L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH

Cour de justice de l'Union européenne (Art. 6§2 TUE et Protocole n° 8 au
TUE)

Athanase Popov

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1065>

DOI : 10.4000/revdh.1065

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

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* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 février 2015, consulté le 24 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1065> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1065>

Ce document a été généré automatiquement le 24 janvier 2022.

Tous droits réservés

L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH

Cour de justice de l'Union européenne (Art. 6§2 TUE et Protocole n° 8 au TUE)

Athanase Popov

- 1 Le 28 mars 1996, dans son avis 2/94, la CJUE avait estimé que la Communauté européenne n'était pas compétente pour conclure une convention internationale en matière de droits fondamentaux. En effet, en vertu de l'état antérieur du droit de l'Union, la Communauté n'avait pas compétence pour adhérer à la Convention EDH, car aucune disposition du traité ne conférait aux institutions communautaires le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'Homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine. Une telle modification du régime de la protection des droits de l'Homme dans la Communauté allait revêtir une envergure constitutionnelle, et donc dépasser les limites du traité. Elle ne pouvait donc être réalisée que moyennant une modification du traité.
- 2 L'argument qui vient d'être énoncé est devenu inopérant depuis que l'article 6, paragraphe 2, TUE, dispose que « l'Union adhère à la [Convention EDH]. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». Le protocole n° 8 de l'UE relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE, sur l'adhésion à la Convention EDH précise cependant que l'accord d'adhésion prévu à l'article 6, paragraphe 2, TUE, doit refléter la nécessité de « préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union ». Ceci concerne notamment les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention EDH, ainsi que les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas (article 1^{er}). L'accord visé à l'article 1^{er} doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions. Il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation

particulière des États membres à l'égard de la Convention EDH, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention EDH, conformément à son article 15, et des réserves à la Convention EDH formulées par les États membres conformément à son article 57 (article 2 du protocole n° 8).

- 3 Il ressort des dispositions précitées que l'UE doit adhérer à la Convention EDH, mais non au Conseil de l'Europe. Dans sa prise de position¹ présentée le 13 juin 2014, M^{me} l'avocat général Juliane Kokott a estimé, en assortissant sa conclusion d'un certain nombre de réserves d'interprétation, que le projet d'accord révisé portant adhésion de l'UE à la Convention EDH, présenté le 10 juin 2013, était compatible avec les traités. Alors que les observations déposées devant la Cour étaient toutes en sens contraire, l'assemblée plénière de la CJUE estime quant à elle que l'accord portant adhésion de l'UE à la Convention EDH n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE, ni avec le protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH².
- 4 La Cour EDH n'a pas tardé à réagir en estimant, dans l'édition provisoire de son rapport annuel pour 2014³, que l'ensemble des États membres et des institutions européennes s'étant déjà exprimés en faveur de la compatibilité de l'accord avec les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne, « *l'avis contraire de la [CJUE] est une grande déception* » et en rappelant que « *les premières victimes de l'avis 2/13, ce sont les citoyens qui se voient ainsi privés du droit de soumettre les actes de l'Union européenne au même contrôle du respect des droits de l'homme que celui qui s'applique à tous les États membres* »⁴.
- 5 L'avis 2/13 a déjà fait l'objet de commentaires passionnés dans la blogosphère. Les revues spécialisées consacrent d'ores et déjà des développements approfondis à son sujet⁵. Les discussions doctrinales risquent d'être enflammées, tant il est rare que la communauté des juristes se fourvoie à ce point dans ses pronostics au sujet de la position que la CJUE est susceptible d'adopter⁶. Contentons-nous d'exposer les motifs d'incompatibilité de l'avis (1°) pour ensuite démontrer qu'ils procèdent d'une interprétation littérale du projet d'accord (2°). Enfin, il sera démontré que certains de ces motifs d'incompatibilité auraient au contraire pu justifier la compatibilité du projet d'accord avec l'article 6, paragraphe 2, TUE, tout comme avec le protocole n° 8 relatif à l'article précité sur l'adhésion de l'UE à la Convention EDH (3°). La conclusion proposera un rapide parallèle entre le contrôle interne et le contrôle externe du respect des droits fondamentaux au sein de l'Union d'une part et d'autre part le dialogue entre la CJUE et les Cours constitutionnelles des États membres sur ces mêmes questions.

