Eesti*, 11 décembre 2007, C-438/05, EU:C:2007:772; C.J. (gde ch.), arrêt *Laval et Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e.a.*, 18

D'autre part, l'intérêt d'un regard extérieur apparaît aussi lorsque, dans certaines affaires, la Cour de justice est juge et partie. Ainsi, dans l'affaire Kaba<sup>61</sup>, une juridiction nationale avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice sur le point de savoir si le fait que les parties devant la Cour de justice n'avaient pas le droit de répondre aux conclusions de l'avocat général violait l'article 6 de la CEDH. En répondant elle-même à une question mettant en cause sa propre procédure, la Cour de justice perd de sa crédibilité.

### 3) *Les lacunes dans la protection des droits fondamentaux*

Le système de protection juridictionnelle des droits fondamentaux tel que prévu par l'UE présentait encore des lacunes en dépit de l'adoption de la Charte.

En premier lieu, il existe des domaines du droit de l'Union où la Cour de justice n'est pas compétente ou n'a que des compétences limitées<sup>62</sup>, notamment le droit primaire et la PESC<sup>63</sup>. Dans ces matières, la Cour de justice n'a pas le pouvoir de contrôler la légalité des actes de l'Union au regard des droits fondamentaux et donc d'en assurer la protection.

Cette protection a pu être assurée, dans une certaine mesure, par la Cour EDH, notamment dans l'affaire Matthews<sup>64</sup>. Cette affaire portait sur un acte de droit primaire<sup>65</sup>. À ce titre, il ne pouvait faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice.

En principe, la Cour EDH n'est pas compétente pour vérifier la conventionalité des actes de l'Union puisque l'UE n'est pas une Haute Partie contractante à la CEDH (ci-après « Parties contractantes »). Toutefois, dans l'arrêt Matthews, elle se livra pour la première fois à un examen concret d'un acte de l'Union en appliquant le principe prévu à l'article premier CEDH, selon lequel un État voit sa responsabilité engagée s'il viole la CEDH même si cette obligation découle du droit international<sup>66</sup>. Concrètement, un État membre ne peut s'exonérer de son obligation de respecter ses obligations au titre de la CEDH sous prétexte qu'il ne fait que mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union.

Elle rejeta l'argument selon lequel le Royaume-Uni n'avait aucune prise sur le nœud du problème et, au contraire, a retenu la responsabilité de celui-ci au motif qu'un transfert de compétences au profit de l'UE n'a pas pour effet d'exonérer les États de leur responsabilité en

---

décembre 2007, C-341/05, EU:C:2007:809. A. ROSAS, « Balancing Fundamental Rights in EU Law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 2014, p. 348.

<sup>61</sup> C.J., arrêt *Kaba c. Secretary of State Home department (Kaba II)*, 6 mars 2003, C-466/00, EU:C:2003:127. Voir aussi, sur le même problème, C.J., arrêt *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba*, 8 février 2000, C-17/98, EU:C:2000:69. M. WATHELET, « La Cour de justice... », *op. cit.*, pp. 17 et 18.

<sup>62</sup> M. WATHELET, « La Cour de Justice... », *ibidem*, pp. 16 et 17.

<sup>63</sup> C. VAN DE HEYNING, « Advies 2/13 van het Hof van Justitie : flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van rechten van de mens », *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, Maart 2015, n°2, p. 55.

<sup>64</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999. Dans cette affaire, une ressortissante britannique qui résidait à Gibraltar reprochait au Royaume-Uni d'avoir violé son droit à des élections libres pour n'avoir pas organisé, sur le territoire de Gibraltar, des élections au Parlement européen.

<sup>65</sup> À savoir l'Acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct de 1976.

<sup>66</sup> Cour. eur. D.H., arrêt *X c. RFA*, 5 mars 1962. C. COSTELLO, *op. cit.*, p. 90.

ce qui concerne la garantie des droits consacrés dans la CEDH<sup>67</sup>. Or, les actes de droit primaire sont adoptés à l'unanimité, de sorte que les États membres disposent d'une marge d'appréciation et pourraient refuser de voter un acte de droit primaire s'ils estimaient que celui-ci viole les droits fondamentaux.

En second lieu, d'une part, un recours en annulation ne peut être introduit par un particulier qu'à certaines conditions (le particulier doit être directement et individuellement concerné par l'acte litigieux<sup>68</sup>). D'autre part, la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE n'offre pas non plus une garantie d'accès aux juridictions de l'Union. En effet, un éventuel renvoi préjudiciel dépendra toujours in fine de la décision du juge a quo : si ce dernier estime qu'il n'est pas nécessaire de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, le requérant sera privé de toute voie de recours pour invalider une norme de droit de l'Union qui violerait, selon lui, ses droits fondamentaux. Ce problème d'accès aux juridictions de l'Union avait d'ailleurs été soulevé par la Cour EDH dans l'arrêt *Bosphorus*<sup>69</sup>. Certes, dans ce cas de figure, les particuliers gardent toujours la possibilité de saisir la Cour EDH, mais sans chance de succès si c'est un acte de droit dérivé de l'Union qui est visé.

#### 4) *Le conflit de loyauté*

L'absence d'adhésion de l'UE à la CEDH entraîne une certaine insécurité juridique<sup>70</sup>, et ce à deux niveaux.

D'une part, les deux Cours bénéficient, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, de compétences complémentaires : la Cour de justice est seule compétente pour interpréter le droit de l'Union et sera donc amenée à se prononcer en premier lieu sur la légalité d'un acte du droit de l'Union mettant en cause les droits fondamentaux, la Cour EDH n'intervenant qu'à titre subsidiaire et ayant le dernier mot quant à la conventionalité d'un acte de l'Union (mais non pas quant à la légalité de ce dernier)<sup>71</sup>.

Or, s'il est vrai que chacune des deux Cours a généralement cherché à s'inspirer de la jurisprudence de l'autre, il n'en est pas moins vrai qu'il existe toujours un risque de jurisprudences divergentes, comme cela s'est produit à l'une ou l'autre reprise<sup>72</sup>. Sans compter que, si les deux jurisprudences sont le plus souvent similaires, elles ne sont pas

---

<sup>67</sup> M. WATHELET, « La Cour de Justice... », *op. cit.*, p. 17.

<sup>68</sup> M. WATHELET avec la collaboration de J. WILDEMEERCH, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2014, p. 226, point 204 ; J. KROMMENDIJK, « De prejudiciële verwijzingsdans tussen het Europees Hof van Justitie en nationale rechters : it takes two to tango », *Trema*, Januari 2017, p. 12; C. VAN DE HEYNING, *op.cit.*, p. 55.

<sup>69</sup> Il y est notamment indiqué que « l'accès des particuliers à la CJCE en vertu de ces dispositions est restreint ». Cour eur. dr. h. (gde ch.), *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, point 162.

<sup>70</sup> J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, p. 126; E. SPAVENTA, *op.cit.*, pp. 41-42.; T. BARKHUYSEN, A. BOS, *op. cit.*, p. 804.

<sup>71</sup> D. HALBERSTAM, « "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, February 2015, paper N°432, p. 141.

<sup>72</sup> M. WATHELET, « La Cour de Justice... », *op. cit.*, p. 19 ; A. ROSAS, *op. cit.*, p. 347.

nécessairement formulées de manière identique, ce qui laisse entier le risque d'interprétations divergentes par les juridictions nationales chargées d'appliquer lesdites jurisprudences à un cas particulier<sup>73</sup>.

D'autre part, en l'absence d'une adhésion de l'UE à la CEDH, les États membres risquent parfois d'être confrontés à un problème de conflit de loyauté. En effet, en cas de condamnation d'un État membre par la Cour EDH pour une mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union, ce dernier sera confronté à un dilemme : soit se conformer à l'arrêt de condamnation, ce qui implique de ne pas appliquer le droit de l'Union, soit respecter ses obligations au titre du droit de l'Union et violer ses obligations au titre de la CEDH<sup>74</sup>. C'est le dilemme auquel a été confronté le Royaume Uni dans l'affaire Matthews après sa condamnation par la Cour EDH<sup>75</sup>.

## **B.- LES SOLUTIONS APPORTEES PAR LA COUR EDH DANS SON ARRET BOSPHORUS**

Comme il a été expliqué précédemment, une condamnation d'un État membre pour violation de la CEDH alors qu'il n'avait fait qu'appliquer le droit de l'Union entraînait un conflit de loyauté. La Cour EDH a quelque peu limité la portée de la responsabilité des États membres dans ce cas de figure.

### ***1) La présomption de protection équivalente***

Dans l'affaire Bosphorus<sup>76</sup>, la Cour EDH a eu à connaître d'un conflit entre, d'une part, une mesure nationale mettant en œuvre un règlement de l'Union appliquant un régime de

---

<sup>73</sup> S. O'LEARY, *op.cit.*, p. 7.

<sup>74</sup> E. SPAVENTA, *op.cit.*, pp. 41-42; J-P JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice* », *Cahiers de Droit européen*, 2015, p. 43 ; M. LOPEZ-ESCUADERO, « Contrôle externe et confiance mutuelle : deux éléments clés du raisonnement de la Cour de Justice dans l'avis 2/13 », *R.A.E.-L.E.A.*, 2015, n°1, p. 98.

<sup>75</sup> Après avoir tenté en vain de faire modifier l'acte litigieux, le Royaume Uni a dû se résoudre à adopter une mesure permettant le vote des résidents de Gibraltar aux élections européennes, en violation du droit de l'Union. Il a fallu une interprétation large de la Cour de Justice pour que le Royaume-Uni évite une condamnation (C.J. (gde ch.), arrêt *Espagne c. Royaume-Uni*, 12 septembre 2006, C-145/04, EU:C:2006:543). J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 29.

<sup>76</sup> L'affaire Bosphorus portait sur une atteinte au droit de propriété dans le cadre de mesures adoptées par un règlement communautaire [le règlement (CEE) n°990/93] mettant en œuvre le régime de sanctions de l'ONU contre l'ex-Yougoslavie (concrètement un avion donné en location par la société requérante à une société yougoslave avait été saisi en Irlande en application du règlement communautaire). La Cour de justice saisie d'une question préjudicielle par la Cour suprême irlandaise, avait considéré que la saisie de l'avion n'avait pas violé le droit de l'Union au motif que mettre fin à la guerre dans les Balkans

sanctions résultant d'une résolution des Nations Unies et, d'autre part, un droit consacré par la CEDH.

Dans cet arrêt, la Cour EDH a tout d'abord rappelé la responsabilité de principe des Parties contractantes lorsqu'elles mettent en œuvre une obligation découlant de son appartenance à une organisation internationale<sup>77</sup>, sans quoi les garanties de la CEDH pourraient être exclues. Cependant, elle a estimé que l'État membre n'avait fait que se conformer aux obligations juridiques qui lui incombait en raison de son appartenance à l'UE et ce, sans aucune marge de manœuvre<sup>78</sup>.

La Cour EDH a ensuite constaté que le respect d'une obligation internationale constitue un intérêt général suffisant pour justifier une atteinte au droit de propriété en cause dans cette affaire<sup>79</sup>. Cependant, la Cour EDH a considéré qu'elle ne devait pas procéder à un examen de la proportionnalité de la mesure aux regards des objectifs poursuivis (comme elle le fait généralement dans un tel cas de figure) au motif que « *la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est (...) équivalente à celle assurée par le mécanisme de la Convention* »<sup>80</sup>. De la sorte, elle pouvait « présumer » que l'État membre en cause ne s'était pas écartée des obligations qui lui incombait au titre de la CEDH.

Ce faisant, la Cour EDH a introduit la présomption<sup>81</sup> selon laquelle l'UE garantit une protection des droits de l'homme équivalente à celle de la CEDH, de sorte qu'un État membre qui appliquerait le droit de l'Union sans disposer de marge d'appréciation serait réputé respecter les droits fondamentaux tels que garantis par la CEDH<sup>82</sup>. Toutefois, cette présomption est réfragable, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique plus en cas de « *violation manifeste* » d'un droit reconnu par la CEDH. Par ailleurs, la Cour EDH précisa que par protection équivalente, il fallait comprendre protection « similaire » et non protection identique<sup>83</sup>.

---

représentait un intérêt supérieur à celui de la protection du droit de la propriété (voir C.J., arrêt *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy et Communications e.a.*, 30 juillet 1996, C-84/95, EU:C:1996:312). Cet arrêt fut vivement critiqué. On critiqua notamment l'absence de lien entre la privation de liberté, d'une part, et un moyen de pression visant à mettre fin à l'agression. La Cour Suprême irlandaise n'eut dès lors d'autre choix que de faire appliquer les sanctions. Ayant épuisé toutes les voies de recours devant les juridictions irlandaises et de l'Union, la requérante a donc saisi la Cour EDH, qui a rendu son célèbre arrêt (Cour eur. D.H. (gde ch.), *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c. Irlande*, 30 juin 2005). C. COSTELLO, *op. cit.*, p. 98.

<sup>77</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, point 154.

<sup>78</sup> Arrêt *Bosphorus*, §146 et § 147. C. COSTELLO, *op. cit.*, p. 1p. 100.

<sup>79</sup> Arrêt *Bosphorus*, §150. C. COSTELLO, *ibidem*, p. 101.

<sup>80</sup> Arrêt *Bosphorus*, § 165.

<sup>81</sup> En fait, cette présomption avait déjà été invoquée par la Comm. DH dans l'affaire *M & Co c. RFA* pour déclarer la requête irrecevable (décision du 9 février 1990, requête n° 13258/87). F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de de l'arrêt *Bosphorus air lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *Rev. trim. dr. h.* (64/2005), p. 839.

<sup>82</sup> C. COSTELLO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>83</sup> C. COSTELLO, *ibidem*, p. 105.

## 2) *Comparaison avec l'arrêt « So lange II »*

Cette présomption présente des similitudes avec la présomption invoquée par la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt « Solange II »<sup>84</sup>. En effet, la Cour constitutionnelle allemande a aussi recouru à la « technique judiciaire de conciliation »<sup>85</sup> en mettant en place une présomption d'équivalence de protection du droit de l'Union par rapport à la Loi Fondamentale allemande.

Toutefois, la Cour EDH et la Cour constitutionnelle allemande n'appliquent pas cette présomption d'équivalence de manière similaire. En effet, la Cour EDH déclare renoncer à examiner les actes de l'Union au regard de la CEDH à moins qu'il y ait une « *violation manifeste* », alors que la Cour Constitutionnelle allemande adopte la même attitude « *aussi longtemps* » que l'UE garantit une protection équivalente. En d'autres termes, la condition posée par la Cour constitutionnelle allemande est moins restrictive<sup>86</sup> que celle posée par la Cour EDH. De plus, dans le cas de la présomption « Bosphorus », les États membres sont exonérés de toute responsabilité au regard de la CEDH dès lors que les deux conditions énoncées par la Cour EDH sont respectées, alors que la Cour Constitutionnelle allemande, comme elle l'a encore rappelé dans un arrêt du 7 juin 2000, déclare que « *les recours constitutionnels et questions préjudicielles sont irrecevables de plein droit s'ils ne démontrent pas que depuis l'arrêt Solange II, le droit de l'Union, en ce compris la jurisprudence de la Cour de justice, est descendu en-dessous du minimum requis en matière de protection des droits fondamentaux* »<sup>87</sup>.

Par ailleurs, le concept de protection équivalente au sens de la Cour EDH s'apprécie au cas par cas, alors que la doctrine « So lange » interprète cette notion de manière générale<sup>88</sup>. Autrement dit, dans la doctrine « So lange », une juridiction nationale ne sera pas compétente pour apprécier une affaire dans laquelle une norme européenne est contestée au regard des droits fondamentaux. En effet, tant que l'UE respecte les droits fondamentaux « en général », la Cour Constitutionnelle allemande rejettera tout examen de cas individuels, même si ces affaires impliquent une violation flagrante des droits fondamentaux par l'UE<sup>89</sup>. En revanche, la jurisprudence Bosphorus se base sur une présomption qui peut être renversée par la Cour EDH pour chaque affaire qui sera soulevée devant elle. Cette situation peut s'avérer problématique dans le cas où une allégation de violation des droits fondamentaux rejetée par la Cour constitutionnelle allemande est portée devant la Cour EDH qui, elle, reconnaît une

---

<sup>84</sup> Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande), Arrêt du 22 octobre 1986 (2 BVR 197/83 (Solange II)). C. COSTELLO, *ibidem*, p. 105.

<sup>85</sup> E. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », dans R. TINIERE et C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015, p. 113.

<sup>86</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de... », *op. cit.*, p. 840.

<sup>87</sup> Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande), arrêt du 7 juin 2000 (2 BvI 1/97). Traduction officieuse de M. Callewaert, RDTH, 2001, p. 1183.

<sup>88</sup> C. COSTELLO, *op.cit.*, p. 105. D. HALBERSTAM, *op.cit.* pp. 134-135, qui parle de « wholesale/retail distinction ».

<sup>89</sup> C'est ce qui ressort du point 132 de l'arrêt Solange II, *op.cit.*, (2 BVR 197/83 ). S. LAMBRECHT, « The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2015, p. 187.

violation manifeste et condamne l'Allemagne. Un tel cas de figure pourrait avoir comme conséquence une évolution plus stricte de la doctrine « Solange », ce qui aurait un impact néfaste sur le principe de coopération judiciaire dans l'UE<sup>90</sup>.

### 3) *Avantages et inconvénients de la jurisprudence Bosphorus*

La présomption d'équivalence permet de préserver l'effectivité du droit de l'Union ainsi que le principe de reconnaissance mutuelle. En effet, on voit mal comment, en l'absence de cette présomption, il serait possible de préserver la « coopération et l'intégration européennes » si la Cour EDH imposait aux États membres un contrôle préalable du respect des droits fondamentaux par le droit de l'Union avant d'appliquer ce dernier<sup>91</sup>.

Toutefois, cette présomption n'exonère pas les États membres de toute responsabilité quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Ces derniers pourront être tenus responsables d'une violation de la CEDH s'ils disposaient d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit de l'Union. De plus, la présomption est réfragable en cas de violation manifeste de la CEDH<sup>92</sup>.

Cette présomption d'équivalence a aussi été critiquée au motif qu'elle implique un renversement de la charge de la preuve. En effet, un requérant qui voudra obtenir gain de cause devant la Cour EDH devra démontrer une « insuffisance manifeste » dans la protection des droits fondamentaux par le droit de l'Union, ce qui, en raison du caractère « manifeste » de la violation à établir, rend la présomption difficile à renverser<sup>93</sup>.

