

Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen, relations
internationales et droit comparé (ED 9)

Thèse de doctorat en droit européen soutenue le 15 novembre 2018

Thèse de doctorat / novembre 2018



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Le système européen de protection des droits fondamentaux

Tania Racho

Membres du jury :

Monsieur Claude BLUMANN (directeur de thèse)

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Florence BENOÎT-ROHMER (rapporteur)

Professeur à l'Université de Strasbourg

Monsieur Romain TINIÈRE (rapporteur)

Professeur à l'Université Grenoble-Alpes

Monsieur Fabrice PICOD (suffragant)

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Claire VIAL (suffragant)

Professeur à l'Université de Montpellier

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à adresser mes remerciements à mon directeur de thèse, le Professeur Claude Blumann, pour sa disponibilité, ses précieux conseils, sa bienveillance tout au long de ces années de doctorat. Réaliser cette thèse sous sa direction a été enrichissant et rassurant.

Je souhaite remercier les Professeurs Florence Benoît-Rohmer, Fabrice Picod, Romain Tinière et Claire Vial pour avoir accepté d'être membres de mon jury. Plus particulièrement le Professeur Fabrice Picod, Professeur de droit de l'Union européenne rencontré en troisième année de licence, qui m'a donné envie d'étudier le droit européen et d'en faire ma spécialité.

J'aimerais aussi associer à ces remerciements les Professeurs et Maîtres de conférence qui m'ont accompagné et donné l'opportunité d'enseigner : Marie-Laure Basilien-Gainche, Marjorie Beulay, Maxence Christelle, Edouard Dubout, Maria Fartunova, Lauréline Fontaine, Jean-François Hamelin, Anastasia Iliopoulou-Penot et Beligh Nabli.

Mes remerciements vont ensuite à mes collègues de thèse, devenus des amis, qui ont rendu ce travail agréable, grâce à nos échanges, aux travaux communs et à la solidarité qui a pu se créer. Je pense particulièrement à Alix, Chloé, Freya, Lamprini, Ludovic, Mehdi, Mihaela, Nicolas, Ninon, Olivier, Pauline, Séverine, Thomas, Vanessa, Vincent, et aux autres personnes rencontrées au fil des conférences ou ateliers doctoraux. Un remerciement également aux collègues-amies du ministère, Emilie, Marie et Pauline.

Je voudrais associer mes amis Agathe, Emeline, Emilie, Géraldine, Hilème, Laurence, Morgane, Marie, Marion, Pauline, Nabil, Tina, Violaine, Benoît qui m'ont soutenue et encouragée pendant toutes ces années, en se demandant parfois quand finirait ce travail.

Enfin et surtout un grand merci à ma famille et ma belle-famille pour sa patience et sa présence : maman, Alain, Monique, Philippe, Marie, Nicolas, Chloé et Matthieu. Mon conjoint Jean-Louis, sans qui je n'aurais sûrement pas pu aller jusqu'au bout et ma fille Raphaëlle, qui a regardé sa mère travailler de nombreux soirs.

Résumé (1700 caractères) :

C'est par un regard systémique que sont abordés dans cette étude les rapports entre les ordres juridiques européens, Union européenne et Conseil de l'Europe, et les ordres juridiques nationaux sur le terrain spécifique de la protection des droits fondamentaux. L'ensemble des interactions a atteint un degré de sophistication tel qu'il est devenu difficile d'organiser leur analyse. L'approche par l'identification d'un système européen de protection des droits fondamentaux permet de dégager des règles, qui se présentent comme des effets de ce systèmes pour les ordres juridiques précités. Ainsi, la présomption de protection équivalente entre les droits fondamentaux est envisagée comme un élément déclencheur, formalisant les interactions entre les ordres juridiques dans un système. Celui-ci fonctionne grâce aux principes de subsidiarité, de proportionnalité et de sécurité juridique. Ces trois principes sont les règles du système, révélées par le regard englobant du système. Dans l'ensemble, il apparaît que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme serait pertinente mais ne représente pas une étape indispensable. En revanche, il serait souhaitable d'avancer vers une harmonisation matérielle plus poussée, qui pourrait être réalisée par les juges européens. Il suffirait d'élaborer des notions européennes communes et des obligations positives identiques à la charge des États, afin d'assurer une protection effective des droits fondamentaux.

Descripteurs : Union européenne, Conseil de l'Europe, Convention européenne des droits de l'homme, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme, principes généraux du droit, ordres juridiques, droits fondamentaux, droits de l'homme

Title and Abstract (1700 characters): The European protection of fundamental rights system

The relationship between the two European legal orders, the European Union and the Council of Europe, and national legal orders is analysed through a systemic vision, on the specific field of protection of Fundamental rights. Their relation has become so intense that it is hard to organise a study about them. That is why the systemic approach helps consider those relations as a whole. The first step, that shifts the interaction between the legal orders mentioned into a system is the presumption of equivalent protection. Follows the discovery of the rules of the system, that are also an effect of this system. More precisely, the rules are the principle of subsidiarity, proportionality and legal certainty. It appears that there is no need for the European Union to accede to the European Convention of Human Rights, even if it would make the legal relation easier. However, it could be useful for the effectiveness of Fundamental Rights to deepen the substantial harmonisation between the European legal orders through the identification by the judges of European autonomous concept and common positive human rights obligations.

Keywords: European Union, Council of Europe, European Union's Charter of Fundamental rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human rights, European Court of Justice, Human rights, Fundamental rights, general principles of law, legal order

Principales abréviations

ADE	Annuaire de droit européen
ADUE	Annuaire de droit de l'Union européenne
AFDI	Annuaire français de droit international
AFRI	Annuaire français de relations internationales
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
CDE	Cahiers de droit européen
CDI	Commission du droit international
cf.	<i>Confer</i>
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice (jusqu'au 1 ^{er} décembre 2009)
CJUE	Cour de justice (à partir du 1 ^{er} décembre 2009)
CMLR	Common Market Law Review
Comité EDS	Comité européen des droits sociaux
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Directeur
<i>e.a.</i>	Et autres
éd. (ed.)	Édition
ECLR	European Constitutional Law Review
EJIL	European Journal of International Law
EJLS	European Journal of Legal Studies
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JCP	La Semaine juridique
JDE	Journal de droit européen
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes

JOCEE	Journal officiel de la Communauté européenne économique
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LPA	Les Petites Affiches
<i>Op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	Page
PESC	Politique étrangère de sécurité commune
PGD	Principes généraux du droit
Préc.	Précité
RAE	Revue des affaires européennes
RCS	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDUE	Revue du Droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil
Req.	Requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RMCUE	Revue du marché commun de l'Union européenne
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUE	Revue de l'Union européenne
Spéc.	Spécialement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
§	Paragraphe

Sommaire

INTRODUCTION	17
I. Un système	22
A. De rien au système	22
B. Du système à l'ordre juridique	26
II. Un système européen	31
III. Un système européen de protection	35
IV. Un système européen de protection des droits fondamentaux	36
A. La notion de droits fondamentaux	37
B. Droits fondamentaux, droits de l'homme, libertés fondamentales et libertés publiques	42
V. Problématique de la thèse	46
PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX	49
TITRE 1. LES CAUSES DE L'EMERGENCE DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX	51
Chapitre 1. La connexion entre deux ordres juridiques européens	52
Section 1. La complémentarité entre les deux ordres juridiques européens	52
§1. La recherche par l'Union européenne de sources de protection des droits fondamentaux	53
A. La compétence interne limitée de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux	54
1. Les « compétences » pouvoir et domaine d'action de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux	55
2. L'absence de « compétences » habilitation et politique de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux	60
B. Le rapprochement progressif de l'ordre juridique de l'Union de celui du Conseil de l'Europe	65
1. L'influence de la Convention EDH : les principes généraux du droit et la Charte des droits fondamentaux de l'Union	66
2. La consultation du Conseil de l'Europe pour les organes de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne	70
§2. L'absence des organisations internationales dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe	74
A. Le phénomène de dépassement de l'action purement étatique	74
1. Le développement des organisations internationales et de leurs pouvoirs	75
2. Des textes du Conseil de l'Europe inadaptés aux organisations internationales	78
B. Les conséquences de l'incompétence des organes de suivi du Conseil de l'Europe	80
1. L'incompétence <i>ratione personae</i> et <i>ratione materiae</i>	81
2. L'irresponsabilité des États pour des potentielles violations par des organisations internationales	84

Section 2. La connexion établie entre les deux ordres juridiques européens : l'émergence du système	88
§1. La connexion judiciaire : l'application durable de la présomption de protection équivalente	88
A. Les fondements de la présomption de protection équivalente	89
1. Une équivalence matérielle logique à l'exception des droits sociaux	90
2. Une équivalence procédurale contestable et contestée	94
B. Les limites de la présomption de protection équivalente	98
1. Le renversement de la présomption par la preuve d'une insuffisance manifeste	99
2. L'inapplicabilité de la présomption : le retour à la responsabilité des États	102
§2. La connexion politique : la difficile adhésion de l'Union à la Convention EDH	106
A. Les difficultés politiques : assumer le choix de l'adhésion	106
1. L'acceptation politique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH	106
2. La détermination des « règles internes » de l'Union européenne	110
B. La politique jurisprudentielle de la Cour : de l'avis 2/94 à l'avis 2/13	114
1. Une politique jurisprudentielle conservatrice : les points communs entre les avis	115
2. Une politique jurisprudentielle évolutive : les divergences entre les avis	120
Conclusion de Chapitre	124
Chapitre 2. La convergence jurisprudentielle dans la protection des droits fondamentaux	125
Section 1. Les techniques prétorienne permettant de soutenir une convergence	126
§1. L'encadrement souple des juges européens	127
A. L'évolution de la Cour EDH : l'interprétation téléologique et les opinions séparées des juges	128
1. Le dépassement du cadre textuel grâce à la mobilisation de méthodes d'interprétation	128
2. La libération du cadre textuel par la mobilisation d'opinions séparées	132
B. L'évolution de la Cour de justice : l'interprétation téléologique et les conclusions des avocats généraux	134
1. L'élargissement des domaines d'action de la Cour de justice : dépassement du seul contexte économique	135
2. L'audace et l'utilité de l'avocat général	139
§2. L'émancipation des juges européens en matière de protection des droits fondamentaux	142
A. L'émancipation limitée de la Cour de justice à l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne	142
1. La protection accrue par la Cour de justice des droits fondamentaux dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice	143
2. L'absence d'émancipation en matière de droits sociaux fondamentaux	146
B. L'émancipation de la Cour européenne des droits de l'homme grâce aux autres conventions du Conseil de l'Europe	151
1. L'émancipation de la Cour EDH par la Charte sociale européenne	151
2. Les conventions du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour EDH	154
Section 2. La politique jurisprudentielle convergente des juges européens	158
§1. L'absence de désaccord majeur entre les juges européens	160
A. La difficile convergence jurisprudentielle : droits procéduraux et politique étrangère et de sécurité commune	162
1. Une convergence jurisprudentielle superficielle quant aux droits de la défense	162
2. Une convergence complexe à constater en matière de PESC	166
B. Une convergence visible : le principe de non-discrimination et l'ELSJ	169
1. Une convergence jurisprudentielle avérée autour du principe général de non-discrimination	170
2. Une convergence progressive dans l'ELSJ	174

