

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES
DÉPARTEMENT THÉMATIQUE **C**
DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES



Affaires constitutionnelles

Liberté, sécurité et justice

Égalité des genres

Affaires juridiques et parlementaires

Pétitions

**L'avis 2/13 de la Cour de Justice
sur l'adhésion de l'Union
à la CEDH et après?**

ÉTUDE POUR LA COMMISSION AFÇO



DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES
DÉPARTEMENT THÉMATIQUE C: DROITS DES CITOYENS ET
AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

**L'avis 2/13 de la Cour de Justice sur
l'adhésion de l'Union à la CEDH et après?**

STUDY

Abstract

L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union à la Cour européenne des droits de l'homme met en lumière les exigences d'autonomie du droit de l'Union qui peuvent être remises en cause par l'adhésion. Cependant, l'absence d'adhésion ne garantit pas réellement cette autonomie puisque les États membres peuvent être attirés devant la Cour lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Dans ces conditions, tant l'article 6 TUE que les risques liés à la situation présente militent en faveur d'une reprise du processus de négociations. Des modifications peuvent être apportées au projet d'accord pour satisfaire aux exigences de la Cour, la situation la plus difficile étant celle qui résulte du statut juridictionnel actuel de la PESC.

ABOUT THE PUBLICATION

This research paper was requested by the European Parliament's Committee on Constitutional Affairs and commissioned, overseen and published by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs.

Policy departments provide independent expertise, both in-house and externally, to support European Parliament committees and other parliamentary bodies in shaping legislation and exercising democratic scrutiny over EU external and internal policies.

To contact the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs or to subscribe to its newsletter please write to: poldep-citizens@europarl.europa.eu

Research Administrator Responsible

Petr NOVAK

Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs

European Parliament

B-1047 Brussels

E-mail: poldep-citizens@europarl.europa.eu

AUTHOR

Jean Paul JACQUÉ

Professeur émérite à l'Université de Strasbourg

Directeur général honoraire au Conseil de l'Union européenne

LINGUISTIC VERSIONS

Original: FR

Translation: EN

Manuscript completed in September 2016

© European Union, 2016.

This document is available on the Internet at:

<http://www.europarl.europa.eu/studies>

DISCLAIMER

The opinions expressed in this document are the sole responsibility of the author and do not necessarily represent the official position of the European Parliament.

Reproduction and translation for non-commercial purposes are authorised, provided the source is acknowledged and the publisher is given prior notice and sent a copy.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES ABRÉVIATIONS	5
EXECUTIVE SUMMARY	6
1. Historique	8
2. Les grandes lignes de l'accord soumis à la Cour de justice	11
2.1. La co-responsabilité instrument de protection de la répartition des compétences	11
2.2. L'implication préalable de la Cour de justice, instrument de protection de l'interprétation uniforme du droit de l'Union	12
2.3. Les aspects institutionnels	14
3. L'avis 2/13 de la Cour de justice	15
3.1. Les spécificités de l'Union	15
3.1.1. L'article 53 de la Charte et l'article 53 de la Convention	16
3.1.2. Le principe de confiance mutuelle	17
3.1.3. Les difficultés liées au protocole 16 à la CEDH	19
3.1.4. Le respect de l'article 344 TFUE	21
3.1.5. Les insuffisances du système de coresponsabilité	22
3.1.6. Les difficultés liées à l'implication préalable	23
3.1.7. Les problèmes liés à la politique étrangère et de sécurité commune	24
4. En l'absence d'adhésion, l'autonomie de l'Union est-elle mieux protégée ?	26
4.1. L'Union devant la Cour EDH par l'intermédiaire de ses États membres	26
4.2. La Cour EDH et la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres	27
4.3. L'absence d'implication préalable conduit la Cour EDH à se prononcer sans interprétation du droit de l'Union par la Cour de justice	28
4.4. Les risques de contournement de la juridiction de la Cour de la Cour de justice en l'absence d'adhésion	29
4.5. La question des normes nationales plus protectrices	30
4.6. L'absence d'adhésion et la protection de la confiance mutuelle entre États membres	31
4.7. La délicate question de la PESC	31
4.8. Conclusion	32
5. Les solutions possibles	33
5.1. En ce qui concerne la coresponsabilité	33
5.2. Sur l'implication préalable	34
5.3. Quant au protocole 16 et au respect de l'article 344 TFUE	35

5.4. Le protocole n°16	35
5.5. L'article 344 TFUE et l'article 33 CEDH	35
5.6. Quant à la possibilité d'appliquer des normes nationales plus protectrices	36
5.7. Garantir la confiance mutuelle	36
5.8. La PESG, une question insoluble ?	39
6. Conclusion générale	40
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE	41
ANNEXE I : EXTRAITS DE L'AVIS 2/13	43
6. Conclusions générales	
Bibliographie sommaire	
Annexe I : Extraits de l'avis 2/13	

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CEDH:	Convention européenne des droits de l'homme
CEE:	Communauté économique européenne
Cour EDH:	Cour européenne des des droits de l'homme
Cour de Justice:	Cour de justice de l'Union européenne
PESC:	Politique étrangère et de Sécurité commune
TUE:	Traité sur l'Union européenne
TFUE:	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

EXECUTIVE SUMMARY

L'article 6 du traité de Lisbonne qui prévoit l'adhésion de l'Union européenne est le résultat d'un long processus qui a pris naissance dans les années 1970. L'adhésion poursuivait deux finalités, l'une politique, l'autre technique. Sur un plan politique, l'adhésion mettrait fin à un possible double standard de protection des droits fondamentaux au niveau de l'Europe. Elle montrerait que l'Union qui imposait aux États candidats d'adhérer à la CEDH acceptait pour elle-même la même discipline. Sur un plan technique, elle mettrait fin aux risques de divergences de jurisprudence entre les deux Cours qui pourraient aboutir à ce que des États membres se voient condamnés à Strasbourg alors qu'ils respecteraient les droits fondamentaux tels que définis à Luxembourg.

Le protocole n°8 TUE imposait à l'Union de respecter, dans le cadre de l'adhésion, les spécificités de l'Union. Aussi les négociateurs du projet d'accord d'adhésion ont-ils imaginés des dispositifs permettant de garantir l'autonomie de l'Union et le pouvoir de la Cour de justice de garantir celle-ci. Le mécanisme de la coresponsabilité devait éviter à la Cour EDH d'intervenir dans la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. L'implication préalable de la Cour de justice avait pour objet d'éviter que la Cour EDH ne puisse se prononcer sur une violation de la Convention par l'Union avant que cette prétendue violation n'ait pu faire l'objet d'un examen de la Cour de justice.

Dans son avis 2/13, la Cour de justice a estimé que ces mécanismes ne suffisaient pas à protéger l'autonomie du droit de l'Union. Outre les imperfections que pouvait présenter le projet d'accord, la Cour a soulevé un certain nombre d'autres questions dont elle estimait qu'il n'avait pas été tenu suffisamment compte dans les négociations et qui l'ont amené à conclure qu'en l'état actuel, le projet était incompatible avec les traités. Pour l'essentiel, la Cour a soulevé des objections quant au fonctionnement des mécanismes de coresponsabilité et d'implication préalable. Mais elle a aussi estimé que le projet d'accord ne garantissait pas suffisamment les procédures propres à l'Union (article 344 TFUE et renvoi préjudiciel) contre le jeu de la CEDH et de son protocole n°16. Elle s'inquiète également du jeu respectif des articles 53 CEDH et 53 de la Charte, qui par le biais de la possibilité laissée aux États membres d'appliquer des normes supérieures, pourrait conduire à remettre en cause la primauté du droit de l'Union. De même, elle craint que, sur la base de la jurisprudence actuelle de la Cour EDH, le principe de confiance mutuelle propre à l'Union ne puisse être garanti. Enfin, et c'est un point important, elle estime que, dans la mesure où sa compétence est limitée par rapport à la PESC, le fait de laisser la Cour EDH connaître de celle-ci conduirait à soumettre le contrôle effectif de cette politique à un organe externe à l'Union.

Ces constatations pourraient amener à renoncer à la poursuite du processus d'adhésion, mais outre le fait que l'article 6 TUE impose à l'Union l'obligation d'adhérer, un examen approfondi amène à considérer que, dans la situation actuelle, l'absence d'adhésion ne garantit guère l'autonomie de l'Union. La Cour EDH, saisie d'une requête contre un État membre, peut rendre des arrêts qui l'amèneraient à intervenir dans le système juridique interne de l'Union. Condamnés par la Cour EDH pour avoir appliqué le droit de l'Union, les États seraient contraint pour exécuter l'arrêt de choisir entre violer la Convention ou le droit de l'Union. Même si, en fait, le jugement ne serait pas opposable à l'Union à l'égard de laquelle la Cour EDH n'est pas compétente, il aurait des conséquences importantes sur le fonctionnement interne de celle-ci comme l'a montré dans le passé l'affaire *Matthews*.

Dans ces conditions, il est indispensable de poursuivre le processus d'adhésion. Un examen approfondi montre qu'il est possible de répondre à plusieurs exigences de la Cour de justice par des modifications limitées du projet d'accord. Deux questions sont plus sensibles. Le respect de la confiance mutuelle dépend d'un rapprochement de la jurisprudence des deux Cours sur la base d'un dialogue, mais le fossé semble se combler progressivement et il doit ici encore être possible de progresser sur la base d'une nouvelle disposition de l'accord. En ce qui concerne la PESC, la solution est plus difficile. Il est sans doute nécessaire d'attendre que la Cour précise les limites exactes de sa compétence en ce domaine. De plus, une révision des traités de portée très limitée sera sans doute nécessaire.

Une révision du mandat de négociation devrait être engagée pour définir une position en commençant par les questions les plus simples à résoudre. Elle pourrait s'accompagner de contacts informels au sein du Conseil de l'Europe ainsi que d'une poursuite des contacts entre les deux Cours et/ou leurs présidents comme ceci s'est produit par le passé avant l'ouverture des négociations.

L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme après l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne

1. HISTORIQUE

La question de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est presque aussi ancienne que la Communauté européenne et le débat à ce sujet a toujours été présent. Lors de l'élaboration du projet de Communauté politique européenne en 1953, l'assemblée ad hoc avait inséré dans un article 3 une disposition intégrant les droits garantis par la CEDH dans le statut de cette Communauté¹. Les rédacteurs du traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) n'ont pas repris cette disposition peut-être parce qu'ils considéraient que la protection des droits fondamentaux ne trouvait pas sa place dans un traité de nature économique.

Cela n'empêcha pas la question de se poser dès lors que la CEE développa une activité législative. Saisie de la question du respect des droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales, la Cour de justice refusa dans un premier temps de prendre ceux-ci en considération dans le cadre de la CECA au motif qu'elle pouvait seulement appliquer le droit né du traité². C'est la réaction de la Cour constitutionnelle allemande à l'absence de protection des droits fondamentaux dans la CEE qui amena pour la première fois à se poser la question de l'adhésion à la CEDH. Lors des discussions entre le gouvernement allemand et la Commission pour tenter de régler la situation résultant de l'arrêt Solange I, le président de la Commission avait envisagé l'adhésion afin d'éviter les risques de censure des actes de la Communauté par les juridictions constitutionnelles nationales. Une telle solution aurait également fait obstacle au développement de deux systèmes de protection concurrents en Europe et permettrait d'afficher clairement les valeurs européennes à l'égard des futurs candidats. Informellement consultée, la Cour estima que sa jurisprudence était suffisamment protectrice à la suite de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*³ et que l'adhésion pourrait constituer un frein à l'évolution de celle-ci. Le seul résultat de ces travaux fut la publication par la Commission le 2 mai 1979 d'un mémorandum sur l'adhésion qui ne fut pas sérieusement examiné en raison de l'opposition de certains États membres notamment la France et le Royaume-Uni.

La seule initiative notoire suivante est contenue dans le projet de traité sur l'Union européenne adopté en par le Parlement européen à l'initiative d'Altiero Spinelli dont l'article 4 sur les droits fondamentaux prévoyait une négociation sur l'adhésion⁴. Cette proposition est restée sans suite.

¹ « Article 3. Les dispositions du titre I de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ainsi que celles du protocole additionnel, signé à Paris le 20 mars 1952, sont parties intégrantes du présent Statut ».

² Arrêt du 4 février 1959, *Friedrich Stork & Cie contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1/58.

³ Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11-70.

⁴ Article 4 - Droits fondamentaux 1. L'Union protège la dignité de l'individu et reconnaît à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des principes communs des constitutions des États membres, ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. 2. L'Union s'engage à maintenir et à développer, dans les limites de ses compétences,

Le débat fut réellement ouvert en 1993 à la demande de la Belgique qui allait exercer la présidence sur la base d'un document de travail de la Commission⁵. A la lumière des débats, le Conseil décida de saisir la Cour de justice d'une demande portant moins sur l'adhésion en elle-même que sur la compétence de la Communauté pour adhérer. Dans son avis du 28 mars 1996⁶, la Cour estimait qu'en raison des conséquences institutionnelles de l'adhésion, celle-ci ne pouvait intervenir sur la base du traité CE. Une révision était donc nécessaire. Cette avis a eu pour effet d'écartier tout débat relatif à la question tant la perspective d'une révision des traités sur ce point paraissait lointaine.

Devant cette situation, la voie choisie fut celle de la rédaction d'une charte des droits fondamentaux laquelle dans son article 52, paragraphe 3, prend soin de préciser que lorsque des droits garantis par la Charte ont le même sens et la même portée que des droits garantis par la Convention, l'interprétation qui leur est donnée dans le cadre de la Convention s'impose. D'autre part, l'article 53 s'oppose à ce que le niveau de protection dans l'Union soit inférieur à celui garanti par la Convention. L'existence de la Charte n'a cependant pas ralenti le mouvement en faveur de l'adhésion et la question a été soulevée sans succès lors de chaque conférence de révision des traités, notamment à la demande de la Belgique.

C'est le fait de confier la préparation du traité instituant une constitution pour l'Europe à une convention au sein de laquelle les parlementaires européens et nationaux jouaient un rôle important qui a été le déclencheur de l'adhésion en permettant de passer outre aux réticences des parlementaires nationaux. En effet, le Parlement européen militait en ce sens depuis toujours et les représentants des parlements nationaux n'y voyaient pas d'objection. Il était donc difficile dans ce contexte aux représentants des États membres de s'y opposer d'autant plus que le futur président de la Cour, le juge Skouris s'était exprimé favorablement lors des travaux. Le résultat fut que l'article I-9, paragraphe 2, imposait à l'Union l'obligation d'adhérer à la Convention. Un protocole ajouté par la conférence intergouvernementale précisait notamment que l'adhésion devrait respecter les caractères spécifiques du droit de l'Union européenne. Le traité de Lisbonne reprenait ces dispositions respectivement à l'article 6, paragraphe 2, TUE et dans le protocole n°8.

Les négociations pouvaient s'engager sur cette base d'autant plus qu'en 2004, le protocole n°14 à la CEDH avait ouvert à l'Union européenne la possibilité de devenir partie à la Convention. Dans un document de 2010, la Cour de justice avait donné certaines orientations et une déclaration commune des présidents de la CourEDH et de la Cour de justice complétait celle celles-ci⁷.

les droits économiques, sociaux et culturels qui résultent des constitutions des Etats membres ainsi que de la Charte sociale européenne. 3. Dans un délai de cinq ans, l'Union délibère sur son adhésion aux instruments internationaux susmentionnés ainsi qu'aux Pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans le même délai, l'Union adopte sa propre déclaration des droits fondamentaux selon la procédure de révision prévue à l'article 84 du présent traité. 4. En cas de violation grave et persistante par un Etat membre des principes démocratiques ou de droits fondamentaux, des sanctions pourront être prises suivant les dispositions de l'article 44 du présent traité.

⁵ Communication de la Commission concernant l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'à certains de ses protocoles, SEC(90) 2087 final, 19 novembre 1990 – C3-022/93.

⁶ Avis 2/94 du 28 mars 1996

⁷ Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 mai 2010 ; Communication commune des présidents Costa et Skouris, 24 janvier 2011

Les négociations se sont ouvertes sur la base d'un mandat du Conseil du 4 juin 2010. Elles ont pris fin en avril 2013 par un accord entre les négociateurs. Elles avaient été suspendues à la demande l'Union parce qu'une première version du texte avait fait l'objet d'objections de la part d'État membres en raison de difficultés liées au traitement de la politique étrangère et de sécurité commune. Une fois ces problèmes résolus, le texte de l'accord d'adhésion a été soumis pour avis à la Cour de justice en application de l'article 218, paragraphe 11, TFUE par la Commission qui en avait pris l'engagement. Selon l'article 218, un avis négatif interdit la conclusion d'un accord sauf révision des traités ou du texte de l'accord.

2. LES GRANDES LIGNES DE L'ACCORD SOUMIS À LA COUR DE JUSTICE

Les négociateurs devaient respecter le cadre défini par protocole n°8. Celui-ci imposait que l'accord respecte les spécificités de l'Union et « n'affecte ni les compétences ni les attributions de ses institutions » ainsi que la situation des États membres par rapport à la CEDH. Il devait notamment que les recours devant la CourEDH soient correctement dirigés contre les États membres et/ou l'Union⁸.

Au cœur de la problématique se situait la recherche des moyens d'éviter que la CourEDH ne se prononce sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. La solution à apporter à ce problème permettrait également d'assurer une orientation correcte des recours contre les États membres et/ou l'Union. En effet, la CourEDH pouvait être confrontée à une requête introduite par un particulier amenée à statuer sur ce point dans le cas où un particulier contre un État membre à propos de laquelle l'État en question soutiendrait que la compétence appartenait en l'espèce à l'Union laquelle devrait être tenue pour responsable. La situation inverse était également envisageable. Dans ces cas, lors de l'examen de la recevabilité, la Cour de Strasbourg se trouverait contrainte de statuer sur la question de la répartition des compétences. Or cette question relève de l'ordre constitutionnel interne de l'Union. Cette situation est particulière à l'Union. La question de la répartition des compétences se pose également dans le cadre des États fédéraux, mais, dans cette hypothèse, seul l'État fédéral est responsable devant la CourEDH des violations de la Convention commise par les États fédérés. La responsabilité externe de l'État fédéral est indivisible et la CourEDH n'est pas amenée à intervenir dans la répartition interne des compétences propre à l'État fédéral. Une solution spécifique à l'Union était donc nécessaire pour préserver son ordre constitutionnel.

2.1. La co-responsabilité instrument de protection de la répartition des compétences

C'est pour cette raison que le projet d'accord établissait un système de coresponsabilité permettant à l'Union ou aux États membres de se porter défendeur à côté de celle entité attaquée en cas de doute sur la répartition des compétences. L'Union pouvait se porter codéfendeur au côté de l'État ou de l'État et/ou des États membres attaqués lors qu'il était allégué que la requête « met en cause la compatibilité d'une disposition du droit de l'Union européenne... avec les droits de la Convention en question, notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant du droit de l'Union européenne ». À l'inverse, un ou plusieurs États membres pouvaient se porter codéfendeur auprès de l'Union lorsqu'il était allégué qu'était mise en cause « la compatibilité avec les droits de la Convention en question d'une disposition du traité sur l'Union européenne, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou de toute autre disposition ayant la même valeur juridique conformément à ces instruments, notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant de ces instruments ». Dès lors, la CourEDH n'avait pas besoin d'examiner la répartition des compétences puisqu'elle trait solidairement l'Union et les États membres. Si condamnation il

⁸ Voir le projet d'accord et le rapport explicatif dans CINQUIÈME RÉUNION DE NÉGOCIATION ENTRE LE GROUPE DE NÉGOCIATION AD HOC DU CDDH ET LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'ADHÉSION DE L'UNION EUROPÉENNE À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, document du Conseil de l'Europe, 47+1(2013)008rev2 du 10 juin 2013

y a, elle pouvait être portée solidairement à charge ensuite pour l'Union et ses États membres de régler au sein de l'Union le problème de la répartition des responsabilités. L'octroi du statut de codéfendeur n'était pas automatique, mais devait faire l'objet d'une décision de la CourEDH. Mais, afin d'éviter toute examen de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, la décision de la Cour était fondée sur une appréciation *prima facie* de la demande, c'est-à-dire dans examen approfondi de son bien-fondé.