De plus, en raison d'une absence de standard de protection uniforme, la présomption d'équivalence risque en outre d'entraîner un « double standard de protection »<sup>94</sup>. En effet, le « seuil d'exigence » sera probablement différent selon que l'État défendeur sera ou non membre de l'UE. Certains auteurs pensent que le critère de l'insuffisance manifeste place le seuil d'exigence à un niveau inférieur à celui normalement garanti par la Convention<sup>95</sup>.

### 4) *Conclusion*

En dépit de l'attitude à première vue conciliante de la Cour EDH sur la question de la responsabilité des États membres qui appliquent le droit de l'Union, force est de constater que la Cour EDH, s'appuyant sur l'article 1<sup>er</sup> de la CEDH, s'est déclarée pour la première fois compétente pour examiner un acte du droit de l'Union au regard de la CEDH. Ainsi, elle

---

<sup>90</sup> D. HALBERSTAM, *op.cit.*, p. 136.

<sup>91</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de... », *op. cit.*, p. 845.

<sup>92</sup> D. HALBERSTAM, *op.cit.*, p. 133.

<sup>93</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de... », *op.cit.*, p. 846 ; C. COSTELLO, *op.cit.*, p. 102.

<sup>94</sup> X. GROUSSOT, L. PECH, *op. cit.*, p. 12; S. DOUGLAS-SCOTT, *op.cit.*, p. 30.

<sup>95</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de... », *op.cit.*, p. 850 ; C. COSTELLO, *op.cit.*, p. 106.

laisse entendre que, quoi qu'il arrive, c'est elle qui aura le dernier mot<sup>96</sup>. En effet, la présomption d'équivalence impose d'une certaine façon à la Cour de justice de garantir une protection équivalente à celle assurée par la Cour EDH, et ce sous le contrôle de la Cour EDH à qui il reviendra en dernier ressort d'interpréter la notion « d'insuffisance manifeste »<sup>97</sup>. On peut y voir comme un encouragement à l'adhésion de l'Union à la CEDH en ce que, en l'absence d'une telle adhésion, la Cour EDH se réserve malgré tout le pouvoir d'examiner la compatibilité d'un acte de l'Union avec la CEDH sans que l'UE ait pu faire valoir son point de vue puisqu'elle ne peut être atraite devant la Cour EDH<sup>98</sup>.

De plus, cette jurisprudence permet certes de clarifier la situation des États membres au regard de la CEDH dans un cas de figure bien précis, mais elle n'élimine pas tous les problèmes soulevés par l'absence d'adhésion, notamment celui de la responsabilité des États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union tout en disposant d'une marge de manœuvre, mais sans pouvoir attraire l'Union devant la Cour EDH.

## C.- LES SOLUTIONS APPORTEES PAR LE PROJET D'ACCORD EN 2013

### 1) *Le cadre juridique des négociations de l'accord d'adhésion*

Les négociations relatives à l'adhésion de l'Union à la CEDH ont abordé de nombreuses questions d'ordre pratique qui devaient rendre l'adhésion possible<sup>99</sup>. Il faut garder à l'esprit que c'était une situation inédite pour les négociateurs, car jusqu'à présent, il n'existe aucune organisation internationale qui est soumise à un contrôle externe exercée par une autre organisation internationale<sup>100</sup>.

En premier lieu, il fallait régler la question de l'adhésion à la CEDH d'une organisation internationale, alors que, jusqu'alors, seuls les États pouvaient adhérer à la CEDH<sup>101</sup>. Ce point a été réglé par une modification de l'article 36 CEDH<sup>102</sup>.

L'accord d'adhésion devait, en deuxième lieu, respecter le cadre défini par le protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE, à savoir notamment que l'adhésion de l'Union ne devait affecter « *ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions* », que « *la situation particulière des États membres à l'égard de la CEDH* » ne soit pas affectée<sup>103</sup> et

---

<sup>96</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de... », *ibidem*, p. 846.

<sup>97</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de... », *ibidem*, p. 852.

<sup>98</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de... », *ibidem*, p. 853.

<sup>99</sup> E. SPAVENTA, *op.cit.*, p. 44.

<sup>100</sup> J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 720.

<sup>101</sup> C'est d'ailleurs ce point qui a poussé la Cour de justice à rendre un avis négatif sur le premier projet d'adhésion à la CEDH. Voir C.J., avis 2/94, 28 mars 1996, EU:C:1996:140.

<sup>102</sup> Voir page 6 du rapport explicatif. F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion à la Convention européenne... », *op. cit.*, p. 595.

<sup>103</sup> Article 2 du protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE.

que « *les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union* »<sup>104</sup>.

En troisième lieu, il fallait éviter qu'après l'adhésion, dans le cas où l'UE serait visée par une requête, la Cour EDH puisse se prononcer sur l'épineuse question de la répartition des compétences ou des responsabilités entre l'UE et ses États membres<sup>105</sup>.

Dans le présent travail, l'analyse du projet d'accord sera limitée aux mécanismes du codéfendeur et de l'implication préalable, qui ont été spécifiquement imaginés pour respecter le cadre juridique fixé par le protocole n°8<sup>106</sup>.

## 2) *Le mécanisme du codéfendeur*

Le mécanisme du codéfendeur, décrit à l'article 3, paragraphes 2 à 5, du projet d'accord, poursuit deux objectifs : d'une part, s'assurer que les requêtes introduites devant la Cour EDH soient correctement dirigées, et, d'autre part, éviter que la Cour EDH soit amenée à se prononcer sur la répartition des compétences et des responsabilités entre l'UE et ses États membres.

La mise en œuvre d'un acte du droit de l'Union peut être le fait soit d'une institution de l'UE<sup>107</sup>, soit d'un ou de plusieurs États membres, soit d'une combinaison des deux<sup>108</sup>. Or, la complexité de l'architecture institutionnelle de l'UE ne permet pas toujours de déterminer avec certitude qui, de l'UE ou des États membres, est responsable de la violation alléguée. Cette situation entraîne le risque, pour le requérant, de voir sa requête rejetée pour irrecevabilité en raison d'un élément purement formel<sup>109</sup>.

Le mécanisme du codéfendeur permet de remédier à ce problème tout en respectant le principe de responsabilité en droit international<sup>110</sup>. Ainsi, selon les cas, l'UE ou un État membre peut devenir codéfendeur dans une affaire pendante devant la Cour EDH. Deux hypothèses sont envisagées. Soit le mécanisme est enclenché sur invitation de la Cour EDH, cette invitation n'étant pas contraignante, ce qui laisse à l'Union et à ses États membres la possibilité d'apprécier la question de la répartition des compétences pour savoir s'ils acceptent l'invitation de la Cour EDH. Soit la demande de coresponsabilité émane de l'Union

---

<sup>104</sup> Article 1<sup>er</sup>, sous b), du protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE.

<sup>105</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op.cit.*, p. 11.

<sup>106</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, « Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court », *European Law Review*, 2015, p. 689.

<sup>107</sup> Voir rapport explicatif.

<sup>108</sup> Voir point 38 du rapport explicatif : « *Avec l'adhésion de l'UE, une situation unique pour le système de la Convention pourrait se créer, dans laquelle un acte juridique est adopté par une Haute Partie contractante et mis en œuvre par une autre.* »

<sup>109</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 697.

<sup>110</sup> Voir ci-dessus la section 8 intitulée « Les solutions apportées par Cour EDH dans l'arrêt Bosphorus ». J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 724.

ou de ses États membres, auquel cas cette demande est soumise à l’approbation de la Cour EDH<sup>111</sup>.

S’agissant de la décision finale de la Cour EDH sur la question de la responsabilité, le mécanisme du codéfendeur implique en principe que la Cour EDH, si elle établit une violation de la CEDH, constate une responsabilité solidaire des codéfendeurs. L’idée étant que la Cour EDH se limite à constater une violation sans déterminer la part de responsabilité de l’UE et du/des État(s) membre(s) concerné(s)<sup>112</sup>. Il appartiendra à l’ordre juridique de l’Union, et donc à la Cour de justice, de déterminer la part de responsabilité de chacun des codéfendeurs. Toutefois, le projet d’accord prévoit la possibilité pour la Cour EDH de décider qu’un seul des codéfendeurs est responsable sur la base des arguments présentés par les parties.

### 3) *Le mécanisme de l’implication préalable*

Le mécanisme de l’implication préalable est prévu à l’article 3, paragraphe 5, du projet d’accord. Le but de ce mécanisme est de créer une sorte de dialogue entre la Cour EDH et la Cour de justice, en respectant le caractère subsidiaire de la décision de la Cour EDH et sa compétence finale en matière de protection des droits fondamentaux, tout en préservant le monopole de la Cour de justice en matière d’interprétation du droit de l’Union<sup>113</sup>.

Le cas de figure visé par ce mécanisme est celui où l’UE est codéfenderesse alors que l’épuisement des voies de recours internes<sup>114</sup> n’a pas impliqué une intervention de la Cour de justice. En effet, le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice, qui est tantôt une faculté tantôt une obligation pour le juge national, ne constitue pas une condition préalable à la saisine de la CEDH. Cette situation peut avoir pour conséquence que la Cour EDH soit amenée à se prononcer sur la conventionalité d’une règle du droit de l’Union sans que la Cour de justice ait eu la possibilité d’interpréter la règle litigieuse. Elle se prononcera donc sur la seule base de l’interprétation du droit de l’Union effectuée par le juge national et/ou défendue par le gouvernement de l’État membre concerné<sup>115</sup>.

Par conséquent, afin d’éviter un tel cas de figure, le projet d’accord prévoit que, lorsque l’UE est codéfenderesse devant la Cour EDH et que la Cour de justice ne s’est pas encore prononcée sur l’interprétation du point de droit litigieux, il faut accorder à cette dernière le temps nécessaire à « *l’examen de la compatibilité de la disposition du droit de l’Union européenne avec les droits en question garantis par la Convention* ». En d’autres termes, la

---

<sup>111</sup> Voir points 41 et s. du rapport explicatif.

<sup>112</sup> J-P JACQUÉ, « Après l’avis de la Cour de Justice ? Que faire ? », *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, 2016, p. 56. Quand une Partie cocontractante est un État fédéral, l’État fédéral est seul tenu responsable devant la CEDH même si la violation est entièrement le fait d’une entité fédérée. Or, à la différence d’un État fédéral, les États membres de l’UE font déjà partie de la CEDH. Dès lors un système de responsabilité solidaire s’impose.

<sup>113</sup> J.-P. JACQUÉ, « L’avis 2/13 de la Cour... », *op.cit.*, p. 23.

<sup>114</sup> Les conditions de la saisine de la Cour EDH sont énumérées à l’article 35 CEDH.

<sup>115</sup> P. GRAGL, *op. cit.*, p. 35.

Cour EDH suspendra son examen, le temps que la Cour de justice interprète la règle de droit litigieuse, préservant ainsi le monopole d'interprétation du droit de l'Union de cette dernière.

### III.- L'AVIS 2/13

Dans son avis 2/13, rendu le 18 décembre 2014<sup>116</sup>, la Cour de justice a déclaré que « *l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole (n° 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »<sup>117</sup>.

Le présent chapitre exposera les objections soulevées par la Cour de justice et présentera l'essentiel des critiques adressées par la doctrine à la position de celle-ci. Par souci de rendre le présent travail moins indigeste, la position de l'avocat-général ne sera pas présentée sauf dans les cas où elle ne partage pas les objections de la Cour de justice.

#### A.- PRISE DE POSITION LIMINAIRE DE LA COUR DE JUSTICE

À titre liminaire, la Cour reconnaît tout d'abord que l'article 6, paragraphe 2, TUE fournit désormais à l'UE une base juridique pour conclure un accord d'adhésion à la CEDH<sup>118</sup>. Elle insiste ensuite sur le fait que l'UE n'est pas un État<sup>119</sup> et sur le caractère spécifique de l'ordre juridique de l'UE<sup>120</sup> pour rappeler que l'accord d'adhésion doit respecter « *les compétences de l'Union* », ainsi que cela est stipulé à l'article 6, paragraphe 2, TUE<sup>121</sup> et à l'article 2 du

---

<sup>116</sup> C.J., avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454

<sup>117</sup> Conclusion de l'avis 2/13.

<sup>118</sup> Voir point 153 de l'avis 2/13.

<sup>119</sup> Voir point 156 de l'avis 2/13.

<sup>120</sup> Voir point 158 de l'avis 2/13.

<sup>121</sup> En effet, l'article 6, paragraphe 2, TUE dispose: « *Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ». J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 706, note subpaginale 14.

protocole n° 8<sup>122</sup> relatif à cet article<sup>123</sup>. De même, elle déclare que l'accord d'adhésion doit respecter « *les caractéristiques du droit de l'Union et de son droit* »<sup>124</sup>.

## **B.- LES CARACTERISTIQUES SPECIFIQUES ET L'AUTONOMIE DU DROIT DE L'UNION**

Dans la première partie de l'avis, après avoir reconnu qu'il n'est en principe pas incompatible avec le droit de l'Union de conclure un accord international prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation des dispositions dudit accord et dont les décisions lieraient les institutions de l'Union<sup>125</sup>, la Cour de justice semble établir une synthèse de la nature et de la structure essentielles de l'UE qu'un projet d'accord international doit respecter<sup>126</sup>. Elle rappelle ensuite différents principes du droit de l'Union, entre autres le principe de primauté du droit de l'Union, les valeurs communes consacrées à l'article 2 TUE, la Charte européenne des droits fondamentaux, le principe de coopération loyal. Tous ces principes, qui découlent d'une jurisprudence constante de la Cour de justice, sont sans rapport direct avec le projet d'adhésion, mais la Cour insiste sur le caractère constitutionnel de ces principes<sup>127</sup>, laissant déjà poindre un début d'argumentation quant aux incompatibilités du projet d'adhésion avec le droit de l'Union<sup>128</sup>.

Dans la suite de l'avis, la Cour a soulevé plusieurs arguments plus spécifiques, à ses yeux, rendent l'adhésion de l'UE impossible.

## **C.- L'ARTICLE 53 DE LA CHARTE DE L'UE ET DE LA CEDH**

### ***1) La position de la Cour de justice***

L'effet combiné de l'article 53 de la Charte de l'UE et de l'article 53 CEDH entraînerait, selon la Cour de justice, un risque de double standard de protection<sup>129</sup>. L'article 53 de la

---

<sup>122</sup> Cet article dispose : « *L'accord [d'adhésion à la CEDH] doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions* ».

<sup>123</sup> Voir points 160 et 161 de l'avis 2/13.

<sup>124</sup> Voir point 164 de l'avis 2/13.

<sup>125</sup> Voir point 182 de l'avis 2/13.

<sup>126</sup> Voir points 179 et s. de l'avis 2/13.

<sup>127</sup> Voir points 191 et s. de l'avis 2/13.

<sup>128</sup> B. De WITTE et S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 695.

<sup>129</sup> Voir points 187 à 190 de l'avis 2/13. N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, « Avis 2/13 de CJUE : l'obsession du contrôle ? », *R.A.E.-L.E.A.*, 2014/4, p. 818; S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, p. 30; C. VAN DE HEYNING, *op. cit.*, p. 55.

CEDH<sup>130</sup> prévoit que celle-ci ne fixe qu'un seuil de protection minimum, mais que les Parties contractantes peuvent prévoir des normes plus protectrices. De son côté, l'article 53 de la Charte<sup>131</sup>, dont l'énoncé est similaire à celui de l'article 53 CEDH, autorise aussi les États membres à prévoir une protection des droits fondamentaux plus élevée. Toutefois, ainsi que cela ressort des arrêts Melloni<sup>132</sup> et Akerberg<sup>133</sup>, cette protection plus élevée ne peut compromettre 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.

Or, en cas d'adhésion de l'UE à la CEDH, la Cour de justice craint que l'application de l'article 53 de la CEDH compromette le principe de primauté tel qu'interprété dans l'arrêt Melloni<sup>134</sup>. En effet, comme l'illustre cette affaire<sup>135</sup>, la faculté reconnue aux États membres de prévoir un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que celui prévu par la Charte pourrait dans certains cas rendre inopérante une disposition du droit de l'Union ne respectant pas cette exigence plus élevée de protection, alors qu'elle respecterait le niveau d'exigence tel que prévu par la Charte. Ce faisant, cette faculté permettrait aux États membres de se soustraire à leurs obligations au titre du droit de l'Union et priverait celui-ci, selon la Cour de justice, de son effectivité et de son application uniforme au sein de l'UE<sup>136</sup>. Par conséquent, la Cour de justice considère que le projet d'accord aurait dû trouver un moyen d'assurer la coordination entre l'article 53 CEDH et l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour de justice. Toutefois, il est à noter que, dans son arrêt Akerberg, rendu le jour même de l'arrêt Melloni, la Cour de justice a apporté quelques nuances à sa position<sup>137</sup>. En effet, elle y a précisé que l'article 53 de la Charte tel qu'interprété dans l'arrêt Melloni, ne s'appliquait que dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union, conformément à l'article 5, paragraphe 1, de la Charte. En d'autres termes, en dehors de l'application du droit de l'Union, les États membres sont libres de prévoir une protection des droits fondamentaux plus importante que celle prévue dans la Charte. Ce faisant, la Cour de justice réduit la portée

---

<sup>130</sup> L'article 53 de la CEDH dispose : « *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* ».

<sup>131</sup> L'article 53 de la Charte dispose : « *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.* »

<sup>132</sup> Voir point 188 de l'avis 2/13. Arrêt Melloni, *op. cit.* Il y a lieu de préciser que seule la Cour a émis une objection à cet égard, pas l'avocat général Kokott.

<sup>133</sup> C.J., arrêt *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10, EU:C:2013:105.

<sup>134</sup> C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 404 ; M. LOPEZ-ESCUADERO, *op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>135</sup> Cet arrêt avait pour objet l'exécution d'un mandat d'arrêt européen délivré sur base d'une décision prononcée par défaut. La Cour constitutionnelle espagnole, saisie de l'affaire relative à la demande d'exécution du mandat d'arrêt européen, nourrissait des doutes sur le point de savoir si l'exécution du mandat d'arrêt européen de l'espèce ne violait pas le droit à un procès équitable tel que prévu par le droit constitutionnel espagnol.