§2. L'utilisation en baisse des principes généraux du droit de l'Union européenne comme technique de conciliation	178
A. L'utilité des principes généraux du droit comme instrument de convergence	178
1. La fonction de réception de la Convention EDH	179
2. La fonction d'autonomisation du droit de l'Union européenne	181
B. La dangereuse disparition des principes généraux du droit de l'Union européenne	183
1. Des principes généraux du droit à la Charte des droits fondamentaux	183
2. Des principes généraux du droit aux principes fondamentaux	186
Conclusion de Chapitre	190
Conclusion de Titre	191
TITRE 2. LES OBSTACLES A L'IDENTIFICATION DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX	192
Chapitre 1. L'asymétrie territoriale entre les deux ordres juridiques européens	193
Section 1 : Un système européen de protection des droits fondamentaux au contour territorial incertain	195
§1. La base territoriale au sens de la Cour EDH	196
A. L'approche <i>in abstracto</i> du territoire	196
1. Les restrictions irrecevables : les réserves et les déclarations territoriales	197
2. Les restrictions recevables : les nécessités locales des territoires d'outre-mer	200
B. L'approche <i>in concreto</i> du territoire	203
1. L'existence d'un lien juridictionnel	203
2. La juridiction-pouvoir au sens de la Cour EDH	205
§2. La base territoriale de l'Union européenne	208
A. La détermination du territoire de l'Union <i>stricto sensu</i>	208
1. La méthode de différenciation dans l'Union européenne et ses conséquences territoriales	209
2. La possibilité d'une extension territoriale : les PTOM et les RUP	211
B. La dimension externe des politiques internes et leur impact en matière de droits fondamentaux	215
1. Les applications externes de certaines règles relatives aux politiques internes	215
2. Les applications externes des règles de l'espace de liberté, de sécurité et de justice	217
Section 2 : Les potentialités extraterritoriales du système européen de protection des droits fondamentaux	220
§1. L'extraterritorialité dans la Convention EDH	221
A. L'extraterritorialité dans les relations internationales pacifiques	221
1. L'exercice extraterritorial du pouvoir étatique par des agents ou sur des bâtiments	221
2. L'effet extraterritorial des décisions d'extradition ou d'expulsion	223
B. L'extraterritorialité dans les relations internationales conflictuelles	226
1. La Cour EDH face aux opérations militaires extraterritoriales	226
2. L'évolution jurisprudentielle de la Cour EDH concernant les opérations militaires communes	228
§2. L'extraterritorialité dans l'Union européenne : le cas de la politique étrangère et de sécurité commune	230
A. La protection des droits fondamentaux dans l'action extérieure de l'Union européenne	231
1. Les « clauses droits de l'homme » dans les accords externes de l'Union européenne	231
2. Les mesures restrictives et le respect des droits fondamentaux	236
B. Les organes de l'action extérieure de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux	239
1. Les organes de l'Union européenne ayant des agissements externes	239
2. Les missions et opérations externes de l'Union européenne	244
Conclusion de Chapitre	249
Chapitre 2. L'importance de l'autonomie pour les deux ordres juridiques européens	251

Section 1. La revendication de l'autonomie institutionnelle	252
§1. Des approches différentes de l'autonomie dans chaque ordre juridique européen	253
A. La revendication limitée de l'autonomie dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe	253
1. L'ordre public européen comme affirmation principale de l'autonomie de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe	253
2. L'absence d'autonomie financière du Conseil de l'Europe	257
B. La revendication absolue de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne	260
1. L'autonomie par rapport aux États : le principe de primauté	260
2. L'autonomie par rapport aux ordres juridiques internationaux : la préservation de la spécificité de l'Union	263
§2. La rencontre des ordres juridiques européens : un affaiblissement des autonomies	266
A. L'autonomie institutionnelle dans les ordres juridiques européens	267
1. Un rapprochement institutionnel volontaire	267
2. Un fonctionnement normatif volontairement harmonieux	271
B. L'importance de la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne	274
1. Le renforcement des autonomies par leur rencontre	274
2. L'absence de rencontre des notions autonomes de chaque ordre juridique	277
Section 2. L'organisation de l'autonomie des ordres juridiques européens	279
§1. L'expression de l'incohérence contentieuse : la multiplication des voies de droit	280
A. L'existence de voies de droit parallèles protégeant les droits fondamentaux	280
1. L'accès au renvoi préjudiciel pour la protection des droits fondamentaux	280
2. L'éventuelle concurrence au renvoi préjudiciel par l'avis consultatif de la Cour EDH	283
B. Les deux mécanismes juridictionnels du projet d'accord d'adhésion	287
1. Le mécanisme de codéfense et l'autonomie de l'Union	287
2. Une énième voie de droit : le mécanisme d'implication préalable	291
§2. L'expression non contentieuse de l'autonomie : la position des États tiers et l'insertion de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union	295
A. La préservation de l'autonomie hors du système : la place des États tiers	295
1. La coopération utilitariste de l'Union envers les États tiers intéressés	295
2. La participation de l'Union au Conseil de l'Europe et l'autonomie des États tiers	298
B. Une autonomie affaiblie par l'insertion de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union européenne	300
1. La Convention EDH opposable au droit dérivé de l'Union européenne	301
2. La Convention EDH soumise au droit primaire de l'Union européenne	303
Conclusion de Chapitre	306
Conclusion de Titre	308
CONCLUSION DE PARTIE	310

PARTIE 2. LES EFFETS DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LES DIFFERENTS ORDRES JURIDIQUES 311

TITRE 1. LES EFFETS DU SYSTEME SUR L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL	312
Chapitre 1. La subsidiarité : un principe au profit des autorités nationales	314
Section 1 : La double subsidiarité du système européen de protection des droits fondamentaux	316
§1. La subsidiarité au sens de chacun des ordres juridiques européens	317
A. La subsidiarité <i>a priori</i> descendante dans la Convention EDH	318
1. La subsidiarité textuelle : une innovation	319
2. La subsidiarité prétorienne : une existence <i>ab initio</i>	321
B. La subsidiarité <i>a priori</i> ascendante dans l'Union européenne	324
1. Le principe structurel de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union européenne	325
2. La subsidiarité : élément essentiel de justification du droit dérivé	327
§2. La réception de la double subsidiarité européenne par les ordres juridiques nationaux	330
A. Une conséquence positive pour les ordres juridiques nationaux	331
1. La clé de voûte du pouvoir du juge national : le champ d'application du droit européen	331
2. L'obligation de soulever d'office le droit issu du système européen de protection des droits fondamentaux	335
B. La supervision des juges européens dans l'application du principe de subsidiarité	340
1. L'exemple d'une subsidiarité mal supervisée : le principe <i>ne bis in idem</i>	340
2. La responsabilité des États du fait de l'activité juridictionnelle	344
Section 2. Le contrôle du principe de subsidiarité ou son absence de contrôle par équivalence de protection	347
§1. Les contrôles juridictionnels et politiques du principe de subsidiarité dans le système européen de protection des droits fondamentaux	348
A. Le contrôle substantiel de subsidiarité par la Cour EDH : l'articulation avec la marge nationale d'appréciation	349
1. Les liens entre la marge nationale d'appréciation et le principe de subsidiarité	349
2. L'expression de la marge nationale d'appréciation comme contrôle du principe de subsidiarité	352
B. L'inefficacité du contrôle politique et juridique du principe de subsidiarité dans l'Union européenne	355
1. Le faible contrôle juridique du principe de subsidiarité dans l'Union européenne	355
2. Le potentiel du contrôle politique de la subsidiarité	358
§ 2. L'absence de contrôle par la technique de présomption de protection équivalente, expression de la subsidiarité	361
A. L'équivalence textuelle : l'anticipation d'un conflit de normes	361
1. L'expression de la logique de subsidiarité-descendante par la clause de <i>standard minimum</i>	362
2. Le retour vers une subsidiarité-ascendante par le principe de primauté	364
B. L'équivalence prétorienne : la résolution d'un conflit de normes	368
1. L'équivalence normative entre droits nationaux et droits européens	369
2. L'équivalence de contrôle entre les droits européens	372
Conclusion de chapitre	375