1°/- Les motifs d'incompatibilité de l'avis 2/13

- 6 Premièrement, la CJUE relève que « *dans la mesure où l'article 53 de la Convention EDH 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* »⁷. La CJUE souhaite qu'en cas de conflit entre les deux niveaux de protection, il

ne soit pas possible de s'appuyer sur la Convention EDH pour revendiquer l'application de dispositions offrant un niveau de protection plus élevé aux requérants.

- 7 Le deuxième motif d'incompatibilité est directement lié au premier. En effet, la CJUE a consacré, dans son arrêt *Melloni*⁸, la règle selon laquelle le niveau de protection des droits fondamentaux qui est garanti par le droit interne d'un État membre ne doit pas être supérieur à celui que garantit le droit de l'Union. Cette règle est rattachée au principe de la confiance mutuelle entre les États membres qui 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 droit⁹. La CJUE entend désormais faire respecter cette règle dans ses relations avec les autres parties à la Convention EDH, en tant que préalable indispensable à la soumission de l'Union à un contrôle externe. Or, la Cour EDH exige dans certains cas qu'un État européen vérifie le respect des droits fondamentaux par un autre État européen¹⁰.
- 8 Le troisième motif d'incompatibilité est lié à l'absence d'articulation entre le protocole n° 16 à la Convention EDH et la procédure du renvoi préjudiciel classique devant la CJUE. Aux termes de l'article 1^{er} dudit protocole, les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, peuvent adresser à la Cour EDH des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. La CJUE estime que même si l'accord envisagé ne prévoit pas l'adhésion de l'UE en tant que telle au protocole n° 16, le mécanisme instauré par celui-ci « *pourrait affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE* » notamment en raison d'un « *risque de contournement* » de cette dernière¹¹.
- 9 Le quatrième motif d'incompatibilité tient à la compétence exclusive de la CJUE en vertu de l'article 344 TFUE, aux termes duquel « *les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci* ». La CJUE relève que l'article 3 du protocole n° 8 UE prévoit expressément que l'« *accord d'adhésion ne doit pas affecter l'article 344 TFUE* », mais que l'article 5 du projet d'accord laisse subsister la possibilité que l'Union ou les États membres saisissent la Cour EDH, au titre de l'article 33 de la Convention EDH, d'une demande ayant pour objet une violation alléguée de celle-ci, commise respectivement par un État membre ou par l'Union, en lien avec le droit de l'Union. Or, l'existence même de cette possibilité porterait atteinte à l'exigence énoncée à l'article 344 TFUE¹². Selon la CJUE, les relations entre États membres ou entre ces derniers et l'Union doivent être régies par le droit de l'Union, à l'exclusion de tout autre droit.
- 10 Le cinquième motif d'incompatibilité porte sur le mécanisme du codéfendeur, introduit à l'article 3 du projet d'accord d'adhésion afin de permettre que les recours formés par les États non membres et les requêtes individuelles soient correctement dirigés contre les États membres et/ou contre l'Union européenne, comme l'exige l'article 1^{er}, sous b), du protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH¹³. La CJUE reproche à l'article 3, paragraphe 5 du projet d'accord de laisser toute demande d'accès au statut de codéfendeur de l'UE ou de ses États membres à l'appréciation de la Cour EDH. Or, 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, selon la CJUE, pour exclure toute atteinte à

l'autonomie du droit de l'Union. En effet, la question de la répartition de la responsabilité devrait être résolue uniquement en application des règles du droit de l'Union pertinentes, sous le contrôle, le cas échéant, de la CJUE à laquelle appartient la compétence exclusive pour s'assurer que l'accord entre le 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, selon la CJUE, à lui permettre de se substituer à la CJUE pour régler une question relevant de la compétence exclusive de celle-ci¹⁴.