<sup>136</sup> Voir les points 189 et 190 de l'avis 2/13. C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 404; T. BARKHUYSEN, A. BOS, *op. cit.*, p. 807.

<sup>137</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *ibidem*, p. 32.

de la « limite » fixée dans l'arrêt Melloni à la protection des droits fondamentaux au niveau national<sup>138</sup>.

## 2) Critiques

Pour plusieurs auteurs, ce problème n'est pas réellement fondé<sup>139</sup>. Certes, l'article 53 CEDH reconnaît aux États membres la faculté de prévoir une protection plus importante, mais il ne s'agit pas là d'une obligation<sup>140</sup>. De plus, la Cour EDH, lorsqu'elle est saisie d'une affaire, ne peut examiner celle-ci qu'au regard de la CEDH, et non pas au regard d'une disposition nationale correspondante plus protectrice<sup>141</sup>. Par conséquent, pour autant que le standard minimum de protection tel que prévu par la CEDH est respecté, la Cour EDH n'a aucune raison de se prononcer sur la validité d'un acte ou d'une disposition nationale au regard du standard de protection national. Les deux articles ne seraient donc pas en conflit, contrairement à ce que soutient la Cour de justice<sup>142</sup>.

Par ailleurs, il a été observé<sup>143</sup> que les États ne peuvent appliquer l'article 53 CEDH que s'ils ont le pouvoir de le faire. Or, depuis l'arrêt Melloni, il existe des hypothèses dans lesquelles les États membres n'ont plus le droit de prévoir une protection des droits fondamentaux supérieure à ce que prévoit la Charte. Par conséquent, ce droit, à savoir, la possibilité de prévoir une protection plus élevée, ne pourra plus être invoqué après l'adhésion.

Enfin, force est de constater que l'article 53 de la CEDH n'a été que rarement appliquée<sup>144</sup> et qu'il ne confère pas de droit aux Parties contractantes<sup>145</sup>.

---

<sup>138</sup> C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 406.

<sup>139</sup> T. LOCK, « The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is still desirable? », *European Constitutional Law Review*, 2015, vol. 11, p. 257.

<sup>140</sup> S. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 186.

<sup>141</sup> J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ?..* », *op. cit.*, p. 2p. 28 ; D. SZYMCAK, « L'avis 2/13 du 18 décembre 2014 : de l'art d'être contre-productif », *R.A.E.-L.E.A.*, 2015, n°1, p. 13.

<sup>142</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 696 ; J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 17.

<sup>143</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 17 ; D. HALBERSTAM, *op. cit.*, pp. 126-127 ; B. PIRKER, S. REITEMEYER, « Between discursive and exclusive autonomy; Opinion 2/13, the protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law », *Cambridge yearbook of European legal studies*, Cambridge university Press, Cambridge, 2015, p. 174.

<sup>144</sup> N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *op. cit.*, p. 818 et note subpaginale 31 qui fait un renvoi à Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992.

<sup>145</sup> M. LOPEZ-ESCUADERO, *op. cit.*, p. 99.

## D.- LA CONFIANCE MUTUELLE

### 1) *La position de la Cour de justice*

Selon la Cour de justice, une adhésion à la CEDH risquerait de compromettre le principe de confiance mutuelle, développé dans le cadre de sa jurisprudence et qu'elle a érigé dans l'avis 2/13 en principe « constitutionnel »<sup>146</sup>. Ce principe repose sur la présomption que tous les États membres assurent une protection équivalente des droits fondamentaux<sup>147</sup>. Cette présomption s'applique essentiellement dans le domaine de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice (ELSJ). Un exemple typique de l'application de cette présomption est le droit d'asile<sup>148</sup>. En effet, dans le cadre du mécanisme de demande d'asile prévu par le règlement de Dublin, cette présomption permet notamment aux États membres de renvoyer les demandeurs d'asile vers un autre État membre sans devoir vérifier concrètement si l'État d'accueil respecte les droits fondamentaux (sauf en cas de défaillance systémique conformément à la jurisprudence Melloni).

Or, la Cour de justice considère qu'une adhésion à la CEDH, qui impliquerait de considérer les États membres comme des Parties contractantes dans leurs relations réciproques, exigerait d'un État membre de vérifier le respect des droits fondamentaux par un autre État membre, ce qui, par le rejet de l'application du principe de confiance mutuelle, est susceptible de compromettre l'équilibre de l'Union et l'autonomie du droit de l'Union<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Voir points 168, 191-195 de l'avis 2/13. I. PERNICE, *op. cit.*, pp. 51-53.

<sup>147</sup> T. BARKHUYSEN, A. BOS, *op. cit.*, p. 807.

<sup>148</sup> Tout comme le mandat d'arrêt européen, qui lui aussi se base sur la présomption de respect des droits fondamentaux.

<sup>149</sup> Voir point 194 de l'avis 2/13. La Cour EDH a déjà été amenée plusieurs fois à apprécier le principe de confiance mutuelle dans le cadre d'une application du règlement de Dublin (Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ; abrogé). Tel fut le cas par exemple dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011). Un réfugié afghan, arrivé en Belgique via la Grèce avait saisi la Cour EDH, parce qu'il estimait que l'ordre d'expulsion vers la Grèce dont il faisait l'objet violait la CEDH en raison des défaillances de la procédure en Grèce et de l'absence de recours contre la décision d'expulsion en Belgique. La Cour EDH fit droit au requérant, car selon elle, « les défaillances de la procédure d'asile en Grèce devaient être connues des autorités belges au moment de la délivrance de l'ordre d'expulsion » et que, en conséquence, « la charge de la preuve des risque de défaillance de la procédure ne pouvait reposer uniquement sur le requérant ». (Voir les points 345 à 360 de l'arrêt). A. ROSAS, *op.cit.*, p. 358. Pourtant, l'arrêt *N.S. (C.J. (gde ch.), N. S. c. Secretary of State for the Home Department and M. E. e.a.*, 21 décembre 2011, C-411/10, EU:C:2011 :865), qui porte sur un contexte similaire, la Cour de Justice a suivi la jurisprudence *M.S.S.*, en reconnaissant l'existence de défaillances systémiques en Grèce et accepta que le principe de reconnaissance mutuelle ne s'appliquait pas dans ce cas de figure (voir point 106 de l'arrêt). M. LOPEZ-ESCUADERO, *op.cit.*, p. 102.

## 2) Critiques

Cette partie de l'avis a été abondamment critiquée par la doctrine, qui considère que, si la Cour de justice a érigé le principe de confiance mutuelle en élément essentiel du droit de l'Union qui s'opposerait à une adhésion à la CEDH, c'était en partie en réaction à l'arrêt *Tarakhel* de la Cour EDH, qui battait en brèche la présomption de protection équivalente<sup>150</sup>.

Cette différence d'approche des deux Cours en ce qui concerne, entre autres, la présomption de protection équivalente s'explique, selon la doctrine, notamment par la différence entre les objectifs poursuivis par l'UE, d'une part, et ceux poursuivis par la CEDH, d'autre part<sup>151</sup>. En effet, alors que la Cour de justice interprète le droit de l'Union sans pourtant l'appliquer à un cas concret, la Cour EDH examine la comptabilité de la situation concrète du demandeur d'asile avec la CEDH<sup>152</sup>. Dès lors, il est normal que, dans certaines affaires, la Cour EDH dégage une solution qui s'oppose à certains principes fondamentaux de l'Union, dont celui de la confiance mutuelle.

Or, cette divergence de point de vue entre la Cour de justice et la Cour EDH ne dépend certainement pas d'une éventuelle adhésion à la CEDH. Dès lors, la doctrine considère qu'il n'y a pas de sens à vouloir ériger le respect du principe de confiance mutuelle en condition à l'adhésion à la CEDH. D'autant moins que ce problème a clairement été résolu lors de l'entrée en vigueur de la Charte, dont l'article 52, paragraphe 3, prévoit une interprétation conforme des droits correspondants de la CEDH et de la Charte. Cet article, pourtant crucial, n'a même pas été mentionné dans l'avis 2/13<sup>153</sup> alors qu'il permet pourtant d'éviter toute divergence entre la Charte et la CEDH.

Au contraire, selon certains auteurs, le système d'interdépendance qu'implique la confiance mutuelle requiert que les États membres s'assurent du respect des droits fondamentaux par les autres États membres. Ce point de vue se base sur l'article 7 TUE, qui impose aux États membres et aux institutions européennes de contrôler le respect des valeurs communes par tous les États membres<sup>154</sup>.

Par ailleurs, d'autres auteurs s'interrogent sur la pertinence de la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux par les États membres alors que les statistiques<sup>155</sup> de la

---

<sup>150</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Tarakhel c. Suisse*, 4 novembre 2014. Dans cette affaire, qui porte également sur le droit d'asile, la Suisse à laquelle s'applique également le système de Dublin en vertu d'un accord avec l'UE, a été condamnée par la Cour EDH pour avoir pris une décision d'expulsion d'une famille de réfugiés vers l'Italie, « *sans garantie individuelle de prise en charge* ». En effet, comme en Grèce (voir arrêts *MSS* et *NS*), il existait en Italie des défaillances systémiques en matière de droit d'asile. La Cour EDH est arrivée à la conclusion que les États membres doivent procéder à une analyse concrète de la situation dans le pays vers lequel doit être renvoyé le demandeur d'asile, même s'il s'agit d'un autre État membre. Cet arrêt va clairement à l'encontre du principe de confiance mutuelle. B. De WITTE et S. IMANOVIC, *op. cit.*, p.701.

<sup>151</sup> J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ? ...* », *op.cit.*, p. 36.

<sup>152</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 36.

<sup>153</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 702. T. LOCK, *op. cit.*, p. 257; B. PIRKER, S. REITEMEYER, *op.cit.*, p. 174.

<sup>154</sup> I. PERNICE, *op. cit.*, p. 55 et note subpaginale 26.

<sup>155</sup> En 2016, la Cour EDH a relevé, parmi les seuls États membres de l'UE, 101 violations de l'article 3 (qui interdit toute forme de torture et de traitement inhumain et dégradant), 54 violations de l'article 5 (droit à

Cour EDH indiquent clairement que les États membres sont loin d'être irréprochables en matière de protection des droits fondamentaux<sup>156</sup>.

Par conséquent, le principe de confiance mutuelle ne pourra être sérieusement invoqué par la Cour de justice que lorsque les États membres « auront balayé devant leur porte ». Or, cette perspective semble encore éloignée, pour deux raisons. La première est que le Conseil européen n'a encore jamais appliqué l'article 7 TUE pour sanctionner un État membre qui « *violerait sérieusement les droits de l'Homme* ». La deuxième raison est que l'UE ne peut imposer le respect des droits fondamentaux que dans le champ d'application de l'UE.

Par ailleurs, la Cour EDH ne peut pas tenir compte de la structure juridique interne des Parties contractantes et envisage chaque État comme une seule entité. Dès lors, la Cour EDH doit faire de même en ce qui concerne l'Union Européenne et ne peut, donc, tenir compte du principe de confiance mutuelle de l'Union<sup>157</sup>.

## E.- LE PROTOCOLE N°16 A LA CEDH

### 1) *La position de la Cour de justice*

Le Protocole n°16 de la Convention prévoit la possibilité pour les hautes juridictions nationales de demander l'avis consultatif de la Cour EDH sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et des libertés garantis par la CEDH<sup>158</sup>. Bien que ce protocole ne fasse pas partie du projet d'accord, la Cour de justice craint que les juridictions nationales, en cas d'adhésion, préféreront demander l'avis de la Cour EDH, dans le cadre d'un dialogue plus flexible et moins contraignant que le système d'échange plus strict prévu dans le cadre d'une question préjudicielle<sup>159</sup>, d'une part, ou utilisent ce mécanisme dans le but de contourner la procédure d'implication préalable, d'autre part<sup>160</sup>. De ce fait, le mécanisme prévu par le protocole n°16 risque de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union et à son autonomie.

---

la liberté et à la sécurité) 68 violations de l'article 6 (droit à un procès équitable). Voir tableaux de « La CEDH, en faits en chiffre », 2016, page 210 et 211. N. MOLE, *op. cit.*, p. 479, qui fait le calcul pour 2014 et en arrive à la conclusion que dans certains pays, les violations sont même « *systémiques voire systématiques* ». S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, p. 39, qui confirme ce constat.

<sup>156</sup> Il suffit de citer le cas de la Hongrie pour son peu d'égard à la liberté d'expression et l'Italie pour son arriéré judiciaire. E. SPAVENTA, *op.cit.*, p. 51.

<sup>157</sup> M. LOPEZ-ESCUADERO, *op.cit.*, p. 104.

<sup>158</sup> T. BARKHUYSEN, A. BOS, *op. cit.*, p. 807.

<sup>159</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 696.

<sup>160</sup> Points 198 et s. de l'avis 2/13.

## 2) Critiques

Premièrement, ce problème existe indépendamment de la question de l'adhésion de l'UE à la CEDH<sup>161</sup>. Deuxièmement, le Protocole n° 16 ne prévoit qu'une faculté et n'impose pas d'obligation, tout comme il ne prévoit aucune exclusivité<sup>162</sup>. Troisièmement, ce protocole a été signé le 2 octobre 2013 et n'était pas encore entré en vigueur au moment où l'avis a été rendu<sup>163</sup>.

Ensuite, si les hautes juridictions des États membres cherchaient à contourner la saisine de la Cour de justice, elles violeraient leur obligation de coopération loyale prévue à l'article 4, paragraphe 3, TUE ainsi que le système de renvoi préjudiciel tel que prévu à l'article 267 TFUE de sorte que le droit de l'Union prévoit déjà, en l'état actuel, une mesure pour prévenir ce risque<sup>164</sup>. Les craintes de la Cour de justice que la procédure d'avis soit un moyen de contourner le mécanisme d'implication préalable sont manifestement infondées. La procédure d'implication préalable n'intervient que lorsque l'UE est partie défenderesse ou codéfenderesse devant la Cour EDH. Inversement, une demande d'avis ne pourrait pas enclencher la procédure d'implication préalable puisqu'il ne peut y avoir de parties défenderesse, codéfenderesse ou requérante dans le cadre d'une procédure d'avis consultatif<sup>165</sup>.

Enfin, plusieurs caractéristiques de la procédure devant la Cour EDH rendent une priorité accordée à la procédure de demande d'avis fort peu probable. En effet, d'une part, la Cour de justice répond plus rapidement aux juridictions nationales que la CEDH et, d'autre part, une question préjudicielle est toujours plus intéressante du point de juridique, puisque seule la Cour de justice est compétente pour annuler un acte de l'Union<sup>166</sup>. De plus, comme l'a précisé l'avocat général Kokott<sup>167</sup>, l'avis rendu par la Cour EDH dans cette hypothèse n'est que consultatif, ce qui n'est pas le cas de la réponse à la question préjudicielle de la Cour de justice, qui est, elle, contraignante.

Au total, cette objection soulevée par la Cour de justice révèle plutôt la suspicion de la Cour de justice à l'égard des juges nationaux quant à leur volonté d'appliquer le droit de l'Union et de faire des renvois préjudiciels à la Cour de justice<sup>168</sup>. En effet, si on analyse cette question d'un point de vue objectif, force est de constater que les juridictions nationales ont tout intérêt (si elles n'en ont pas l'obligation) de saisir la Cour de justice plutôt que la Cour EDH.

---

<sup>161</sup> N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *op.cit.*, p. 821 ; I. PERNICE, *op. cit.*, p. 62.

<sup>162</sup> N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *ibidem*, p. 821 ; I. PERNICE, *ibidem*, p. 62 ; E. SPAVENTA, *op.cit.*, p. 47.

<sup>163</sup> À l'époque, le protocole n° 16 n'avait pas encore été ratifié par une seule Partie contractante et n'avait été signé que par 9 États membres . S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, p. 32. ; T. LOCK, *op.cit.*, pp. 262-263.

<sup>164</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 696.

<sup>165</sup> T. LOCK, *op. cit.*, pp. 2p. 262-263.

<sup>166</sup> E. SPAVENTA, *op.cit.*, pp. 47-48.

<sup>167</sup> Point 141 de la prise de position.

<sup>168</sup> B. De WITTE et S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 696.

## F.- LE RESPECT DE L'ARTICLE 344 TFUE

### 1) *La position de la Cour de justice*

La Cour de justice s'interroge sur la compatibilité, avec l'article 33 CEDH<sup>169</sup>, de l'article 344 TFUE<sup>170</sup>, qui lui reconnaît la compétence exclusive en matière d'interprétation ou d'application d'une disposition du droit de l'Union qui ferait l'objet d'un litige entre États membres.

Or, une adhésion à la CEDH aurait pour conséquence que celle-ci ferait partie intégrante du droit de l'Union et que la Cour de justice devienne compétente pour interpréter ses dispositions. Une telle compétence serait contraire à l'article 55 CEDH qui reconnaît à la Cour EDH la compétence exclusive pour connaître des litiges entre Parties contractantes portant sur l'interprétation ou l'application de la CEDH. La solution à ce conflit potentiel est venue de l'article 5 du projet d'accord, qui permet à un État membre de saisir la Cour de justice au sujet d'un différend l'opposant à un autre État membre ou à l'Union sans violer la CEDH<sup>171</sup>.

Mais le projet d'accord n'exclut pas explicitement la possibilité pour un État membre de saisir la Cour EDH d'un différend qui l'opposerait à un autre État membre ou à l'Union et porterait sur la CEDH, violant ainsi la compétence exclusive que reconnaît l'article 344 TFUE à la Cour de justice<sup>172</sup>. La Cour de justice estime donc que « *l'accord envisagé est susceptible d'affecter l'article 344 TFUE* »<sup>173</sup>.

### 2) *Critiques*

Cet argument a été largement critiqué par la doctrine, notamment parce qu'il n'a pas réellement une importance pratique. En effet, il est très rare que des États membres portent un litige bilatéral devant la Cour de justice ou devant la Cour EDH. Ainsi, l'article 33 CEDH n'a

---

<sup>169</sup> L'article 33 CEDH dispose: « *Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* ».

<sup>170</sup> L'article 344 TFUE dispose : « *Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci* ». Par ailleurs, aux termes de l'article 3 du protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE, « *[a]ucune disposition de l'accord visé à l'article 1<sup>er</sup> ne doit affecter l'article 344 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

<sup>171</sup> L'article 5 du projet d'accord dispose : « *Les procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne ne doivent pas être interprétées comme constituant des procédures internationales d'enquête ou de règlement au sens de l'article 35, paragraphe 2.b, de la Convention, ou des modes de règlement des différends au sens de l'article 55 de la Convention* ».