Chapitre 2. La proportionnalité : un principe échappant aux juges nationaux	376
Section 1. L'omniprésence du principe de proportionnalité dans les ordres juridiques nationaux et européens	379
§1. Les fondements de la proportionnalité dans le système européen de protection des droits fondamentaux	380
A. Le principe de proportionnalité dans l'Union européenne : un principe de droit primaire	380
1. Un principe diffus dans l'ordre juridique de l'Union européenne	380
2. La confusion non-souhaitable entre la subsidiarité et la proportionnalité	385
B. Une proportionnalité implicite au sein du Conseil de l'Europe	388
1. Des références éparses au principe de proportionnalité dans les conventions et la soft law du Conseil de l'Europe	388
2. La multiplication des références au principe de proportionnalité dans la Convention EDH et la jurisprudence de la Cour EDH	394
§2. La détermination du champ d'application de la proportionnalité européenne	396
A. L'application du principe de proportionnalité à l'encontre de normes européennes ou étatiques	396
1. Des mesures étatiques intensivement contrôlées	397
2. La relative souplesse du contrôle de proportionnalité sur les mesures européennes	400
B. La question de la marge nationale d'appréciation : l'application de la proportionnalité par le juge national	406
1. La marge d'appréciation soumise au contrôle de proportionnalité	406
2. L'attribution du contrôle de proportionnalité aux autorités nationales : la création d'une marge d'appréciation	410
Section 2. Les critères incertains du contrôle <i>in concreto</i> de la proportionnalité	414
§1. Les critères à géométrie variable du contrôle de proportionnalité	414
A. Les deux principaux critères utilisés dans la jurisprudence européenne	416
1. L'adéquation, l'aptitude ou le caractère approprié d'une mesure	416
2. La nécessité d'une mesure dans une société démocratique	419
B. La proportionnalité <i>stricto sensu</i> et les critères européens plus récents	422
1. La proportionnalité <i>stricto sensu</i> : un test de mise en balance	422
2. De nouveaux critères associés au contrôle de proportionnalité	426
§2. La mise en balance et la proportionnalité : la question des conflits de droits	429
A. La mise en balance verticale : l'intérêt général contre l'intérêt individuel	429
1. La distinction entre la proportionnalité <i>stricto sensu</i> et la mise en balance des intérêts	430
2. La mise en œuvre de la balance des intérêts	432
B. La mise en balance horizontale : la conciliation entre deux droits fondamentaux en conflits	435
1. Le concept et l'utilité de la conciliation	435
2. La mise en œuvre de la conciliation	437
Conclusion de titre	442
TITRE 2. LES EFFETS DU SYSTEME SUR LES ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS	443
Chapitre 1. La nécessité de stabiliser le système européen de protection des droits fondamentaux	444
Section 1 : Les principes de stabilité juridictionnelle du système	445
§ 1. L'expression structurelle de la sécurité juridique : l'autorité de la chose jugée	445
A. Le fondement de l'autorité de la chose jugée : le principe de sécurité juridique	446
1. La sécurité juridique : un concept aux multiples applications	446
2. L'autorité de la chose jugée, un principe pour la sécurité juridique des parties	451
B. L'autorité des décisions juridictionnelles européennes	453
1. Les concepts connexes à l'autorité de la chose jugée	453
2. L'application des concepts aux décisions juridictionnelles européennes	457
§2. L'adaptation européenne de l'autorité de la chose jugée	462
A. L'autorité négative de l'autorité de la chose jugée pour les décisions des juridictions européennes	463

1. La prise en compte des décisions juridictionnelles de chaque ordre juridique européen	463
2. La force exécutoire des décisions juridictionnelles européennes	466
B. L'autorité positive de la chose jugée : la réouverture d'une affaire	470
1. Les hypothèses de réouverture de décisions nationales	471
2. Le cas de réouverture français : la procédure de réexamen	474
Section 2 : Les outils de stabilisation du système	477
§1. La possibilité de notions européennes communes dans le système européen de protection des droits fondamentaux	478
A. L'élaboration des notions autonomes européennes	478
1. La technique d'élaboration des notions autonomes européennes	479
2. Les matières concernées par les notions autonomes européennes	482
B. L'évolution vers des notions européennes communes dans le système européen de protection des droits fondamentaux	485
1. L'utilité des notions autonomes pour les ordres juridiques européens	485
2. La pertinence des notions européennes communes comme outil du système européen de protection des droits fondamentaux	488
§2. L'utilité des obligations positives pour la protection des droits fondamentaux dans le système	491
A. L'importance des obligations positives pour la Cour EDH	492
1. Des fondements jurisprudentiels incertains	492
2. L'utilisation asymétrique des obligations positives par les juges européens	495
B. La pertinence des obligations positives dans le système européen de protection des droits fondamentaux	498
1. Les obligations positives comme signe de l'activisme des juges européens	498
2. L'effet potentiel des obligations positives : la protection des situations horizontales	501
Conclusion de Chapitre	505
Chapitre 2. Le système européen de protection des droits fondamentaux : une déstabilisation constitutionnelle	506
Section 1 : La confiance mutuelle, enjeu constitutionnel du système	507
§1. Le contenu incertain de la confiance mutuelle	508
A. La confiance mutuelle en tant que spécificité du droit de l'Union européenne	509
1. De la reconnaissance mutuelle à la confiance mutuelle et inversement	509
2. La confiance mutuelle imaginée comme principe structurel	513
B. L'approche technique de la confiance mutuelle par la Cour EDH	520
1. La politique d'asile au cœur de la mésentente : la solution par la confiance mutuelle	520
2. Droit international privé et mandat d'arrêt européen	523
§2. La place constitutionnelle de la présomption simple de confiance mutuelle dans le système européen de protection des droits fondamentaux	526
A. La traduction juridique de la confiance mutuelle : une présomption de confiance	526
1. La détermination de la présomption « de confiance »	527
2. Les exceptions légales à la présomption de confiance	530
B. Le renversement de la présomption simple de confiance mutuelle	533
1. Le renversement de la présomption en raison de défaillances systémiques	533
2. La prise en compte de situations individuelles pour renverser la présomption de confiance	536