- 11 Le sixième motif d'incompatibilité met en cause la procédure de l'« *implication préalable* ». Il s'agit du nom donné au renvoi préjudiciel permettant à la Cour EDH de saisir la CJUE de questions relatives à la compatibilité du droit de l'Union avec la Convention EDH ou les protocoles auxquels l'UE a adhéré. La mise en place de la procédure de l'implication préalable a été souhaitée par la CJUE dans son document de réflexion du 5 mai 2010. Bien que le projet d'accord ait mis en place une telle procédure, la CJUE trouve celle-ci critiquable à plusieurs égards.
- 12 Commençons par rappeler ce que la CJUE souhaitait exactement le 5 mai 2010 : « *Il importe de disposer, afin de respecter le principe de subsidiarité inhérent à la Convention et d'assurer en même temps le bon fonctionnement du système juridictionnel de l'Union, d'un mécanisme susceptible de garantir que la Cour de justice puisse être saisie, de manière effective, de la question de la validité d'un acte de l'Union avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne statue sur la conformité de cet acte avec la Convention* »¹⁵. Dès lors, en 2010, la CJUE n'a pas évoqué la nécessité qu'elle puisse être saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation d'un acte de l'Union avant que la Cour EDH ne statue sur la conformité de cet acte avec la Convention EDH. Néanmoins, le projet d'accord entend permettre à la CJUE de statuer, dans le cadre de la procédure de l'implication préalable, aussi bien sur la validité d'une disposition du droit dérivé que sur l'interprétation d'une disposition du droit primaire. Cela n'a pas été jugé suffisant dans l'avis 2/13, car « *tout comme l'interprétation préalable du droit primaire est nécessaire afin de permettre à la [CJUE] 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* »¹⁶. Par ailleurs, la CJUE exige une communication automatique de toute affaire pendante devant la Cour EDH afin de pouvoir elle-même apprécier si elle a déjà statué sur la même problématique¹⁷.
- 13 Pour finir, le septième et dernier motif d'incompatibilité concerne la possibilité ouverte par l'adhésion à la Convention EDH de confier un contrôle exclusif de la Cour EDH sur les mesures adoptées dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), alors que la compétence préjudicielle de la CJUE ne s'étend pas à cette matière. Ainsi, « *en raison de l'adhésion telle que prévue par l'accord envisagé, la Cour EDH serait habilitée à se prononcer sur la conformité avec la CEDH de certains actes, actions ou omissions intervenus dans le cadre de la PESC et, notamment, de ceux pour lesquels la Cour n'est pas compétente pour contrôler leur légalité au regard des droits fondamentaux* »¹⁸. La Cour rappelle à cet égard la position qu'elle avait précédemment adoptée dans l'avis 1/09 : « *la compétence pour effectuer un contrôle juridictionnel d'actes, d'actions ou d'omissions de l'Union, y compris au regard des droits fondamentaux, ne saurait être attribuée exclusivement à une juridiction internationale qui se situe en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union* »¹⁹. L'incompatibilité du projet de d'accord de ce chef tient donc à l'attribution

d'un contrôle *exclusif* à la Cour EDH dans le domaine de la PESC, même si cette exclusivité n'est due qu'à l'état actuel du droit de l'Union.

- 14 Enfin, l'avis 2/13 s'appuie au moins vingt fois sur l'« *autonomie* » du droit de l'Union, qu'elle entend préserver. Il s'agit d'une notion au départ doctrinale, qui n'apparaît pas dans la jurisprudence ancienne, pas plus que dans l'avis 2/94. Il peut être intéressant de se pencher sur la conceptualisation doctrinale de cette notion afin de mesurer les écarts par rapport à son application dans l'avis sous examen.

2°/- L'interprétation littérale du projet d'accord et les autres interprétations possibles