<sup>172</sup> Voir point 213 de l'avis 2/13.

<sup>173</sup> Voir point 214 de l'avis 2/13.

jamais été utilisé par un État membre de l'UE contre un autre État membre. L'article 259, paragraphe 2, TFUE n'a été utilisé qu'à quatre reprises<sup>174</sup>.

Par ailleurs, certains auteurs, rejoignant la position défendue par l'avocat général Kokott<sup>175</sup>, font observer que les États membres qui saisiraient la Cour EDH d'un tel litige violeraient ainsi leurs obligations au regard du droit de l'Union, dont le respect du principe de primauté du droit de l'Union, s'exposant à une procédure en manquement<sup>176</sup>. Et, selon l'avocat général Kokott, cette solution interne au droit de l'Union serait suffisante. Cela a été également souligné par la doctrine, qui voit dans cet argument de la Cour de justice l'expression d'une méfiance à l'égard des mécanismes prévus par son propre ordre juridique<sup>177</sup>.

De plus, ce risque de saisine de la Cour EDH en violation de l'article 344 TFUE existe indépendamment d'une adhésion à la CEDH aux conditions fixées dans le projet d'accord. En fait, la seule différence qu'entraînerait à cet égard une adhésion est qu'un État membre pourrait désormais citer l'UE devant la CEDH, ce qui jusqu'alors n'était pas possible puisque cette dernière n'est pas partie à la CEDH. Non seulement une telle application de l'article 33 CEDH violerait l'article 344 TFUE, mais elle risquerait aussi de mettre en péril l'ordre juridique de l'Union<sup>178</sup>.

Pour la plupart des auteurs<sup>179</sup>, cet argument de la Cour de justice est en fait l'expression de sa méfiance vis-à-vis des États membres et de la Commission européenne laquelle, selon la Cour de justice, ne serait apparemment pas apte à poursuivre les États membres qui se rendraient coupables de ce genre de pratiques<sup>180</sup>.

Enfin, il a été fait observer que de telles règles de juridiction sont courantes et existent déjà dans d'autres accords internationaux signés par l'UE. Dès lors, la position intransigeante de la Cour de justice sur cette question risque de rendre plus compliquée à l'avenir la conclusion de tels accords<sup>181</sup>.

---

<sup>174</sup> N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *op. cit.*, p. 822. Les 4 cas d'application de l'article 259, paragraphe 2 TFUE sont : C.J., arrêt *France c. Royaume-Uni*, 4 octobre 1979, 141/78, EU:C:1979:225 ; C.J., arrêt *Belgique c. Espagne*, arrêt 16 mai 2000, C-388/95, EU:C:1979:225 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Espagne c. Royaume-Uni*, 12 septembre 2000, C-364/10, EU:C:2016:675 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Hongrie c. Slovaquie*, arrêt 16 octobre 2012, C-364/10, EU:C:2012:630. J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ? ...* », *op.cit.*, p. 28.

<sup>175</sup> Av. gén. J. KOKOTT, pos. préc. C.J, avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2475, point 118. D. HALBERSTAM, *op.cit.* p. 137; N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *ibidem*, p. 822 ; J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 28.

<sup>176</sup> S. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 189.

<sup>177</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 254.

<sup>178</sup> I. PERNICE, *op. cit.*, p. 63.

<sup>179</sup> Halberstam fait toutefois partie des auteurs qui défendent la position intransigeante de la Cour de justice, affirmant, entre autres, que la Cour de justice ne saurait approuver un accord par lequel l'Union européenne deviendrait partie à une convention qui pourrait servir de base à un tel recours. D. HALBERSTAM, *op.cit.*, p. 121; J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ? ...* », *op. cit.*, p. 28.

<sup>180</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 700.

<sup>181</sup> T. LOCK, *op.cit.*, p. 255

## G.- LE MECANISME DU CODEFENDEUR

### 1) *La position de la Cour de justice*

La Cour de justice n'est pas opposée par principe à ce mécanisme, qui, pour rappel, a été imaginé, entre autres, pour éviter que la Cour EDH n'ait à se prononcer sur la question de la répartition de la responsabilité entre l'UE et les États membres<sup>182</sup>. Mais la Cour de justice craint que sa mise en œuvre n'affecte les caractéristiques spécifiques de l'Union et ce, pour trois raisons<sup>183</sup>.

Premièrement, la Cour de justice discerne dans ce mécanisme un risque que le droit de l'Union soit interprété par la Cour EDH. En effet, la Cour de justice observe que l'article 3, paragraphe 5, du projet d'accord prévoit deux manières de devenir partie codéfenderesse devant la CEDH. Soit la Cour EDH invite un État membre ou l'UE à devenir codéfendeur lorsqu'elle estime que les conditions sont remplies, soit l'UE ou un État membre en fait la demande. Dans la première hypothèse, l'invitation n'est pas contraignante et nécessite l'accord du potentiel codéfendeur. Dès lors, ce dernier a la possibilité d'apprécier si l'affaire a effectivement un lien avec le droit de l'Union avant d'accepter ou de refuser l'invitation. Dans la seconde hypothèse, la Cour EDH apprécie les arguments du codéfendeur au regard des conditions d'application du mécanisme du codéfendeur. Ainsi, la Cour EDH sera amenée à examiner l'affaire au principal, sans toutefois effectuer une appréciation au fond, et à déterminer le caractère plausible de l'applicabilité du droit de l'Union. Le projet d'accord, en permettant à la CEDH d'analyser le caractère plausible d'un lien avec le droit de l'Union, aurait pour conséquence, selon la Cour de justice, de permettre à la CEDH d'interpréter indirectement le droit de l'Union<sup>184</sup>.

Deuxièmement, la Cour de justice fait observer que le projet d'accord tel que rédigé ne s'opposerait pas à ce qu'un État membre soit tenu solidairement responsable de la violation d'une disposition de la CEDH, alors même que ledit État membre aurait émis des réserves sur le point litigieux de la CEDH au moment de la ratification. Ce faisant, selon la Cour de justice, le projet d'accord ne respecte pas l'article 2 du protocole n°8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE<sup>185</sup>.

Troisièmement, la Cour de justice relève que, si le mécanisme du codéfendeur suppose en principe que la Cour EDH établit une responsabilité solidaire, laissant le soin à l'ordre juridique de l'Union d'en tirer les conclusions au niveau interne de l'Union, l'article 3,

---

<sup>182</sup> Voir points 215 et s. de l'avis 2/13.

<sup>183</sup> P. GRAGL, *op.cit.*, p. 34.

<sup>184</sup> Voir les points 218 et s. de l'avis 2/13. E. SPAVENTA, *op.cit.*, p. 53; T. LOCK., *op.cit.*, p. 247.

<sup>185</sup> Cet article est rédigé comme suit: « (...) [l'accord] doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention européenne, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention européenne, conformément à son article 15, et des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres conformément à son article 57 ». Voir point 227 de l'avis 2/13 et point 264 de la position de l'avocat-général KOKOTT.

paragraphe 7, du projet d'accord permet à la Cour EDH de retenir une responsabilité exclusive dans le chef d'un seul des codéfendeurs. Pour la Cour de justice, cela implique de se prononcer sur la répartition des compétences entre l'UE et les États membres, ce qui viole la compétence exclusive reconnue à la Cour de justice dans ce domaine<sup>186</sup>.

## 2) Critiques

Les critiques adressées à cet argument de la Cour de justice peuvent être rangées en deux catégories : celles qui ne voient dans l'objection de la Cour qu'un problème formel, qu'il serait facile de résoudre, et celles qui y voient une objection bien plus fondamentale, posant un réel obstacle à une adhésion future.

Parmi les premières figure la critique selon laquelle l'objection relative aux réserves à la CEDH émises par les États membres est un problème qui ne se posera que rarement en pratique. En effet, peu de réserves ont été formulées par les États membres. De plus, l'État membre partie à l'instance devant la Cour EDH (que ce soit directement ou via le mécanisme du codéfendeur) soulèvera tout naturellement une exception d'irrecevabilité, que la Cour EDH devra nécessairement accueillir. La seule situation où un État membre pourrait être attiré devant la Cour EDH alors qu'il a formulé des réserves est lorsque la procédure vise d'autres violations que celle couverte par la réserve<sup>187</sup>.

Selon la doctrine, l'objection relative au problème de l'imputation de la responsabilité de la violation de la CEDH vise plutôt un problème interne à l'ordre juridique de l'Union, qui devrait être résolu non pas dans le projet d'accord, mais dans un acte du droit de l'Union. En effet, déterminer qui va concrètement endosser la responsabilité de la violation relève du droit interne<sup>188</sup>. Ce problème pourrait être comparé à celui d'un État fédéral : au niveau international, c'est l'État fédéral qui sera toujours tenu responsable du manquement, et non pas les entités fédérées, même si ce sont ces dernières qui sont à l'origine de la violation de la CEDH. Ce n'est qu'au niveau interne que cette responsabilité sera répercutée sur les entités fédérées<sup>189</sup>.

La deuxième catégorie de critiques voit dans cette argumentation de la Cour de justice une opposition plus fondamentale de celle-ci à une adhésion à la CEDH. En effet, on ne saurait concevoir un examen par la Cour EDH sans interprétation, ne serait-ce qu'à la marge, de l'acte de droit de l'Union critiqué par le requérant. D'ailleurs, la Cour EDH est aussi amenée à interpréter implicitement le droit national des Parties contractantes<sup>190</sup>. En effet, dans les procédures classiques, ce ne sont pas les juridictions nationales qui expliquent à la Cour EDH comment interpréter leur droit respectif, mais ce sont les gouvernements nationaux qui défendent le droit interne en cause devant la Cour EDH, et cette dernière apprécie le droit

---

<sup>186</sup> Voir points 229 et s. de l'avis 2/13.

<sup>187</sup> T. LOCK, *op.cit.*, pp. 249-250.

<sup>188</sup> B. De WITTE et S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 698.

<sup>189</sup> J.-P. JACQUÉ, « Après l'avis de la Cour... », *op. cit.*, p. 156.

<sup>190</sup> T. BARKHUYSEN, A. BOS, *op. cit.*, p. 809.

interne en question sur la base des arguments avancés par les parties au litige. En cas d'adhésion, la même situation se présenterait avec l'UE si cette dernière est visée par une requête : c'est la Commission européenne, et non la Cour de justice, qui représentera l'UE devant la Cour EDH. En conclusion, la condition posée par la Cour de justice ne peut être remplie et ce peu importe la teneur du projet d'accord<sup>191</sup>.

Il a également été reproché à la Cour de justice (et, de manière générale, aux négociateurs du projet d'accord) de n'avoir envisagé le mécanisme de coresponsabilité que du point de vue de sa compatibilité avec le droit de l'Union, sans s'interroger sur sa compatibilité avec le droit international<sup>192</sup>. Se pose notamment la question de la compatibilité de ce mécanisme avec les Articles sur la responsabilité des organisations internationales<sup>193</sup>. En effet, ces Articles posent le principe de la responsabilité exclusive des organisations internationales au motif que celles-ci bénéficient d'une personnalité juridique propre<sup>194</sup>. En revanche, ces Articles ne posent pas le principe de la responsabilité des États membres d'une organisation internationale au titre d'un acte internationalement illicite commis par cette organisation uniquement en raison de l'appartenance des États membres à celle-ci<sup>195</sup>.

Or, il semble que le mécanisme du codéfendeur, en prévoyant une responsabilité solidaire de l'UE et de ses États membres, puisse potentiellement s'opposer à ces deux règles<sup>196</sup>. En effet, en vertu de l'Article 4 de ces Articles, pour que la responsabilité d'une organisation internationale soit engagée, il faut que le comportement illicite lui soit imputable. Or, le projet d'accord prévoit la possibilité d'engager la responsabilité de l'UE même si elle est réputée n'avoir pas adopté d'acte internationalement illicite<sup>197</sup>.

De plus, l'Article 64 de ces Articles semblent appuyer le bien-fondé des objections de la Cour de justice en ce qui concerne l'atteinte portée potentiellement à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union par le mécanisme du codéfendeur. En effet, cet Article autorise une organisation à prévoir des règles spéciales en matière de responsabilité applicables aux relations entre celle-ci et ses États membres afin de protéger l'autonomie de l'organisation contre une ingérence du droit international en matière de responsabilité. Or, le projet d'accord, ainsi que l'a souligné la Cour de justice, ne garantit pas que les relations entre l'UE et ses États membres en matière de responsabilité au regard de la CEDH soient régies exclusivement par le droit de l'Union. Ainsi, l'exigence formulée par la Cour dans son avis 2/13, à savoir que la question de la répartition de compétence (et de responsabilité) soit réglée

---

<sup>191</sup> B. De WITTE et S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 698.

<sup>192</sup> J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 726.

<sup>193</sup> Résolution A/66/100, du 9 décembre 2011, §3 L'Assemblée générale des Nations-Unies a « pris notes » de ces Articles et les a « recommandés à l'intention des gouvernements et des organisations internationales ». Ces Articles codifient en partie des règles de nature obligatoire, tiennent compte de la pratique internationale actuelle et entérinent les règles coutumières en cours d'émergence ou déjà stabilisées.

<sup>194</sup> J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 726.

<sup>195</sup> J. MALENOVSKY, *ibidem*, p. 726.

<sup>196</sup> Même si ces règles ne s'appliquent pas de manière automatique et qu'il est possible de déroger aux Articles étant donné que les principes contenus dans ces articles ne constituent pas du *ius cogens*.

<sup>197</sup> J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 727.

exclusivement par le droit de l'Union, trouve sa justification tant dans le droit de l'Union (protocole n° 8) que dans le droit international (Article 64 des Articles)<sup>198</sup>.

En définitive, il semble difficile de mettre concrètement en œuvre les objections de la Cour de justice relatives au mécanisme du codéfendeur. En effet, la Cour EDH, avant de prononcer toute condamnation, doit procéder à la constatation d'une violation des droits fondamentaux, d'une part, et à l'imputation de cette violation à un État membre. Or, dans le cadre du mécanisme de codéfendeur, il est impossible que la Cour EDH renonce à se prononcer sur la détermination de la personne, État membre ou l'UE, à qui la violation est imputable, ce qui équivaut à se prononcer sur la question de la répartition<sup>199</sup>.

## H.- LA PROCEDURE DE L'IMPLICATION PREALABLE DE LA COUR DE JUSTICE

### 1) *La position de la Cour de justice*

Tout comme elle avait déjà exprimé des doutes sur le mécanisme de l'implication préalable en 2010<sup>200</sup>, la Cour de justice considère, à nouveau, que les caractéristiques spécifiques de l'UE ne sont pas respectées par le mécanisme de l'implication préalable décrit ci-dessus, et ce, pour deux raisons distinctes, l'une d'ordre matériel, l'autre visant l'interprétation du projet d'accord par le rapport explicatif.

Du point de vue matériel, la Cour de justice fait observer qu'elle ne peut juger de l'utilité de déclencher le mécanisme de l'implication préalable que si elle est informée de l'existence d'une affaire pendante devant la Cour EDH<sup>201</sup>. Or, selon la Cour de justice, le projet d'accord ne prévoit pas d'obligation à charge de la Cour EDH d'informer l'UE des affaires pendantes devant elle. Un système d'information systématique est d'autant plus nécessaire, selon la Cour, que le projet d'accord n'exclut pas explicitement que la Cour EDH ait le pouvoir de statuer sur la question de savoir si la Cour de justice s'est déjà prononcée sur le point de droit en cause. En fait, le projet d'accord ne précise pas qui, de la Cour EDH ou de la Cour de justice, juge de l'existence d'une jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Or, selon la Cour de justice, l'absence d'une telle exclusion explicite reviendrait à reconnaître à la Cour EDH une compétence pour interpréter (à tout le moins indirectement) la jurisprudence de la Cour de justice<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> J. MALENOVSKY, *ibidem*, pp. 726-727.

<sup>199</sup> I. PERNICE, *op. cit.*, p. 66.

<sup>200</sup> Document de réflexion de la CJUE à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 5 mai 2010, point 5.

<sup>201</sup> Voir points 236 et s. de l'avis 2/13.

<sup>202</sup> Voir point 239 de l'avis 2/13. Voir prise de position de l'avocat général Kokott, au point 183. T. LOCK, *op.cit.*, p. 246.

Le deuxième argument vise le point 66 du rapport explicatif<sup>203</sup>, qui semble limiter l'examen, par la Cour de justice, d'une norme de droit dérivé à la validité de celle-ci, alors que la Cour de justice serait compétente pour interpréter le droit primaire. La Cour de justice en conclut que le projet d'accord, tel qu'interprété par le rapport explicatif, ne lui permet pas d'interpréter le droit dérivé dans le cadre du mécanisme de l'implication préalable<sup>204</sup>.

## 2) Critiques

La doctrine s'est étonnée en premier lieu de ce que la Cour de justice critique un mécanisme qu'elle a elle-même appelé de ses vœux au cours des négociations<sup>205</sup>. Elle rappelle ensuite que la procédure de l'implication préalable ne s'applique que si l'UE est codéfenderesse à un litige devant la Cour EDH et que le litige au principal n'a pas fait l'objet d'une question préjudicielle devant la Cour de justice<sup>206</sup>. Encore une fois, ce cas de figure semble extrêmement rare.

De plus, si l'UE est codéfenderesse devant la Cour EDH, il va sans dire qu'elle sera pleinement informée de l'existence de cette affaire<sup>207</sup>. En fait, le défaut d'information risque plutôt d'empêcher le déclenchement du mécanisme de coresponsabilité<sup>208</sup>. La suggestion de la Cour de justice relative à un système d'information automatique est d'ordre purement technique, selon la doctrine, et ne nécessite pas de faire l'objet d'une mention dans le rapport explicatif du projet d'accord<sup>209</sup>. Par ailleurs, le projet d'accord prévoit une publication des requêtes en cas de procédure mettant en œuvre le mécanisme du codéfendeur. Dès lors, il suffirait à l'UE d'examiner les requêtes publiées et de déterminer s'il y a lieu d'enclencher le mécanisme de l'implication préalable<sup>210</sup>.