2.2. L'implication préalable de la Cour de justice, instrument de protection de l'interprétation uniforme du droit de l'Union

Une autre spécificité majeure du droit de l'Union est constituée par l'exigence de respecter et de protéger l'uniformité du droit de l'Union qui est garantie par le monopole d'interprétation du droit de l'Union attribué à la Cour de justice de l'Union. Le problème se pose également, mais dans une moindre mesure, pour les États non membres de l'Union parties à la Convention. En effet, il n'appartient pas à la CourEDH de se substituer à leurs juridictions et d'interpréter le droit national. À cet égard, la CourEDH a déclaré à plusieurs reprises qu'elle se limitait à prendre en considération le droit national tel qu'il était interprété par les autorités nationales⁹. Dans un arrêt récent, elle indique clairement « La tâche d'interpréter et d'appliquer les dispositions du règlement Bruxelles I incombe, premièrement, à la CJUE, qui se prononce dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, et, deuxièmement, aux juges nationaux en leur qualité de juges de l'Union, c'est-à-dire lorsqu'ils mettent en œuvre le règlement tel qu'interprété par la CJUE. La compétence de la Cour européenne des droits de l'homme se limite au contrôle du respect des exigences de la Convention – en l'espèce de son article 6 § 1. Par conséquent, en l'absence d'arbitraire posant en lui-même un problème sur le terrain de l'article 6 § 1, il n'appartient pas à la Cour de porter un jugement sur la question de savoir si le sénat de la Cour suprême lettonne a correctement appliqué l'article 34, point 2, du règlement Bruxelles I ou toute autre disposition du droit de l'Union européenne »¹⁰.

S'agissant de l'Union, la situation est particulière. Si la requête vise la conformité d'un acte de l'Union à la Convention qui aurait dû faire l'objet d'un recours direct en annulation, la règle de l'épuisement des voies de recours interne consacrée à l'article 35 de la Convention s'opposera à la recevabilité de celle-ci. La CourEDH se prononcera au regard de

⁹ Voir à l'origine d'une jurisprudence constante, Arrêt du 21 janvier 1999, *Garcia Ruiz c. Espagne*, p.28. il est possible cependant que la Cour substitue ses vues à celle du juge national dans des cas exceptionnels : « Where, moreover, the superior national courts have analysed in a comprehensive and convincing manner the precise nature of the impugned restriction, on the basis of the relevant Convention case-law and principles drawn therefrom, this Court would need strong reasons to differ from the conclusion reached by those courts by substituting its own views for those of the national courts on a question of interpretation of domestic law (see *Z and Others*, cited above, § 101) and by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law (see *Fogarty*, cited above, § 120) » Arrêt du 25 juillet 2008, *K.T.v. Norway*. Solution confirmée dans l'arrêt du 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie* : « Comme la chambre, la Grande Chambre rappelle dans ce contexte qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux juridictions internes. C'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, qu'il appartient d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, entre autres, *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, précité, § 140, et *Rekviényi c. Hongrie* [GC], no [25390/94](#), § 35, CEDH 1999-III). La Cour réaffirme également que ce n'est pas à elle de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un État défendeur pour réglementer tel ou tel domaine ; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention (*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], no [44158/98](#), § 67, CEDH 2004-I). Ainsi, elle se bornera à rechercher si l'application faite par la Cour d'État des dispositions générales de la loi sur les obligations à la situation de la requérante était prévisible aux fins de l'article 10 § 2 de la Convention ».

¹⁰ Cour EDH, arrêt Grande Chambre, *Avotins c. Lettonie*, 21 mai 2016

l'interprétation du droit de l'Union résultant de l'arrêt de la Cour de justice. Mais la contrariété d'une mesure de l'Union avec les droits fondamentaux est le plus souvent invoquée devant une juridiction nationale, compte tenu du fait qu'en application l'article 263 TFUE les recours direct des personnes physiques et morales devant la Cour de justice ne sont possibles que si ces derniers sont directement et individuellement concerné. Si le juge national a saisi la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en application de l'article 267 TFUE (Traité CE, ex-art. 234), la Cour de justice aura eu l'occasion de se prononcer et la Cour de Strasbourg disposera de l'interprétation de Luxembourg. Par contre, au cas où le juge national n'utiliserait pas, contrairement au traité, la procédure de renvoi préjudiciel, la CourEDH ne disposerait que de l'interprétation donnée par le juge national et examinerait la compatibilité du droit de l'Union avec la Convention sur la base de celle-ci. L'Union pourrait être condamnée sur la base de la seule interprétation du droit de l'Union par un juge national, ce qui constituerait une atteinte au monopole d'interprétation de la Cour de justice. Pour éviter une telle situation, le projet d'accord contenait une disposition permettant à la Cour de justice de l'Union de se prononcer à titre préalable dans un bref délai dans les cas où l'Union aurait obtenu le statut de codéfendeur¹¹.

Dans la mesure où l'adhésion porte sur l'ensemble de l'action de l'Union, les activités menées dans le cadre de la PESC étaient soumises au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme alors que la Cour de justice de l'Union n'est compétente qu'exceptionnellement en ce domaine à l'égard des mesures restrictives adoptées par le Conseil à l'encontre de personnes physiques et morales(TFUE, art. 275). Certains États se sont émus de cette situation. Afin d'éviter que la Cour des droits de l'homme ne puisse avoir à connaître d'activités PESC qui ne pourraient être auparavant faire l'objet d'un examen de leur conformité avec la Convention dans le cadre de l'Union ou dans le cadre national, les actions imputables à une personne agissant lors d'une opération menée sur la base d'une décision de l'Union seront imputées à l'État qui les emploie, libre à l'Union de se porter codéfendeur¹².

¹¹ Article 3, paragraphe 6 : « Lorsque l'Union européenne est codéfenderesse dans une procédure, et lorsque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore examiné la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré, conformément au paragraphe 2 du présent article, le temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen , puis aux parties pour formuler leurs observations à la Cour. L'Union européenne veille à ce que cet examen soit effectué rapidement, de manière à ce que la procédure devant la Cour ne soit pas indûment prolongée. Les dispositions du présent paragraphe n'affectent pas les pouvoirs de la Cour ».

¹² Rapport explicatif :« 23. Conformément au droit de l'UE, les actes d'un ou plusieurs Etats membres, ou de personnes agissant en leur nom, mettant en œuvre le droit de l'UE, y compris les décisions prises par les institutions de l'UE en vertu du TUE et du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après dénommé le « TFUE »), sont imputés à l'Etat membre ou aux Etats membres en question. En particulier, lorsque des personnes employées ou nommées par un Etat membre agissent dans le cadre d'une opération à la suite d'une décision des institutions de l'UE, leurs actes, mesures et omissions sont imputés à l'Etat membre en question. L'imputation à un Etat membre n'empêche pas que l'UE puisse être tenue pour responsable en tant que codéfenderesse. En revanche, conformément au droit de l'UE, les actes, mesures ou omissions des institutions, organes, organismes ou agences de l'UE, ou de personnes agissant en leur nom, sont imputés à l'UE. Ce qui précède s'applique à des actes, à des mesures ou à des omissions quel que soit le contexte dans lequel ils ont lieu, y compris eu égard aux questions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE. Afin d'assurer une cohérence, des règles parallèles devraient s'appliquer aux fins du système de la Convention, conformément à l'article 1, paragraphe 4, de l'Accord d'adhésion. 24. Plus précisément, au sujet de l'imputation d'une action à une Partie contractante ou bien à l'organisation internationale sous l'égide de laquelle l'action en question a été menée, dans aucune des affaires dans lesquelles la Cour a statué sur l'imputation d'actes ou de mesures extraterritoriaux pris par des Parties contractantes agissant dans le cadre d'une organisation internationale il n'y a eu de règle spécifique d'attribution, aux fins de la Convention, de ces actes ou mesures à l'organisation internationale en question ou à ses membres ».

2.3. Les aspects institutionnels

Les négociations d'adhésion ont également porté sur les aspects institutionnels. De manière générale, le statut de l'Union a été calqué autant que possible sur celui des autres parties contractantes. L'Union dispose d'un juge au sein de la Cour et participer aux délibérations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'exécution des arrêts. Une délégation du Parlement européen participe à l'élection de tous les juges aux côtés des membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. La seule difficulté dans ce contexte a consisté dans la crainte des États non-membres de l'Union à l'égard d'une domination éventuelle de l'Union et de ses membres s'ils s'expriment en bloc dans les votes au sein du Comité. Aussi des solutions adéquates quant au vote ont été introduites de telle sorte que soit sauvegardée la position des États non-membres de l'Union par un système de majorité qualifiée qui évite une domination de l'Union.

3. L'AVIS 2/13 DE LA COUR DE JUSTICE¹³

La Cour s'est livrée comme il se doit à un examen systématique du projet d'accord à la lumière de l'autonomie de l'Union en ne limitant pas son champ d'analyse au seul contenu de l'accord, mais replace celui-ci dans le cadre d'une approche constitutionnelle de l'Union européenne. Tandis que l'Avocat général Kokott, tout en soulignant que l'accord n'est pas suffisant en l'état pour permettre d'affirmer sa compatibilité avec les traités, adopte une approche ouverte, la Cour de justice se montre beaucoup plus réservée. A la lecture de la prise de position de l'Avocat Général, on pourrait penser que l'adhésion sera possible sous réserve de quelques modifications aisément réalisables.

La Cour ne retient pas l'approche plutôt favorable de l'Avocat général. Elle fonde son raisonnement sur une approche stricte de ses compétences et refuse de faire confiance en une possible attitude coopérative des États membres, des juridictions nationales et de la CourEDH. Pour elle, après l'adhésion, l'Union sera liée par les arrêts de la CourEDH et, dans ces conditions, il n'est pas possible de spéculer sur l'attitude future éventuelle de tous ceux qui seront impliqués dans le processus de contrôle. La protection des spécificités de l'Union doit alors être expressément garantie dans le texte de l'accord ce qui lui donne l'occasion de souligner les nombreuses lacunes du texte dans la rédaction qui lui est soumise. Elle se refuse à admettre que la Cour de Strasbourg pourrait sur la base de l'accord adopter une attitude coopérative et tenir compte des positions exprimées dans l'avis. En outre l'accord laisse place à l'instauration de mécanismes internes à l'Union destinés à régler sa mise en œuvre. Il en va ainsi notamment de la coresponsabilité ou de l'implication préalable de la Cour. D'autres problèmes pourraient être traités par cette voie, notamment en ce qui concerne l'article 344 TFUE ou le protocole 16 à la CEDH. Des indications données par la Cour quant aux règles internes auraient pu permettre de répondre à certaines objections. Après tout c'est une pratique classique des juridictions constitutionnelles des États membres d'accepter la constitutionnalité d'une mesure sous réserve du respect de certaines contraintes. Mais la Cour refuse clairement de suivre cette voie consistant à prononcer la compatibilité avec les traités sous réserve des indications qu'elle aurait pu donner. La Cour que l'on a connue moins timide par le passé, justifie cette attitude par le fait qu'elle respecte les pouvoirs des institutions qui seront appelées à établir ces règles et ne peut leur imposer de contraintes¹⁴.

3.1. Les spécificités de l'Union

L'analyse générale des spécificités menée par la Cour est classique. S'il n'est pas très original de rappeler que la Cour n'est pas un État, cette évidence prend tout son intérêt s'agissant de l'adhésion à une convention qui a été conçue pour des États membres et dont certains éléments doivent être adaptées pour permettre la participation de l'Union. Les spécificités mentionnées par la Cour résultent largement de sa jurisprudence antérieure qui a contribué

¹³ Avis du 18 décembre 2014

¹⁴ Avis point 150 : « Au demeurant, la vérification que la Cour est appelée à effectuer dans le cadre de la procédure d'avis, et qui peut avoir lieu abstraction faite du contenu à venir des règles internes qui devront être adoptées, est strictement encadrée par les traités, de sorte que, sauf à empiéter sur les compétences des autres institutions chargées d'établir les règles internes nécessaires pour rendre opérationnel l'accord d'adhésion, la Cour doit se limiter à examiner la conformité de celui-ci avec les traités et s'assurer non seulement que cet accord n'enfreint aucune disposition du droit primaire, mais également qu'il contient toute disposition exigée, le cas échéant, par celui-ci ».

à façonner l'Union telle qu'elle existe aujourd'hui.

Pour la Cour, l'Union est fondée sur une répartition des compétences entre des États membres partageant des valeurs communes. Ce partage de valeur implique l'existence d'une confiance mutuelle entre les États qui fonde leur solidarité, mais aussi implique la reconnaissance du fait que les États respectent tous les mêmes droits fondamentaux. L'existence de l'Union repose aussi sur l'autonomie et la primauté du droit de l'Union qui est seule de nature à assurer la réalisation des buts de celle-ci. De ce fait les droits fondamentaux doivent être interprétés dans le cadre de ma structure de l'Union en fonction de ses objectifs. Le respect de ces principes est assuré par un système juridictionnel dans lequel le renvoi préjudiciel assure l'unité d'interprétation et la cohérence de l'Union. Cette vision n'implique pas le refus de tout contrôle externe sur le respect des droits fondamentaux, mais il impose que ce contrôle n'interfère pas avec le fonctionnement interne de l'Union. Il n'appartient pas à la CourEDH de se prononcer sur le répartition interne des compétences ou d'interpréter le droit de l'Union. Cette tâche relève de la seule Cour de justice, la CourEDH se contentant de veiller au respect de la Convention par l'Union¹⁵.

3.2 Les éléments d'incompatibilité

Sur ces bases, la Cour va relever sept éléments qui entraînent l'incompatibilité du projet d'accord avec les traités : la compatibilité entre l'article 53 de la Charte et l'article 53 de la Convention; le respect du principe de confiance mutuelle; la relation entre l'adhésion et le protocole 16 à la Convention; le respect de l'article 344 TFU; le jeu de la coresponsabilité; le jeu de l'implication préalable; les particularités de la politique étrangère et de sécurité commune.

3.1.1. L'article 53 de la Charte et l'article 53 de la Convention

Tout d'abord, il existe un risque de remise en cause de la primauté du droit de l'Union en ce que l'accord conduit à permettre aux États membres, en vertu de l'article 53 de la Convention, d'appliquer des règles plus protectrices que celles prévues par la Convention. Un État membre pourrait s'appuyer sur cette faculté pour refuser d'appliquer le droit de l'Union au motif que son système constitutionnel est plus protecteur. L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme précise qu'aucune disposition de celle-ci ne limite les droits reconnus par d'autres instruments. Elle reconnaît ainsi aux États parties la faculté de créer et de maintenir des standards de protection plus élevés que ceux prévus dans la

¹⁵ Avis point 182 et suivants « À cet égard, la Cour a certes déjà précisé qu'un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union, ce qui est d'autant plus le cas lorsque, comme en l'occurrence, la conclusion d'un tel accord est prévue par les traités eux-mêmes. ... Toutefois, la Cour a également précisé qu'un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ... il est certes inhérent à la notion même de contrôle externe que, d'une part, l'interprétation de la CEDH fournie par la Cour EDH lierait, en vertu du droit international, l'Union et ses institutions, y compris la Cour, et que, d'autre part, l'interprétation donnée par la Cour d'un droit reconnu par cette convention ne lierait pas les mécanismes de contrôle prévus par cette dernière et, tout particulièrement, la Cour EDH ... Il ne saurait toutefois en aller de même en ce qui concerne l'interprétation que la Cour donne du droit de l'Union, y compris de la Charte. En particulier, les appréciations de la Cour relatives au champ d'application matériel du droit de l'Union, aux fins, notamment, de déterminer si un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH ».

Convention. Il s'agit d'une disposition classique qui découle du caractère subsidiaire de la protection offerte par la Convention. On trouve une disposition similaire à l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux, mais on sait que, s'agissant des garanties constitutionnelles nationales, la Cour de justice a jugé, dans l'arrêt *Melloni*¹⁶, que, dès lors qu'un acte de l'Union était conforme à la Charte, la protection nationale supérieure ne trouverait pas à s'appliquer si elle avait pour effet de faire obstacle à la primauté du droit de l'Union.

La Cour redoute que l'article 53 de la Convention ne vienne mettre en péril la jurisprudence *Melloni* et partant la primauté du droit de l'Union. On voit mal comment cette éventualité viendrait à se réaliser. Tout d'abord, l'article 53 CEDH n'impose pas à la Cour d'intervenir pour garantir l'application de la disposition nationale plus protectrice, mais d'éviter que la Convention ne limite l'effet de celle-ci. En outre, même si l'on retenait l'interprétation la plus large, il serait nécessaire, dans la pratique, qu'un particulier dépose une requête contre l'Union parce que le niveau de protection des droits fondamentaux offert par celle-ci serait inférieur à celui garanti par une disposition nationale qui offrirait une protection supérieure à la Convention. Même si l'article 53 CEDH a parfois été invoqué, le corpus jurisprudentiel de Strasbourg n'offre pas d'exemple d'une telle situation puisque la Cour européenne a pour mission de veiller au respect des droits garantis par la Convention et non à celui d'une protection supérieure offerte par les États parties.

Surtout l'article 53 reconnaît aux États une faculté que ceux-ci ne peuvent exercer que pour autant qu'ils disposent de la compétence nécessaire. Or, en application de l'article 53 de la Charte tel qu'interprété par la jurisprudence *Melloni*¹⁷, il existe des hypothèses où le droit de l'Union empêche les États d'accorder une protection supérieure afin de permettre le jeu de la primauté. Dans ces conditions, les États membres ont perdu avant l'adhésion le droit d'invoquer une protection supérieure des droits fondamentaux qui irait à l'encontre de la primauté. L'adhésion ne saurait ressusciter un droit dont ne disposent plus les États membres. On voit mal comment, dans ces conditions, pourrait être invoqué à Strasbourg une protection supérieure que le droit de l'Union interdit à l'État membre d'accorder.

3.1.2. Le principe de confiance mutuelle

Puisque l'Union est fondée sur des valeurs communes, le caractère partagé de ces valeurs crée une confiance mutuelle entre les États membres et la Cour de justice s'est attachée à mettre en valeur ce principe de confiance, notamment dans l'arrêt *N.S.*¹⁸. Il est possible, dans une optique constitutionnelle, de voir dans ce principe la traduction d'un fédéralisme horizontal fondé sur une solidarité construite sur ces valeurs partagées. La confiance mutuelle jouerait le rôle qu'a tenu la reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur¹⁹.