- 15 Il a déjà été souligné que l'argumentation de la Cour semble très littérale²⁰. Pour être plus précis, la seule méthode d'interprétation de l'accord est la méthode littérale, alors que la CJUE privilégie fréquemment d'autres méthodes d'interprétation. Surtout, quelques réserves d'interprétation auraient suffi, sans pour autant estimer que le projet d'accord était incompatible avec les traités. Cela aurait permis de résoudre les problèmes évoqués dans la jurisprudence ultérieure de la CJUE et de la Cour EDH, à l'instar du dialogue de juge à juge entre les Cours constitutionnelles et suprêmes des États membres de l'UE et la CJUE, tout en respectant le souhait des principaux intéressés (c'est-à-dire les États membres de l'UE) de faire en sorte que l'UE adhère à la Convention EDH. Cependant, de telles considérations pourraient être interprétées comme étant de nature politique, or nous ne souhaiterions pas nous engager dans des considérations de cette nature, mais bien plutôt nous astreindre à réfuter les motifs d'incompatibilité d'un point de vue strictement juridique.
- 16 Sur les sept motifs d'incompatibilité, seul le cinquième (sur le mécanisme du codéfendeur) ne nous paraît pas pouvoir être réfuté. Premièrement, on peut se demander pourquoi une coordination explicite entre l'article 53 de la Convention EDH et l'article 53 de la Charte est réellement nécessaire. Le comité de rédaction de la *Common Market Law Review* estime que la prétendue nécessité d'une telle coordination semble « *plutôt tirée par les cheveux* »²¹. Sans reproduire le raisonnement du comité de rédaction de ladite revue, essayons d'imaginer le problème esquissé par la CJUE : celle-ci souhaite qu'en cas de conflit entre les niveaux de protection respectifs de la Charte et de la Convention EDH, il ne soit pas possible de s'appuyer sur cette dernière pour revendiquer l'application de dispositions offrant un niveau de protection plus élevé. Or, il est difficile d'y voir un problème devant être traité dans le cadre de l'adhésion de l'UE à la Convention EDH puisque si problème il y a, celui-ci doit être traité exclusivement dans l'ordre juridique de l'UE. En effet, si un État membre de l'UE entend s'appuyer sur la Convention EDH pour accorder un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que celui qui est conféré par la Charte, le problème ne doit-il pas être résolu uniquement dans le cadre de l'UE ? Certes, en vertu de l'article 53 de la Convention EDH, une partie contractante peut prévoir un niveau de protection plus élevé que celui conféré par ladite Convention. Cependant si le fait de prévoir un tel niveau de protection est contraire au droit de l'Union, il est loisible à celle-ci d'en tirer toutes les conséquences qui s'imposent. La Cour EDH ne saurait reprocher à l'UE de vouloir s'en tenir au niveau de protection de la Charte puisqu'en cas d'implication de la CJUE, la présomption de protection équivalente de la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour EDH s'appliquera²².

- 17 Les premier et le septième motifs d'incompatibilité paraissent les plus surprenants. En effet, l'incompatibilité du projet d'accord ne découle pas nécessairement du raisonnement mis en œuvre. La règle selon laquelle le niveau de protection des droits fondamentaux qui est garanti par le droit interne d'un État membre ne doit pas être supérieur à celui que garantit le droit de l'Union n'a *a priori* aucune incidence sur les relations extérieures de l'UE. Du reste, s'il est vrai que la jurisprudence de la Cour EDH est différente de la jurisprudence de la CJUE sur le principe de la confiance mutuelle (voir *supra*), toujours est-il que si la Cour EDH exige qu'une partie contractante vérifie le respect des droits fondamentaux par une autre partie contractante, le problème ne se posera, même après l'adhésion à la Convention EDH, que devant la Cour EDH, comme c'est le cas actuellement.
- 18 Le principe de la confiance mutuelle sert d'écran empêchant d'imposer un niveau de protection maximal des droits fondamentaux au sein de l'UE, car celle-ci a hiérarchisé ses valeurs différemment : la confiance mutuelle doit l'emporter sur la protection maximale des droits fondamentaux, car celle-ci est jugée par principe satisfaisante une fois que l'adhésion d'un nouvel État membre a été approuvée²³. N'est-il pas normal que les différents ordres juridiques s'inspirent de valeurs différentes ? L'UE étant une entité politique « à finalité intégrative »²⁴, ce que le Conseil de l'Europe n'est pas, il n'y a rien de surprenant à ce que le principe de la confiance mutuelle s'applique dans un cas et non dans l'autre. La Cour EDH devra se contenter de sanctionner au cas par cas, et la CJUE pourra de son côté continuer à affirmer l'exception culturelle de l'UE. N'est-ce pas en cela que consiste le dialogue de juge à juge ? Dans vingt ou trente ans, il se peut que l'une ou l'autre juridiction revoie sa position : le juge de l'Union pourrait arriver à exporter le principe de la confiance mutuelle, ou bien le juge européen pourrait arriver à lui faire revoir sa position au terme d'une jurisprudence bien fournie. Mais était-il nécessaire d'instaurer un rapport de forces dans le projet d'accord d'adhésion (l'UE imposant sa culture juridique aux autres parties contractantes) en exportant un principe jurisprudentiel ? Il va de soi qu'il est préférable de ne pas s'engager dans cette voie.
- 19 Selon le troisième motif d'incompatibilité, le mécanisme instauré par le protocole n° 16 pourrait affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE. Or, l'avis 2/13 ne mentionne pas l'article 5 dudit protocole, qui énonce que « les avis consultatifs ne sont pas contraignants ». Il est difficile de comprendre en quoi des avis consultatifs non contraignants pourraient contourner la procédure du renvoi préjudiciel.
- 20 Le quatrième motif d'incompatibilité appelle une analyse juridique assez complexe. Bien qu'il s'attache à la lettre des textes commentés, le raisonnement de la CJUE démontre effectivement que l'article 5 du projet d'accord laisse subsister la possibilité que l'Union ou les États membres saisissent la Cour EDH, au titre de l'article 33 de la Convention EDH, d'une demande ayant pour objet une violation alléguée de celle-ci, commise respectivement par un État membre ou par l'Union, en lien avec le droit de l'Union. Or, cela ne veut pas dire que ce problème juridique soit insoluble. En effet, comme l'explique M^{me} l'avocat général Kokott dans sa prise de position, « si l'on voulait garantir que, dans les différends de droit de l'Union concernant la CEDH, les États membres de l'Union n'enfreignent ainsi la compétence exclusive de notre Cour en aucune circonstance, il faudrait inscrire dans l'accord d'adhésion envisagé, suivant l'exemple de l'article 282 de la convention des Nations unies sur le droit de la mer, une règle qui aille au-delà de l'article 5 du