L'objection relative à une éventuelle interprétation indirecte du droit de l'Union par la Cour EDH est rejetée au motif que cet examen de l'existence d'une jurisprudence antérieure de la Cour de justice est purement superficiel, s'apparentant à l'examen de l'épuisement des voies de recours internes. De plus, les conséquences de cet examen seraient d'ordre purement procédural<sup>211</sup>.

Enfin, les auteurs s'accordent à dire que la rédaction du rapport explicatif est malheureuse<sup>212</sup> et qu'il est évident que « *statuer sur la validité d'une disposition* » du droit dérivé implique

---

<sup>203</sup> Point 66 du rapport : « Examiner la compatibilité de la disposition signifie statuer sur la validité d'une disposition juridique figurant dans des actes des institutions, organes, organismes ou agences de l'Union européenne, ou bien sur l'interprétation d'une disposition du TUE, du TFUE ou de toute autre disposition ayant la même valeur juridique conformément à ces instruments. » (Soulignement ajouté)

<sup>204</sup> Voir points 242 et s. de l'avis 2/13.

<sup>205</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 250.

<sup>206</sup> J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 730 ; N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *op. cit.*, p. 826.

<sup>207</sup> B. De WITTE et S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 699; T. LOCK, *op. cit.*, pp. 252-253.

<sup>208</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour. », *op. cit.*, p. 23.

<sup>209</sup> J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ? ...* », *op. cit.*, p. 37.

<sup>210</sup> J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ?..* », *ibidem*, p. 37.

<sup>211</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 251.

<sup>212</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 24; B. De WITTE et S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 700; J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ?..* », *op. cit.*, p. 38.

nécessairement une interprétation de celui-ci. Les rédacteurs du rapport voulaient sans doute rappeler que la Cour de justice n'est pas compétente pour se prononcer sur la validité du droit primaire, à l'inverse de ce qu'elle peut faire pour le droit dérivé. Ils ne voulaient manifestement pas limiter le pouvoir d'interprétation de la Cour au seul droit primaire<sup>213</sup>. En toute hypothèse, il n'est pas possible d'apprécier la conformité d'un acte sans l'interpréter<sup>214</sup>.

## I.- LA PESC

### 1) *La position de la Cour de justice*

En vertu des dispositions combinées de l'article 24, paragraphe 1, TUE, de l'article 40 TUE et de l'article 275 TFUE, la Cour de justice n'est pas compétente en matière de PESC, à l'exception de la délimitation du champ d'application de celle-ci et des mesures restrictives individuelles<sup>215</sup>. Par conséquent, la Cour de justice reconnaît que certains actes adoptés dans le cadre de la PESC échappent à son contrôle<sup>216</sup>. Or, la Cour de justice constate que le projet d'accord n'exclut pas la compétence de la Cour EDH en cette matière<sup>217</sup>.

Par conséquent, la Cour de justice affirme que qu'un contrôle des actes de l'Union « *ne saurait être attribuée exclusivement à une juridiction internationale qui se situe en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union* »<sup>218</sup>.

### 2) *Critiques*

Une partie de la doctrine<sup>219</sup> considère que l'adhésion de l'UE à la CEDH serait l'occasion de combler une lacune en termes de contrôle juridictionnel effectif<sup>220</sup>, bien qu'externe, des actes

---

<sup>213</sup> B. De WITTE et S. IMANOVIC *op. cit.*, p. 700; J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 38.

<sup>214</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 38.

<sup>215</sup> S'il est vrai que la plupart des mesures de la PESC qui sont susceptibles de soulever des préoccupations au regard des droits de l'homme peuvent sans doute être qualifiées de mesures restrictives (par exemple, des sanctions contre des particuliers), il peut y avoir des situations où la compétence des deux Cours est asymétrique. T. LOCK, *op. cit.*, pp. 264-265.

<sup>216</sup> Voir point 252 de l'avis 2/13.

<sup>217</sup> Voir point 254 de l'avis 2/13. Si la PESC n'a effectivement pas été exclue de la compétence de la Cour EDH dans le projet d'accord, c'est parce que, ainsi que l'explique la Commission, les États membres sont seuls responsables des actes qu'ils mettent en œuvre dans le cadre de la PESC, et non pas l'UE. Cet argument s'appuie sur la jurisprudence bien établie de la Cour EDH, qui retient la responsabilité d'une Partie contractante lorsque celle-ci met en œuvre des actes découlant d'une organisation internationale. J. RIDEAU, « L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC : Les sages se rebiffent », *R.A.E.-L.E.A.*, 2015, n°1, p. 35 et note subpaginale 35.

<sup>218</sup> Voir point 257 de l'avis 2/13. J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 33.

de l'UE en matière de PESC au regard des droits fondamentaux. En ne refusant pas à la CEDH la compétence de vérifier la conformité, à la CEDH, des actes adoptés en matière de PESC, le projet d'accord apportait une nouveauté dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. En effet, jusqu'alors les actes de la PESC n'étaient soumis qu'à un contrôle juridictionnel limité. Cet aspect du projet d'accord était dès lors perçu comme un réel progrès.

Selon certains auteurs, c'est surtout le fait de confier à la Cour EDH le contrôle externe quasi exclusif des actes adoptés dans le domaine de la PESC qui semble avoir froissé la Cour<sup>221</sup>. Or, si la Cour se voit refuser pratiquement toute compétence dans le domaine de la PESC, ce n'est pas en raison du projet d'accord, mais plutôt en vertu du droit primaire, tel qu'il ressort du traité de Lisbonne. Même si on peut le regretter, c'est en effet le choix du législateur de l'Union que d'avoir confié l'essentiel du contrôle juridictionnel de la PESC aux seules juridictions nationales et de confier le contrôle suprême à la Cour EDH<sup>222</sup>. D'autre part, dès lors que la Cour de justice ne dispose que d'un contrôle juridictionnel restreint sur la PESC, on peut se demander en quoi le projet d'accord porterait atteinte « *au caractère spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'Union en matière de PESC* »<sup>223</sup>.

Il convient aussi de ne pas exagérer l'incidence réelle de ce contrôle de la Cour EDH sur la PESC. En effet, les arrêts de la Cour EDH n'ont qu'un caractère déclaratif. Ils ne sauraient annuler un acte adopté par l'UE dans le domaine de la PESC. Tout au plus, ils interdiraient à l'État membre condamné d'appliquer l'acte litigieux<sup>224</sup>.

Il est à noter que l'attitude de la Cour de justice en ce qui concerne la question de la PESC est cohérente avec la position qu'elle a adoptée s'agissant du mécanisme de l'implication préalable. En effet, selon la Cour de justice, la Cour EDH ne peut intervenir qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut avoir le dernier mot que si la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer au préalable sur le point de droit en cause.<sup>225</sup>

Certains auteurs défendent toutefois la position de la Cour de justice. D'une part, ils font observer que, s'il est vrai que les actes et les mesures adoptés dans le cadre de la PESC relèvent d'un autre régime juridique (vote à l'unanimité, incompétence en principe de la Cour de justice, etc.), il n'en reste pas moins qu'ils font partie de l'ordre juridique de l'Union. Dès lors, il est logique que la Cour de justice ne puisse accepter que cette partie du droit de l'Union soit soumise à un contrôle externe, même limité au respect des droits fondamentaux<sup>226</sup>.

---

<sup>219</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 702.

<sup>220</sup> Selon l'avocat général Kokott, les actes relatifs à la PESC font déjà l'objet d'un premier contrôle devant les juridictions nationales, qui font partie de la structure judiciaire européenne, avant d'être examinés par la CEDH. Av. gén. J. KOKOTT, pos. préc. C.J, avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2475, points 96 à 100.

<sup>221</sup> D. SZYMCAK, *op. cit.*, p. 11.

<sup>222</sup> B. PIRKER, S. REITEMEYER, *op.cit.*, p. 185.

<sup>223</sup> I. PERNICE, *op. cit.*, p. 70.

<sup>224</sup> J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ? ...* », *op.cit.*, p. 40.

<sup>225</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op.cit.*, p. 25.

<sup>226</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op.cit.*, pp. 24-25; D. HALBERSTAM, *op.cit.*, p. 158.

D'autre part, ces auteurs rappellent la fonction de consolidation de la Cour de justice en ce qui concerne la jurisprudence en matière de PESC<sup>227</sup>. En effet, en l'absence d'une harmonisation au niveau de l'Union de la jurisprudence relative à la PESC (puisque la Cour de justice n'est pas compétente, ce sont les juridictions nationales qui contrôlent les actes des États membres, avec le risque de jurisprudences divergentes), l'UE pourrait, en cas d'adhésion aux conditions fixées dans le projet d'accord, être tenue responsable des décisions des juridictions nationales sur lesquelles la Cour de justice n'aurait aucune influence<sup>228</sup>.

## J.- APPRECIATION GLOBALE DE LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE

L'avis 2/13 de la Cour de justice a provoqué un vif émoi parmi les observateurs<sup>229</sup>. De nombreuses voix ont reproché à la Cour de justice d'avoir fait une analyse trop restrictive de la question, soulignant que l'avocat-général Kokott<sup>230</sup>, dans sa prise de position, avait eu une approche plus équilibrée tout en partageant l'essentiel des préoccupations de la Cour de justice. Certains auteurs ont opposé le « Non, à moins que... » de la Cour de justice au « Oui, à condition que... » de l'avocat-général<sup>231</sup>.

La plupart des auteurs partagent un même sentiment de déception à la lecture de la position défendue par la Cour de justice dans l'avis 2/13. Ils regrettent l'occasion manquée d'améliorer le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'UE et ils reprochent notamment à la Cour de justice de s'accrocher à tout prix à la notion d'autonomie du droit de l'Union et de vouloir se réserver l'exclusivité de l'interprétation de celui-ci sans voir tout le bénéfice que les mécanismes originaux prévus par le projet d'accord peuvent apporter à la situation des États membres découlant de leur double appartenance, à la CEDH et à l'UE<sup>232</sup>. Certains ont même eu des mots assez durs pour la Cour de justice<sup>233</sup>.

Toutefois, tous ne partagent pas la même appréciation globale de l'avis 2/13. Il est possible de ranger les opinions en deux groupes. Les auteurs relevant du premier groupe ont vu dans la position de la Cour de justice l'expression d'une méfiance de celle-ci vis-à-vis des États

---

<sup>227</sup> D. HALBERSTAM, *op.cit.*, pp. 159-163.

<sup>228</sup> B. PIRKER, S. REITEMEYER, *op.cit.*, p. 186.

<sup>229</sup> S. O'LEARY, *op.cit.*, pp. 5-6.

<sup>230</sup> Av. gén. J. KOKOTT, pos. préc. C.J., avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2475.

<sup>231</sup> B. PIRKER, S. REITEMEYER, *op. cit.*, p. 169; D. HALBERSTAM, *op.cit.*, p. 126.

<sup>232</sup> Voir les cas de figure à l'origine des arrêts Matthews et Bosporus (supra).

<sup>233</sup> Comme ce fut le cas de l'ancien président de la Cour EDH : « *La fin de l'année a été marquée aussi par le prononcé, le 18 décembre 2014, de l'avis [2/13] (...) l'avis contraire de la Cour de justice de l'Union européenne est une grande déception. N'oublions pas cependant que les premières victimes de l'avis 2/13 sont les citoyens qui se voient ainsi privés du droit de soumettre les actes de l'Union européenne au même contrôle externe du respect des droits de l'homme que celui qui s'applique à tous les États membres. Plus que jamais donc, il s'agira pour notre Cour de protéger au mieux les citoyens des effets négatifs de cette situation, dans le cadre des affaires qui lui seront soumises.* ». Rapport annuel 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme, avant-propos du président D. Spielmann, page 6.

membres (notamment de leurs juridictions) et de la Cour EDH<sup>234</sup>. Cette méfiance, exagérée selon ces auteurs, se manifeste surtout à travers les différents arguments avancés par la Cour de justice qui n'ont pas de lien direct avec l'adhésion proprement dite.

Cette méfiance peut s'expliquer, en partie, par la pression que continuent à exercer certaines cours constitutionnelles nationales sur le principe de primauté défendu par la Cour de justice. Ainsi, par exemple, la cour constitutionnelle allemande, dans un arrêt du 15 décembre 2015 rendu en matière de mandat européen, a remis en cause le caractère absolu du principe de confiance mutuelle tel qu'il découle de l'arrêt Melloni<sup>235</sup>. La suspicion à l'égard de la Cour EDH peut, elle, s'expliquer par les tensions qui existent inévitablement lorsque deux juridictions internationales poursuivant des objectifs différents coexistent sur un même territoire<sup>236</sup>.

Certains auteurs de ce premier groupe font d'ailleurs observer que le concept d'autonomie, qui est un des arguments clefs de la Cour de justice et qui est abondamment cité dans l'avis<sup>237</sup>, ne figure dans aucun texte juridique du droit de l'Union<sup>238</sup>. Il a dès lors été reproché à la Cour de justice de faire passer ces principes, absents du droit primaire de l'Union, devant la protection des droits fondamentaux, qui, elle, figure en bonne place dans le droit primaire<sup>239</sup>.

Se pose dès lors la question de savoir si, en cherchant à assurer la primauté et l'effectivité du droit de l'Union, la Cour de justice ne risque pas de faire passer la protection des droits fondamentaux à l'arrière-plan. Tel ne semble pas être systématiquement le cas<sup>240</sup>. En fait, une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice en cette matière fait apparaître que celle-ci opère une mise en balance des différents intérêts en présence, en prenant en considération, d'une part, les objectifs « *d'unité et d'effectivité du droit de l'Union* »<sup>241</sup> et, d'autre part, la protection des droits fondamentaux. La Cour de justice ne voit aucun inconvénient à faire primer les droits fondamentaux pour autant que ce pouvoir lui soit exclusivement réservé<sup>242</sup>. En effet, c'est à la Cour de justice que revient le monopole d'appréciation de la validité des

---

<sup>234</sup> M. Lopez-Escudero, *op.cit.*, pp. 96-97. J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ?..* », *op. cit.*, pp. 23, 27 et s.

<sup>235</sup> Voir Budesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande), arrêt du 15 décembre 2015 (2 BvR 2735/14). C. HAGUENAU-MOIZARD ; « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe*, mars 2016, n° 3, p. 41.

<sup>236</sup> B. PIRKER, S. Reitemeyer, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>237</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, p. 36. Ce dernier a recensé 17 occurrences du concept dans l'avis 2/13, alors que la Cour de justice ne s'est référé à ce concept qu'à 10 reprises dans sa jurisprudence.

<sup>238</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *ibidem*, pp. 37 et 40.

<sup>239</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *ibidem*, p. 32.

<sup>240</sup> Ainsi, dans certains arrêts, la Cour de justice a fait primer les droits fondamentaux sur le principe d'effectivité : C.J., arrêt *Dieter Krombach c. André Bamburski*, 28 mars 2008, C-7/98, EU:C:2000:164; C.J., arrêt *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, 6 septembre 2012, C-619/10, EU:C:2012:531 et C.J., arrêt *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai et Viktória Csipai*, 21 février 2013, C-472/11, EU:C:2013:88. C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 409. Dans d'autres arrêts, elle a fait pencher la balance vers le principe d'effectivité : Cour de justice, 8 avril 2014, C-293/12 et C-594, EU:C:2014:238. *ibidem* ; Cour de justice, 14 septembre 2004, Omega, C-36/02, EU:C:2004:614. *ibidem* p. 413 ;

<sup>241</sup> C.J., arrêt *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, 22 décembre 2010, C-208/09, EU:C:2011:614; C.J., arrêt *N.S.*, *op.cit.*; C.J., arrêt *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, 6 septembre 2012, C-619/10, EU:C:2012:531. C. RIZCALLAH, *ibidem*, p. 411.

<sup>242</sup> C. RIZCALLAH, *ibidem*, p. 411.

normes de droit dérivé. C'est pour cette raison que la Cour a soulevé, sans que rien ne l'ait annoncé, cet argument dans l'avis 2/13<sup>243</sup>. La Cour souhaite être la seule à avoir le pouvoir d'apprécier la mise en balance des droits fondamentaux et des principes fondamentaux de l'UE. Or, la Cour craint, que l'adhésion de l'UE à la CEDH ne confère, en partie, cette compétence à la Cour EDH.

Il a également été fait observer que ce n'est pas la première fois que la Cour de justice a été amenée à examiner un projet de traité international qui prévoit une compétence juridictionnelle concurrente à la sienne. Ainsi, dans l'avis 1/91, elle a examiné le projet de création d'une juridiction pour l'Espace Économique Européen (EEE). Par la suite, elle s'est également penchée sur la question de la création d'une juridiction compétente en matière de brevet européen, dans son avis 1/09. À chaque fois, elle a rendu un avis négatif<sup>244</sup>. Il semblerait donc que l'avis 2/13 soit plutôt l'expression d'une opposition plus fondamentale de la Cour de justice à tout partage de compétence avec une autre juridiction.

De manière plus fondamentale, certains de ces auteurs, reconnaissant la pertinence de certains des arguments soulevés par la Cour de justice, estiment que ceux-ci ne suffisent pas pour s'opposer à tout contrôle externe<sup>245</sup>. En effet, selon eux, une adhésion à la CEDH, que ce soit de l'UE ou d'un État, implique nécessairement une limitation de l'autonomie de la nouvelle Partie contractante, dans l'intérêt de la protection des droits fondamentaux, qui reste après tout l'objectif premier d'une adhésion à la CEDH<sup>246</sup>. D'ailleurs, les cours constitutionnelles des États membres ont bien accepté ce contrôle externe. Alors pourquoi pas la Cour de justice<sup>247</sup>? Sans compter que ce contrôle externe de la Cour EDH n'intervient qu'à titre subsidiaire, après épuisement des voies de recours internes et il ne porte que sur un niveau de protection minimum<sup>248</sup>. De plus, en pratique, la Cour de justice aura souvent l'occasion d'examiner elle-même l'affaire avant toute intervention de la Cour EDH, notamment grâce au mécanisme de l'implication préalable.