Section 2 : Le système européen de protection des droits fondamentaux à la base du droit constitutionnel européen	540
§1. L'application des règles constitutionnelles classiques au droit constitutionnel européen	542
A. Les obstacles à la reconnaissance d'un droit constitutionnel européen	543
1. La souveraineté de l'État contre la souveraineté européenne	544
2. Le maintien du droit international classique comme fondement des deux ordres juridiques européens	548
B. Le phénomène européen de constitutionnalisation à travers les droits fondamentaux	551
1. Les droits fondamentaux comme normes constitutionnelles	551
2. Les juges européens : des juges constitutionnels dans leurs ordres juridique et du système européen de protection des droits fondamentaux	554
§2. Renouveau du constitutionnalisme : les valeurs du système européen de protection des droits fondamentaux	558
A. La difficile qualification constitutionnelle des rapports de normes dans le système européen de protection des droits fondamentaux	559
1. Hiérarchie et hétéarchie : le pluralisme juridique dans le droit européen	559
2. Du réseau et de la cinétique : la circularité dans le système européen de protection des droits fondamentaux	562
B. L'identité européenne : les valeurs au cœur du système européen de protection des droits fondamentaux	565
1. La pluralité de valeurs dans le système européen de protection des droits fondamentaux	565
2. Les valeurs européennes : la possibilité d'un ius commune des droits fondamentaux	569
Conclusion de Chapitre	573
CONCLUSION DE TITRE	574
CONCLUSION DE PARTIE	575
CONCLUSION	576
I. Les règles de conflit de l'espace européen de protection des droits fondamentaux	577
II. Les principes du système européen de protection des droits fondamentaux	580
III. Les outils d'un potentiel ordre juridique européen commun	583
BIBLIOGRAPHIE THEMATIQUE	585
I. Dictionnaires	585
II. Droit interne	585
A. Mélanges	585
B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	585
C. Revues	586
III. Théorie du droit	586
A. Mélanges	586
B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	587
C. Revues	587
IV. Droit international public et droit comparé	588
A. Mélanges	588
B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	588
C. Revues	589

V. Droits fondamentaux et droits de l'homme	590
A. Mélanges	590
B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	590
C. Revues	591
VI. Droit de l'Union européenne	591
A. Mélanges	591
B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	592
C. Revues	596
VII. Conseil de l'Europe	608
A. Mélanges	608
B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	608
C. Revues	610
VIII. Rapports entre les ordres juridiques	615
A. Mélanges	615
B. Ordre juridique national et ordres juridiques européens	615
1. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	615
2. Revues	615
C. Entre ordres juridiques européens	616
1. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)	616
2. Revues	617
INDEX DE JURISPRUDENCE	623
I. Juridictions de l'Union européenne	623
A. Cour de justice	623
B. Conclusions	631
C. Tribunal	632
II. Cour et Commission européenne des droits de l'homme	633
III. Comité européen des droits sociaux	642
IV. Juridictions nationales	643
A. Conseil constitutionnel	643
B. Conseil d'État	643
C. Cour de cassation	643
D. Cour constitutionnelle allemande	643
INDEX THEMATIQUE	644

Introduction

« Dans cette période de transition, c'est donc le mouvement qu'il faut étudier »¹

Le système européen de protection des droits fondamentaux – entendu comme concernant l'Union européenne et le Conseil de l'Europe – est en constante évolution. « Dans le monde globalisé qui est le nôtre, systèmes et ensembles normatifs entrent en relation les uns avec les autres »². Ces relations s'établissent spontanément, le plus souvent lors d'un contentieux, sans que des règles de fonctionnement des rapports entre les ensembles normatifs ne soient établies. En effet, pour que de telles règles existent, il faut une décision politique émanant d'États. S'intéresser aux relations entre deux organisations européennes, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, présente la difficulté de se situer régulièrement en équilibre entre la politique et le droit, autrement dit entre la prise de décision et l'application d'une règle. L'objectif est d'appréhender le droit en cours de création, en raison des interactions qui se multiplient entre les deux organisations européennes précitées, interactions qui ont dépassé les objectifs initiaux des États. Pourtant, le droit international public et *a fortiori* le droit européen, entendu comme celui de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, est la chose des États. « Tout droit est issu de la politique, le droit représente une politique qui a réussi »³. C'est le droit issu de la politique qui est analysé mais il ne faut pas négliger l'importance des décisions politiques ainsi que l'absence de ces décisions : le droit découle de ce qui a été choisi ou vient combler ce qui ne l'a pas été. Ainsi, le droit reste dépendant de la politique mais il semble qu'il la dépasse ensuite pour assurer une certaine stabilité car il n'est pas soumis aux changements de personnel politique. C'est le cas avec les organisations européennes, créées séparément par les États mais qui ont ensuite établi des liens par nécessité. « Les organisations intergouvernementales européennes restent trop souvent analysées de manière isolée les unes des autres, de sorte que la structure de cet archipel supranational se dérobe aux regards, même des plus avertis. Dans bien des travaux sur la construction européenne, le Conseil de

¹ M. DELMAS-MARTY, « Avant-propos », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2010, p. 5.

² H. FULCHIRON, « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et « dynamique des normes », *RTD Civ.*, 2017, n° 2, p. 271.

³ E. GIRAUD, « Le droit positif – Ses rapports avec la philosophie et la politique », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, p. 2.

l'Europe, l'Organisation du Traité de l'Atlantique nord, l'Union européenne et l'Union de l'Europe occidentale apparaissent en effet comme autant d'isolats. [...] La création de plusieurs organisations intergouvernementales distinctes doit en effet être comprise comme le résultat d'un processus hautement conflictuel, sans que ce résultat n'ait été anticipé, ni encore moins souhaité par aucun acteur étatique ou non étatique »⁴. Le processus international et européen est issu de négociations entre États, de compromis, qui ne portent que rarement sur la mise en relation de ces isolats, relations qui existent néanmoins dans les faits.