projet d'accord et qui non seulement n'affecterait pas l'article 344 TFUE, mais lui accorderait la primauté sur l'article 33 de la CEDH ». En effet, « toute procédure concernant une affaire interétatique qui serait néanmoins engagée devant la Cour EDH pourrait alors être tenue en échec par une exception d'irrecevabilité »²⁵. Cependant, il n'est pas indispensable d'adopter une réglementation aussi stricte « qui, de surcroît, ne correspond à aucune pratique usuelle dans les accords internationaux »²⁶, pour garantir l'efficacité pratique de l'article 344 TFUE et préserver ainsi le monopole de la compétence de la CJUE. De surcroît, l'adoption d'une telle réglementation expresse « 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 »²⁷. M^{me} l'avocat général conclut que le projet d'accord ne crée aucun problème juridique en ce qui concerne les articles 344 TFUE et 3 du protocole n° 8 car la possibilité d'engager une procédure d'infraction contre les États membres qui portent leurs différents régis par le droit de l'Union devant d'autres juridictions que la CJUE suffit pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE²⁸.

- 21 On peut ajouter que la convention de Montego Bay, en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Commission/Irlande*²⁹³⁰, laquelle prévoyait expressément que le régime de règlement des différends que comporte le droit de l'Union primait, en principe, sur celui établi par ladite convention, a permis à la CJUE de constater que l'Irlande avait manqué à ses obligations en vertu du droit de l'Union, mais que le projet d'accord sous examen aurait permis la même constatation dans le cadre de la discussion à propos du quatrième motif d'incompatibilité. L'avantage d'une disposition expresse prévoyant que le régime de règlement des différends que comporte le droit de l'Union prime sur celui établi par la convention en cause consiste à inciter, le cas échéant, le tribunal établi par la convention à surseoir à statuer en attendant que la CJUE se prononce sur sa propre compétence. C'est ce que le tribunal arbitral constitué en vertu de l'annexe VII à la convention de Montego Bay a fait dans l'affaire *Mox Plant (Irlande c. Angleterre)*³¹. En l'absence de disposition expresse en ce sens, il est probable que deux affaires soient pendantes devant deux juridictions à propos des mêmes faits. Toujours est-il que dans les deux cas, la compatibilité du projet d'accord sous examen aurait pu être retenue.
- 22 Le cinquième motif d'incompatibilité ne prête pas le flanc à la critique, mais ce n'est pas pour autant qu'il justifiait à lui seul l'incompatibilité du projet d'accord. Une simple réserve d'interprétation aurait suffi.
- 23 En ce qui concerne l'interprétation du droit dérivé dans le cadre de la procédure de l'implication préalable, même si elle n'avait pas été exigée par la CJUE dans son document de réflexion du 5 mai 2010 (on aurait pu considérer que cela allait de soi), il est certes vrai qu'une précision en ce sens dans le projet d'accord serait à saluer, cependant l'absence d'une telle précision ne justifie pas l'incompatibilité du projet d'accord³². Pour ce qui est de la communication automatique de toute affaire pendante devant la Cour EDH, il s'agit d'un problème d'information et non d'un vice entachant le projet d'accord. En outre, une telle communication pourrait s'imposer dans la pratique en l'absence d'une disposition expresse en ce sens dans le projet d'accord.
- 24 Enfin, le septième et dernier motif d'incompatibilité est celui qui prête le plus ouvertement le flanc à la critique. En effet, le fait que la compétence préjudicielle de la CJUE soit limitée dans le domaine de la PESC n'a rien à voir avec la négociation du projet d'accord sous examen et ne pourrait dès lors être reproché aux négociateurs. C'est un problème interne à l'UE. En analysant ce problème comme un motif d'incompatibilité, la CJUE « n'obtiendra pas le but recherché puisque la PESC fera de toute