Les auteurs du deuxième groupe considèrent, en revanche, que la demande de précision formulée par la Cour de justice en ce qui concerne le projet d'accord « *ne devrait pas être interprétée comme une marque de méfiance* »<sup>249</sup>. Selon eux, toute juridiction voit ses compétences limitées par son ordre juridique. De la même manière, il est normal que la Cour EDH voit ses compétences en matière de contrôle des actes de l'Union limitée par le projet

---

<sup>243</sup> C. RIZCALLAH, *ibidem*, p. 412

<sup>244</sup> C.J., avis 1/91, du 14 décembre 1991, EU:C:1991:490. Dans cet avis, la Cour de justice a considéré que la création d'une Cour de l'EEE est incompatible avec le droit de l'Union en ce que les décisions rendue par cette Cour seraient contraignantes pour les États membres alors que ladite Cour ne serait pas tenue de respecter la jurisprudence de la Cour de justice postérieure à sa création. Par conséquent, selon la Cour de justice, cela serait susceptible d'aboutir à des différences d'interprétation.

<sup>245</sup> I. PERNICE, *op. cit.*, p. 47; S. DOUGLAS-SCOTT, *ibidem*, p. 37.

<sup>246</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *ibidem*, p. 37; D. HALBERSTAM, *op.cit.*, p. 113; T. BARKHUYSEN, A. BOS, *op. cit.*, p. 809.

<sup>247</sup> M. Lopez-Escudero, *op.cit.*, p. 94; T. BARKHUYSEN, A. BOS, *op. cit.*, p. 809.

<sup>248</sup> M. Lopez-Escudero, *ibidem*, p. 97.

<sup>249</sup> J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 723 ; M. Lopez-Escudero, *ibidem*, p. 94; S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, p. 37; D. HALBERSTAM, *op.cit.*, pp. 130-131.

d'accord. Et il n'est que normal que la Cour de justice s'assure que le projet d'accord préserve de manière suffisante l'autonomie du droit de l'Union<sup>250</sup>.

## IV.- COMMENT SORTIR DE L'IMPASSE ?

Le dernier chapitre de ce travail exposera, dans un premier temps, les conséquences juridiques et pratiques de l'avis 2/13, pour ensuite examiner les différentes solutions envisageables pour tenir compte utilement de l'avis de la Cour et réaliser, enfin, l'adhésion de l'UE à la CEDH.

### A.- LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DE L'AVIS 2/13

L'article 218, paragraphe 11, TFUE, qui donne à la Cour de justice une compétence d'avis en matière d'accord international conclu par l'UE, est très clair. L'avis de la Cour de justice est contraignant, c'est-à-dire qu'« *en cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités* ».

La demande d'avis est certes facultative, mais ne pas le demander c'est courir le risque que la Cour de justice refuse ultérieurement de reconnaître un effet à un accord conclu par l'UE au motif qu'il est contraire au droit de l'Union. Ce refus, qui a déjà été opposé par la Cour de justice par le passé<sup>251</sup>, place les États membres dans une situation délicate, puisque l'accord retoqué par la Cour de justice continuerait à lier l'UE et ses États membres sur le plan international.

Certes, l'idée a été avancée de passer outre l'avis de la Cour de justice et d'appliquer l'accord d'adhésion tel que prévu par le projet d'accord. Concrètement, l'UE et les États membres

---

<sup>250</sup> J. MALENOVSKY, *ibidem*, p. 723.

<sup>251</sup> Ce fut le cas, par exemple, dans l'arrêt Van Parys II (C.J., arrêt *LVP NV c. Belgische Staat*, 18 décembre 2014, C-306/13, EU:C:2014:2465), dans lequel la Cour de justice a refusé de reconnaître un effet direct à des dispositions du GATT de 1994 ou encore dans l'arrêt Z (C.J., arrêt *Z c. A Government Department et the Board of management of a community school*, 18 mars 2014, C-363/12, EU:C:2014:159). Ce dernier arrêt est le plus intéressant du point de vue de ce travail puisqu'il porte sur les droits fondamentaux. Dans cette affaire, l'UE était partie à la Convention des Nations Unies relative aux droits des Handicapés (Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, qui a été approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2010/48/CE du Conseil, du 26 novembre 2009 (JO 2010, L 23, p. 35)). Or, la Cour de justice, qui n'avait pas été consultée préalablement, a refusé de reconnaître un effet direct à cette Convention au motif que cela risquait de porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union. K. CAUNES, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : Retour vers le futur de l'avis 2/13 de la Cour de justice, de l'adhésion de l'UE à la CEDH et de l'Union Européenne elle-même », *ERA Forum*, 2015, p. 465.

adopteraient une « *notwithstanding clause* »<sup>252</sup> par laquelle ils déclareraient que l'UE adhère à la CEDH « *nonobstant* » l'avis négatif de la Cour de justice. Outre le fait qu'une telle clause serait en totale contradiction avec le droit de l'Union, elle ferait courir le risque, décrit ci-dessus, d'une invalidation ultérieure de l'accord par la Cour de justice, ce qui entraînerait une insécurité juridique quant à la validité de l'accord d'adhésion.

L'article 6, paragraphe 2, TUE imposant toujours une obligation d'adhérer à la CEDH<sup>253</sup>, il ne reste « plus qu'à » réviser les traités ou à tenter une renégociation de l'accord en cherchant à convaincre les autres Parties contractantes du bien-fondé des objections de la Cour de justice. Avant d'examiner les difficultés qu'impliquent ces deux voies, il sera rapidement examiné pourquoi, au-delà de l'obligation découlant de l'article 6, paragraphe 2, TUE, le statu quo, c'est-à-dire l'absence d'adhésion à la CEDH, n'est pas dans l'intérêt de l'Union et des États membres.

Malgré les nombreuses objections soulevées par la Cour de justice à l'encontre du projet d'accord, force est de constater que celui-ci offre davantage de garanties pour l'autonomie du droit de l'Union que l'absence d'adhésion<sup>254</sup>. Premièrement, la portée de la jurisprudence *Bosphorus*, et de la présomption d'équivalence, est limitée. Ce n'est qu'en l'absence de toute marge d'appréciation dans l'application du droit de l'Union qu'un État membre bénéficie de cette présomption. Ainsi, dans l'arrêt *Michaud*<sup>255</sup>, la Cour EDH a écarté l'application de la jurisprudence *Bosphorus* au motif que l'État membre bénéficiait d'une marge d'appréciation puisqu'il devait mettre en œuvre une directive. Par conséquent, il existe des cas, pas si rares, où la Cour CEDH examinera la conventionalité des actes de l'Union sans tenir compte des spécificités de celle-ci, contrairement à ce que souhaite la Cour de justice dans son avis 2/13<sup>256</sup>.

Deuxièmement, dans le cadre de l'application des critères tirés de la jurisprudence *Bosphorus*, la Cour EDH sera nécessairement amenée à se prononcer sur la répartition des compétences au sein de l'Union pour pouvoir déterminer si l'acte litigieux est le résultat de l'application « stricte » (sans marge de manœuvre) du droit de l'Union, auquel cas elle renoncera à contrôler la conventionalité de cet acte. Ici aussi, une adhésion, et notamment le mécanisme de coresponsabilité, aurait évité une telle atteinte à l'autonomie de l'UE<sup>257</sup>.

Troisièmement, en l'absence d'adhésion, le mécanisme de l'implication préalable ne s'appliquera pas. Par conséquent, la Cour EDH pourra être amenée à statuer au fond sur la base d'une interprétation du droit de l'Union présentée par le gouvernement de l'État membre visé par la requête, interprétation qui pourrait s'avérer erronée. Or, la Cour EDH n'a pas le

---

<sup>252</sup> Clause rédigée en ces termes: « *The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, notwithstanding Article 6(2) Treaty on European Union, Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union and Opinion 2/13 of the Court of Justice of 18 December 2014.* ». L. BESSELINK, « *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13* », décembre 2014, accessible à l'adresse <http://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2>; B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 703; J. MALENOVSKY, *op. cit.*, p. 708.

<sup>253</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *ibidem*, p. 703.

<sup>254</sup> J.-P. JACQUÉ, « *L'avis 2/13 de la Cour...* », *op.cit.*, pp. 26-32.

<sup>255</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012.

<sup>256</sup> J.-P. JACQUÉ, « *L'avis 2/13 de la Cour...* », *op.cit.*, p. 27.

<sup>257</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 27.

pouvoir d'interpréter elle-même le droit de l'Union et doit donc prendre l'interprétation nationale du droit de l'Union comme un fait établi. Elle pourrait se référer à la jurisprudence afférente de la Cour de justice, mais en retenant sa propre interprétation de cette jurisprudence. Certes, l'arrêt rendu par la Cour EDH ne serait pas opposable à l'UE, mais il lierait les États membres, qui seraient confrontés aux difficultés du type de celles rencontrées pour l'exécution de l'arrêt Matthews<sup>258</sup>, l'État membre en question étant dans l'impossibilité de donner effet à l'arrêt de condamnation en raison des contraintes de l'ordre juridique de l'Union. On le voit, l'absence d'adhésion ne garantit donc pas le respect des spécificités de l'Union<sup>259</sup>.

## B.- COMMENT REpondre AUX OBJECTIONS DE LA COUR ?

Après avoir critiqué, ou justifié selon les cas, la position de la Cour de justice, la plupart des auteurs ont envisagé les différents moyens qui permettraient de rencontrer les objections de celle-ci et rendre possible une adhésion de l'UE à la CEDH. Nous exposerons rapidement deux solutions qui ne paraissent pas réellement envisageables (une modification des traités et des réserves à la CEDH), pour analyser plus en détails ensuite les possibilités offertes par une modification du projet d'accord ou par des déclarations annexées à l'accord d'adhésion.

### 1) *La révision des traités et les réserves à la CEDH*

Formellement, il serait possible, pour se conformer à l'avis négatif de la Cour de justice, de procéder à une révision des traités. Premièrement, il a été proposé d'abroger le protocole n° 8<sup>260</sup>. Toutefois, cette possibilité a été rapidement abandonnée puisque le protocole n° 8 ne fait que reprendre des principes qui figurent déjà dans les traités.

Deuxièmement, une révision des traités a également été proposée notamment pour résoudre le problème de la PESC. Cependant, d'un point de vue politique, compte tenu notamment de la défiance manifestée actuellement par de nombreux États membres à l'égard de la construction européenne, il est peu probable que l'on trouve un consensus portant sur une extension de la compétence de la Cour de justice à l'ensemble de la PESC<sup>261</sup>. Par conséquent, il a été suggéré de limiter l'extension de la compétence de la Cour de justice au seul contrôle de la conformité des actes adoptés dans le cadre de la PESC au regard du respect des droits fondamentaux<sup>262</sup>. Cela pourrait se faire par un ajout à l'article 275, deuxième alinéa, TFUE, qui pourrait être opéré lors du processus de ratification de l'accord d'adhésion. Un tel ajout serait susceptible

---

<sup>258</sup> Voir supra la situation du Royaume Uni après l'arrêt Matthews à note subpaginale 75.

<sup>259</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op.cit.*, p. 29.

<sup>260</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 33; T. LOCK, *op. cit.*, p. 243.

<sup>261</sup> B. De WITTE, S. IMANOVIC, *op. cit.*, p. 703.

<sup>262</sup> Voir les conditions énoncées à l'article 57 CEDH. J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op.cit.*, p. 9.

de rencontrer les objections de la Cour de justice et devrait vraisemblablement être accepté par les États membres eu égard à sa portée limitée<sup>263</sup>.

Une autre solution consisterait à exclure la PESC du champ d'application de la CEDH. Toutefois, cette solution se heurterait également à plusieurs objections qui la rendraient en pratique inapplicable. Premièrement, il est peu probable que les Parties contractantes non membres de l'UE acceptent une telle dérogation aux règles de la CEDH. Deuxièmement, une réserve doit remplir certaines conditions pour être acceptée par la Cour EDH<sup>264</sup>. Une de ces conditions prévoit qu'une réserve ne peut pas être générale. Or, exclure toute la PESC semble bien être une réserve générale. De plus, la législation mentionnée dans la réserve ne peut être modifiée. Or, compte tenu du caractère évolutif du droit de l'Union, une telle réserve deviendrait très certainement inapplicable après un certain temps. Ainsi, la Cour EDH invaliderait très certainement une telle réserve.

## 2) *Une troisième négociation*

Bien qu'une troisième négociation soit la solution la plus plausible, elle reste néanmoins difficile, voire impossible<sup>265</sup>. En effet, plusieurs obstacles d'ordre politique s'opposent à une telle solution : climat politique tendu avec la Russie, priorité donnée à la question du Brexit, la nécessité d'une adhésion semble moins évidente après l'adoption de la Charte<sup>266</sup>, sans compter que le projet d'accord était déjà un compromis avantageux pour l'UE puisqu'il prévoyait un régime particulier pour celle-ci<sup>267</sup>. Les différentes modifications proposées par la doctrine pour répondre aux objections de la Cour de justice sont exposées ci-après.

### a) **L'article 53 CEDH**

Afin de rencontrer les objections de la Cour de justice à l'encontre de l'article 53 CEDH, il faudrait trouver un moyen de coordonner l'article 53 CEDH et l'article 53 de la Charte tel qu'interprété par l'arrêt Melloni<sup>268</sup>. Pour rappel, dans son avis 2/13, la Cour de justice craint que le projet d'adhésion n'empêche pas la Cour EDH de condamner l'UE pour avoir limité, dans le but d'asseoir le principe de primauté, la possibilité pour les États membres de prévoir des normes plus protectrices. Il a été suggéré que les États membres annexent au nouveau

---

<sup>263</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 9.

<sup>264</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 38; T. LOCK, *op. cit.*, p. 245. Pour émettre une réserve à la CEDH, il y a 4 conditions à remplir: la réserve doit être émise au moment de l'adhésion, une réserve ne peut pas être générale; une réserve doit faire référence à une disposition déjà en vigueur au moment de la ratification; et enfin, la réserve doit mentionner la disposition qui fait l'objet de la réserve et une brève description de son contenu. M. LOPEZ-ESCUADERO, *op.cit.*, p. 106.

<sup>265</sup> C. VAN DE HEYNING, *op.cit.*, p. 55.

<sup>266</sup> L. SCHEEK, *op. cit.*, p. 249.

<sup>267</sup> N. MOLE, *op. cit.*, p. 474; D. SZYMCZAK, *op. cit.*, p. 11.

<sup>268</sup> Arrêt Melloni, *op.cit.* J.-P. JACQUÉ, « Après l'avis de la Cour... », *op. cit.*, p. 165 ; I. PERNICE, *op. cit.*, p. 60 ; J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 36 ; T. LOCK, *op. cit.*, p. 256.

projet d'adhésion une déclaration dans laquelle ils confirmeraient leurs obligations au titre du droit de l'Union<sup>269</sup>. Une telle déclaration ne semble toutefois pas suffisante pour apaiser les craintes de la Cour de justice puisque cette déclaration ne liera pas la Cour EDH<sup>270</sup>. Une solution alternative consisterait à insérer une clause dans le projet d'adhésion qui disposerait que l'article 53 CEDH ne peut être interprété en ce sens qu'il exigerait des États membres de l'UE de prévoir un standard de protection supérieur à celui garanti par la CEDH<sup>271</sup>.

### **b) Le principe de confiance mutuelle**

Pour réconcilier les points de vue divergents<sup>272</sup> de la Cour EDH et de la Cour de justice sur le principe de confiance mutuelle (et son corollaire, la présomption de protection équivalente), il a été suggéré<sup>273</sup> de joindre au projet d'accord une déclaration de l'UE et des États membres qui attirerait l'attention de la Cour EDH sur la nécessité de tenir compte de ce principe fondamental pour la construction européenne<sup>274</sup>. Il serait aussi possible d'ajouter dans le nouveau projet d'accord un article qui prévoirait que les États membres peuvent présumer que les autres États membres de l'UE respectent les droits fondamentaux lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union<sup>275</sup>. Cependant, cela risque à nouveau de ne pas satisfaire la Cour de justice. En effet, une telle clause n'empêchera pas la Cour EDH d'apprécier si la confiance mutuelle s'applique dans le cas d'espèce<sup>276</sup>. Il a donc été suggéré de prévoir une clause qui interdirait à la Cour EDH de tenir un État membre responsable pour ne pas avoir contrôlé le respect des droits fondamentaux par un autre État membre<sup>277</sup>. Toutefois, cette solution ne semble pas aller dans le sens de la protection des droits fondamentaux.

Par ailleurs, tout comme pour la solution envisagée pour la PESC, une réserve qui proposerait d'exclure du champ d'application de la CEDH les dispositions du droit de l'Union mettant en œuvre le principe de confiance mutuelle dans le cadre de l'ELSJ sera très certainement rejetée pour les mêmes raisons<sup>278</sup>.

### **c) L'article 344 TFUE et le protocole n°16**

Pour ce qui est du rapport entre le protocole n° 16 et l'article 344 TFUE, il y a lieu de rappeler que les États membres violeraient le droit de l'Union s'ils recouraient au protocole n° 16 pour

---

<sup>269</sup> J.-P. JACQUÉ, « Après l'avis de la Cour... », *ibidem*, p. 165 ; I. PERNICE, *ibidem*, p. 60 ; J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *ibidem*, p. 36 ; T. LOCK, *ibidem*, p. 258.

<sup>270</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 257.

<sup>271</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 257.

<sup>272</sup> D. SZYMCAK, *op. cit.*, p. 13.

<sup>273</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 38.

<sup>274</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 38.

<sup>275</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 38.

<sup>276</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 261.

<sup>277</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 261.

<sup>278</sup> M. LOPEZ-ESCUDERO, *op. cit.*, p. 106.

contourner la juridiction de la Cour de justice. Une solution, quoiqu'inutile puisqu'il n'y a pas vraiment d'atteinte à l'ordre juridique de l'Union<sup>279</sup>, pourrait consister soit en une déclaration conjointe des États membres et des Parties contractantes par laquelle il serait renoncé à l'application du protocole n° 16 pour toutes les questions relatives au droit de l'Union<sup>280</sup>, soit de prévoir comme condition d'application du protocole n° 16 la saisine préalable de la Cour de justice d'une question préjudicielle<sup>281</sup>.

Toutefois, il est illusoire de croire que l'on pourra empêcher tout risque de contournement, même si ce risque est plutôt hypothétique<sup>282</sup>. C'est la raison pour laquelle la solution qui apaiserait très certainement la Cour de justice serait de prévoir dans le projet d'accord une exclusion de la procédure d'avis pour toutes les affaires qui ont trait au droit de l'Union. Cette exclusion serait concrètement réalisée par une notification à l'UE des demandes d'avis consultatifs des États membres, ce qui permettrait à l'UE d'avertir la Cour EDH de l'existence d'un lien avec le droit de l'Union, laquelle surseoirait à statuer<sup>283</sup>. Une autre solution, plus radicale, serait que les États membres s'engagent à ne pas signer ou à ne pas ratifier ce protocole<sup>284</sup>.