¹⁶ Arrêt du 26 février 2013, C-399/11

¹⁸ Arrêt du 21 décembre 2011, C-411/10 et 493/10 : « Il ressort de l'examen des textes constituant le système européen commun d'asile que celui-ci a été conçu dans un contexte permettant de supposer que l'ensemble des États y participant, qu'ils soient États membres ou États tiers, respectent les droits fondamentaux, en ce compris les droits trouvant leur fondement dans la convention de Genève et le protocole de 1967, ainsi que dans la CEDH, et que les États membres », point 78

¹⁹ Certains auteurs (voir notamment Voir Edouard Dubout, *Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2015, chron. N°19, en ligne et Daniel Halberstam, (« It's the Autonomy, Stupid ! » A Modest Defence of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Human Rights, *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, University of Michigan, Michigan Law, (<http://SSRN.COM/ABSTRACT=2567591>) n'ont pas manqué de souligner l'importance qu'il convient d'attacher à cette affirmation par la Cour d'un nouveau principe constitutionnel structurant de l'Union européenne qui échappe même à son champ d'application naturel, l'Espace de

Mais, si la protection des droits fondamentaux est en principe présumée équivalente dans les États membres, elle n'est pas identique, ce qui crée inévitablement une tension entre confiance mutuelle et protection des droits de l'homme, tension dont témoigne l'arrêt Melloni. L'arrêt N.S.²⁰. tentait de résoudre cette tension en admettant que, si le système européen d'asile reposait sur l'existence d'une présomption de respect des droits fondamentaux par les États membres, cette présomption n'était pas irréfragable et devait être levée en cas de défaillance systémique. Ce qui a sans doute contribué à provoquer la réaction de la Cour dans l'avis 2/13 est l'arrêt de Grande Chambre de la Cour européenne *Tarakhel c. Suisse* dans lequel le critère retenu n'est pas celui de l'existence d'une défaillance systémique, mais le traitement individuel auquel le requérant est exposé²¹. Or cette analyse s'oppose à la présomption qui est à la base de la confiance mutuelle et la retenir rendrait impossible le fonctionnement de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice²². Certes la Cour de justice a, semble-t-il, atténué sa position initiale exprimée dans l'arrêt N.S., en substituant la notion de circonstances exceptionnelles à celle de défaillance systémique comme motif pour lever la présomption, mais l'opposition avec la Cour européenne n'en demeure pas moins frontale.

Cette opposition reflète, une fois, de plus la différence de fonction entre les deux Cours. La Cour de justice n'a pas pour vocation de se prononcer sur des cas individuels, mais d'interpréter le droit de l'Union au regard des objectifs de celle-ci en laissant aux États membres le soin d'appliquer celui-ci aux particuliers dans le respect du droit de l'Union. La Cour européenne a elle pour mission de vérifier la compatibilité avec la Convention du traitement infligé dans un cas concret au requérant. Les deux missions pourraient être complémentaires notamment lorsque le droit de l'Union laisse une marge d'appréciation aux États membres. Mais cette complémentarité ne peut jouer si l'examen individuel imposé à

liberté, de sécurité et de justice, pour s'étendre à l'ensemble du droit de l'Union¹⁹. Peu importent les doutes de nature politique exprimés sur l'existence réelle d'une telle confiance, son affirmation en tant que principe constitutionnel contribue à la placer au cœur de l'édifice et à permettre l'approfondissement des liens entre les États membres. Après tout, ce n'est pas la première fois que la Cour de justice dégage, dans le silence des traités de tels principes. L'affirmation de l'exigence d'une Communauté de droit, de la place du principe démocratique ou des droits fondamentaux a relevé du même processus sans parler de l'équilibre institutionnel, de la coopération loyale entre les institutions C'est la mission de la Cour, et celle aussi de la doctrine, de dégager du texte de traités, rédigés par des négociateurs pragmatiques, les principes fondamentaux qui se cachent derrière des dispositions techniques. Après tout, la première fois que l'idée de confiance mutuelle est apparue, c'est dans le protocole au traité d'Amsterdam relatif à l'exclusion de l'asile pour les citoyens de l'Union dans un autre État membre. La justification donnée pour accepter cette exclusion, demandée par l'Espagne, était le niveau équivalent de protection des droits fondamentaux assuré dans tous les États membres.

²⁰ Précité point 75 et suivants

²¹ Arrêt du 4 novembre 2014 : « Il s'ensuit que, si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention »

²² Avis point 192 et 193 « Ainsi, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union. ... Or, l'approche retenue dans le cadre de l'accord envisagé, consistant à assimiler l'Union à un État et à réserver à cette dernière un rôle en tout point identique à celui de toute autre Partie contractante, méconnaît précisément la nature intrinsèque de l'Union et, en particulier, omet de prendre en considération la circonstance que les États membres, en raison de leur appartenance à l'Union, ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet du transfert de compétences des États membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit ».

l'État membre par la Convention conduit celui-ci à remettre en cause les principes fondamentaux de l'Union, en l'occurrence la confiance mutuelle. Certes, tant que l'Union n'adhère pas à la Convention, la responsabilité de la violation de la Convention est imputable au seul État membre et le droit de l'Union n'est pas directement mis en cause. Après l'adhésion, c'est, dans le cas de l'asile, le règlement Dublin II qui sera directement la cible. Cependant, adhésion ou non, la différence pratique est faible. Si les États membres appliquaient systématiquement la jurisprudence *Tarakhel*, le règlement Dublin II deviendrait rapidement lettre morte. Adhésion ou non, le conflit est difficilement soluble à moins d'un rapprochement des jurisprudences des deux Cours. C'est le problème qui s'est posé à la Cour suprême du Royaume-Uni et qui l'a amenée à une vision critique de la jurisprudence de la Cour en préférant la solution *Tarakehl* à la solution *N.S.*: « The removal of a person from a member state of the Council of Europe to another country is forbidden if it is shown that there is a real risk that the person transferred will suffer treatment contrary to article 3 of ECHR »²³. De même, dans sa décision du 15 décembre 2015, la Cour constitutionnelle allemande suit la voie ouverte par la Cour EDH en estimant que le mandat d'arrêt européen ne peut être exécuté que si le droit à une protection judiciaire affective est concrètement garanti²⁴.

En tout état de cause, la solution sera difficile à trouver puisqu'ici la Cour ne met pas l'accent sur une défaillance structurelle du projet d'accord, mais sur une incompatibilité résultant d'une opposition de jurisprudence.

3.1.3. Les difficultés liées au protocole 16 à la CEDH

Le protocole n°16 met en place un système de demande d'avis à la Cour EDH. Tirant les leçons de la coopération entre juges permise par le renvoi préjudiciel dans le cadre de l'Union, les États membres se sont inspirés de la formule tout en l'adaptant au particularisme du système de la Convention. Les demandes d'avis ne peuvent être soumises que dans le cadre d'une affaire pendante et doivent être motivées. Elles ne peuvent émaner que des plus hautes juridictions nationales et porter sur des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». L'avis n'est pas obligatoire. La demande doit donc porter sur des questions systémiques ou sur des cas dans lesquels la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer. La demande fait l'objet d'un examen quant à sa recevabilité devant un comité de cinq juges. Cette procédure présente donc un caractère exceptionnel. Pour sa part, l'Union n'a pas participé à l'élaboration du protocole et n'a pas manifesté l'intention de devenir partie. Elle ne pourrait donc solliciter d'avis. La situation est différente pour les États membres et, même si le protocole n'a pas

²³ R (on the application of EM (Eritrea)) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent), (2014) UKSC 19 février 2014 : « Before examining what CJEU said on this issue, it can be observed that an exclusionary rule based only on systemic failures would be arbitrary both in conception and in practice. There is nothing intrinsically significant about a systemic failure which marks it out as one where the violation of fundamental rights is more grievous or more deserving of protection. And, as a matter of practical experience, gross violations of article 3 rights can occur without there being any systemic failure whatsoever ».

²⁴ « The court that decides on an extradition is under the obligation to investigate and establish the facts of the case, an obligation that also falls within the scope of Art. 1 sec. 1 GG. The relevant facts in particular include what kind of treatment the requested person will have to expect in the requesting state. It does not follow from this obligation that the German courts always have to review in detail the reasons for a request for extradition. This holds true in particular in the context of extradition proceedings within Europe, where the principle of mutual trust applies. However, this trust is shaken if there are factual indications that the requirements that are absolutely essential for the protection of human dignity will not be met if the requested person is extradited. The court that decides whether it is permissible to extradite the requested person is in this respect under an obligation to investigate the legal situation and the legal practice of the requesting state if the person concerned has submitted sufficient indications to warrant such investigations. The extent and the intensity of investigations, which the German court must conduct in this regard in order to ensure the respect of the principle of individual guilt, have to be determined in accordance with the nature and the significance of the indications submitted by the convicted person that the procedure falls below the minimum standards »

encore réuni les dix ratifications nécessaires pour entrer en vigueur, trois États membres de l'Union ont ratifié celui et pourront en faire usage après son entrée en vigueur.

Les objections de la Cour ne concernent pas le système en tant que tel, mais ses relations avec le système juridictionnel de l'Union. Elle y voit le risque qu'un État membre puisse y avoir recours à propos d'une question qui entrerait dans le champ d'application du droit de l'Union ou serait relative à son interprétation. Ce serait un moyen offert aux juridictions nationales suprêmes de contourner l'obligation de renvoi préjudiciel. Dans ce cas, la Cour EDH donnerait un avis relatif à la compatibilité du droit de l'Union avec la Convention sur la base des éléments d'interprétation fournis par le juge national alors même que la Cour de justice n'aurait pas eu l'opportunité de se prononcer.

Certes l'avis est consultatif et le destinataire n'est pas obligé d'y donner suite, mais il risque dans ce cas faire l'objet d'une requête individuelle qui verra vraisemblablement la Cour de Strasbourg confirmer l'appréciation rendue dans l'avis. Si une juridiction suprême d'un État membre utilisait cette procédure en contournant le renvoi préjudiciel et si le résultat était qu'un acte de l'Union n'est pas conforme à la Convention, soit le législateur de l'Union à la demande de l'État concerné modifierait cet acte, soit s'il ne le faisait une requête individuelle serait déposée à Strasbourg impliquant l'Union à travers les procédures de coresponsabilité et d'implication préalable de la Cour si l'Union devient partie à la Convention. La seule manière d'éviter cette situation aurait été d'exclure dans l'accord d'adhésion l'application du protocole n°16 pour les questions qui présentent un lien avec le droit de l'Union.

Le problème réel est celui du comportement des juges nationaux suprêmes. Seraient-ils tentés de contourner la question préjudicielle au profit de l'avis consultatif et pour quel avantage ? Dans la mesure où la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'impose à eux et où le refus de l'appliquer expose l'État à une procédure de manquement, quel besoin éprouverait-ils de vérifier la conformité du droit de l'Union à la Convention avant d'avoir tenté de le faire par rapport à la Charte ? La seule hypothèse vraisemblable serait celle où il estimerait à tort que l'affaire n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union et de ce fait, pas soumise à un contrôle au regard de la Charte mais, dans ce cas, il ne poserait pas non plus de question préjudicielle à Luxembourg.

Le problème du conflit entre voies de type préjudiciel s'est posé dans l'affaire *Melki* dans le contexte des rapports entre la question préjudicielle et la question prioritaire de constitutionnalité Pour la Cour de justice : « Une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vices d'inconstitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle du droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle. En effet, l'efficacité du droit de l'Union se trouverait menacée si l'existence d'un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'article 267 TFUE de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci»²⁵. La règle est la même, rien ne doit empêcher le juge national de faire un renvoi préjudiciel à Luxembourg et ne pas le faire pourrait constituer un acte passible de la procédure de manquement.

²⁵ Arrêt du 22 juin 2010, affaires jointes C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli* Point 45

Cependant, la différence de situation est que, dans l'affaire Melki, on se trouvait dans une situation interne régie par le droit de l'Union tandis qu'avec le protocole 16, une Cour extérieure à l'Union pourrait être appelée à interpréter le droit de l'Union au regard de la Convention sur la base d'un contournement des procédures judiciaires propres à l'Union.

3.1.4. Le respect de l'article 344 TFUE

L'article 344 TFUE interdit aux États membres de soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un autre mode de règlement des différends que celui prévu par ceux-ci. De son côté, l'article 33 de la Convention prévoit la possibilité de recours interétatiques. L'article 33 pourrait permettre à deux États membres de contourner les obligations nées de l'article 344 TFUE en saisissant la Cour EDH d'un différend en rapport avec l'interprétation ou l'application des traités. Cette difficulté avait été identifiée lors de négociations. Elle avait été réglée en rapport avec l'article 55 de la Convention qui interdit de soumettre un différend relatif à la Convention à un autre mode de règlement que celui prévu par la Convention. L'article 5 du projet d'accord précise que les procédures devant la Cour de justice ne constituent pas un autre mode règlement au sens de l'article 55. La portée de cette règle est limitée. Si elle autorise le recours à l'article 344 TFUE, elle n'empêche pas de contourner celui-ci en saisissant la Cour EDH sur la base de l'article 33. Dans ce cas, la Cour EDH ne pourrait décliner sa compétence. Le rapport explicatif indique bien que la question n'est pas réglée par l'accord : « Une question non régie par l'Accord d'adhésion est celle de savoir si le droit de l'UE autorise la soumission à la Cour de litiges concernant des questions de droit de l'UE entre les États membres de l'UE, ou entre l'UE et un de ses États membres ». Cette situation est différente de celle prévue dans la Convention sur le droit de la mer puisque l'article 282 de la Convention prévoit la primauté du système de règlement interne des différends au sein de la Communauté sur celui de la Convention.

Le risque de contournement n'avait guère inquiété l'avocat général Kokott qui, bien que consciente du problème dans sa prise de position, estimait que la règle contenue dans l'accord qui préservait l'utilisation de l'article 344 sans prohiber celle de l'article 33 de la Convention était suffisante compte tenu des obligations que faisait peser le droit de l'Union sur les États membres²⁶. L'existence de la procédure de manquement qui, au surplus avait déjà été utilisée par le passé contre l'Irlande, garantissait que les États membres ne chercheraient pas à utiliser Strasbourg pour contourner Bruxelles²⁷. La difficulté pourrait être réglée par des règles internes à l'Union puisque le contournement est constitutif d'un manquement. Mais il s'agit d'une règle dissuasive qui en aucun cas ne pourrait empêcher la

²⁶ Comme elle l'indique dans sa prise de position : « Qui plus est, si l'on voulait instaurer en l'espèce une réglementation expresse concernant l'irrecevabilité des procédures d'affaires interétatiques devant la Cour EDH et sur la primauté de l'article 344 TFUE comme condition préalable à la compatibilité de l'accord d'adhésion envisagé avec le droit primaire de l'Union, cela signifierait implicitement que de nombreux accords internationaux conclus par l'Union dans le passé sont entachés d'un vice parce qu'ils ne prévoient aucune clause de cette nature. Selon nous, la possibilité d'engager contre les États membres qui portent leurs différends de droit de l'Union devant d'autres instances internationales que la Cour de justice de l'Union européenne une procédure d'infraction (articles 258 TFUE à 260 TFUE), procédure dans le cadre de laquelle des mesures conservatoires pourraient être adoptées en tant que de besoin (article 279 TFUE) , est suffisante pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE » (points 117 et 118).

²⁷ La question de la concurrence entre l'article 344 TFUE et un autre système de règlement des différends était au cœur de l'affaire en manquement *Commission/Irlande* (Arrêt du 30 mai 2006, C-459/03). La Cour avait conclu que contourner l'article 344 TFUE en utilisant un autre système de règlement serait contraire au principe de coopération loyale entre la Communauté et les États membres. De son côté, le tribunal arbitral institué en vertu de l'annexe VII de la Convention sur le droit de la mer avait suspendu sa décision en attendant que la question du lien avec le droit communautaire soit éclaircie. Il est vrai qu'en l'espèce, En l'absence d'une telle disposition, la Cour présume que l'article 33 permettra à la Cour de Strasbourg de statuer sur le différend nonobstant l'article 344.

Cour EDH de statuer si elle était saisie.

Certes la probabilité qu'une telle situation se présente est très faible, car, comme à Luxembourg, les recours interétatiques à Strasbourg sont rarissimes. Mais, pour la Cour de justice, il s'agit d'une question de principe. Le fait que les États disposent de cette faculté au regard de la Convention est suffisant pour juger de l'incompatibilité de l'accord.

3.1.5. Les insuffisances du système de coresponsabilité

Le mécanisme de coresponsabilité en tant que tel ne suscite pas la désapprobation de la Cour. Il poursuit un objectif qu'elle ne peut qu'approuver : éviter toute implication de la Cour EDH dans la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Ce sont les modalités de mise en œuvre qui suscitent sa réprobation. Le mécanisme peut être activé à la demande de la Cour EDH, mais cette demande n'est pas contraignante. Dans ce cas, il appartiendra à l'Union et à ses États membres de procéder eux-mêmes à une analyse des compétences pour savoir s'ils veulent donner suite à la demande de la Cour EDH. Par contre, lorsque la demande de coresponsabilité émane de l'Union ou de ses États membres, elle est soumise à l'approbation de la Cour de Strasbourg. Certes, cette Cour ne procède qu'à un examen *prima facie* de la situation pour vérifier s'il existe bien un lien avec le droit de l'Union. Comme l'indique le rapport explicatif, la Cour européenne des droits de l'homme n'examine que le caractère plausible du lien en se gardant de tout examen au fond. L'idée était celle d'une quasi-automaticité de l'acceptation, l'intervention de la Cour européenne n'étant sans doute justifiée que par le fait qu'elle devait en principe rester maîtresse de sa procédure. Cependant cette solution laisse subsister la possibilité, même si elle demeure exceptionnelle, d'une intervention de Strasbourg dans la détermination de la répartition des compétences.

Il en va de même au stade de la décision finale. Si une violation est constatée, le statut de codéfendeur implique une condamnation solidaire des codéfendeurs. Cependant l'accord d'adhésion prévoit qu'au vu des arguments présentés par les parties, la Cour peut décider qu'un seul des codéfendeurs est responsable. Ce faisant, la Cour EDH intervient également dans la répartition des compétences. Il est vrai au cas où il résulterait de la procédure que l'Union et le ou les États membres concernés seraient d'accord pour constater qu'un seul est responsable, il ne serait pas nécessaire de procéder à une condamnation solidaire. Mais, dans cette hypothèse, il reviendrait à la Cour EDH d'accepter un accord sur la répartition des compétences dans un arrêt qui s'imposerait à l'Union. Ce faisant, la Cour de Strasbourg se substituerait à la Cour de Luxembourg pour se prononcer sur cette question de nature constitutionnelle. Pour la Cour de justice, seule une décision prise après une condamnation solidaire à Strasbourg dans le cadre de l'Union répond à ses exigences et préserve sa fonction en lui permettant de se prononcer sur la validité de cette décision au regard des règles propres à l'Union relatives à la répartition des compétences.

Enfin, l'un des inconvénients du système est qu'il ne pourrait être tenu compte des réserves à la Convention faites par un État membre dans le cas d'une responsabilité solidaire de l'Union et d'un État membre ce qui est contraire au protocole 8 aux traités qui prévoit que l'adhésion ne doit avoir aucune incidence sur la position des États membres par rapport à la Convention et particulièrement aux réserves²⁸

²⁸ La logique de cette position a été contestée par G. Polakiewicz dans sa déposition devant la Commission sur les affaires constitutionnelles lors de l'audition du 20 avril 2016 dans les termes suivants : « It would seem that there

En résumé, l'accord laisse ouverte la possibilité pour la Cour de Strasbourg de s'immiscer dans la répartition des compétences et, à ce titre, on ne peut dénier à la Cour de justice qu'elle ait agi de manière raisonnable en constatant l'incompatibilité sur ce point.