manière l'objet d'un contrôle exclusivement externe, mais sans que l'Union puisse participer à la procédure »³³.

3°/- La possibilité d'analyser certains motifs d'incompatibilité du projet d'accord comme des motifs de compatibilité avec le droit primaire

- 25 Le premier et le septième motifs d'incompatibilité auraient également pu être analysés en tant que motifs de *compatibilité* si c'est une autre méthode d'interprétation que la méthode d'interprétation littérale qui avait été suivie.
- 26 Premièrement, en ce qui concerne le « *risque* » qu'il soit accordé un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que celui qui est garanti en vertu de la Charte, telle qu'interprétée par la CJUE, celle-ci aurait pu y voir un motif de compatibilité du projet d'accord avec le droit primaire dans la mesure où ce dernier est parfois contradictoire.
- 27 Ainsi, la Charte n'a pas pour vocation de modifier les règles des traités quant à la recevabilité des recours en annulation, puisqu'elle ne fait la plupart du temps que codifier la jurisprudence antérieure. Cependant, il est bien connu que le traité sur le fonctionnement de l'UE reconnaît plus facilement la qualité pour agir des requérants institutionnels que des requérants ordinaires (le plus souvent, des personnes morales de droit privé). Or, l'article 19, paragraphe 1, deuxième phrase, TUE, énonce que « *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* ». Cette disposition n'a pas encore livré toutes ses potentialités, et il se pourrait bien que le contrôle externe opéré par la Cour EDH incite la CJUE à voir dans cette disposition autre chose qu'un rappel de l'état du droit. En effet, les États membres ne sauraient parvenir à un niveau de protection juridictionnelle « *dans les domaines couverts par le droit de l'Union* » que l'UE est elle-même incapable d'atteindre. Or, la CJUE limite l'effectivité de la protection juridictionnelle devant le juge de l'annulation de l'UE en raison des exigences des traités.
- 28 C'est la Cour EDH qui est le mieux à même de tirer la CJUE de cette impasse. Ainsi, le fait que le projet d'accord sous examen permette d'accroître l'effectivité de la protection juridictionnelle des requérants ordinaires pourrait être retenu en tant que motif de compatibilité dudit projet d'accord avec l'article 19, paragraphe 1, deuxième phrase, TUE, dans la mesure où le principe d'effectivité requiert que la protection conférée par le juge national soit équivalente à celle qu'il aurait garantie dans le cadre d'un litige ne mettant pas en cause le droit de l'Union. Or, le principe d'équivalence ne saurait fonctionner correctement si la CJUE exige de la part du juge national un niveau de protection qu'elle n'est elle-même pas en mesure de garantir.
- 29 Deuxièmement, en ce qui concerne le fait que la compétence préjudicielle de la CJUE est limitée dans le domaine de la PESC, la meilleure façon de remédier à cette anomalie consiste à approuver le contrôle externe dans ce domaine, car cela présentera au moins l'avantage de permettre l'implication de la CJUE dans le cadre de la procédure de l'implication préalable. Ainsi, la CJUE pourra contourner le caractère limité de sa compétence dans le domaine de la PESC sans avoir à attendre la modification des traités sur ce point. D'ailleurs, d'aucuns doutaient et doutent encore de l'utilité de l'adhésion

de l'UE à la Convention EDH. L'accroissement du contrôle juridictionnel n'est-il pas une bonne raison ?