Cependant, et c'est le point de départ de ces recherches, les États membres de l'Union européenne ont signifié leur volonté d'adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵ (Convention EDH) en inscrivant cette adhésion comme une obligation à l'article 6 § 2 du traité sur l'Union européenne⁶, tel que modifié par le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009⁷. Le protocole n° 14 amendant le système de contrôle de la Convention EDH, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, est la traduction de cette volonté du côté des 47 États parties à la Convention EDH. Cette solution semble assez logique, car en l'absence de lien formel établi entre l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), les juges ont dû arrêter une position face aux rencontres spontanées de ces deux ensembles normatifs. La Cour EDH a reconnu une présomption de protection équivalente des droits fondamentaux au profit de l'Union européenne afin de ne pas avoir à contrôler les actes de cette organisation sans pour autant les ignorer⁸, ce qui aurait été préjudiciable pour les individus. La Cour de justice a de son côté utilisé les principes généraux du droit pour admettre l'application des droits fondamentaux de la Convention EDH dans le droit de l'Union⁹. Il est assez rapidement

⁴ A. COHEN, « Interdépendance et différenciation des assemblées parlementaires supranationales (années 1950 - années 1970) », *Cultures et conflits*, 2012, n° 85-86, p. 13.

⁵ Convention de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, STE n° 5.

⁶ P. GRAGL, « A giant leap for European Human Rights ? The Final Agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights », *CMLR*, 2014, n° 1, p. 14 : « *The Accession Agreement constitutes the last step of a growing interlocked system of fundamental rights and intends to enhance the effective enforcement of fundamental rights within this system* ».

⁷ Article 6 § 2 TUE : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ».

⁸ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

⁹ Voir à ce sujet J. MOLINIER, « Principes généraux », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mars 2011, mis

apparu que cette volonté politique d'adhérer ne serait pas concrétisée notamment en raison d'obstacles juridiques. Pourtant, en l'absence d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, des liens juridiques existent, qui dépassent d'ailleurs la seule Convention EDH et la présomption de protection équivalente, pour inclure tout le Conseil de l'Europe.

De nombreux écrits relatent les liens entre les deux organisations européennes. « *Le débat sur les relations réciproques des Cours de Luxembourg et de Strasbourg apparaît à première vue comme l'un de ces thèmes récurrents sur lesquels tout a été dit, et souvent répété à l'envi, dans des publications cédant généralement au charme discret de l'autocitation, dans des thèses aussi subtiles que redondantes, ou dans des colloques aussi savants qu'inutiles* »¹⁰. Néanmoins, il s'agit d'un sujet en mouvement, qu'il reste utile d'étudier. Ainsi, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, de nouveaux éléments renouvellent cette problématique. L'apport principal est la reconnaissance de la valeur contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui servira de point d'ancrage à la thèse, même si des éléments antérieurs sont évidemment pris en compte. Ce sont les juges européens et nationaux qui se saisissent de ce nouveau texte, plaçant la Charte des droits fondamentaux au centre du système européen de protection des droits fondamentaux. De plus, toutes les potentialités de la Charte n'ont pas encore été exploitées et « *l'évolution de l'office de la Cour n'est probablement pas achevé* »¹¹. La Charte prend frontalement en compte la Convention EDH comme donnée incontournable et prévoit des connexions entre les deux textes. « *Les rédacteurs de la Charte ont articulé les deux textes en posant trois principes : les dispositions de la Charte ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnus par la Conv. EDH (V. art. 53) ; dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Conv. EDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention (art. 52.3 : le droit de l'Union « intègre » donc celui de la Conv. EDH telle qu'interprétée par la CEDH) ; le droit de l'Union peut accorder une protection plus étendue que celle qui est garantie au titre de la Conv. EDH*

à jour en avril 2018.

¹⁰ D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs*, 2001, n° 1, p. 31.

¹¹ R. TINIÈRE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la globalisation des sources de protection des droits fondamentaux », *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 782.

(art. 52.3 *in fine*). *Il n'est pas sûr que cette articulation/interaction résolve toutes les difficultés* »¹². Cette reconnaissance présente l'avantage d'admettre que les deux textes sont liés, voire interdépendants, et offre de nouvelles perspectives pour la protection des droits fondamentaux en Europe.

Le sujet des relations entre l'Union européenne et la Convention EDH est souvent traité en raison de l'apparition régulière de nouveaux développements. C'est également un thème qui reste de première importance, notamment à cause de l'influence croissante du droit européen sur les droits nationaux. *« Le phénomène n'intéresse pas seulement les spécialistes de droit international ou de droit européen : il concerne le droit dans ses différentes dimensions tant il est vrai que ses conséquences affectent profondément le droit « matériel » interne »*¹³. Une recherche globale comme celle-ci permet de faire un point d'étape sur ce mouvement, cette période de transition du droit européen. Elle présente la volonté de rechercher une harmonie dans ce qui est en cours de construction.

Dans le cadre de cette étude, l'approche systémique s'est imposée pour considérer ces liens comme posant les fondements d'un système européen de protection des droits fondamentaux. Le choix peut paraître ambitieux mais les propos restent modestes : la recherche effectuée concerne les liens existants déjà entre les deux organisations internationales, avec parfois quelques propositions ou aspects prospectifs. L'étude se rapproche ainsi des questions relatives aux rapports de systèmes¹⁴, puisqu'il s'agit avant tout de la rencontre entre deux ordres juridiques européens et les conséquences que cela emporte pour les ordres juridiques nationaux. Toutefois, l'idée est de dépasser ces rapports pour imaginer que la confrontation crée un système avec des règles, dont les droits fondamentaux sont au cœur. *« La problématique de l'articulation des systèmes juridiques a toujours intéressé les juristes. Le débat a longtemps opposé les tenants du monisme à ceux du dualisme. C'est une conception hiérarchique et formelle organisée autour de la notion d'ordre juridique qui prévalait le plus souvent. Si la question demeure prégnante, elle semble néanmoins se poser aujourd'hui en des termes nouveaux. Désormais, le débat apparaît se*