3.1.6. Les difficultés liées à l'implication préalable

La procédure d'implication préalable de la Cour de justice telle qu'elle a été mise en place par le projet d'accord prévoit que, lorsque la question posée à Strasbourg n'a pas auparavant fait l'objet d'un examen à Luxembourg, la CJUE pourra être appelée à se prononcer sur la « compatibilité » avec le droit de l'Union. L'idée est d'éviter qu'une condamnation puisse être prononcée sur la base d'une appréciation du droit de l'Union effectuée par le seul juge national. Cette solution permet de respecter tant la subsidiarité de l'intervention de la Cour EDH que le monopole de juridiction de la Cour de justice. La Cour EDH n'intervient qu'en dernier ressort alors que la validité ou l'interprétation du droit de l'Union ont été établies par la Cour de justice.

La première objection de la Cour est d'ordre matériel. Elle ne peut savoir si l'implication préalable peut jouer que si elle est informée de l'affaire en cause. Or le projet d'accord ne prévoit aucune obligation à la charge de la Cour EDH d'informer l'Union des affaires en cours de telle sorte que, si la validité ou l'interprétation de droit de l'Union est en cause, elle ne saura pas si elle doit invoquer le besoin d'implication préalable ou y renoncer dans le cas où elle se serait déjà prononcée sur la question. A vrai dire, dans la mesure où l'implication préalable ne joue que dans les cas où le mécanisme de coresponsabilité a été mis en œuvre, on peut penser que l'Union est pleinement informée d'une affaire à laquelle elle est partie. Le défaut d'information n'est pas un obstacle à l'implication préalable, mais pourrait l'être à la coresponsabilité.

La seconde objection repose sur l'interprétation des dispositions du projet d'accord²⁹. Selon celui-ci, le recours à l'implication préalable est lié à la vérification de la compatibilité du droit de l'Union avec la Convention. Selon le rapport explicatif³⁰, cette vérification de compatibilité

are only two options:

- The EU law modifies the national law to which reference is made in the reservation; in this case, the reservation would be obsolete because the law to which reference was made in the reservation is no longer the "*law in force in its territory*" (article 57 (1) ECHR).
- The EU law does not modify the national legislation to which reference is made in the reservation; in this case, the reservation made by the EU member state would not be the "*subject of the dispute*" and should not be considered in the co-respondent mechanism. It seems therefore unnecessary to foresee any additional provision in the DAA safeguarding member states' reservation ».

²⁹ Article 3, paragraphe 4 du projet d'accord : « Lorsque l'Union européenne est codéfenderesse dans une procédure, et lorsque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore examiné la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré, conformément au paragraphe 2 du présent article, le temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen, puis aux parties pour formuler leurs observations à la Cour. L'Union européenne veille à ce que cet examen soit effectué rapidement, de manière à ce que la procédure devant la Cour ne soit pas indûment prolongée. Les dispositions du présent paragraphe n'affectent pas les pouvoirs de la Cour ».

³⁰ Point 66 du rapport ; « Examiner la compatibilité de la disposition signifie statuer sur la validité d'une disposition

ne devrait intervenir que pour vérifier la validité d'une mesure de droit dérivé par rapport aux traités ou pour interpréter les traités ce qui exclurait l'interprétation du droit dérivé. droit de l'Union. La Cour de justice en déduit qu'elle ne pourra être saisie dans les affaires concernant le droit dérivé que lorsque se pose un problème de légalité et non d'interprétation, ce qui aurait pour conséquence que la Cour de Strasbourg pourrait dans ce cas interpréter le droit de l'Union ou tout au moins se reposer sur l'interprétation retenue par le juge national saisi en dernier ressort. Le raisonnement de la Cour procède d'une interprétation à contrario du seul rapport explicatif. De toute façon, tout examen de la validité repose sur une interprétation des actes en cause. Si possible, le juge tentera dans un premier temps d'affirmer la validité sur la base de l'interprétation, l'annulation n'intervenant qu'en dernier ressort³¹. Il est vrai que la rédaction du rapport explicatif est malheureuse, mais elle ne saurait empêcher le juge de remplir son office et de se livrer à une interprétation dans le cadre d'une appréciation de validité. Lorsque la Cour EDH sera saisie à propos d'un acte de l'Union, la question posée ne sera pas celle de son interprétation, mais de sa compatibilité avec la Convention ce qui devrait déclencher la procédure d'implication préalable si l'Union est codéfendeur et que la question n'a pas auparavant été soumise à la Cour par voie préjudicielle. Ensuite qu'elle résolve la question à son niveau par une interprétation ou un constat d'invalidité la concerne seule.

3.1.7. Les problèmes liés à la politique étrangère et de sécurité commune

Lors de la conclusion du traité de Lisbonne, les États membres étaient conscients que l'adhésion de l'Union à la Convention couvrirait également la PESC alors même qu'à l'exception des mesures restrictives individuelles, la Cour de justice n'était pas compétente en ce domaine. Ils n'avaient peut-être pas tous envisagés les conséquences de leur choix parce qu'ils pensaient que la plupart des actes adoptés dans le cadre de la PESC n'étaient pas juridiquement contraignants. Or la Convention ne s'applique pas seulement à des actes juridiques, mais aussi à des comportements matériels commis notamment, s'agissant de la PESC dans le cadre d'opérations extérieures. La perception de ce phénomène a amené plusieurs États à s'opposer au premier projet d'accord d'adhésion et a provoqué une réouverture des négociations. Le compromis trouvé satisfaisait les États membres, car il laissait à l'Union une marge d'appréciation. Comme il a été rappelé plus haut, selon l'article 1, paragraphe 4 du projet d'accord, les actes d'un État sont imputés à celui-ci lorsqu'il met en œuvre le droit de l'Union et il appartient à l'Union de faire jouer le cas échéant la

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 »

³¹ C'était l'interprétation de la Cour dans sa jurisprudence antérieure comme le rappelle l'Avocat général Wathelet dans ses conclusions sous l'affaire Rosneft (C-72/15, EU :C :2016 :381): « Or, dans un cadre juridique comparable, où l'article 41 du traité CECA permettait à la Cour de « statuer, à titre préjudiciel, sur la *validité* des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil » ... , la Cour a jugé que « l'appréciation de la validité d'un acte implique nécessairement son interprétation préalable » (Busseni, C-221/88, EU :EC :1990 :84). Sur cette base elle a jugé qu'« [i]l serait [...] contraire à la finalité et à la cohérence des traités que, lorsque sont en cause des règles issues des traités CEE et CEEA, la fixation de leur sens et de leur portée relève en dernier ressort de la Cour de justice, comme le prévoient, en termes identiques, l'article 177 du traité CEE [à présent, article 267 TFUE] et l'article 150 du traité CEEA [à présent abrogé], ce qui permet d'assurer l'uniformité de leur application, alors que, lorsque les normes en cause se rattachent au traité CECA, cette compétence demeurerait du seul ressort des multiples juridictions nationales, dont les interprétations pourraient diverger, et que la Cour de justice serait sans qualité pour assurer une interprétation uniforme de ces normes » Pour ces motifs, j'estime que, si les juridictions de l'Union peuvent faire le plus, à savoir contrôler la légalité d'une décision prévoyant des mesures à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur le fondement du titre V, chapitre 2, TUE, elles peuvent sûrement faire le moins, qui consiste à interpréter les termes de ces décisions, notamment pour éviter que la Cour annule ou déclare invalide un acte relatif à la PESC qu'elle pourrait préserver en imposant une autre interprétation ».

coresponsabilité. Le rapport explicatif précise que cette règle s'appliquait en particulier à la PESC ce qui était une manière élégante de résoudre le problème puisque la quasi-totalité des comportements sur le terrain sont commis par des personnes agissant au premier chef sous la responsabilité d'un commandement national. En d'autres termes, la particulier devait introduire une requête contre l'État dont les représentants ont violé la Convention, quitte à l'Union de se porter coresponsable si elle estimait que les autorités nationales avaient agi pour son compte et sous son contrôle. La Cour EDH n'entrait pas de la sorte dans la répartition des responsabilités entre l'Union et ses États membres. Par contre, la requête devait être dirigée directement contre l'Union s'il s'agissait d'un acte adopté par les institutions de celle-ci.

Cette formule n'a pas été acceptée par la Cour de justice. Certes celle-ci admet que ces actes échappent à sa compétence, mais elle souligne qu'il serait contraire au traité de «confier le contrôle juridictionnel desdits actes, actions ou omissions de l'Union, fût-ce un contrôle limité au respect des seuls droits garantis par la CEDH, exclusivement à un organe externe à l'Union»³². La Cour se réfère à son avis 1/09 relatif à la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire³³. Pour la Cour de justice, les actes PESC, même s'ils sont soumis à un régime spécifique, font partie de l'ordre juridique de l'Union et, pour des raisons constitutionnelles, elle ne peut accepter qu'une partie du droit de l'Union soit soumise à un contrôle externe même s'il ne porte que sur les droits fondamentaux. Cela ne signifie pas qu'il n'existe aucun contrôle juridictionnel en ce domaine, mais qu'à un contrôle centralisé est substitué un contrôle décentralisé. Selon l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Il appartiendra donc aux États membres d'assurer ce contrôle et de veiller au respect de la CEDH. Bien entendu, les juges nationaux ne pourront annuler des actes PESC, mais, tout au plus, s'ils estiment ceux-ci invalides faire obstacle à leur application par l'État membre dont elles relèvent.

Sur un plan pratique, la question essentielle est sans doute moins l'éventualité de décisions contraignantes de l'Union contraires aux droits fondamentaux que celle de la violation des droits de l'homme sur le terrain dans le cadre d'opérations mises en place par l'Union. L'attitude de la Cour de justice est cohérente avec celle qu'elle avait adoptée dans le cadre de l'implication préalable. La Cour EDH ne peut avoir le dernier mot en matière de droits fondamentaux que si la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer auparavant. Dès lors que, dans le contexte de la PESC, les traités privent la Cour de justice de l'occasion d'avoir le premier mot, la Cour EDH ne saurait avoir le dernier mot.

³² Avis, Point 255

³³ Avis du 8 mars 2011, Mais, la situation n'était pas identique à celle qui se présente dans le cas de l'adhésion. La juridiction du brevet créée par un accord entre États membres se substituait aux juridictions nationales et pouvait seule saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, privant ainsi les juridictions nationales de ce droit. Ici la Cour EDH n'intervient que subsidiairement, le contentieux relevant des juridictions des États membres. Le projet d'accord ne les prive pas de la possibilité d'utiliser le renvoi préjudiciel. L'existence éventuelle d'une faculté de renvoi dépend des traités qu'il appartient à la Cour de justice d'interpréter.

4. EN L'ABSENCE D'ADHÉSION, L'AUTONOMIE DE L'UNION EST-ELLE MIEUX PROTÉGÉE ?

Après l'avis 2/13 de la Cour de justice, il apparaît clairement que la reprise du processus d'adhésion fait face à des difficultés complexes. La tentation est grande de se contenter du statu quo d'autant plus que, comme le montre la jurisprudence de la Cour sur la Charte des droits fondamentaux, la protection des droits fondamentaux n'est pas en péril dans l'Union et, qu'au contraire, le refus de l'adhésion dans les conditions prévues par le projet d'accord pourrait conduire la Cour de justice à faire preuve d'une vigilance accrue. Mais cette considération n'implique pas qu'il faille abandonner toute perspective d'adhésion. Les difficultés juridiques dues à l'existence en Europe de plusieurs systèmes de protection des droits de l'homme en Europe et les risques de jurisprudences discordantes subsistent avec les difficultés pratiques qui peuvent en résulter. En outre, sur un plan politique, il est difficile d'expliquer pourquoi l'Union impose aux États candidats d'adhérer à une convention à laquelle elle n'est pas partie. De toute façon, l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne impose à l'Union d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme dans le respect des spécificités de l'Union décrites au protocole n°8. Cette obligation voulue par les auteurs des traités doit être respectée. Ensuite, et d'une manière générale, l'existence d'un contrôle indépendant externe, accepté par tous les États membres, a montré depuis des années qu'il contribuait à une amélioration de la protection des droits fondamentaux. En outre, il est difficile d'accepter que les mesures prises par les États membres dans le cadre de leurs compétences soient soumises à un contrôle externe lequel disparaissait dès lors que ces compétences étaient transférées à l'Union. Le développement de l'Union ne devrait pas s'accompagner d'un affaiblissement de la protection offerte aux particuliers.

Mais, en particulier, le projet d'accord d'adhésion protégeait certaines de spécificités de l'Union. Même si la Cour de justice a estimé que cette protection n'était pas suffisante, elle offrait plus de garantie pour l'autonomie du droit de l'Union européenne que la situation due à l'absence d'adhésion. Il est paradoxal que l'avis selon lequel le projet d'accord était incompatible avec les traités laisse l'Union dans une position pire que celle qui aurait résulté de l'entrée en vigueur de l'accord.

4.1. L'Union devant la Cour EDH par l'intermédiaire de ses États membres

Il est vrai que tant que l'Union ne sera pas partie à la Convention, elle ne pourra faire l'objet de requêtes individuelles et les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme n'auront pas force de droit à son égard. Ceci ne signifie pas pour autant que le droit de l'Union soit totalement à l'abri de la censure de Strasbourg. Selon une pratique désormais bien établie, les particuliers pourront soulever, devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'inconventionnalité des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union. Les actes et comportements de l'Union qui ne donnent pas lieu à mise en œuvre par les États pourraient bénéficier d'une immunité puisque l'Union n'est pas partie à la Convention³⁴, mais pour les autres qui représentent la plus grande partie, la jurisprudence *Bosphorus* continuera à s'appliquer. Elle implique qu'une requête présentée contre un État membre en raison de la

³⁴ Cette immunité pourrait d'ailleurs être écartée en raison de la jurisprudence *Matthews* de la Cour EDH (arrêt du 18 février 1999) qui permet de mettre à la charge des États certains actes de l'Union dès lors qu'ils ne sont pas soumis à un contrôle juridictionnel au sein de celle-ci

mise en œuvre d'une disposition contraignante du droit de l'Union soit déclarée irrecevable dès lors que la protection des droits fondamentaux dans l'Union n'est manifestement insuffisante³⁵.

L'arrêt *Bosphorus* ne donne pas un blanc-seing à l'Union européenne. La condition d'insuffisance manifeste de protection qui conduit la Cour européenne à écarter la présomption d'équivalence s'apprécie au cas par cas et rien n'empêche la Cour de Strasbourg de se montrer sur ce point plus exigeante qu'elle ne l'a été auparavant. Dans son discours prononcé lors de la rentrée judiciaire 2015, le Président de la Cour réaffirmait que, malgré l'avis 2/13, la Cour continuerait à exercer son contrôle : « Pour ma part, ce qui m'importe, c'est qu'il n'y ait pas de vide juridique dans la protection des droits de l'homme sur le territoire de la Convention, que la violation soit le fait d'un État ou d'une institution supranationale. Notre Cour continuera donc d'apprécier la conventionalité des actes des États, quelle que soit leur origine, et les États sont et resteront responsables de leurs obligations au regard de la Convention ».

En outre la portée de la jurisprudence *Bosphorus* est limitée. En effet, selon cet arrêt, elle ne joue que lorsque l'État agit « strictement » dans le cadre des obligations qui découlent du droit de l'Union, c'est-à-dire en l'absence de toute marge d'appréciation. Cette limitation est clairement mentionnée dans l'arrêt *Michaud* dans lequel la Cour EDH a écarté l'application de *Bosphorus* parce que droit de l'Union mis en œuvre était d'une directive laquelle laissait une marge de manœuvre aux États et surtout parce qu'en l'espèce le Conseil d'État n'avait pas jugé bon de faire un renvoi préjudiciel à la Cour de justice ce qui avait privé le requérant de la protection juridictionnelle effective équivalente que devrait lui accorder le droit de l'Union. Comme le confirmera la Cour par la suite, le jeu de *Bosphorus* est soumis à deux conditions : l'absence de marge d'appréciation et l'existence au sein de l'Union d'une protection juridictionnelle complète³⁶. En outre, même dans ce cas, la présomption de protection équivalente peut être écartée en cas d'insuffisance manifeste de protection.

Malgré la protection offerte par *Bosphorus*, la Cour EDH a été amenée à examiner le droit de l'Union au regard des exigences de la Convention et sur la base de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, on ne peut vraiment affirmer que les spécificités de l'Union soient protégées.

4.2. La Cour EDH et la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres

Pour appliquer les critères dégagés dans *Bosphorus*, la Cour européenne des droits de l'homme est inévitablement appelée à se prononcer sur la répartition des compétences entre l'Union et les États membres et sur le champ d'application du droit de l'Union. En effet, elle doit déterminer si l'action reprochée à l'État membre est la conséquence d'une obligation qui résulte du droit de l'Union puisque, si tel n'est pas le cas, l'exception liée à la protection

³⁵ *Bosphorus c. Irlande*, Arrêt du 30 juin 2005

³⁶ Dans l'arrêt de Grande Chambre, *Avotins c. Lettonie*, précité : « La Cour rappelle que l'application de la présomption de protection équivalente dans l'ordre juridique de l'Union européenne est soumise à deux conditions, qu'elle a formulées dans l'arrêt *Michaud* (précité) : l'absence de marge de manœuvre pour les autorités nationales et le déploiement de l'intégralité des potentialités du mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne »

équivalente ne jouera pas. On s'est souvent réjoui de l'absence de contradiction au fond entre les jurisprudences *M.S.S*³⁷. et *N.S*³⁸. à propos de l'application du règlement Dublin, mais c'est oublier que l'analyse menée par les deux juridictions repose sur des bases radicalement opposées. La Cour de Strasbourg analyse le règlement de Dublin comme accordant aux États membres un pouvoir discrétionnaire d'examiner eux-mêmes ou non une demande d'asile tandis que la Cour de justice replace cet article dans le cadre de la confiance mutuelle et leur impose d'utiliser cet article en cas de risques systémiques dans un autre État membre. La Cour européenne des droits de l'homme s'est livrée à une appréciation textuelle du règlement qui ne tient pas compte du système dans lequel l'article s'insère pour écarter l'application de *Bosphorus*. De la même manière, dans *Michaud*³⁹, au motif que le Conseil d'État n'a pas fait de renvoi préjudiciel, la Cour apprécie la compatibilité d'une mesure de transposition d'une directive avec la Convention sur un point où l'État ne disposait pas vraiment d'une marge d'appréciation.

Dans toutes ces situations, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie librement le champ d'application du droit de l'Union afin de déterminer si elle contrôlera ou non la compatibilité d'une mesure nationale de mise en œuvre. On mesure l'avantage qu'aurait pu apporter le jeu de la coresponsabilité pour préserver l'autonomie de l'Union en tant que capacité de déterminer elle-même ce qui relève de ses compétences et de celle de ses États membres.

4.3. L'absence d'implication préalable conduit la Cour EDH à se prononcer sans interprétation du droit de l'Union par la Cour de justice

L'arrêt *Michaud* montre bien que l'absence d'implication préalable de la Cour de justice dans une affaire non seulement n'empêche pas la Cour européenne de statuer, mais, bien plus, risque de la conduire à statuer au fond sur la base d'une interprétation du droit de l'Union par le juge national, interprétation qui peut être erronée.

Ce n'est pas que la Cour de Strasbourg nie l'importance du renvoi préjudiciel. Au contraire, sa jurisprudence souligne l'importance de celui-ci et considère comme une violation de la Convention le fait de ne pas motiver le refus de procéder à un renvoi préjudiciel et de ne pas y avoir recours lorsque le droit de l'Union l'impose⁴⁰. Mais, hormis les cas dans lesquels la requête est fondée sur le défaut de renvoi, cela n'empêchera pas la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle statue au fond de se fonder sur l'interprétation du droit de

³⁷ *MMS c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011

³⁸ Arrêt du 21 déc. 2011, *N.S.*, aff. C-411/10.