*

* *

- 30 La présente analyse ne saurait s'achever sans que l'on fasse l'effort de replacer la problématique du contrôle interne et du contrôle externe dans le contexte du dialogue entre juges dans le cadre des trois types d'ordres juridiques qui se superposent : ceux des États membres de l'UE, celui de l'UE et celui des parties contractantes à la Convention EDH. Un seul et même raisonnement peut être imparable dans un ordre juridique, mais être inadapté au dialogue avec un autre ordre juridique. Tel semble être le cas dans l'avis sous examen. Même si un seul motif d'incompatibilité nous a semblé ne pas pouvoir être réfuté à propos du dialogue entre la CJUE et la Cour EDH, l'ensemble des arguments sont valables du point de vue du droit de l'Union.
- 31 Le problème se pose dans les mêmes termes dans le cadre du dialogue entre les juridictions nationales et la CJUE : encore maintenant, les Cours constitutionnelles et suprêmes n'acceptent pas l'analyse de la CJUE sur un certain nombre de points. Cependant, ces divergences sont à « *usage interne* » et ne sauraient être opposées à la CJUE, qui les sanctionne d'ailleurs régulièrement. De la même manière, s'il est normal que la CJUE ait ses propres analyses et s'appuie sur une culture juridique distincte, elle devra tôt ou tard accepter d'analyser autrement l'autonomie du droit de l'Union dans son dialogue avec la Cour EDH qu'avec les juridictions des États membres de l'UE.

*

- 32 **CJUE, Ass. Pl. 18 décembre 2014, Avis 2/13 – Communiqué de presse et Prise de position de l'avocat général Julianne Kokott**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Il s'agit de l'équivalent des « conclusions » dans ce type de procédure. Les avocats généraux présentent également des prises de position et non des conclusions dans le cadre des procédures préjudicielles d'urgence. En l'espèce, il importe de souligner que cette prise de position n'a été

publiée en ligne que le 18 décembre 2015, en même temps que l'avis, ce qui n'a pas permis à la doctrine de l'analyser préalablement à la publication de l'avis.

2. Voir dispositif de l'avis 2/13.

3. Sur le bilan annuel de la Cour européenne des droits de l'homme, v. ADL du 16 février 2015 (et sur l'adhésion de l'Union, v. en particulier le point 2°-A).

4. P. 6 de l'édition provisoire du rapport.

5. Voir, parmi les commentaires disponibles en ligne, J.P. Jacqué, « L'AVIS 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? »; Martin Scheinin, « CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances »; Leonard F.M. Besselink, « Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13 »; Sionaidh Douglas-Scott, « Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice »; Aidan O'Neill QC, « Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty »; « Editorial Comments » *Common Market Law Review* 52, 2015, pp. 1-16, en accès libre sur le site de la revue. Voir par ailleurs dans les revues juridiques, sur papier ou en accès payant, Olivia Tambou, « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme est retardée », *Dalloz actualité*, 5 janvier 2015 ; Jean-Luc Sauron, « L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne : la fin d'une idée anachronique ? », *Gazette du Palais*, 17 janvier 2015, n° 17, p. 4; Jean Paul Jancqué, « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTD Eur.* 2014, p. 823; Fabrice Picod, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. – Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *La Semaine juridique*, édition générale, n° 6, février 2015, 145.