De plus, comme l'a expliqué l'avocat général Kokott, le problème identifié par la Cour de justice dans le protocole n° 16 peut être facilement résolu par l'application de l'article 267, paragraphe 3, TFUE, qui prévoit une obligation pour les juridictions nationales statuant en dernière instance de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Par ailleurs, l'article 267 TFUE prévaut sur le protocole n° 16 puisque ce dernier est un acte juridique international faisant partie de l'ordre juridique national des États signataires, ordre juridique sur lequel le droit de l'Union prime<sup>285</sup>.

Une solution similaire pourrait être trouvée pour les objections de la Cour de justice relatives à l'article 344 TFUE laquelle, pour rappel, exigeait d'être seule compétente pour les litiges entre États membres qui porteraient sur la CEDH dès lors que celle-ci ferait partie intégrante du droit de l'Union suite à l'adhésion de l'UE. La solution interne déjà prévue par le droit de l'Union, à savoir la menace d'un recours en manquement, ne semblant pas satisfaire la Cour de justice, il conviendrait donc que le nouveau projet d'accord exclue expressément la compétence de la Cour EDH dans un tel cas de figure<sup>286</sup>. D'un point de vue pratique, cette exclusion pourrait être garantie par un système de notification à l'UE de tous les recours interétatiques introduits devant la Cour EDH.

Toutefois, cette exclusion pourrait s'avérer difficile à paramétrer<sup>287</sup>. En effet, si l'on exclut de la compétence de la Cour EDH les seuls litiges entre États membres portant sur la CEDH, la Cour EDH, dans le cadre d'un examen de la recevabilité d'un recours opposant deux États

---

<sup>279</sup> I. PERNICE, *op. cit.*, p. 62.

<sup>280</sup> J.-P. JACQUÉ, « Après l'avis de la Cour ... », *op. cit.*, pp. 160-162; I. PERNICE, *ibidem*, p. 62; S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, p. 33 ; J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op.cit.*, p. 35.

<sup>281</sup> D. SZYMCZAK, *op.cit.*, p. 13 ; J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 35.

<sup>282</sup> I. PERNICE, *op. cit.*, p. 62.

<sup>283</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 35.

<sup>284</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 254.

<sup>285</sup> Av. gén. J. KOKOTT, pos. préc. C.J, avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2475, point 141.

<sup>286</sup> HALBERSTAM, *ibidem*, p. 122; T. LOCK, *op. cit.*, p. 255.

<sup>287</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 255.

membres, serait amenée à vérifier si le litige porte sur la CEDH en tant que partie intégrante du droit de l'Union, ce qui serait contraire à l'autonomie de ce dernier. La solution consisterait alors à exclure de la compétence tous les litiges opposant des États membres, mais cela reviendrait à exclure aussi des litiges qui n'ont pas de rapport avec le droit de l'Union.

C'est la raison pour laquelle il a été suggéré d'introduire un « *mécanisme d'autorisation* »<sup>288</sup> par lequel la Cour de justice, de façon comparable au mécanisme de l'implication préalable, estimera si la question soulevée devant elle présente un aspect de droit de l'Union<sup>289</sup>.

#### **d) Le mécanisme du codéfendeur**

La Cour de justice a critiqué, dans l'avis 2/13, le fait que le mécanisme du codéfendeur tel que prévu dans le projet d'accord laissait un pouvoir discrétionnaire à la Cour EDH d'accepter ou de refuser les demandes d'intervention en qualité de partie codéfenderesse. Dans le nouveau projet d'accord, ce pouvoir discrétionnaire devrait être supprimé<sup>290</sup>. Il suffirait de modifier le protocole d'accord de telle manière qu'un État membre ou l'UE devienne automatiquement codéfendeur par le simple fait d'en faire la demande à la Cour EDH<sup>291</sup>. Après tout, si un État membre ou l'UE demande à être partie à la cause, c'est qu'il/elle a sans doute un intérêt<sup>292</sup>. A priori, cette modification ne devrait pas être difficile à négocier.

Une solution relative au problème de la répartition des responsabilités consisterait à ce que le défendeur et le codéfendeur informent la Cour EDH que la responsabilité de la violation ne devrait être imputée qu'à une seule des deux parties<sup>293</sup>. Ainsi, la Cour EDH ne se prononcera que sur l'imputabilité et non sur la répartition de responsabilité. Toutefois, cette solution n'est possible que moyennant accord de la partie requérante. En effet, il n'est pas possible de se décharger de ses responsabilités devant la Cour EDH sans le consentement de la victime<sup>294</sup>.

Les objections dans l'avis 2/13 relatives aux réserves émises par des États membres visent une situation assez rare puisque le seul cas de figure envisageable est celui où l'UE est partie défenderesse et qu'un État membre devient volontairement partie codéfenderesse alors qu'il a émis une réserve<sup>295</sup>. En effet, si c'est l'État membre qui est défendeur, la requête sera irrecevable. Si le projet d'adhésion est muet à ce sujet, c'est sans doute parce qu'il n'y a pas d'autre mécanisme à prévoir que celui qui est prévu dans la CEDH<sup>296</sup>, c'est-à-dire que la Cour

---

<sup>288</sup> « *Pre-clearing mechanism* ». T. LOCK, *ibidem*, p. 256

<sup>289</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 256

<sup>290</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 34.

<sup>291</sup> J.-P. JACQUÉ, « Après l'avis de la Cour... », *op. cit.*, p. 164 ; N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *op.cit.*, p. 825.

<sup>292</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 34.

<sup>293</sup> D. HALBERSTAM, *op.cit.*, p. 137.

<sup>294</sup> T. LOCK, *op. cit.*, pp. 245-246.

<sup>295</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 246.

<sup>296</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 246.

EDH déclare la requête irrecevable<sup>297</sup>. La seule démarche « positive » envisageable serait de prévoir explicitement dans le nouveau projet d'adhésion qu'un État membre qui a émis une réserve ne peut être condamné, que ce soit en tant que défendeur ou codéfendeur, dans les limites de cette réserve<sup>298</sup>.

### e) Le mécanisme de l'implication préalable

Les deux objections relatives aux mécanismes de l'implication préalable soulevées dans l'avis 2/13 se résolvent sans difficulté. La première, qui critiquait le projet d'adhésion pour l'absence d'un système d'information complète et systématique de l'Union<sup>299</sup>, peut être facilement résolue en prévoyant tout simplement une procédure de communication automatique des requêtes<sup>300</sup>. Mais cette solution s'avérerait inutilement lourde, compte tenu du nombre d'affaires devant la Cour EDH impliquant des États membres mais n'ayant aucun lien avec le droit de l'Union. Une meilleure solution consisterait à obliger les États membres à s'assurer que toutes les affaires susceptibles de relever du mécanisme de l'implication préalable soient portées à la connaissance de l'UE. Une telle obligation découle d'ailleurs du principe de coopération loyale prévu à l'article 4, paragraphe 3, TUE<sup>301</sup>.

La deuxième objection visait la restriction de la compétence d'interprétation de la Cour de justice au seul droit primaire de l'Union. Le projet d'adhésion peut être facilement amendé de manière à ce qu'il reconnaisse la compétence de la Cour de justice d'interpréter, et non pas seulement d'invalider, le droit dérivé de l'Union<sup>302</sup>.

### f) La PESC

Il a été fait observer ci-dessus que la solution la plus évidente, quoique non envisageable à l'heure actuelle, au problème soulevé par la PESC serait une révision des traités qui étendrait la compétence de la Cour de justice en cette matière. Toutefois, d'autres solutions proposées envisagent une éventuelle modification du projet d'accord.

Ici aussi, il sera sans doute difficile de convaincre les autres Parties contractantes de négocier un nouveau projet d'accord qui exclurait du champ d'application de la CEDH les actes de l'UE en matière de PESC<sup>303</sup>. De plus, une telle solution serait contraire à l'article 6 du TUE

---

<sup>297</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 34.

<sup>298</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 246.

<sup>299</sup> Voir point 241 de l'avis 2/13.

<sup>300</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 34; Av. gén. J. KOKOTT, pos. préc. *op. cit.*, points 222-228. T. LOCK, *op. cit.*, p. 253. Ce dernier propose que l'UE soit informée de toutes les affaires pendante devant la Cour EDH pour déterminer s'il y a lieu de faire jouer le mécanisme du codéfendeur et donc de l'implication préalable. Ainsi, c'est l'UE qui déterminera elle-même si un lien avec le droit de l'Union existe et donc s'il y a lieu de se joindre à la cause.

<sup>301</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 253.

<sup>302</sup> J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 34.

<sup>303</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 39 ; T. LOCK, *op. cit.*, p. 255.

qui prévoit l'adhésion à « *l'ensemble des politiques de l'Union* »<sup>304</sup>. Sans compter qu'une telle solution serait peu respectueuse de la protection des droits fondamentaux<sup>305</sup>.

Une autre solution qui pourrait être envisagée est de prévoir un mécanisme similaire à la procédure de l'implication préalable dans lequel la Cour EDH devra demander d'abord à la Cour de justice si l'affaire qui est introduite devant elle porte sur une question pour laquelle la Cour de justice est compétente<sup>306</sup>. Toutefois, vu le nombre d'affaires que la Cour EDH doit traiter par an, cette suggestion semble difficilement applicable en pratique<sup>307</sup>.

Il a également été suggéré que la Cour de justice pourrait, dans le cadre d'une affaire portant sur une mesure dans le domaine de la PESC, adopter une interprétation extensive de ses compétences en la matière (ou, selon les points de vue, une interprétation restrictive des limitations posées à sa compétence générale)<sup>308</sup>. L'affaire Rosneft lui a donné une occasion de le faire<sup>309</sup>. Dans son arrêt<sup>310</sup>, la Cour de justice reconnaît que, formellement, l'article 275, second alinéa, TFUE limite sa compétence en matière de mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales aux seuls recours en annulation. Elle s'est cependant déclarée compétente pour répondre à une question préjudicielle portant sur la validité de telles mesures restrictives. Elle a justifié sa position en invoquant le principe de l'État de droit et le principe de protection juridictionnelle effective<sup>311</sup>. Or, selon la Cour de justice, ces principes seraient méconnus, si les particuliers ne pouvaient saisir que les seules juridictions nationales, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité de telles mesures<sup>312</sup>. À la lecture de cet arrêt, il semble bien que la Cour de justice ait l'intention d'élargir au maximum les possibilités de contrôle des mesures de la PESC que lui reconnaissent les traités.

## C.- LE STATU QUO

Dans l'hypothèse, pas tout à fait invraisemblable, où aucune des solutions proposées ci-dessus, ou une combinaison de ces solutions, n'aboutit et que l'adhésion de l'UE à la CEDH

---

<sup>304</sup> J.-P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice ?..* », *op. cit.*, p. 42.

<sup>305</sup> T. LOCK, *op. cit.*, p. 272.

<sup>306</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 266.

<sup>307</sup> T. LOCK, *ibidem*, p. 266.

<sup>308</sup> Cette idée a également été évoquée par la Cour de justice au point 251 de l'avis 2/13. G. BUTTLER, « The ultimate Stumbling Block? The Common foreign and Security policy, and Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights », *Dublin University Law Journal*, 2016, vol. 39 (1), p. 239; J.-P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 de la Cour... », *op. cit.*, p. 39.

<sup>309</sup> Cette affaire a pour origine un recours introduit devant une juridiction britannique par une société russe visée par des mesures restrictives adoptées par l'Union européenne en vue de sanctionner la Russie pour ses actions de déstabilisation en Ukraine. La juridiction britannique a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles portant sur la validité des actes de l'Union litigieux. La portée de cette affaire est également soulignée par l'avocat général Wathelet (Av. gén. M. WATHELET, concl. préc. C.J., arrêt *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e.a.*, 28 mars 2017, C-72/15, EU:C:2016:381).

<sup>310</sup> C.J. (gde ch.), arrêt *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e.a.*, 28 mars 2017, C-72/15, EU:C:2017:236.

<sup>311</sup> Voir points 72 et 73 de l'arrêt.

<sup>312</sup> Voir point 67 de l'arrêt.

n'est pas envisageable à moyen terme, comment peut-on envisager l'évolution de la situation en matière de protection des droits fondamentaux dans l'UE ? La jurisprudence développée par les deux Cours après la publication de l'avis 2/13 nous donne-t-elle une indication quant à la manière dont ces deux systèmes juridiques à la fois complémentaires et concurrents vont coexister ?

À cet égard, il convient de rappeler que l'avis 2/13 a parfois été perçu comme l'expression de la méfiance de la Cour de justice à l'égard des juridictions nationales et de la Cour EDH. Après la déception exprimée en des termes assez sévères par l'ancien président de la Cour EDH et l'annonce de ce que cette dernière assumerait pleinement son rôle<sup>313</sup>, certains ont craint que la Cour EDH ne renforce son contrôle sur les actes des États membres<sup>314</sup>.

Il est vrai que la Cour EDH dispose de certains moyens pour étendre et approfondir son contrôle du respect de la CEDH par les États membres. Ainsi, dans la lignée de sa jurisprudence *Matthews*, elle pourrait tenir les États membres collectivement responsables d'une violation de la CEDH par un acte de droit primaire, en constatant, par exemple, des lacunes dans le système de protection juridictionnelle prévu par les traités<sup>315</sup>. Mais la présomption *Bosphorus* et l'évolution plutôt positive du droit de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux rendent cette voie peu probable. Par ailleurs, elle pourrait durcir les conditions d'application de sa jurisprudence *Bosphorus*, notamment en faisant une interprétation plus stricte du critère d'« *insuffisance manifeste* ». Toutefois, une éventuelle condamnation de l'État membre défendeur à la suite d'une telle évolution de la jurisprudence *Bosphorus* nous ramènerait au conflit de loyauté évoqué ci-dessus. Enfin, la Cour EDH pourrait encore limiter la présomption de protection équivalente dans les cas où est soulevée la question de la conformité de la mesure nationale incriminée avec le droit de l'Union. Mais nous verrons ci-après que la Cour EDH ne semble pas disposée à aller si loin dans son contrôle.

Malgré ces possibilités d'extension et d'approfondissement du contrôle de la Cour EDH, force est de constater qu'il n'y pas eu d'effondrement du système pluraliste de protection des droits fondamentaux en Europe<sup>316</sup>. En fait, les deux Cours, ont poursuivi leur logique d'« ajustements spontanés » qu'elles avaient mis en place auparavant<sup>317</sup>. Ainsi, une analyse de la jurisprudence respective des deux Cours, surtout dans deux domaines où le principe de confiance mutuelle revêt une importance fondamentale, à savoir la problématique de la réadmission des demandeurs d'asile dans le cadre du règlement de Dublin et celle de la reconnaissance et de l'exécution du mandat d'arrêt européen, semble indiquer davantage de convergence que de dissonances<sup>318</sup>.

---

<sup>313</sup> Voir supra note 245.

<sup>314</sup> C. PICHERAL, « Des réponses potentielles de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avis 2/13 », *Revue de l'Union Européenne*, Juillet-Août 2016, n°600, pp. 428 à 431; G. BUTTLER, *op. cit.*, p. 240.

<sup>315</sup> C. PICHERAL, *ibidem*, p. 428.

<sup>316</sup> J. KOKOTT, *op. cit.*, p. 178.

<sup>317</sup> C. PICHERAL, *op. cit.*, pp. 427 à 428.

<sup>318</sup> S. O'LEARY, *op.cit.*, pp. 30 et s.

Ainsi, la position défendue par la Cour EDH dans l'arrêt Tarakehl semble avoir été comprise par la Cour de justice, qui, dans l'arrêt N.S.<sup>319</sup>, a reconnu, dans certaines circonstances, le bien-fondé d'une appréciation individuelle ex nunc de la situation du demandeur d'asile<sup>320</sup>. De même, en matière de mandat d'arrêt européen, la Cour EDH s'est souvent appuyée sur la présomption du respect, par les États membres, des obligations au titre de la CEDH. La Cour de justice, quant à elle, dans les arrêts Lanigan et Aranyosi<sup>321</sup>, a reconnu que la reconnaissance mutuelle n'était pas automatique et qu'il fallait procéder à une appréciation générale du système de protection national, pour ensuite passer à une appréciation individuelle du risque concret que ferait courir une éventuelle lacune du système pour le particulier. Et récemment, la Cour EDH, dans l'arrêt Avotins<sup>322</sup>, alors que les circonstances lui auraient permis de limiter la portée de la présomption de protection équivalente puisqu'il était reproché à la mesure nationale de violer le droit de l'Union<sup>323</sup>, a reconnu l'importance du principe de reconnaissance mutuelle pour la construction de l'ELSJ<sup>324</sup> et n'a pas condamné l'État membre défendeur.

Ainsi, même si des divergences ponctuelles ne sont pas à exclure, les deux Cours semblent s'être engagées dans ce que certains appellent un « dialogue », dans lequel chacune a à cœur de tenir compte de la jurisprudence et de la position de l'autre. Toutefois, afin de rendre ce dialogue le plus utile possible pour les juridictions nationales qui, en définitive, sont celles qui diront le droit pour les particuliers, certaines suggestions pratiques<sup>325</sup> ont été avancées pour aider les juridictions nationales confrontées à la complexité sans cesse grandissante de la question de la protection des droits fondamentaux de l'Union.

Ainsi, la Cour de justice pourrait, dans certaines grandes affaires (leading cases), clarifier le champ d'application du droit de l'Union, permettant ainsi au juge national de savoir avec davantage de certitude quand s'applique la Charte en vertu de l'article 51, paragraphe 2, et quand elle ne s'applique pas. La Cour EDH devrait, quant à elle, être prudente lorsqu'elle sera saisie d'une demande d'avis en application du protocole n° 16 et rappeler éventuellement aux cours constitutionnelles nationales son rôle subsidiaire<sup>326</sup>. Ensuite, la Cour de justice devrait continuer à se référer à la CEDH (parallèlement à la Charte) et à la jurisprudence de la Cour EDH, ce qui permettrait aux juridictions nationales de réconcilier plus facilement les obligations découlant des deux instruments. Enfin, les deux Cours devraient faire un effort de clarté et indiquer quand leurs solutions convergent et quand elles divergent<sup>327</sup>.