³⁹ Arrêt du 6 décembre 2012, *Michaud c. France* : « Ainsi, la Cour se doit de constater que, du fait de la décision du Conseil d'État de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel alors que la Cour de justice n'avait pas déjà examiné la question relative aux droits protégés par la Convention dont il était saisi, celui-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités. Au regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer », point 115

⁴⁰ *Ullens de Schooten et Rezabeck c. Belgique* (arrêt du 20 septembre 2011), voir aussi *Dhahbi c. Italie* (Arrêt du 8 avril 2014) : « les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont tenues, lorsqu'elles refusent de saisir la CJUE à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'UE soulevée devant elles, de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice. Il leur faut donc indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, ou que la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJUE, ou encore que l'application correcte du droit de l'UE s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ».

l'Union telle qu'elle résulte de jugement du tribunal national. Comme on le sait, il n'appartient pas à la Cour, qui n'est pas un troisième degré de juridiction, d'interpréter elle-même le droit national ou en l'occurrence l'interprétation nationale du droit de l'Union, mais de le prendre en tant que tel comme un fait. Il faudrait des circonstances exceptionnelles pour que la Cour écarte l'interprétation donnée par le juge national. Dans un arrêt récent, la Cour européenne des droits de l'homme interprète la directive sur les services audiovisuels et le règlement Bruxelles I alors que les juridictions nationales n'avaient pas fait usage du renvoi préjudiciel. Certes, elle fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice, mais en donne sa propre interprétation⁴¹.

Ainsi alors que le système de l'implication préalable protégeait le monopole d'interprétation de la Cour, en l'absence d'adhésion et sauf erreur manifeste d'interprétation, l'interprétation donnée par le juge national sera prise en considération. Certes, la Cour de justice pourrait s'en laver les mains puisque l'arrêt rendu à Strasbourg ne sera pas opposable à l'Union qui n'est pas partie à la procédure, mais il le sera aux États membres et à leurs juridictions ce qui est susceptible de créer des difficultés du type de celles qui se sont manifestées lors de l'exécution de l'arrêt *Matthews*⁴².

4.4. Les risques de contournement de la juridiction de la Cour de la Cour de justice en l'absence d'adhésion

Dans l'avis 2/13, la Cour de justice a estimé que le projet d'accord ne protégeait pas sa juridiction en n'excluant pas de la compétence de Strasbourg les requêtes interétatiques liées au droit de l'Union et en n'interdisant pas aux États membres d'utiliser la procédure de l'avis consultatif prévue au protocole 16 CEDH pour obtenir des avis sur des questions présentant un lien avec le droit de l'Union.

Un tel contournement est contraire à l'article 344 TFUE s'agissant des recours interétatiques et à l'obligation de renvoi préjudiciel s'agissant du protocole 16. La crainte de la Cour de justice est qu'en l'absence de prohibition dans l'accord d'adhésion, la Cour de Strasbourg accepte de tel cas. Certes les solutions retenues par la Cour EDH ne lieraient l'Union tant que celle-ci n'est pas partie à la Convention pour autant qu'il s'agisse de recours interétatiques puisque les avis donnés dans le protocole 16 n'ont pas de force contraignante, mais les arrêts rendus dans les affaires interétatiques lieraient les États membres. En cas d'adhésion sur la base du projet d'accord ou de non adhésion, la situation est pratiquement identique. L'absence d'adhésion ne modifie donc pas la situation et le remède est entre les

⁴¹ Arlewin contre Suède, arrêt du 1 mars 2016 : « The Court is thus not convinced by the Government's argument that the AV Directive determines, even for the purposes of EU law, the country of jurisdiction when an individual brings a defamation claim and wishes to sue a journalist or a broadcasting company for damages. Rather, jurisdiction under EU law is regulated by the Brussels I Regulation. According to Articles 2 and 5 of that Regulation, both the United Kingdom and Sweden appear to have jurisdiction over the present matter... Thus, while leaving open the question – in effect raised by the Government – whether a binding provision of EU law would have affected their responsibility under Article 1 of the Convention, the Court finds that the Government have not shown that Swedish jurisdiction was barred in the case due to the existence of such a provision ».

⁴² Arrêt du 18 févr. 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*. Le Royaume-Uni condamné à Strasbourg en raison de l'Acte sur les élections du Parlement au suffrage universel a tenté en vain de faire modifier cet acte afin de permettre la participation des résidents de Gibraltar aux élections européennes. Devant l'échec de ces tentatives, il a préféré courir le risque de violer le droit communautaire plutôt que la CEDH. Il a fallu une interprétation très indulgente du droit de l'Union pour laver le Royaume-Uni de son péché (CJCE (gde ch.), 12 sept. 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, C-145/04).

mains de la Commission qui dispose du pouvoir de saisir la Cour d'une procédure en manquement contre les États membres responsables.

Plus particulièrement le conflit entre l'obligation de renvoi préjudiciel et l'utilisation du protocole 16 présente certaines similitudes avec les cas dans lesquels, au niveau national, une affaire peut simultanément être traitée par une Cour constitutionnelle et, parce qu'elle entre dans le champ d'application du droit de l'Union, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel. La Cour de justice a réussi à concilier les deux possibilités en précisant que le renvoi à une juridiction constitutionnel ne saurait en aucun cas priver le juge national de son droit de saisir à tout moment la Cour de justice et d'adapter si nécessaire des mesures provisoires⁴³. Plus particulièrement, la Cour de justice a été appelée à se prononcer sur la situation particulière de l'Autriche où la Charte des droits fondamentaux a valeur constitutionnelle. Dans ce cas, il existe une concurrence entre le renvoi à la Cour constitutionnelle et le renvoi à Luxembourg à propos du même instrument et la Cour a conclu sous les mêmes conditions à la compatibilité des deux procédures⁴⁴.

4.5. La question des normes nationales plus protectrices

L'article 53 CEDH reconnaît la possibilité pour les États membres d'appliquer des normes plus protectrices que celles contenues dans la Convention. La Cour de justice craint qu'une telle disposition n'aïlle à l'encontre de sa jurisprudence tendant à préserver la primauté du droit de l'Union. Un État pourrait éventuellement s'appuyer sur la faculté reconnue par l'article 53 pour refuser d'appliquer le droit de l'Union au motif que son système constitutionnel est plus protecteur. Ainsi serait remise en cause de la jurisprudence *Melloni* selon laquelle un État ne saurait invoquer une garantie interne supérieure à celle offerte par la Charte pour s'abstenir d'appliquer le droit de l'Union. Ici encore, adhésion sur la base du projet d'accord ou non, la situation n'est pas différente. Dans la mesure où les États ne peuvent, selon le droit de l'Union revendiquer une protection supérieure si elle conduit à mettre en cause la primauté, l'adhésion ne recréerait une faculté dont ils ne disposent plus selon le droit de l'Union. que s'ils ont le pouvoir d'offrir une telle protection. Malgré tout, s'il existe un risque, l'absence d'adhésion laisse ce risque intact.

⁴³ Melki et Abdeli, Arrêt du 26 juin 2010, C-188/10 et C_189/10

⁴⁴ A contre B, arrêt du 13 septembre 2014, C-112/13 : « Le droit de l'Union et, notamment, l'article 267 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale ... selon laquelle les juridictions ordinaires statuant en appel ou en dernier ressort sont tenues, lorsqu'elles estiment qu'une loi nationale est contraire à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de saisir, pendant la procédure, la Cour constitutionnelle d'une demande d'annulation générale de la loi au lieu de se contenter de la laisser inappliquée dans le cas d'espèce, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant l'introduction d'une telle demande à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite demande, ces juridictions ordinaires d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, le droit de l'Union et, notamment, l'article 267 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une telle réglementation nationale, pour autant que lesdites juridictions ordinaires restent libres: – de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle général des lois, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, –d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et – de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

4.6. L'absence d'adhésion et la protection de la confiance mutuelle entre États membres

L'absence d'adhésion laisse le problème intact dans la mesure où la difficulté porte moins sur des questions structurelles que sur des divergences de jurisprudence entre Luxembourg et Strasbourg. Selon la Cour de justice, le principe de confiance mutuelle serait un principe constitutionnel de l'Union qui trouve notamment à s'appliquer dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Fondé sur le postulat sur lequel la protection des droits fondamentaux est satisfaisante dans tous les États membres, il implique que les États membres répondent aux demandes des autres États membres sans vérification supplémentaire sauf cas de défaillance systémique ou, selon l'avis 2/13, de circonstances exceptionnelles. Le renvoi dans le pays de première entrée des demandeurs d'asile en application du règlement Dublin, par exemple, doit être effectué sans vérification supplémentaire sauf défaillance systémique de l'accueil dans ce pays. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il est nécessaire, dans certains cas, d'effectuer un examen au cas par cas, ce qui, selon Luxembourg, rendrait le système inopérant. L'absence d'adhésion laisse subsister le problème et place les États devant une situation difficile. Il ne peut trouver une solution qu'à travers une coopération entre les deux Cours se traduisant par des inflexions jurisprudentielles.

4.7. La délicate question de la PESC

Ici encore l'absence d'adhésion laisse subsister le problème. Si l'Union avait adhéré, l'essentiel des requêtes auraient été dirigées selon le projet d'accord contre les États membres lorsqu'ils mettaient en œuvre les dispositions PESC et il aurait appartenu à l'Union de décider si elle voulait faire jouer la coresponsabilité. L'Union adhérant à la Convention pour toutes ses politiques, la Cour européenne aurait eu à connaître de requêtes relatives à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Or la compétence de la Cour de justice est limitée par les traités en ce domaine aux mesures restrictives prises à l'égard des personnes physiques et morales. Dans les autres cas, la seule voie possible pour un particulier est de s'adresser au juge national et ensuite de soumettre éventuellement le cas à la Cour EDH. Sur un plan pratique, la question essentielle n'est sans doute pas l'éventualité de décisions contraignantes de l'Union contraires aux droits fondamentaux, mais bien celle de la violation des droits de l'homme sur le terrain dans le cadre d'opérations mises en place par l'Union. Or, dans ce cas, les violations sont matériellement commises par des personnels mis à disposition par les États membres. Il est donc vraisemblable que la Cour EDH se reconnaitra compétente. En effet, bien qu'applicable aux résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies, la jurisprudence *Al-Dlimi et Montana Management inc.*⁴⁵ est transposable au cas de mise en œuvre de la PESC par les États membres. En outre, comme les décisions sont prises à l'unanimité et qu'il n'existe pas de possibilité de contrôle juridictionnel au sein de l'Union, la responsabilité des États pourrait être établie sur la base de l'arrêt de la Cour EDH *Matthews*⁴⁶.

⁴⁵ Arrêt du 26 novembre 2013, l'affaire est pendante devant la Grande chambre

⁴⁶ Arrêt du 6 février 1999

4.8. Conclusion

En conclusion, la situation actuelle n'est guère profitable à l'Union et d'ailleurs si elle l'avait été aurait-on inséré l'obligation d'adhérer dans les traités ? Elle ne l'est pas pour l'Union puisque les États membres peuvent être attirés devant la Cour pour l'application du droit de l'Union sans que cette dernière se voie reconnaître le statut de partie. Elle n'est autorisée qu'à présenter des observations, même si en pratique, lorsque le défendeur le souhaite, elles sont concertées avec lui. La Cour européenne ne pourra en l'absence d'implication préalable de la Cour de justice se prononcer que sur l'interprétation du droit de l'Union telle qu'elle résulte des arrêts rendus par les juges nationaux. D'ailleurs, en l'absence de renvoi préjudiciel, la Cour ne fera pas jouer la jurisprudence *Bosphorus* si la Cour de Justice n'a pas déjà été appelée à statuer sur la même affaire. En l'absence du mécanisme de coresponsabilité, il appartient à la Cour lorsqu'il ne s'agit pas d'un règlement, d'apprécier elle-même la marge d'appréciation laissée aux États membres par le droit de l'Union dans le cadre de la mise en œuvre de celui ou de statuer sur la répartition des compétences. Ainsi, en refusant les garanties offertes par l'accord d'adhésion sur ces points, la Cour place l'Union dans une position de vulnérabilité plus grande qu'elle ne l'aurait été en cas d'adhésion. Bien entendu, la réponse à cette critique est que l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme ne vise que les États membres et reste inopposable à l'Union. Mais, ce faisant, en cas de condamnation, les États membres sont placés dans une situation inextricable puisqu'ils doivent soit exécuter l'arrêt et violer le droit de l'Union, soit respecter le droit de l'Union et violer la Convention. L'expérience de l'arrêt *Matthews* a été significative à cet égard puisqu'après avoir tenté de faire modifier le droit de l'Union, le Royaume-Uni s'est vu contraint d'adopter une solution unilatérale que la Cour a fini par valider au prix d'une argumentation de circonstance. Enfin, du point de vue des particuliers, leur position était facilitée par l'accord d'adhésion puisque les conditions de recevabilité étaient simplifiées par le jeu de la coresponsabilité qui leur évitait de se livrer à des analyses complexes pour déterminer s'il valait mieux attaquer l'Union et un État membre. Sans adhésion, ils devront se livrer à une étude approfondie de la situation pour savoir si, au regard de la jurisprudence *Bosphorus*, leur affaire sera déclarée recevable. Après tout, la fonction du système est avant tout l'efficacité de la protection judiciaire et il est difficile de prétendre que le maintien de la situation actuelle facilitera la vie du justiciable.

5. LES SOLUTIONS POSSIBLES

L'article 6 imposant à l'Union l'obligation d'adhérer à la Convention, il semble qu'il n'existe d'autre choix que de poursuivre les négociations après une nécessaire période de réflexion. Les arguments politiques en faveur de l'adhésion sont toujours d'actualité. L'absence d'adhésion donne naissance à un double standard entre les États européens membres ou non de l'Union et l'Union elle-même. L'appartenance à une même communauté dont tous les membres sont liés par les règles communes de la CEDH renforce la position de l'Union dans les discussions sur l'État de droit surtout à un moment où plus que jamais certaines valeurs communes sont contestées. Sur le plan juridique, l'adhésion ferait disparaître la tension entre les obligations des États membres à l'égard de la Convention et celles à l'égard de l'Union, tension susceptible de donner naissance à de potentiels conflits qui fragilisent la mise en œuvre du droit de l'Union.

Pour résoudre la situation née de l'avis, on a parfois émis l'idée de procéder à une révision des traités et notamment d'abroger le protocole n°8. Cette idée se heurte à de sérieux obstacles. Outre la résistance des États membres à l'idée ouvrir une procédure de révision et le fait que la force des convictions quant à l'adhésion varie selon les États, la disparition du protocole ne résoudrait pas le problème puisque son contenu ne fait que reprendre pour l'essentiel des principes qui résultent des traités et de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Il est plus sage d'aborder les objections de la Cour de justice une par une et de trouver pour chacune une solution appropriée. Cependant, il ne faut pas se dissimuler que la situation est délicate. Sur certains points, des solutions sont possibles à condition qu'elles soient acceptées par les parties à la Convention non membres de l'Union européenne, ce qui n'est pas évident. En outre, les réserves générales à la Convention ne sont pas possibles. La solution devrait constituer en une démarche par étape en abordant d'abord les questions les plus aisées tout en laissant au temps et aux éventuelles évolutions jurisprudentielles le soin de faire leur œuvre.

Dans ces conditions, il paraît utile d'apporter des réponses spécifiques à chacun des points soulevés par la Cour de justice. Sur chacun d'entre eux, il n'existe pas toujours de réponse unique, mais un certain nombre d'options dont la faisabilité dépend certes de l'analyse de la Cour de justice, mais aussi de la position des parties à la Convention qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe. La négociation sera sans doute difficile, car certains États membres du Conseil de l'Europe se sont montrés réticents lors des négociations du projet d'accord à reconnaître les spécificités de l'Union européenne. Toute modification devra être justifiée et il devra être établi qu'elle a pour seul objet de permettre sans restriction le contrôle de la conformité des actes et actions de l'Union à la Convention sans modifier la situation de ces États à l'égard de la Convention et de l'Union.

Enfin, si le nouvel accord devait être à nouveau soumis à l'examen de la Cour de justice, il serait important qu'il soit accompagné des modalités internes relatives à la coresponsabilité et à l'implication préalable de telle sorte que la Cour puisse avoir une vue globale de la position de l'Union à l'égard de la Convention.

5.1. En ce qui concerne la coresponsabilité

Le reproche formulé par Cour de justice porte sur le fait que l'acceptation d'une demande de coresponsabilité dépend de la Cour EDH et que cette Cour peut mettre fin au jeu de la coresponsabilité en Cour d'examen en décidant de ne statuer qu'à l'encontre de l'État membre ou de l'Union. Dans ces hypothèses, la Cour EDH se fait juge de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres.

Pour répondre à la critique de la Cour, il suffit de modifier sur ce point le projet d'accord afin de supprimer les éléments contestés. Il est en effet possible de supprimer le pouvoir d'opposition de la Cour EDH en matière de coresponsabilité. La mise en œuvre de celle-ci deviendrait de droit sur demande de l'Union ou d'un État membre. Dans la mesure où l'intervention de la Cour était limitée à une vérification *prima facie* de l'existence d'un lien avec le droit de l'Union, on peut également présumer que si les États ou l'Union actionnent la coresponsabilité, c'est bien parce qu'ils ont estimé à l'issue d'un débat interne à l'Union qu'un tel lien existe. De la même manière, le pouvoir de la Cour européenne de décider, lorsque la coresponsabilité joue, de la fin de celle-ci en cours d'instance pourrait disparaître sans grande difficulté. Bien sûr, une telle solution requiert l'accord de toutes les parties à la Convention, mais, si celles-ci tiennent à l'adhésion, ce changement qui n'a aucune conséquence pour elles devrait être acceptable.

En résumé, si la Cour EDH estime qu'une affaire a un lien avec le droit de l'Union, elle pourra proposer la mise en jeu de la coresponsabilité, mais il appartiendra à l'Union et à l'État membre d'en décider. Si l'Union et un État membre de décident de mettre en œuvre la coresponsabilité, celle-ci sera de droit. En cas de violation de la Convention, les coresponsables seront condamnés solidairement et il appartiendra à l'Union seule de décider selon ses procédures internes de décider de l'exécution de l'arrêt sous le contrôle de la Cour de justice. On pourrait également prévoir que si, pendant l'examen d'une requête, la Cour de justice saisie dans le cadre de l'implication préalable ou d'une autre manière, ne déce pas de lien entre la mesure nationale contestée et le droit de l'Union, la coresponsabilité puisse prendre fin.

Pour répondre à une autre objection de la Cour, il convient de préciser que si un État membre a fait une réserve compatible avec la la Convention, la requête devra être jugée irrecevable en ce qui le concerne⁴⁷

5.2. Sur l'implication préalable

La Cour avait deux objections essentielles. La première concernait l'absence d'un système d'information sur les requêtes. Il est aisé de prévoir dans le futur accord l'information de l'Union. La seconde portait sur la limitation par le rapport explicatif de l'implication préalable au seul cas d'appréciation de validité du droit de l'Union en excluant l'interprétation de celui-ci. Il n'est pas difficile de modifier le rapport sur ce point. Enfin, il serait sans doute utile de préciser dans le futur accord que'ici la solution est plus simple encore. Puisque l'obstacle résulte de la rédaction du rapport explicatif qui ne mentionne pas l'implication préalable

⁴⁷ Voir sur les réserves, Cour EDH, décision du 23 octobre 2001, Oksana Kozlova et Tatjana Smirnova contre la Lettonie, requête n° 57381/00

lorsqu'une question d'interprétation est en cause, il devrait être aisé de modifier ce rapport. Enfin, il serait utile de préciser qu'il appartient seulement à la Cour de justice de se prononcer sur le point de savoir si une question a été tranchée auparavant et de décider de la mise en œuvre de l'implication préalable.