6. Selon les clichés les plus en vogue, la CJUE serait militante, s'écarterait des traités, voudrait accélérer la construction européenne en prenant les devants par rapport au législateur, essaierait de construire une « Europe des juges », etc. Une lecture attentive de la jurisprudence de ces dix (ou vingt) dernières années est susceptible de déboucher sur une analyse beaucoup plus contrastée de la propension à statuer des juges de l'UE : la modération et la prudence auront certainement leur place dans cette analyse. Voir en ce sens Jean Paul Jacqué, « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTD Eur.* 2014 : « La Cour a choisi une interprétation littérale (...) puisqu'elle refuse d'évoquer les règles de mise en œuvre internes qui auraient pu, dans certains cas, corriger les défauts du texte. Elle 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 contraintes. **On a connu la Cour moins réservée dans le passé** » (gras ajouté), et Fabrice Picod, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. – Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *La Semaine juridique*, édition générale, n° 6, février 2015, 145 : « On ne saurait être étonné de voir les juges de la Cour de justice, pourtant réputés pour leur audace, qualifiés de 'sages du [plateau du] Kirchberg' ».

7. Point 189 de l'avis 2/13.

8. CJUE 26 février 2013 (grande chambre), Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal, aff. C-399/11.

9. Point 191 de l'avis 2/13.

10. Cour EDH, Grande Chambre, 4 novembre 2014, Tarakhel c. Suisse, n° 29217/12 – ADL du 9 décembre 2014 (L'arrêt n'est pas cité dans l'avis 2/13).

11. Points 196 à 199 de l'avis 2/13.

12. Points 201 à 208 de l'avis 2/13.

13. Point 216 de l'avis 2/13.

14. Point 234 de l'avis 2/13.

15. Conclusion du document de réflexion; gras ajoutés.

16. Point 244 de l'avis 2/13.

17. Point 241 de l'avis 2/13.

18. Point 254 de l'avis 2/13.

19. Point 256 de l'avis 2/13.

20. Voir « Editorial Comments » *Common Market Law Review* 52, 2015, p. 11.

21. *Ibid.*

22. Cf. *a contrario*, arrêt du 21 janvier 2011, *Michaud c. France*, n° 12323/11, où la Cour EDH écarte la présomption *Bosphorus* faute de renvoi préjudiciel préalable par le Conseil d'État.

23. Voir, sur ce point fondamental, *Editorial comments*: « Fundamental rights and EU membership : Do as I say, not as I do ! », *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 485-488.

24. D'après Fabrice Picod, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. – Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *La Semaine juridique*, édition générale, n° 6, février 2015, 145.

25. Point 115 de la prise de position.

26. Point 116 de la prise de position.

27. Point 117 de la prise de position.

28. Point 119 de la prise de position.

29. CJUE 30 mai 2006, C-459/03, EU:C:2006:345.

30. Voir sur cette affaire E. Neframi, « La mixité éclairée dans l'affaire 'Mox' du 30 mai 2006 : une double interaction, un tripe apport », *RDUE* 2007, pp. 687-714.

31. Voir ordonnance n° 3, disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage. Voir également A. Popov, « Ancillary claims, procedural effectiveness and avoidance of conflicting outcomes in parallel and consecutive arbitrations (...) », *Transnational Dispute Management*, Vol. 9, n° 3, avril 2012, p. 16.

32. D'autant plus qu'une partie de la doctrine a déjà estimé que l'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord semble être libellé d'une façon suffisamment large pour faire intervenir la procédure de l'implication préalable y compris à propos de l'interprétation du droit dérivé (« Editorial Comments » *Common Market Law Review* 52, 2015, p 12).

33. Jean Paul Jacqué, « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTD Eur.* 2014.

RÉSUMÉS

Par un avis rendu en date du 18 décembre 2014, en assemblée plénière, la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), saisie d'une demande d'avis par la Commission européenne, a estimé que le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH) n'était pas compatible avec les traités en adoptant ce faisant une analyse contraire à celle de Mme l'avocat général Kokott, des institutions et États membres qui ont déposé des observations devant la CJUE, ainsi que de la doctrine majoritaire. Procédant à une interprétation littérale du projet d'accord, la CJUE estime dans l'avis 2/13 que l'accord portant adhésion de l'Union européenne (UE) à la Convention EDH n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE, ni avec le protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. Outre le fait qu'il confère à l'autonomie du droit l'Union une portée maximale, l'avis 2/13 retarde et complique le processus d'adhésion de l'UE à la Convention EDH.

AUTEUR

ATHANASE POPOV

Administrateur à la CJUE et doctorant en droit de l'Union à l'Université du Luxembourg (N.B. :

L'auteur tient à préciser qu'il s'exprime à titre strictement personnel