¹² H. FULCHIRON, « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et « dynamique des normes », *RTD Civ.*, 2017, n° 2, p. 271.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Voir, par exemple, au sujet de ces rapports *La communicabilité entre les systèmes juridiques, Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

crystalliser du côté de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux »¹⁵. Le débat mentionné, entre le monisme et le dualisme, n'est pas au cœur de l'étude car il s'agit moins d'analyser l'intégration d'un droit étranger dans un ordre juridique que les règles de coexistence des différents droits européens. Cette intégration du droit européen semble s'être stabilisée. « *Longtemps le débat opposait les tenants du dualisme à ceux du monisme : les premiers, on le sait, défendent la thèse d'une indépendance des ordres juridiques, les seconds, celle de leur fusion laquelle peut prendre deux formes différentes selon que la primauté est reconnue au droit international (ardemment défendue par Kelsen) ou au droit interne. Bien qu'aucune des thèses en présence n'ait pu prétendre l'avoir emporté, une position tierce a commencé à voir le jour qui se voudrait en quelque sorte conciliatrice ou médiatrice. Selon cette thèse, on ne peut rendre fidèlement compte des rapports entre les ordres juridiques – et notamment ceux entre les ordres internes et l'ordre communautaire – qu'à la condition de prendre la mesure de leur indépendance autant que de leur étroite imbrication. Cette complexité suppose que l'on ait recours à un terme spécifique. Le terme choisi est celui de « pluralisme* »¹⁶. Ce pluralisme remplacerait les concepts de monisme et dualisme pour rendre compte de la réalité d'une multiplicité d'ensembles qu'il semble difficile d'ordonner. Même si le point de départ est l'articulation entre des systèmes juridiques, l'objectif est d'envisager le Conseil de l'Europe et l'Union européenne comme faisant partie d'un seul et même système.

Les échanges s'intensifient ainsi entre les différents acteurs du système, au niveau national et européen. « *Le dialogue qui s'est établi à ce propos n'est pas seulement un dialogue entre juges, qu'il s'agisse des tribunaux nationaux, de la Cour de justice de l'Union ou de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi un dialogue entre les deux principales organisations européennes que sont le Conseil de l'Europe et l'Union européenne* »¹⁷, même si les juges restent des acteurs primordiaux. En l'absence de décision politique, le système européen de protection des droits fondamentaux est avant tout un système construit par les juges européens et nationaux, au nom de la protection des droits fondamentaux. Il est alors nécessaire d'affiner les notions de systèmes et d'ordre juridique

¹⁵ F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307.

¹⁶ F. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 196.

¹⁷ J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 195.

(I), puis la dimension européenne ici envisagée (II), le rôle des juges dans la protection des droits fondamentaux (III) pour enfin préciser ce que recouvre l'appellation de droit fondamentaux (IV) et envisager la problématique de la thèse (V).

I. Un système

Le choix du terme « système » n'est pas anodin, il permet de décrire une situation en cours d'évolution, qui n'est pas un produit abouti comme le serait un ordre juridique. Cependant, cela n'équivaut pas à s'intéresser aux rapports de systèmes même s'il faut reconnaître que les développements abordent les outils d'articulation entre les ordres juridiques européens. « *Un système consiste en un ensemble de normes qui s'articulent et s'enchaînent de manière cohérente, chaque système interne ou externe ayant son juge qui, le cas échéant, maintient la logique de l'ensemble. Des systèmes distincts établissent des relations, s'influencent mutuellement et c'est leur porosité qui crée ce que nous qualifions de rapports de systèmes* »¹⁸. Il faut préciser ce qui permet de constater l'existence d'un système, une nébuleuse en cours de construction dont certaines règles sont établies (A), opposé à l'ordre juridique qui pose un ordonnancement abouti (B).

A. De rien au système

Toute interaction n'est pas un système juridique. Différents termes sont d'ailleurs utilisés pour décrire des situations qui n'incluent pas de fonctionnement juridique particulier. « *Les processus d'interaction dessinent en effet des figures inédites qui font craquer les habits anciens et appellent à tailler des habits neufs. Ce n'est sans doute pas un hasard si l'usage se multiplie du terme « espace »*¹⁹. Le terme espace est une illustration de ce qu'il peut se passer avant le système juridique, qui a d'ailleurs été utilisé pour désigner les rapports entre les deux ordres juridiques²⁰. Ensuite, « *pour qu'un espace se transforme en un système*

¹⁸ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, Paris, 2013, p. 68.

¹⁹ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : d'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 145.

²⁰ Conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO, 9 septembre 2008, *Elgafaji*, aff. C-465/07, point 1 : « Une telle question conduit à revenir sur les rapports entretenus entre les deux ordres juridiques, rapports qui ne sauraient être négligés dans l'objectif de la création d'un espace européen de protection des droits fondamentaux tels que le droit d'asile ».

(comme le « système CPI »), il faut qu'il devienne autonome en se détachant des États membres. Mais pour constituer un ordre juridique véritable il faut qu'il se stabilise suffisamment pour assurer une cohérence »²¹. Il y a une idée de passage transitoire : le système se situe entre le rien – qui peut être qualifié d'espace – et l'ordre juridique. Le système semble avoir pour objectif de devenir un ordre juridique. Certes, « la générosité de la science juridique dans l'emploi de la notion de système n'a d'égale que la disparité des significations qu'elle lui attribue. Le recours fréquent de la doctrine à ce concept mal défini – par lequel cependant, elle veut, semble-t-il, dans tous les cas, indiquer qu'elle traite d'un ensemble complexe constitué de parties liées entre elles par des relations stables – témoigne pourtant d'un besoin de théorisation dans des domaines relativement encore peu défrichés »²². Le système est ainsi un terme qui peut paraître flou et qu'il est nécessaire de préciser. Afin de dessiner les contours du système, qui peut se définir comme « un ensemble d'éléments en interaction, constituant une totalité et manifestant une certaine organisation »²³, trois critères peuvent être utilisés : la pluralité, l'autonomie et la stabilité.

Le premier critère qui se dégage pour qualifier le système est celui de pluralité. Ce système peut englober différents ordres juridiques ou espaces, alors que l'ordre juridique reste unique. « Il est peu risqué d'affirmer qu'il n'existe pas, au sens propre, un ordre unique englobant dans un même système organisé l'ensemble des juridictions internationales et nationales. On observe, au contraire, une pluralité de systèmes, un agrégat qui impose des classifications »²⁴. Ainsi, pour basculer dans l'ordre juridique, il faudrait une certaine fusion. Dans le système européen de protection des droits fondamentaux il y a bien une pluralité d'acteurs avec la présence « de plusieurs justices : justice constitutionnelle, civile, pénale, administrative... qui coexistent, coopèrent avec les juridictions des pays voisins, et qui ne sauraient se concevoir de nos jours abstraction faite de leur rapport avec les juridictions supranationales »²⁵.