5.3. Quant au protocole 16 et au respect de l'article 344 TFUE

Dans les deux cas, le problème est de même nature. Il s'agit d'éviter que les États membres ne contournent les voies imposées par les traités en s'adressant à Strasbourg plutôt qu'à Luxembourg.

5.4. Le protocole n°16

S'agissant du protocole n°16 qui institue la procédure de l'avis consultatif, ne pourrait-on concevoir une déclaration des États réunis au sein du Conseil européen, constituant un accord en forme simplifiée entre les États membres, dans laquelle ceux-ci s'engageraient à ne pas utiliser l'usage dudit protocole pour toute question en lien avec le droit de l'Union. Dans la mesure où l'Union n'est pas partie au protocole, il est logique que la question soit réglée par les États membres eux-mêmes. Il convient également d'exclure l'implication préalable de la Cour de justice dans la procédure consultative, car celle-ci contournerait également l'obligation du renvoi préjudiciel.

Il n'est pas certain qu'une telle solution soit acceptable par la Cour de justice parce qu'elle n'empêcherait pas la Cour EDH de statuer malgré tout dans la mesure où le protocole ne contient pas de disposition en ce sens. Dans ce cas, il conviendrait d'ajouter au projet d'accord une disposition excluant le recours à la procédure de l'avis consultatif pour les questions ayant un lien avec le droit matériel de l'Union. Pour éviter que la Cour EDH ne soit amenée à statuer sur le champ d'application du droit de l'Union, une procédure devrait être instituée qui reposerait sur une notification à l'Union des demandes d'avis émanant d'États membres ; Il appartiendrait alors à l'Union de vérifier si ces demandes ont un lien avec le droit de l'Union et, dans ce cas, d'en informer la Cour EDH laquelle renoncerait à statuer.

5.5. L'article 344 TFUE et l'article 33 CEDH

Les réserves portent sur le risque de contournement de l'article 344 TFUE par l'utilisation de l'article 33 CEDH (recours interétatiques). Mais l'adhésion complique la situation. Le risque ne porte pas seulement sur les recours entre États membres, mais aussi, après l'adhésion, sur le cas dans lequel un État membre formerait un recours contre l'Union sur la base de l'article 33 CEDH.

Ici encore une déclaration des États membres annexée à l'accord et qui rappellerait les obligations de l'article 344 TFUE et exclurait tout recours d'un État membres contre l'Union est envisageable. Mais il est possible que la Cour considère que le système n'est pas étanche. Dans ces conditions, la solution est d'opter une solution comparable à celle envisagée pour

le protocole n°16. Le nouvel accord devrait exclure tout recours entre États membres en relation avec le droit matériel de l'Union. Au cas où une requête interétatique entre État membre serait introduite, l'Union devrait être informée et déterminer selon ses procédures internes si cette requête est en lien avec le droit de l'Union. Si tel est le cas, la Cour EDH devrait déclarer la requête irrecevable. Dans le cas où l'affaire donnerait lieu à une procédure d'infraction au sein de l'Union, la Cour EDH devrait attendre pour statuer le résultat de la procédure. Enfin, les requêtes présentées par un État membre contre l'Union devraient être exclues puisqu'elles sont nécessairement en rapport avec le droit de l'Union. Dans la mesure où le protocole n°16 CEDH est optionnel et où la prohibition des requêtes interétatiques ne s'appliquerait pas aux États tiers lorsqu'ils voudraient agir contre les États membres de l'Union ou contre celle-ci, ceux-ci n'y verraient sans doute pas d'inconvénients.

5.6. Quant à la possibilité d'appliquer des normes nationales plus protectrices

Il s'agit ici de préserver la primauté du droit de l'Union en évitant que la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaisse la possibilité de mettre en cause celle-ci sur la base de l'article 53 CEDH. Il convient donc d'éviter que la Cour EDH sanctionne l'Union pour avoir empêché un État membre d'appliquer une norme nationale plus protectrice que la Charte dans une hypothèse de type *Melloni*. On a vu que le problème ne revêtait une consistance réelle puisque, en application du droit de l'union tel qu'interprété par la Cour de justice, les États membres ne peuvent maintenir de normes plus protectrices faisant obstacle à la primauté dans le champ d'application du droit de l'Union. Faut-il sur ce point introduire une disposition spécifique dans le projet d'accord ou ne serait-il pas préférable d'annexer à l'accord, une déclaration de l'Union et de ses États membres indiquant que l'article 33 CEDH ne doit s'appliquer qu'en conformité avec le droit de l'Union ? La dernière solution est sans doute la plus sûre. Elle préciserait que l'article 53 ne trouve à s'appliquer dans les relations entre l'Union et ses États membres que si les normes supérieures invoquées par les États membres le sont en conformité avec le droit de l'Union et notamment l'article 53 de la Charte tel qu'interprété par la Cour de justice. Il faut rappeler que, dans son avis, la Cour de justice insiste seulement sur la mise en place d'une coordination entre l'article 53 de la Charte et la Convention.

5.7. Garantir la confiance mutuelle

Il s'agit sans doute d'une des questions les plus délicates parce qu'elle ne porte pas sur des aspects structurels ou institutionnels, mais sur une divergence de jurisprudence. On a vu que cette divergence tenait Mais elle tient à la différence entre les missions des deux Cours, la Cour EDH étant tenue d'examiner au fond un grief soulevé par une victime tandis que la Cour de justice n'est pas appelée à se prononcer sur les faits d'une espèce, mais à interpréter le droit de l'Union au regard des droits fondamentaux au bénéfice d'une juridiction nationale. Strasbourg donne une réponse concrète à un cas précis tandis que Luxembourg donne une réponse abstraite à une question d'interprétation à l'occasion d'une affaire traitée par un juge national. En outre, il s'agit pour l'essentiel d'une situation liée à l'asile ou au mandat d'arrêt européen. Il n'est pas interdit d'espérer que le dialogue entre les deux Cours ne conduise à un rapprochement des positions. Dans le cadre de la coopération judiciaire, la Cour EDH n'a pas vu d'obstacle à la reconnaissance et à l'application par un État d'un jugement rendu dans un autre État membre dès lors que le requérant avait bénéficié de l'ensemble des garanties

juridictionnelles dans cet État⁴⁸. S'agissant de l'asile, le problème est né de l'optique différente avec laquelle les deux Cours ont abordé la question. D'ailleurs, la situation a évolué depuis l'arrêt *N.S.* Alors que la Cour de justice subordonnait la levée de la confiance mutuelle à l'existence d'une défaillance systémique, elle n'évoque plus dans l'avis 2/13 que des cas exceptionnels. Dans un arrêt récent rendu à propos de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, la Cour de justice rappelle sa jurisprudence sur les circonstances exceptionnelles, mais elle souligne qu'en présence d'informations témoignant de l'existence de défaillances nationales dans la protection des droits fondamentaux souligne que la juridiction nationale doit vérifier s'il existe un risque concret de violation de l'article 4 de la Charte (traitements inhumains et dégradants) pour la personne concernée⁴⁹. De son côté, dans l'arrêt *Tarakhel*, la Cour européenne des droits de l'homme soulignait bien la situation spécifique des requérant qui étaient des personnes particulièrement vulnérables aux besoins desquels le système national ne pouvait satisfaire. Dans son arrêt récent dans l'affaire *Avotins contre Lettonie*, la Cour EDH reconnaît sans ambiguïté l'importance de la reconnaissance mutuelle comme moyen d'assurer l'efficacité du fonctionnement d'espace de liberté, de sécurité et de justice et affirme qu'elle a le souci de respecter les exigences de la coopération internationale en ce domaine. Mais elle estime aussi que l'automatisme de la reconnaissance n'est pas totale et que lorsque le juge national est saisi d'allégations sérieuses de violation de la Convention, il doit exercer un contrôle proportionné à l'importance de ces allégations. Le devoir du juge national se limite cependant à éviter une insuffisance manifeste de protection des droits garantis par la Convention⁵⁰. Le fossé entre les deux Cours est moins profond que l'on ne

⁴⁸ Voir Povse, Décision du 18 juin 2013.

⁴⁹ Arrêt du 5 avril 2016, *Aranyosi et Caldaru*, C-404/15 et C-659/15 PPU, EU :EC :C :2016 :198 : « Les articles 1^{er}, paragraphe 3, 5 et 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doivent être interprétés en ce sens que, en présence d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, l'autorité judiciaire d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée par un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine privative de liberté courra, en raison des conditions de sa détention dans cet État membre, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en cas de remise audit État membre. À cette fin, elle doit demander la fourniture d'informations complémentaires à l'autorité judiciaire d'émission, laquelle, après avoir, au besoin, requis l'assistance de l'autorité centrale ou de l'une des autorités centrales de l'État membre d'émission, au sens de l'article 7 de ladite décision-cadre, doit communiquer ces informations dans le délai fixé dans une telle demande. L'autorité judiciaire d'exécution doit reporter sa décision sur la remise de la personne concernée jusqu'à ce qu'elle obtienne les informations complémentaires lui permettant d'écarter l'existence d'un tel risque. Si l'existence de ce risque ne peut pas être écartée dans un délai raisonnable, cette autorité doit décider s'il y a lieu de mettre fin à la procédure de remise ».

⁵⁰ « La Cour est consciente de l'importance des mécanismes de reconnaissance mutuelle pour la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice visé à l'article 67 du TFUE, et de la confiance mutuelle qu'ils nécessitent. Comme l'indiquent les articles 81 § 1 et 82 § 1 du TFUE, la reconnaissance mutuelle des décisions de justice sert notamment à faciliter une coopération judiciaire efficace dans les domaines civil et pénal. Ainsi, elle estime entièrement légitimes au regard de la Convention, dans leur principe, la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice en Europe et l'adoption des moyens nécessaires à cette fin. ... En revanche, les modalités de la création de cet espace ne peuvent se heurter aux droits fondamentaux des personnes concernées par les mécanismes ainsi mis en place – cette limite est d'ailleurs confirmée par l'article 67 § 1 du TFUE. Or il apparaît que l'objectif d'efficacité poursuivi par certaines de ces modalités conduit à encadrer strictement le contrôle du respect des droits fondamentaux, voire à le limiter. Ainsi, la CJUE a récemment indiqué dans son avis [2/13](#) que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible (...), sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union » (paragraphe 49 ci-dessus). Or limiter aux seuls cas exceptionnels le contrôle par l'État requis du respect des droits fondamentaux par l'État d'origine de la décision de justice à reconnaître pourrait, dans des situations concrètes, aller à l'encontre de l'obligation qu'impose la Convention de permettre au moins au juge de l'État requis de procéder à un contrôle adapté à la gravité des allégations sérieuses de violation des droits fondamentaux dans l'État d'origine afin d'éviter une insuffisance manifeste dans la protection de ces droits. ... Par ailleurs, la Cour rappelle que lorsque les autorités internes mettent en œuvre le droit de l'Union européenne sans disposer d'un pouvoir d'appréciation à cet égard, la présomption de protection équivalente énoncée dans l'arrêt *Bosphorus* trouve à s'appliquer. Tel est le cas lorsque les mécanismes de reconnaissance mutuelle obligent le juge à présumer le respect suffisant des droits fondamentaux par un autre État membre. Le juge national

pouvait le penser au lendemain de l'avis 2/13 et un rapprochement, certes limité, s'est opéré. Dans ces conditions, une déclaration de l'Union et de ses États membres annexée à l'accord, explicitant tant la nature que l'importance du principe et invitant la Cour européenne à en tenir compte constituerait peut-être une solution adéquate d'autant plus que la Cour de justice pourrait être amenée à se prononcer dans de telles affaires par le biais de l'implication préalable.

Une autre suggestion serait d'avoir recours à une réserve à la Convention. Le recours aux réserves est cependant limité et les réserves générales sont interdites. Il appartient à la Cour EDH d'apprécier la validité des réserves dans les cas qui lui sont soumis. Selon la jurisprudence une réserve est acceptable si certaines conditions sont réunies⁵¹. Outre le fait que la réserve ne peut être générale, elle doit être formulée au moment de la ratification ou de l'adhésion, elle doit concerner une législation en vigueur au moment de la ratification et contenir un bref exposé de cette législation. Dans ces conditions, le recours à la réserve est difficile puisqu'elle devrait concerner tous les articles de la Convention à propos desquels la confiance mutuelle pourrait jouer. De plus, la législation mentionnée dans la réserve ne peut être modifiée, ce qui risque de rendre la réserve inapplicable après un certain temps. D'ailleurs, dans sa prise de position, l'avocat général Kokott avait estimé que les réserves n'étaient pas possibles⁵².

Est-il possible d'amender l'accord pour garantir le respect du principe de confiance mutuelle ? Il a été suggéré d'introduire dans l'accord un article qui confirmerait la situation existante en rendant celle-ci opposable à la Cour EDH. Cet article se lirait ainsi : « When implementing European Union law, the Member States may, under European Union law, be required to presume that fundamental rights have been observed by the other Member States. The Member States remain obliged to refuse cooperation with another Member State if there are substantial grounds for believing that such cooperation results in a serious breach of human rights and fundamental freedoms as recognized in the Convention or the protocols ».⁵³

Cette dernière solution pourrait être retenue si la solution de la déclaration jointe à l'acte final n'est pas jugée suffisamment sûre.

se voit alors privé de son pouvoir d'appréciation sur cette question, ce qui entraîne une application automatique de la présomption d'équivalence de l'arrêt *Bosphorus*. La Cour souligne qu'ainsi, de façon paradoxale, le contrôle du juge sur le respect des droits fondamentaux est doublement limité par l'effet conjugué de la présomption sur laquelle repose la reconnaissance mutuelle et de la présomption de protection équivalente de l'arrêt *Bosphorus*. ... Dans l'arrêt *Bosphorus*, la Cour a rappelé que la Convention est un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » ... En conséquence, elle doit, lorsque les conditions d'application de la présomption de protection équivalente sont réunies ... s'assurer que les dispositifs de reconnaissance mutuelle ne laissent subsister aucune lacune ou situation particulière donnant lieu à une insuffisance manifeste de la protection des droits de l'homme garantis par la Convention. Ce faisant, elle tient compte, dans un esprit de complémentarité, du mode de fonctionnement de ces dispositifs et notamment de leur objectif d'efficacité. Néanmoins, elle doit vérifier que le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas appliqué de manière automatique et mécanique ... au détriment des droits fondamentaux – droits dont la CJUE rappelle elle aussi le nécessaire respect dans ce contexte (voir, par exemple, l'arrêt *Alpha Bank Cyprus Ltd* ... <référence ajoutée par l'auteur, affaire C-519/13, arrêt du 16 septembre 2015>). Dans cet esprit, lorsque les juridictions des États qui sont à la fois partie à la Convention et membres de l'Union européenne sont appelées à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que le droit de l'Union européenne ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union.

⁵¹ *Belilos v. Switzerland*, arrêt du 29 avril 1988, paras 55 and 59

⁵² Prise de position du 13 juin 2014, points 83 et suivants

⁵³ Meijers Committee, Standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law, CM1604, Note on Mutual trust and Opinion 2/13 on accession of the European Union to the European Convention on Human Rights

5.8. La PESC, une question insoluble ?

Il serait certes envisageable d'exclure la PESC du champ couvert par l'accord par le recours à une réserve, mais il n'est pas exclu que les États parties non membres n'acceptent cette situation exceptionnelle. De plus, il est incertain qu'une telle réserve puisse être acceptée comme conforme à la Convention par la Cour de justice.

Il n'est pas actuellement politiquement envisageable que les États acceptent de modifier les traités de telle sorte que la compétence de la Cour de justice puisse être étendue à l'ensemble de la PESC. Ce point pourrait donc bloquer le processus d'adhésion pendant longtemps. Cependant une solution plus simple plus acceptable pourrait-être envisagée. Au lieu de soumettre l'ensemble des actes PESC à la Cour de justice, il sera envisageable d'étendre la compétence de la Cour de justice au seul contrôle de la conformité des actes PESC au respect des droits fondamentaux. Il suffirait d'ajouter à l'article 275, deuxième alinéa, un simple membre de phrase qui se lirait ainsi « et pour contrôler la conformité de ces actes aux droits fondamentaux ». la rédaction de cet alinéa serait alors la suivante :

« Toutefois, la Cour est compétente pour contrôler le respect de l'article 40 du traité sur l'Union européenne et se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union européenne et pour contrôler la conformité des actes adoptés sur cette base aux droits fondamentaux protégés par l'Union ».

Cet ajout pourrait être opéré lors du processus de ratification de l'accord d'adhésion et sa portée limitée pourrait peut-être assurer son acceptabilité. Sur cette base, les objections formulées par la Cour de justice dans l'avis 2/13 n'auraient plus de raison d'être

Si une telle solution n'est pas retenue, il faudra attendre que la Cour de justice apporte des précisions sur ces compétences en la matière, ce qu'elle a refusé de faire dans l'avis 2/13 malgré les appels du pied de la Commission que ce soit par la porte de la responsabilité ou par d'autres voies. Elle n'a pas cependant exclu tout contrôle en faisant référence à l'exclusion de son contrôle uniquement de « certaines » actes réservant sa future jurisprudence⁵⁴. La Cour est actuellement saisie de cette question dans l'affaire *Rosneft*⁵⁵ La Cour refuserait-elle de répondre à une question portant sur l'interprétation de la Charte à propos d'une mesure nationale de mise en œuvre d'un acte PESC. Dans ce contexte, à défaut de solutions plus imaginatives, la réponse ne pourra être trouvée que dans une évolution de la position de la Cour ou de sa jurisprudence.

⁵⁴ points 251 et 252 « Malgré l'interprétation systématique de ces dispositions effectuée par la Commission dans sa demande d'avis, et contestée par certains des États membres ayant soumis des observations à la Cour, visant en substance à définir l'étendue du contrôle juridictionnel de la Cour en la matière comme étant suffisamment large pour appréhender toutes les situations pouvant faire l'objet d'une requête devant la Cour EDH, il y a lieu de relever que la Cour n'a pas encore eu l'opportunité de préciser la portée des limitations de sa compétence résultant, en matière de PESC, desdites dispositions. Toutefois, afin de prendre position sur la présente demande d'avis, il suffit de constater que, en l'état actuel du droit de l'Union, certains actes adoptés dans le cadre de la PESC échappent au contrôle juridictionnel de la Cour ».