---

<sup>319</sup> C.J. (gde ch.), *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a.*, 21 décembre 2011, C-411/10, EU:C:2011:865

<sup>320</sup> S. O'LEARY, *op.cit.*, p. 31.

<sup>321</sup> C.J. (gde ch.), arrêt *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, 16 juillet 2015, C-237/15, EU:C:2015:474; C.J. (gde ch.), arrêt *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, 5 avril 2016, C-404/15, EU:C:2016:198. J. KROMMENDIJK, « HvJ EU en EHRM... », *op.cit.*, p. 358.

<sup>322</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Avotiņš c. Lettonie*, 23 mai 2016.

<sup>323</sup> C. PICHERAL, *op. cit.*, pp. 433 à 435.

<sup>324</sup> S. O'LEARY, *op.cit.*, p. 39.

<sup>325</sup> S. O'LEARY, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>326</sup> S. O'LEARY, *ibidem*, pp. 20-21.

<sup>327</sup> S. O'LEARY, *ibidem*, p. 40.

## CONCLUSION

L'avis 2/13 a été largement critiqué. En effet, derrière les arguments soulevés par la Cour de justice, la majorité des auteurs a reconnu la volonté implicite de la Cour de justice de défendre son monopole d'interprétation du droit de l'Union, ce que laisse entendre le point 185 de l'avis.

Cependant, pour certains auteurs, il est assez logique que la Cour de justice soit réticente à être liée par la jurisprudence de la Cour EDH alors que sa jurisprudence à elle ne lierait pas cette dernière. Cette réticence pourrait s'expliquer par la crainte de la Cour de justice de perdre son statut de Cour suprême de l'ordre juridique de l'Union. En cela, sa position rappelle celle de certaines cours constitutionnelles des États membres sur la question de la primauté du droit de l'Union. En d'autres termes, tout comme ces cours constitutionnelles, la Cour de justice accepte difficilement l'idée qu'une autre juridiction ait le dernier mot en matière de protection des droits fondamentaux.

Par ailleurs, cette réticence peut également s'expliquer par le fait que la Cour de justice doit préserver sa position sur deux plans lorsqu'elle défend les principes fondateurs de l'ordre juridique de l'Union : vis-à-vis de la Cour EDH, d'une part, et vis-à-vis des cours constitutionnelles nationales, d'autre part.

Or, en voulant défendre à tout prix son monopole d'interprétation, parfois au détriment de la protection des droits fondamentaux, la Cour de justice parvient certes à préserver la primauté et l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union vis-à-vis du système de la Convention. Mais elle risque, ce faisant, que les cours constitutionnelles reviennent sur leur position conciliante sur le concept de protection équivalente, comme l'indiquent certains arrêts récents de ces cours. En définitive, le monopole d'interprétation défendu par la Cour de justice pourrait s'avérer être une arme à double tranchant.

Enfin, il faut garder à l'esprit que ce sont les juges nationaux qui sont, *in fine*, les garants de la protection des droits fondamentaux. Or, force est de constater que l'avis 2/13 ne facilite pas leur tâche. En effet, le juge national est confronté à une pluralité de jurisprudences, parfois divergentes, en matière de droits fondamentaux, sans critères clairs lui permettant de déterminer quelle jurisprudence s'applique au cas particulier dont il est saisi. Et que dire des autorités nationales chargées de l'application du droit de l'Union ? Elles sont souvent moins bien armées que les juridictions nationales pour distinguer, dans ce système pluraliste, les principes qui s'imposent à leurs actes. Or, ce sont elles, en définitive, qui sont visées par les recours des particuliers en matière de droits fondamentaux.

C'est la raison pour laquelle il serait judicieux que la Cour EDH et la Cour de justice de coordonnent leur approche de la question et clarifient le champ d'application de leur jurisprudence respective.



# BIBLIOGRAPHIE

## A.- JURISPRUDENCE

### 1) Cour de justice de l'UE

- C.J. (gde ch.), arrêt *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e.a.*, 28 mars 2017, C-72/15, EU:C:2017:236.
- Av. gén. M. Wathelet, concl. préc., C.J., arrêt *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e.a.*, 28 mars 2017, C-72/15, EU:C:2016:381.
- C.J. (gde ch.), arrêt *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, 5 avril 2016, C-404/15, EU:C:2016:198.
- C.J., arrêt *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde*, 6 octobre 2015, C-650/13, EU:C:2015:648.
- C.J. (gde ch.), arrêt *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, 16 juillet 2015, C-237/15, EU:C:2015:474.
- C.J., arrêt *Procédure pénale c. Maria Pupino*, 16 juin 2015, C-105/03, EU:C:2005:386.
- C.J., avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454.
- Av. gén. J. KOKOTT, pos. préc. C.J., avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2475.
- C.J., arrêt *LVP NV c. Belgische Staat*, 18 décembre 2014, C-306/13, EU:C:2014:2465.
- C.J., *Oberlandesgericht Nurnberg c. Spasic*, 27 mai 2014, C-129/14 P, EU:C:2014:586.
- C.J., arrêt *Francisco Hernández Vidal SA c. Prudencia Gómez Pérez e.a.*, 10 juillet 2014, C-198/13, EU:C:2014:2055.
- C.J., arrêt *Z c. A Government Department et the Board of management of a community school*, 18 mars 2014, C-363/12, EU:C:2014:159.
- C.J., arrêt *Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia*, 6 mars 2014, C-206/13, EU:C:2014:126.
- C.J., arrêt *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, 13 mai 2014, C-131/12, EU:C:2014:317.
- C.J., arrêt *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, 22 janvier 2013, C-283/11, EU:C:2013:28.
- C.J., arrêt *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement européen et Conseil de l'UE*, 3 octobre 2013, C-581/11 P, EU:C:2013:625.

C.J. (gde ch.), arrêt *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, 26 février 2013, C-399/11, EU:C:2013:107.

C.J., arrêt *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai et Viktória Csipai*, 21 février 2013, C-472/11, EU:C:2013:88.

C.J., arrêt *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10, EU:C:2013:105.

C.J., arrêt *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, 6 septembre 2012, C-619/10, EU:C:2012:531.

C.J. (gde ch.), *Hongrie c. Slovaquie*, arrêt 16 octobre 2012, C-364/10, EU:C:2012:630.

C.J. (gde ch.), *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres*, 21 décembre 2011, C-411/10, EU: C: 2011:865.

C.J., arrêt *Dereci e.a.*, 15 novembre 2011, C-256/11, EU:2011:734.

C.J., avis 1/09, 8 mars 2011, EU:C:2011:123.

C.J., arrêt *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, 22 décembre 2010, C-208/09, EU:C:2011:614.

C.J., arrêt *Dieter Krombach c. André Bamberski*, 28 mars 2008, C-7/98, EU:C:2000:164.

C.J. (gde ch.), arrêt *International transport workers Federation et Finnish Seamen's Union c. VikingLineABP et OU Viking line Eesti*, 11 décembre 2007, C-438/05, EU:C:2007:772.

C.J. (gde ch.), arrêt *Laval et Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et a.e.*, 18 décembre 2007, C-341/05, EU:C:2007:809.

C.J. (gde ch.), arrêt *SEGI e.e. c. 15 États membres*, 27 février 2007, C-355/04 P, EU:C:2007:116.

C.J., (gde. ch.), arrêt *Parlement européen c. Conseil de l'UE*, 27 juin 2006, C-540/03, EU:C:2006:429.

C.J, arrêt *Kaba c. Secretary of State Home department (Kaba II)*, 6 mars 2003, C-466/00, EU: C:2003:127.

C.J., *Joachim Steffensen*, 10 avril 2003, C-276/01, EU:C:2003:228.

C.J., arrêt *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, 12 juin 2003, C-112/00, EU:C:2003:333.

C.J., arrêt *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba*, 8 février 2000, C-17/98, EU:C:2000:69.

C.J., arrêt *Belgique c. Espagne*, arrêt 16 mai 2000, C-388/95, EU:C:2000:244.

C.J. (gde ch.), arrêt *Espagne c. Royaume-Uni*, 12 septembre 2000, C-364/10, EU:C:2016:675.

C.J., arrêt *Bosphorus Hava Yollari Turizm et Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e.a.*, 30 juillet 1996, C-84/95, EU:C:1996:312.

C.J., avis 2/94, 28 mars 1996, EU:C:1996:140.

C.J., avis 1/91, du 14 décembre 1991, EU:C:1991:490.

C.J., arrêt *Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes*, 21 septembre 1989, 46/87, EU:C:1989:337.

C. J., arrêt *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 13 juillet 1989, 5/88, EU:C:1989:321.

CJ, arrêt *France c. Royaume-Uni*, 4 octobre 1979, 141/78, EU:C:1979:225.

C.J., arrêt *J. Nold, Khlen et Baustoffgrosshandlung c. Commission*, 14 mai 1974, 4/74, EU:C:1974:51.

C.J., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- Vorratssetelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, 11/70, EU:C:1970:114.

C.J, arrêt *Erich Stauder c. ville d'Ulm*, 12 novembre 1969, 29/69, EU:C:1969:57.

C.J., arrêt *Flaminio Costa c. Enel*, 15 juillet 1964, 6/64, EU:C:1964:66.

C.J., arrêt *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen justice*, 5 février 1963, 26/62, EU:C:1963:1.

## 2) Cour européenne des droits de l'homme

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Avotiņš c. Lettonie*, 23 mai 2016.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Tarakhel c. Suisse*, 4 novembre 2014.

Cour eur; D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Bosphorus Hava Yollari turizm et ticaret anonim sirketi c. Irlande*, 30 juin 2005.

Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992.

Cour. eur.D.H., arrêt *X c. la République fédérale d'Allemagne*, 5 mars 1962.

Commission européenne des droits de l'homme, décision *M. & Co c. RFA*, 9 février 1990, req. n°13258/87.

## 3) Jurisprudences nationales

Bundesverfassungsgericht (Cour Constitutionnelle allemande), arrêt du 29 mai 1974, (2 BvL 52/71 (Solange I)).

Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande), arrêt du 22 octobre 1986 (2 BvR 197/83 (Solange II)).

Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande), arrêt du 7 juin 2000 (2 BvL 1/97).

Corte costituzionale (Cour constitutionnelle italienne), arrêt n° 183, *Frontini*, 18-27 décembre 1973.

## B.- DOCTRINE

### 1) Périodiques

- BARKHUYSEN, T., BOS A., « Negatief advies van het Hof van Justitie over de toetreding van de EU tot het EVRM : Na de euro-crisis, nu een grondrechtencrisis ? », *Nederlands Juristenblad*, April 2015, pp. 804-811.
- BENOIT-ROHMER, F., « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *RDTeur*, Juillet- septembre 2015, pp. 593-611.
- BENOIT-ROHMER, F., « À propos de l'arrêt Bosphorus air lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *Rev. trim. dr. h.* (64/2005), pp. 827-853.
- BESSELINK, L., « Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13 », décembre 2014, accessible à l'adresse <http://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2>.
- BUTTLER, G., « The ultimate Stumbling Block? The Common foreign and Security policy, and Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights », *Dublin University Law Journal*, 2016, vol. 39 (1), pp. 229-244.
- CAUNES, K., « La protection des droits fondamentaux dans l'UE : Retour vers le futur de l'avis 2/13 de la Cour de justice, de l'adhésion de l'UE à la CEDH et de l'Union Européenne elle-même », *ERA Forum*, 2015, pp. 459-466.
- COSTELLO, C., « The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights and Blurred Boundaries in Europe », *Human Rights Law Review*, 2006, vol.6, 87-130.
- De WITTE, B., IMANOVIC, S., « Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court », *European Law Review*, 2015, pp. 683-705.

- DOUGLAS-SCOTT, S., « Autonomy and fundamental rights: The ECJ's opinion 2/13 on accession of the EU to the ECHR », *Europarättslig Tidskrift*, 2016, n°1, (Ulf Bernitz, 80), pp. 29-44.
- GRAGL, P., « The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR », *European Yearbook on Human Rights*, édition Intersentia, Antwerp, 2015, pp.27-49.
- GROUSSOT, X., PECH, L., « La protection des droits fondamentaux dans l'UE après le Traité de Lisbonne », *Question d'Europe* n° 173, 14 juin 2010, Fondation Robert Shuman, pp. 1-15.
- HAGUENAU-MOIZARD, C., « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe*, mars 2016 Mars, n° 3 pp. 37-42.
- HALBERSTAM, D., « "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*, February 2015, paper N°432, 44 pages.
- JACQUÉ, J.-P., « *Pride and/or prejudice ?* Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Cahiers de Droit européen*, 2015, pp. 19-45.
- JACQUÉ, J.-P., « Après l'avis de la Cour de justice ? Que faire ? », *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, 2016, pp. 155-167.
- JACQUÉ, J.-P., « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union à la CEDH et après ? », *Étude pour la Commission AFCO*, 2016, 40 pages, disponible à l'adresse <http://www.europarl.europa.eu/studies>.
- KOKOTT, J., « L'avis 2/13 sur l'adhésion de l'UE à la CEDH : le calme après la tempête? », *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, 2016, pp. 169-178.
- KROMMENDIJK, J., « HvJ EU en EHRM : toenemende Alleingang? », *A&MR*, 2016, n°8, pp. 356-361.
- KROMMENDIJK, J., « De prejudiciële verwijzingsdans tussen het Europees Hof van Justitie en nationale rechters : it takes two to tango », *Trema*, Januari 2017, pp. 10-16.
- LAMBRECHT, S., « The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2015, pp. 185-198.

- LOCK, T., « The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is still desirable? », *European Constitutional Law Review*, 2015, vol. 11, pp. 239-273.
- LOPEZ-ESCUADERO, M., « Contrôle externe et confiance mutuelle : deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13 », *R.A.E.-L.E.A*, 2015, n°1, pp. 93-107.
- MALENOVSKY, J., « Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de l'Union Européenne sur l'adhésion à la Convention Européenne des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2015, vol.4, pp. 705-742.
- MOLE, N., « Can *Bosphorus* be maintained? », *ERA Forum*, 2015, pp. 467-480.
- O'LEARY, S., « Courts, charters, and conventions: making sense of fundamental rights in the EU », *The Irish Jurist*, 2016, pp. 4-41.
- PETIT, N., PILORGE-VRANCKEN, J., « Avis 2/13 de CJUE : l'obsession du contrôle ? », *R.A.E.-L.E.A*, 2014/4, pp. 815-829.
- PICHERAL, C., « Des réponses potentielles de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avis 2/13 », *Revue de l'Union Européenne*, Juillet-Août 2016, n°600, pp. 426-435.
- PERNICE, I., « L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme est suspendue : Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'UE du 18 décembre 2014 », *Cahier de Droit Européen*, 2015, pp. 47-72.
- PIRKER, B., REITEMEYER, S., « Between discursive and exclusive autonomy- Opinion 2/13, the protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law », *Cambridge yearbook of European legal studies*, Cambridge university Press, Cambridge, 2015, pp. 168-188.
- PLIAKOS, A., ANAGNOSTARAS G., « Fundamental Rights and the New battle over Legal and Judicial Supremacy: Lessons from Melloni », *Yearbook of European Law*, 2015, vol. 32 n°1, pp. 97-101.
- RIZCALLAH, C., « La protection des droits fondamentaux dans l'UE : l'immuable poids des origines ? », *Cahier de Droit Européen*, 2015, pp. 399-427.
- RIDEAU, J., « L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'UE à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC : Les sages se rebiffent », *R.A.E.-L.E.A*, 2015, n°1, pp. 29-43.

- ROSAS, A., « Balancing Fundamental Rights in EU Law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 2014, pp. 347-360.
- SPAVENTA, E., « A very fearful court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13 », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 22(1), pp. 35-55.
- SZYMCZAK, D., « L’avis 2/13 du 18 décembre 2014 : de l’art d’être contre-productif », *R.A.E.-L.E.A.*, 2015, n°1, pp. 11-18.
- TINIERE, R., « Le rôle de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’UE depuis l’avis 2/13 : vers un modus vivendi avec le droit de la Convention », *Revue de l’Union Européenne*, Juillet-Août 2016, n°600, pp. 400-405.
- VAN DE HEYNING, C., « Advies 2/13 van het hof van Justitie : flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van rechten van de mens », *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, Maart 2015, n°2, pp. 55-61.
- WATHELET, M., « La Cour de justice et les droits de l’Homme », *Les droits de l’homme dans les politiques de l’UE*, 2006, pp. 11-24.

## **2) Ouvrages collectifs**

- DUBOUT, E., « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’UE », dans R. TINIERE et C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l’UE. Entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015, pp. 107-159.
- LARRALDE, J-M., « Convention Européenne des droits de l’Homme et Jurisprudence Communautaire », dans LECLERC, S., AKANDJI-KOMBE, J.-F., REDOR, M.-J., *L’Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.105-135.
- SCHEEK, L., « Autonomie, primauté, droits fondamentaux : une analyse socio-historique du processus d’influence des juges européens sur le champ politique de 1964 à 2014 », in GRANDJEAN, G. et WILDEMEERSCH, J., *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l’exercice de leur fonction*, Bruylant/Larcier, Bruxelles, 2016, pp. 231-254.

### 3) *Syllabus*

- WATHELET, M., avec la collaboration de WILDEMEERCH, J., *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2014, 547 pages.

## C.- **LEGISLATIONS INTERNATIONALES**

Résolution A/66/100 de l'Assemblée générale des Nations-Unies, du 9 décembre 2011, §3.

Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, qui a été approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2010/48/CE du Conseil, du 26 novembre 2009 (JO 2010, L 23, p. 35).

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (Journal officiel, C 326, du 26 octobre 2012, p. 391).

Règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993, concernant les échanges entre la Communauté économique européenne et la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) (Journal officiel n° L 102, du 28 avril 1993 pp. 14-16).  
Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (Dublin III) (Journal Officiel n° L 50, du 25 février 2003, p. 1–10).

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

## D.- **DIVERS**

Voir tableaux de « la CEDH, en faits en chiffre », 2016, page 210 et 211. Document disponible à l'adresse : [http://www.echr.coe.int/Documents/Facts\\_Figures\\_2016\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2016_FRA.pdf).

Rapport annuel 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme, avant-propos du président D. Spielmann, page 6, disponible à l'adresse [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2014\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2014_FRA.pdf).

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