⁵⁵ Conclusions du 21 mai 2016, C-72/15, EU :C :2016 :381

6. CONCLUSION GÉNÉRALE

Une réflexion approfondie sur les conséquences de l'avis 2/13 est en cours au sein de l'Union, elle ne devrait pas prendre trop de temps. En effet, même si cette étude laisse certainement place à d'autres solutions, celles-ci ne sont pas en nombre indéfini. En outre, aujourd'hui en l'absence d'adhésion, la situation de l'Union au regard de la Convention est à travers la responsabilité de ses États membres malheureusement objectivement moins bonne qu'elle ne l'aurait été après une adhésion sur la base du projet d'accord imparfait aux yeux de la Cour. Les débats entrepris au sein du Conseil devraient rapidement être menés à leur terme. Le défi est double. Il s'agit de trouver des solutions juridiquement correctes, mais aussi politiquement acceptables par les États parties à la Convention non membres de l'Union ; Dans l'ensemble, les solutions proposées ne modifient la situation de ces parties à l'égard de la Convention et se limitent à adapter les mécanismes existant à la spécificité de l'Union. Aucune d'entre elles ne conduit à une impunité de l'Union à l'égard de la Convention. Le principal souci qui les anime est, dans le respect de l'autonomie de l'Union, de laisser les institutions de celle-ci, au premier rang desquelles la Cour de justice, se prononcer en premier sur le respect de la Convention sans mettre en cause le fait qu'en dernier ressort il appartiendra à la Cour EDH de déterminer la conformité des actes et des actions de l'Union et de ses États membres avec la Convention.

6.1. Résumé des solutions envisageables

- coresponsabilité : rendre le jeu de la coresponsabilité automatique à la demande l'Union ou d'un État membre et laisser ce jeu se prolonger jusqu'au jugement à moins que les parties n'en conviennent autrement. Préciser également qu'au cas où une affaire porterait sur une question qui fait l'objet d'une réserve d'un État membre, la requête devra être déclarée irrecevable concernant cet État.
- Implication préalable : mise en place d'un système d'information par la Cour EDH que les affaires à l'examen et modification du rapport explicatif pour souligner que l'implication intervient sur des questions de validité et d'interprétation. Préciser que l'implication préalable peut intervenir à l'initiative de la Cour de justice.
- Protocole n°16 : soit une déclaration des États membres indiquant que la procédure d'avis prévue par le protocole n°16 ne sera pas utilisée dans les affaires présentant un lien avec le droit de l'Union, soit introduire une disposition à cette fin dans l'accord d'adhésion
- Article 344 TFUE : des solutions identiques peuvent être envisagées : déclaration ou insertion d'une disposition spéciale.
- Normes nationales plus protectrices : introduire dans l'accord une disposition indiquant que cette faculté ne peut être invoquée par un État membre que si la norme en cause peut l'être en conformité avec le droit de l'Union
- Confiance mutuelle : soit inscrire à l'acte final de l'accord d'adhésion une déclaration de l'Union et de ses États membres soulignant l'importance de la confiance mutuelle et indiquant que l'accord est conclu en tenant compte du fait que la Cour EDH prendra sérieusement cet élément en considération, soit inscrire cet élément dans l'accord lui-même sous forme d'une nouvelle disposition
- PESC : soit réviser à minima le traité pour donner à la Cour de justice la compétence pour contrôler la conformité des actes PESC aux droits fondamentaux, soit prolonger la réflexion dans l'attente que la Cour précise les modalités de son contrôle en ce domaine.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Ingolf Pernice, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, Cahiers de droit européen, 2015 p. 47
- Florence Benoit-Rohmer, *L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? A propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice*, Revue trimestrielle de droit européen, 2016, p. 593
- Leonard F.M. Besselink, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, Verfassungblog, 23 décembre 2014
- Edouard Dubout, *Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, Cahiers de droit européen, 2015, p.73
- Andrew Duff, *EU Accession to the ECHR: What to Do Next*, Verfassungsblog, 13 mars 2015
- Daniel Halberstam, « *It's the Autonomy, Stupid !* » *A Modest Defence of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Human Rights*, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, University of Michigan, Michigan Law, <http://SSRN.COM/ABSTRACT=2567591>
- Piet Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue, Autonomy or Autarky*, Fordham Journal of International Law, 3015, P. 955
- Bruno De Witte et Sejla 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. 683
- Jean Paul Jacqué, *Pride and/or Prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice*, Cahiers de droit européen, 2015, p. 19
- Stian by Johansen, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, German Law Journal, 2015 p.169
- Christoph Krenn, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13* , German Law Journal, 2015, p.147
- Henri Labayle et de Frédéric Sudre, *L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Pavane pour une adhésion défunte ?*, Revue française de droit administratif, 2015, p.3
- Adam Łazowski & Ramses A. Wessel, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, German Law Journal, 2015, p. 180
- Tobias 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 it still desirable?*. European Constitutional Law Review, 2015, pp 239.
- Meijers Committee, Standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law ,*Note on Mutual trust and Opinion 2/13 on accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CM1604
- Walther Michl, *Thou shalt have no others courts before me*, Verfassungsblog, 15 janvier 2015

- Agoston Mohay, *Back to the Drawing Board? Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR - Case note*, Pécs Journal of International and European Law, 2015 p ;28
- Joakim Nergelius , *The accession of the EU to the European Convention on Human Rights, A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice*, Swedish Institute for European Policies Studies, SIEPS 2015:3, 60 p.
- Sonia Morano et Stelios Andreadakis, *The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Reflections, Solutions and the Way Forward*, Public Hearing on “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): Stocktaking after the ECJ’s Opinion and way forward” European Parliament’s Committee on Constitutional Affairs , 20 April 2016
- Jed Odermatt, *Jed, A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU’s Accession to the European Convention on Human Rights* (February 24, 2015). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2654633> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2654633>
- Steve Peers, *The CJEU and The EU’s accession to the ECHR, a clear and present danger to the human rights protection*, EU Law Analysis, 18 décembre 2014
- Fabrice Picod, *La Cour de justice dit non à l’adhésion de l’UE à la CEDH*, Semaine juridique n°6 du 9 février 215
- Steve Peers, *The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, German Law Journal, 274 Nicolas PETIT et Joëlle PILORGE-VRANCKEN, Avis 2/13 de la CJUE : l’obsession du contrôle ? , Revue des affaires européennes, 2014, p. 815
- Jörg Polakiewicz, *Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): stocktaking after the ECJ’s opinion and way forward*, European Parliament – Committee on Constitutional Affairs Public Hearing 20 April 2016
- Jörg Polakiewicz, *Prologue, The EU’s Accession to the European Convention on Human Rights – A Matter of Coherence and Consistency*, Fundamental Rights in the EU, Sonia Morano-Foadi et Lucy Vickers ed., Hart publishing 2015
- Jörg Polakiewicz *EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle? The draft accession agreement of 5 April 2013* (September 26, 2013).
Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2331497> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2331497>
- Athanase Popov, *L’avis 2/13 de la CJUE complique l’adhésion de l’Union européenne à la CEDH*, La Revue des droits de l’homme, février 2013, en ligne
- Martin Scheinin, *Three Mitigating Circumstances CJEU Opinion 2/13*, Verfassungsblog, 26 décembre 2014
- Louise Halleskov Storgaard, *EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR*, Human Rights Law Review p. 485

ANNEXE I : EXTRAITS DE L'AVIS 2/13

B – Sur le fond

1. Considérations liminaires

153. Avant même d'entamer l'analyse de la demande de la Commission, il importe de relever, à titre liminaire, que, à la différence de l'état du droit communautaire en vigueur à la date à laquelle la Cour a rendu son avis 2/94 (EU:C:1996:140), l'adhésion de l'Union à la CEDH dispose, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, d'une base juridique spécifique dans l'article 6TUE.
154. Cette adhésion resterait cependant caractérisée par d'importantes particularités.
155. En effet, depuis l'adoption de la CEDH, seules des entités étatiques pouvaient y être parties, ce qui explique que, à ce jour, cette convention ne lie que des États. Cela est d'ailleurs corroboré par la circonstance que, afin de permettre l'adhésion de l'Union, non seulement l'article 59 de la CEDH a été modifié, mais l'accord envisagé lui-même contient une série de modifications de cette convention pour rendre cette adhésion opérationnelle dans le cadre du système qu'elle-même établit.
156. Or, ces modifications se justifient précisément par la circonstance que, contrairement à toute autre Partie contractante, l'Union, du point de vue du droit international, ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État.
157. En effet, comme la Cour l'a itérativement constaté, les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, mais également leurs ressortissants (voir, notamment, arrêts van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23, et Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158, ainsi que avis 1/09, EU:C:2011:123, point 65).
158. Or, la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement, entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d'une adhésion à la CEDH.
159. C'est précisément en considération de cette circonstance que les traités soumettent cette adhésion au respect de diverses conditions.
160. Ainsi, tout d'abord, après avoir disposé que l'Union adhère à la CEDH, l'article 6, paragraphe 2, TUE précise d'emblée, dans sa seconde phrase, que «[c]ette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités».
161. Ensuite, le protocole n° 8 UE, qui a la même valeur juridique que les traités, prévoit notamment que l'accord d'adhésion doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union et garantir que l'adhésion n'affecte ni les compétences de l'Union, ni les attributions de ses institutions, ni la situation particulière des États membres à l'égard de la CEDH, non plus que l'article 344 TFUE.
162. Enfin, par la déclaration ad article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne a convenu que l'adhésion doit être effectuée selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union.

163. C'est à la lumière notamment de ces dispositions qu'il incombe à la Cour, dans le cadre de la mission qui lui est confiée par l'article 19, paragraphe 1, premier alinéa, TUE, de contrôler que les modalités juridiques selon lesquelles l'adhésion de l'Union à la CEDH est envisagée soient en conformité avec les prescriptions indiquées et, de manière plus générale, avec la charte constitutionnelle de base de l'Union que sont les traités (arrêt *Les Verts/Parlement*, 294/83, EU:C:1986:166, point 23).
164. Afin d'effectuer un tel contrôle, il importe de relever que, ainsi qu'il ressort des points 160 à 162 du présent avis, les conditions auxquelles les traités subordonnent l'adhésion visent, tout particulièrement, à garantir que celle-ci n'affecte pas les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit.
165. À cet égard, il convient de rappeler que, parmi ces caractéristiques figurent celles relatives à la structure constitutionnelle de l'Union, qui se reflète dans le principe d'attribution des compétences visé aux articles 4, paragraphe 1, et 5, paragraphes 1 et 2, TUE, ainsi que dans le cadre institutionnel défini aux articles 13 TUE à 19 TUE.
166. À cela s'ajoutent les caractéristiques spécifiques tenant à la nature même du droit de l'Union. En particulier, comme la Cour l'a relevé à maintes reprises, le droit de l'Union se caractérise par le fait d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres (voir, en ce sens, arrêts *Costa*, EU:C:1964:66, p. 1159 et 1160, ainsi que *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, point 3; avis 1/91, EU:C:1991:490, point 21; 1/09, EU:C:2011:123, point 65, et arrêt *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, point 59) ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes (arrêt *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, p. 23, et avis 1/09, EU:C:2011:123, point 65).
167. Ces caractéristiques essentielles du droit de l'Union ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux, lesquels sont désormais engagés, comme il est rappelé à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, TUE, dans un «processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe».
168. Une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre.
169. Figurent d'ailleurs au cœur de cette construction juridique les droits fondamentaux, tels que reconnus par la Charte – laquelle, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, TUE, a la même valeur juridique que les traités –, le respect de ces droits constituant une condition de la légalité des actes de l'Union, de sorte que ne sauraient être admises dans l'Union des mesures incompatibles avec ces mêmes droits (voir arrêts *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, point 41; *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, point 14; *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, point 73, ainsi que *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, EU:C:2008:461, points 283 et 284).
170. Or, l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union (voir, en ce sens, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, point 4, ainsi que *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, EU:C:2008:461, points 281 à 285).

171. S'agissant de la structure de l'Union, il importe de souligner que le respect de la Charte s'impose non seulement aux institutions, organes et organismes de l'Union, mais également aux États membres lorsque ces derniers mettent en œuvre le droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, points 17 à 21).
172. La poursuite des objectifs de l'Union, tels que rappelés à l'article 3 TUE, est, pour sa part, confiée à une série de dispositions fondamentales, telles que celles prévoyant la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, la citoyenneté de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la politique de concurrence. Ces dispositions, s'insérant dans le cadre d'un système propre à l'Union, sont structurées de manière à contribuer, chacune dans son domaine spécifique et avec ses caractéristiques particulières, à la réalisation du processus d'intégration qui est la raison d'être de l'Union elle-même.
173. De même, il incombe aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union. En outre, en vertu du deuxième alinéa du même paragraphe, les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union (avis 1/09, EU:C:2011:123, point 68 et jurisprudence citée).
174. Pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de cet ordre juridique, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union.
175. Dans ce cadre, il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit (avis 1/09, EU:C:2011:123, point 68 et jurisprudence citée).
176. En particulier, la clef de voute du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt van Gend & Loos, EU:C:1963:1, p. 23), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités (voir, en ce sens, avis 1/09, EU:C:2011:123, points 67 et 83).
177. C'est dès lors dans le respect de ce cadre constitutionnel, rappelé aux points 155 à 176 du présent avis, que les droits fondamentaux, tels que reconnus en particulier par la Charte, doivent être interprétés et appliqués au sein de l'Union.
2. Sur la compatibilité de l'accord envisagé avec le droit primaire de l'Union
178. Afin de prendre position sur la demande d'avis de la Commission, il importe tant de vérifier si l'accord envisagé est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union qui viennent d'être rappelées et, comme la Commission elle-même l'a souligné, à l'autonomie de ce droit dans l'interprétation et l'application des droits fondamentaux – tels que reconnus par le droit de l'Union et, notamment, par la Charte –, que d'examiner si les mécanismes institutionnels et procéduraux prévus par cet accord assurent le respect des conditions auxquelles les traités ont soumis l'adhésion de l'Union à la CEDH.
- a) Sur les caractéristiques spécifiques et l'autonomie du droit de l'Union

179. Il convient de rappeler que, conformément à l'article 6, paragraphe 3, TUE, les droits fondamentaux, tels que garantis par la CEDH, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Toutefois, en l'absence d'adhésion de l'Union à cette convention, celle-ci ne constitue pas un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union (voir, en ce sens, arrêts *Kamberaj*, C-571/10, EU:C:2012:233, point 60, et *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, point 44).
180. En revanche, du fait de l'adhésion, la CEDH, comme tout autre accord international conclu par l'Union, lierait, en vertu de l'article 216, paragraphe 2, TFUE, les institutions de l'Union et les États membres et ferait, dès lors, partie intégrante du droit de l'Union (arrêt *Haegeman*, 181/73, EU:C:1974:41, point 5; avis 1/91, EU:C:1991:490, point 37; arrêts *IATA et ELFAA*, C-344/04, EU:C:2006:10, point 36, ainsi que *Air Transport Association of America e.a.*, C-366/10, EU:C:2011:864, point 73).
181. Ainsi, l'Union, comme toute autre Partie contractante, serait soumise à un contrôle externe ayant pour objet le respect des droits et des libertés que l'Union s'engagerait à respecter conformément à l'article 1^{er} de la CEDH. Dans ce contexte, l'Union et ses institutions, y compris la Cour, seraient soumises aux mécanismes de contrôle prévus par cette convention et, en particulier, aux décisions et aux arrêts de la Cour EDH.
182. À cet égard, la Cour a certes déjà précisé qu'un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union, ce qui est d'autant plus le cas lorsque, comme en l'occurrence, la conclusion d'un tel accord est prévue par les traités eux-mêmes. En effet, la compétence de l'Union en matière de relations internationales et sa capacité à conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions (voir avis 1/91, EU:C:1991:490, points 40 et 70, ainsi que 1/09, EU:C:2011:123, point 74).
183. Toutefois, la Cour a également précisé qu'un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (voir avis 1/00, EU:C:2002:231, points 21, 23 et 26, ainsi que 1/09, EU:C:2011:123, point 76; voir également, en ce sens, arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, EU:C:2008:461, point 282).
184. En particulier, l'intervention des organes investis de compétences décisionnelles par la CEDH, telle que prévue dans l'accord envisagé, ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union (voir avis 1/91, EU:C:1991:490, points 30 à 35, ainsi que 1/00, EU:C:2002:231, point 13).
185. Or, il est certes inhérent à la notion même de contrôle externe que, d'une part, l'interprétation de la CEDH fournie par la Cour EDH lierait, en vertu du droit international, l'Union et ses institutions, y compris la Cour, et que, d'autre part, l'interprétation donnée par la Cour d'un droit reconnu par cette convention ne lierait pas les mécanismes de contrôle prévus par cette dernière et, tout particulièrement, la Cour EDH, comme il est prévu à l'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord et précisé au paragraphe 68 du projet de rapport explicatif.
186. Il ne saurait toutefois en aller de même en ce qui concerne l'interprétation que la Cour donne du droit de l'Union, y compris de la Charte. En particulier, les appréciations de

la Cour relatives au champ d'application matériel du droit de l'Union, aux fins, notamment, de déterminer si un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH.

187. À cet égard, il importe, en premier lieu, de rappeler que l'article 53 de la Charte prévoit qu'aucune disposition de celle-ci ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits fondamentaux reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union ou tous les États membres, et notamment la CEDH, ainsi que par les Constitutions de ces derniers.
188. Or, la Cour a interprété cette disposition dans le sens que l'application de standards nationaux de protection des droits fondamentaux ne doit pas compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union (arrêt Melloni, EU:C:2013:107, point 60).
189. Dans la mesure où l'article 53 de la CEDH réserve, en substance, la faculté pour les Parties contractantes de prévoir des standards de protection des droits fondamentaux plus élevés que ceux garantis par cette convention, il convient d'assurer la coordination entre cette disposition et l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour, afin que la faculté octroyée par l'article 53 de la CEDH aux États membres demeure limitée, en ce qui concerne les droits reconnus par la Charte correspondant à des droits garantis par ladite convention, à ce qui est nécessaire pour éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ainsi que la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union.
190. Or, aucune disposition de l'accord envisagé n'a été prévue pour assurer une telle coordination.
191. En deuxième lieu, il convient de rappeler que le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit (voir, en ce sens, arrêts N. S. e.a., C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, points 78 à 80, ainsi que Melloni, EU:C:2013:107, points 37 et 63).
192. Ainsi, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union.
193. Or, l'approche retenue dans le cadre de l'accord envisagé, consistant à assimiler l'Union à un État et à réserver à cette dernière un rôle en tout point identique à celui de toute autre Partie contractante, méconnaît précisément la nature intrinsèque de l'Union et, en particulier, omet de prendre en considération la circonstance que les États membres, en raison de leur appartenance à l'Union, ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet du transfert de compétences des États membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit.

194. Dans la mesure où la CEDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union.
195. Or, rien n'est prévu dans l'accord envisagé afin de prévenir une telle évolution.
196. En troisième lieu, il importe de souligner que le protocole n° 16 autorise les plus hautes juridictions des États membres à adresser à la Cour EDH des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés garantis par la CEDH ou ses protocoles, alors même que le droit de l'Union exige que, à cet effet, ces mêmes juridictions introduisent devant la Cour une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE.
197. S'il est certes vrai que l'accord envisagé ne prévoit pas l'adhésion de l'Union en tant que telle au protocole n° 16 et que celui-ci a été signé le 2 octobre 2013, c'est-à-dire après l'accord intervenu au niveau des négociateurs sur les projets d'instruments d'adhésion, à savoir le 5 avril 2013, il n'en reste pas moins que, dès lors que la CEDH ferait partie intégrante du droit de l'Union, le mécanisme instauré par ledit protocole pourrait, notamment lorsque sont en cause des droits garantis par la Charte qui correspondent à ceux reconnus par la CEDH, affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE.
198. En particulier, il n'est pas exclu qu'une demande d'avis consultatif introduite au titre du protocole n° 16 par une juridiction d'un État membre ayant adhéré à ce protocole puisse déclencher la procédure de l'implication préalable de la Cour, créant ainsi un risque de contournement de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, qui, ainsi qu'il a été rappelé au point 176 du présent avis, constitue la clef de voute du système juridictionnel institué par les traités.
199. Or, en ne prévoyant rien quant à l'articulation entre le mécanisme institué par le protocole n° 16 et la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, l'accord envisagé est susceptible de porter atteinte à l'autonomie et à l'efficacité de cette dernière.
200. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de constater que l'adhésion de l'Union à la CEDH telle que prévue par le projet d'accord est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union et à l'autonomie de ce dernier.
- b) Sur l'article 344 TFUE
201. Selon une jurisprudence constante de la Cour, un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique de l'Union dont la Cour assure le respect. Ce principe est notamment inscrit dans l'article 344 TFUE selon lequel 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 (voir, en ce sens, avis 1/91, EU:C:1991:490, point 35, et 1/00, EU:C:2002:231, points 11 et 12; arrêts Commission/Irlande, C-459/03, EU:C:2006:345, points 123 et 136, ainsi que Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, EU:C:2008:461, point 282).

202. Par ailleurs, l'obligation des États membres de recourir aux procédures relatives à la solution des différends instituées par le droit de l'Union – et, notamment, de respecter les compétences de la Cour, qui constituent un trait fondamental du système de l'Union – doit être comprise comme une manifestation spécifique de leur devoir plus général de loyauté qui découle de l'article 4, paragraphe 3, TUE (voir, en ce sens, arrêt *Commission/Irlande*, EU:C:2006:345, point 169), étant entendu que, en vertu de cette disposition, ladite obligation trouve également à s'appliquer dans les relations réciproques entre les États membres et l'Union.
203. C'est précisément au regard de ces considérations que l'article 3 du protocole n° 8 UE prévoit expressément que l'accord d'adhésion ne doit pas affecter l'article 344 TFUE.
204. Cependant, ainsi qu'il a été précisé au point 180 du présent avis, en raison de l'adhésion, la CEDH ferait partie intégrante du droit de l'Union. Par conséquent, lorsque celui-ci est en cause, la Cour est exclusivement compétente pour connaître de tout litige entre les États membres ainsi qu'entre ces derniers et l'Union au sujet du respect de cette convention.
205. Or, contrairement à la convention internationale en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Commission/Irlande* (EU:C:2006:345, points 124 et 125), laquelle prévoyait expressément que le régime de règlement des différends que comporte le droit de l'Union prime, en principe, celui établi par cette convention, la procédure de règlement des différends prévue à l'article 33 de la CEDH est susceptible de s'appliquer à toute Partie contractante et, donc, également aux litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union alors qu'est en cause le droit de l'Union.
206. À cet égard, contrairement à ce qui est soutenu dans certaines des observations ayant été soumises à la Cour dans le cadre de la présente procédure, la circonstance que l'article 5 du projet d'accord prévoit que les procédures devant la Cour ne doivent pas être considérées comme des modes de règlements des différends auxquels les Parties contractantes ont renoncé au sens de l'article 55 de la CEDH ne saurait suffire à préserver la compétence exclusive de la Cour.
207. En effet, l'article 5 du projet d'accord se limite à réduire la portée de l'obligation prévue audit article 55, mais laisse subsister la possibilité que l'Union ou les États membres saisissent la Cour EDH, au titre de l'article 33 de la CEDH, d'une demande ayant pour objet une violation alléguée de celle-ci commise, respectivement, par un État membre ou par l'Union, en liaison avec le droit de l'Union.
208. L'existence même d'une telle possibilité porte atteinte à l'exigence énoncée à l'article 344 TFUE.
209. Il en va d'autant plus ainsi que, si l'Union ou les États membres devaient effectivement porter un litige entre eux devant la Cour EDH, celle-ci se trouverait, en application de l'article 33 de la CEDH, saisie d'un tel litige.
210. Or, contrairement aux dispositions des traités régissant les différentes procédures juridictionnelles internes de l'Union, lesquelles poursuivent des objectifs qui leur sont propres, l'article 344 TFUE vise précisément à préserver le caractère exclusif des modalités de règlement de ces litiges à l'intérieur de l'Union, et notamment de la compétence juridictionnelle de la Cour à cet égard et s'oppose ainsi à tout contrôle externe antérieur ou postérieur.
211. Au demeurant, l'article 1^{er}, sous b), du protocole n° 8 UE lui-même se réfère uniquement aux mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés devant la Cour EDH par des États non membres soient dirigés correctement contre les États membres et/ou contre l'Union, selon le cas.
212. Par conséquent, le fait que les États membres ou l'Union ont la possibilité d'introduire

une requête devant la Cour EDH est susceptible en soi de porter atteinte à la finalité de l'article 344 TFUE et va, par ailleurs, à l'encontre de la nature même du droit de l'Union, qui exige, comme il a été rappelé au point 193 du présent avis, que les relations entre les États membres soient régies par ce droit, à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit.

213. Dans ces circonstances, seule une exclusion expresse de la compétence de la Cour EDH découlant de l'article 33 de la CEDH pour des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union, serait compatible avec l'article 344 TFUE.
214. Eu égard à ce qui précède, il convient de constater que l'accord envisagé est susceptible d'affecter l'article 344 TFUE.
- c) Sur le mécanisme du codéfendeur
215. Le mécanisme du codéfendeur a été introduit, ainsi qu'il ressort du paragraphe 39 du projet de rapport explicatif, afin «d'éviter toute lacune dans le système de la [CEDH] liée à la participation, à la responsabilité et à l'opposabilité», lacune qui, compte tenu des caractéristiques spécifiques de l'Union, pourrait résulter de l'adhésion de celle-ci à cette convention.
216. En outre, ce mécanisme a également pour finalité de s'assurer que, conformément à ce qui est exigé par l'article 1^{er}, sous b), du protocole n° 8 UE, les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas.
217. Cependant, ces finalités doivent être poursuivies de manière à ce qu'elles soient compatibles avec l'exigence d'assurer la préservation des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union, comme l'exige l'article 1^{er} dudit protocole.
218. Or, premièrement, l'article 3, paragraphe 5, du projet d'accord prévoit qu'une Partie contractante devient codéfenderesse soit en acceptant une invitation de la Cour EDH, soit sur décision de cette dernière à la suite d'une demande de la Partie contractante elle-même.
219. Lorsque la Cour EDH invite une Partie contractante à devenir codéfenderesse, cette invitation n'est pas contraignante, ainsi qu'il est expressément précisé au paragraphe 53 du projet de rapport explicatif.
220. Une telle absence de caractère contraignant reflète non seulement, comme l'indique ledit paragraphe 53, le fait que la requête initiale n'est pas introduite contre le codéfendeur potentiel et qu'aucune Partie contractante ne pourrait être obligée à devenir partie à l'instance dans une affaire qui n'a pas été dirigée contre elle dans la requête introductive d'instance, mais également, et surtout, le fait que l'Union et les États membres doivent rester libres d'apprécier si les conditions matérielles prévues pour la mise en œuvre du mécanisme du codéfendeur sont réunies.
221. En effet, étant donné que ces conditions tiennent, en substance, aux règles du droit de l'Union concernant la répartition des compétences entre cette dernière et ses États membres ainsi que les critères d'imputabilité d'un acte ou d'une omission pouvant constituer une violation de la CEDH, la décision sur la question de savoir si ces conditions sont remplies dans une affaire déterminée présuppose nécessairement une appréciation du droit de l'Union.
222. Si le projet d'accord tient dûment compte de ces considérations en ce qui concerne les modalités selon lesquelles la Cour EDH peut inviter une Partie contractante à devenir codéfenderesse, il n'en va pas de même dans le cas d'une demande d'une Partie contractante à cet effet.

223. En effet, comme le prévoit l'article 3, paragraphe 5, du projet d'accord, lorsque l'Union ou les États membres demandent à intervenir en tant que codéfendeurs dans une affaire devant la Cour EDH, ils doivent présenter les arguments permettant d'établir que les conditions pour leur participation à la procédure sont remplies et la Cour EDH statue sur cette demande au regard de la plausibilité de ces arguments.
224. Certes, par un tel contrôle, la Cour EDH vérifie, à la lumière desdits arguments, s'il est plausible que les conditions énoncées aux paragraphes 2 et 3 dudit article 3 sont remplies et ce contrôle ne porte pas sur le bien-fondé de ces arguments. Toutefois, il n'en demeure pas moins que, par ce contrôle, la Cour EDH serait conduite à apprécier les règles du droit de l'Union qui régissent la répartition des compétences entre cette dernière et ses États membres ainsi que les critères d'imputation des actes ou des omissions de ceux-ci, afin d'adopter une décision définitive à cet égard qui s'imposerait tant aux États membres qu'à l'Union.
225. Un tel contrôle serait susceptible d'interférer avec la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres.
226. Deuxièmement, l'article 3, paragraphe 7, du projet d'accord prévoit que, si la violation au titre de laquelle une Partie contractante est codéfenderesse dans une procédure est constatée, le défendeur et le codéfendeur sont conjointement responsables de cette violation.
227. Or, ladite disposition n'exclut pas qu'un État membre puisse être tenu pour responsable, conjointement avec l'Union, de la violation d'une disposition de la CEDH au regard de laquelle ce même État membre aurait formulé une réserve conformément à l'article 57 de cette convention.
228. Une telle conséquence dudit article 3, paragraphe 7, se heurte à l'article 2 du protocole n° 8 UE, selon lequel l'accord d'adhésion doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la CEDH et, notamment, des réserves à celle-ci.
229. Troisièmement, l'article 3, paragraphe 7, du projet d'accord prévoit, in fine, une exception à la règle générale selon laquelle le défendeur et le codéfendeur sont conjointement responsables d'une violation constatée. En effet, la Cour EDH, sur la base des arguments présentés par le défendeur et le codéfendeur, et ayant entendu la position du requérant, peut décider que seul l'un d'entre eux est tenu pour responsable de cette violation.
230. Or, une décision relative à la répartition entre l'Union et ses États membres de la responsabilité au titre d'un acte ou d'une omission ayant constitué une violation de la CEDH constatée par la Cour EDH repose elle aussi sur une appréciation des règles du droit de l'Union régissant la répartition des compétences entre cette dernière et ses États membres ainsi que l'imputabilité de cet acte ou de cette omission.
231. Par conséquent, permettre à la Cour EDH d'adopter une telle décision risquerait également de porter préjudice à la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres.
232. Cette conclusion n'est pas infirmée par la circonstance que la Cour EDH devrait statuer uniquement sur le fondement des arguments présentés par le défendeur et le codéfendeur.
233. En effet, contrairement à ce qui est soutenu par certains des États membres ayant participé à la présente procédure et par la Commission, il n'apparaît pas clairement, à la lecture de l'article 3, paragraphe 7, du projet d'accord et du paragraphe 62 du projet de rapport explicatif, que la présentation des arguments du codéfendeur et du défendeur doit être effectuée de manière conjointe.

234. En tout état de cause, même à supposer que la demande de répartition de la responsabilité soit fondée sur un accord entre le codéfendeur et le défendeur, cette circonstance ne serait pas suffisante, à elle seule, pour exclure toute atteinte à l'autonomie du droit de l'Union. En effet, la question de la répartition de la responsabilité doit être résolue uniquement en application des règles du droit de l'Union pertinentes, sous le contrôle, le cas échéant, de la Cour à laquelle appartient la compétence exclusive pour s'assurer que l'accord entre le codéfendeur et le défendeur respecte lesdites règles. Permettre à la Cour EDH d'entériner un éventuel accord entre l'Union et ses États membres sur le partage de la responsabilité reviendrait à lui permettre de se substituer à la Cour pour régler une question relevant de la compétence exclusive de celle-ci.
235. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de constater que les modalités de fonctionnement du mécanisme du codéfendeur prévues par l'accord envisagé ne garantissent pas que les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit sont préservées.
- d) Sur la procédure de l'implication préalable de la Cour
236. La nécessité de la procédure de l'implication préalable de la Cour est certes liée, comme il ressort du paragraphe 65 du projet de rapport explicatif, au respect du caractère subsidiaire qui caractérise le mécanisme de contrôle institué par la CEDH, rappelé au point 19 du présent avis. Néanmoins, il convient également de relever que cette procédure s'impose aussi pour assurer le bon fonctionnement du système juridictionnel de l'Union.
237. Dans ce contexte, la nécessité d'impliquer préalablement la Cour, dans une affaire dont est saisie la Cour EDH et dans laquelle le droit de l'Union est en cause, répond à l'exigence de préserver les compétences de l'Union et les attributions de ses institutions, notamment de la Cour, comme il est exigé par l'article 2 du protocole n° 8 UE.
238. Ainsi, à cette fin, il est nécessaire, en premier lieu, que la question de savoir si la Cour s'est déjà prononcée sur la même question de droit que celle faisant l'objet de la procédure devant la Cour EDH ne soit résolue que par l'institution compétente de l'Union, dont la décision devrait lier la Cour EDH.
239. En effet, permettre à la Cour EDH de statuer sur une telle question reviendrait à lui attribuer la compétence pour interpréter la jurisprudence de la Cour.
240. Or, ni l'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord ni les paragraphes 65 et 66 du projet de rapport explicatif ne contiennent les éléments permettant de conclure qu'une telle possibilité est exclue.
241. Par conséquent, la procédure de l'implication préalable devrait être aménagée de telle manière que, dans toute affaire pendante devant la Cour EDH, une information complète et systématique soit adressée à l'Union, afin que l'institution compétente de cette dernière soit mise en mesure d'apprécier si la Cour s'est déjà prononcée sur la question faisant l'objet d'une telle affaire et, si tel ne devait pas être le cas, d'obtenir la mise en œuvre de cette procédure.
242. En second lieu, il convient de relever que la procédure décrite à l'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord vise à permettre à la Cour d'examiner la compatibilité de la disposition du droit de l'Union concernée avec les droits en question garantis par la CEDH ou par les protocoles auxquels l'Union aurait adhéré. Le paragraphe 66 du projet de rapport explicatif précise que les termes «examiner la compatibilité de la disposition» signifient, en substance, statuer sur la validité d'une disposition du droit dérivé ou bien sur l'interprétation d'une disposition du droit primaire.

243. Il s'ensuit que l'accord envisagé exclut la possibilité de saisir la Cour afin que celle-ci se prononce sur une question d'interprétation du droit dérivé au moyen de la procédure de l'implication préalable.
244. Cependant, il convient de constater que, tout comme l'interprétation préalable du droit primaire est nécessaire afin de permettre à la Cour de se prononcer sur la conformité de ce droit avec les engagements de l'Union découlant de son adhésion à la CEDH, à cette même fin le droit dérivé devrait pouvoir faire l'objet d'une telle interprétation.
245. En effet, l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, y compris du droit dérivé, exige, en principe, une décision de la Cour lorsque cette disposition se prête à plusieurs interprétations plausibles.
246. Or, s'il n'était pas permis à la Cour de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé et si la Cour EDH, dans son examen de la conformité de ce droit avec la CEDH, devait fournir elle-même une interprétation donnée parmi celles qui sont plausibles, le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union serait assurément méconnu.
247. Par conséquent, la limitation de la portée de la procédure de l'implication préalable, en ce qui concerne le droit dérivé, aux seules questions de validité porte atteinte aux compétences de l'Union et aux attributions de la Cour en ce qu'elle ne permet pas à celle-ci de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé au regard des droits garantis par la CEDH.
248. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de constater que les modalités de fonctionnement de la procédure de l'implication préalable de la Cour prévues par l'accord envisagé ne permettent pas de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit.
- e) Sur les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC
249. Il résulte de l'article 24, paragraphe 1, second alinéa, TUE que, en ce qui concerne les dispositions des traités régissant la PESC, la Cour n'est compétente que pour contrôler le respect de l'article 40 TUE ainsi que la légalité de certaines décisions visées à l'article 275, second alinéa, TFUE.
250. Aux termes de cette dernière disposition, la Cour est notamment compétente pour se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité UE.
251. Malgré l'interprétation systématique de ces dispositions effectuée par la Commission dans sa demande d'avis, et contestée par certains des États membres ayant soumis des observations à la Cour, visant en substance à définir l'étendue du contrôle juridictionnel de la Cour en la matière comme étant suffisamment large pour appréhender toutes les situations pouvant faire l'objet d'une requête devant la Cour EDH, il y a lieu de relever que la Cour n'a pas encore eu l'opportunité de préciser la portée des limitations de sa compétence résultant, en matière de PESC, desdites dispositions.
252. Toutefois, afin de prendre position sur la présente demande d'avis, il suffit de constater que, en l'état actuel du droit de l'Union, certains actes adoptés dans le cadre de la PESC échappent au contrôle juridictionnel de la Cour.
253. Une telle situation est inhérente à l'aménagement des compétences de la Cour prévu par les traités et, en tant que telle, ne peut se justifier qu'au regard du seul droit de l'Union.

254. Toutefois, en raison de l'adhésion telle que prévue par l'accord envisagé, la Cour EDH serait habilitée à se prononcer sur la conformité avec la CEDH de certains actes, actions ou omissions intervenus dans le cadre de la PESC et, notamment, de ceux pour lesquels la Cour n'est pas compétente pour contrôler leur légalité au regard des droits fondamentaux.
255. Une telle situation reviendrait à confier le contrôle juridictionnel desdits actes, actions ou omissions de l'Union, fût-ce un contrôle limité au respect des seuls droits garantis par la CEDH, exclusivement à un organe externe à l'Union.
256. Or, la Cour a déjà eu l'occasion de constater que la compétence pour effectuer un contrôle juridictionnel d'actes, d'actions ou d'omissions de l'Union, y compris au regard des droits fondamentaux, ne saurait être attribuée exclusivement à une juridiction internationale qui se situe en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union (voir, en ce sens, avis 1/09, EU:C:2011:123, points 78, 80 et 89).
257. Par conséquent, bien que cela soit une conséquence de l'aménagement actuel des compétences de la Cour, il n'en demeure pas moins que l'accord envisagé méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'Union en matière de PESC.
258. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de constater que l'accord envisagé, en tant que:
- il est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques et à l'autonomie du droit de l'Union, dans la mesure où il n'assure pas la coordination entre l'article 53 de la CEDH et l'article 53 de la Charte, ne prévient pas le risque d'atteinte au principe de la confiance mutuelle entre les États membres dans le droit de l'Union et ne prévoit aucune articulation entre le mécanisme institué par le protocole n° 16 et la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE ;
 - il est susceptible d'affecter l'article 344 TFUE, dans la mesure où il n'exclut pas la possibilité que des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union, soient portés devant la Cour EDH ;
 - il ne prévoit pas des modalités de fonctionnement du mécanisme du codéfendeur et de la procédure de l'implication préalable de la Cour qui permettent de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit, et
 - il méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'Union en matière de PESC, dans la mesure où il confie le contrôle juridictionnel de certains de ces actes, actions ou omissions exclusivement à un organe externe à l'Union,

n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole n° 8 UE.

En conséquence, la Cour (assemblée plénière) émet l'avis suivant:

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.

Signatures.

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES






DÉPARTEMENT THÉMATIQUE

DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

Rôle

Les départements thématiques sont des unités de recherche qui fournissent des conseils spécialisés aux commissions, délégations interparlementaires et autres organes parlementaires.

Domaines

-  Affaires constitutionnelles
-  Liberté, sécurité et justice
-  Égalité des genres
-  Affaires juridiques et parlementaires
-  Pétitions

Documents

Visitez le site web du Parlement européen:
<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

SOURCE PHOTO: iStock International Inc.



ISBN 978-92-823-9813-5 (paper)
ISBN 978-92-823-9812-8 (pdf)

doi: 10.2861/321663 (paper)
doi: 10.2861/443892 (pdf)