Le deuxième critère du système est son autonomie par rapport aux États et

²¹ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : d'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 145.

²² D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, 1^{ère} édition, p. 1462.

²³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 5^e éd., 2012, p. 9.

²⁴ G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolence » des juges », *RSC*, 2005, n° 4, p. 801.

²⁵ L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2016, p. 33.

organisations qui en font partie. Cette autonomie est revendiquée par l'Union européenne et, dans une moindre mesure, par le Conseil de l'Europe. Cependant, elle peut également représenter un obstacle à la reconnaissance d'un système lorsqu'elle est revendiquée par les deux éléments européens du système, tendant à rejeter toute possibilité de mise en commun²⁶.

Enfin, un système implique tout de même une certaine stabilité pour se maintenir. Cette stabilité ne semble pas entièrement acquise entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. « *Peut-être est-on tenté de penser que ces relations ne présentent ni une cohérence ni une permanence suffisante et que chaque organisation reste une monade imperméable à l'influence des autres organisations. Une telle vision conduirait non seulement à renoncer à l'analyse systématique mais aussi à abandonner le projet d'étudier la coopération entre organisations* »²⁷. Pourtant, la jurisprudence *Bosphorus* de 2005²⁸, posant une présomption de protection équivalente en matière de droits fondamentaux entre l'Union européenne et la Convention EDH, est une solution qui perdure depuis bientôt 15 ans, offrant une certaine stabilité, au moins entre ces deux juridictions européennes. Certains auteurs préfèrent évoquer comme critère l'existence d'un ensemble d'éléments en interaction présentant une certaine unité²⁹, en plus des caractères de pluralité et de stabilité. Le critère de la stabilité permet cependant de s'assurer que les interactions ont dépassé le simple état d'espace pour s'inscrire dans la durée.

Cette approche peut s'appliquer au niveau européen, même si elle semble plus souvent utilisée pour décrire la coexistence d'autres ensembles internationaux, comme le système onusien³⁰. Pourtant, « *en raison de la concomitance de ces deux projets européens pendant plus de 50 ans, de leur coïncidence et donc de leur concurrence partielle, de leur complémentarité pour le reste, il aurait été incongru que ces deux Europe – celle du Conseil de l'Europe et celle de l'Union – ne se rencontrent pas. Le parachèvement de « l'unité européenne » l'exige* »³¹. Cette étape de système est une réalité dont ne pouvaient se passer

²⁶ Voir *infra*, Partie 2, titre 2, chapitre 2.

²⁷ J. P. JACQUÉ, « Cohérence ou divergences entre organisations européennes », in *L'Europe dans les relations internationales. Unité et diversité*, Colloque SFDI, Pedone, Paris, 1982, p. 65.

²⁸ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, préc.

²⁹ C. SAMPER, « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1999, p. 328.

³⁰ J. P. JACQUÉ, « Cohérence ou divergences entre organisations européennes », *op. cit.*, p. 65.

³¹ F. MARTUCCI et D. RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits

les deux ordres juridiques européens ainsi que les ordres juridiques nationaux, en tant que juges de droit commun, ni les autorités nationales lorsqu'elles appliquent le droit européen. Lorsqu'un tel système est reconnu car il est autonome, stable et pluriel, il engendre l'existence de règles qui deviennent le socle minimal de mise en commun. « *La mention d'un système juridique évoque et implique l'existence d'un ensemble de normes ou de règles substantielles de conduite qui sont immédiatement ou directement perceptibles par leurs destinataires et à travers le comportement de ces derniers, qui les suivent de manière générale* »³². Les règles proposées ici sont des principes : principes de proportionnalité, de subsidiarité et de sécurité juridique³³, qui sont communs aux deux ordres juridiques européens et permettent de les envisager comme un ensemble dans le cadre d'un système.

La pluralité du système européen de protection des droits fondamentaux est caractérisée par la multitude des ordres qui y participent. Ceux-ci sont situés à des niveaux différents, puisqu'il s'agit d'organisations européennes et d'États. De plus, il faut comprendre que l'intégration dans le système n'est pas totale, l'Union européenne ne se consacre pas exclusivement à la protection des droits fondamentaux et les ordres juridiques nationaux ne contiennent pas seulement les normes européennes. Il s'agit d'une participation « partielle » au système européen de protection des droits fondamentaux en ce qu'il ne concerne pas l'intégralité des entités qui le composent, hormis le Conseil de l'Europe qui ne s'intéresse qu'à la protection des droits fondamentaux mais déborde de l'espace géographique pertinent³⁴. Quoiqu'il en soit, c'est parce que ces différents ordres juridiques entretiennent des liens suffisants qu'ils basculent du rien au système³⁵. Cette vision systémique des deux ordres juridiques européens est acquise pour certains auteurs. « *Les cours européennes ont en effet très vite pris conscience de la nécessité de mettre en place entre elles une entente harmonieuse pour permettre un développement cohérent du système européen de protection des droits fondamentaux (entendu comme celui découlant de la*

de l'homme », in *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, L. DUBIN et M.-C. RUNAVOT (dir.), Pedone, 2014, Paris, p. 165.

³² G. ABI-SAAB et M. GRANGE, « Repenser la notion d'ordre juridique », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 483.

³³ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitres 1 et 2, et Titre 2, Chapitre 1.

³⁴ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

³⁵ C. GREWE, « Quelle architecture pour les droits fondamentaux européens ? Quelques réflexions sur la Charte et l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Anthemis, Bruxelles, 2014, p. 292.

Convention européenne et du droit de l'Union) »³⁶.

Considérer cet ensemble composé d'ordres juridiques différents comme un système permet d'examiner les règles qui participent au bon fonctionnement de celui-ci, sans pour autant estimer que l'ordre juridique existe, qui paraît plus abouti, plus fermé voire plus conservateur. L'objectif est de mettre un nom sur un phénomène. Le système permet une approche plus progressiste et plus large que la notion d'ordre juridique. « *La notion de système juridique est plus pertinente tout d'abord car elle repose moins sur l'idée de hiérarchie. En outre, elle permet de prendre en compte la diversité des entités qui interviennent dans le domaine de la protection des droits fondamentaux en Europe* »³⁷. Pour pleinement comprendre la nuance entre système et ordre juridique il est nécessaire de définir ce qui est perçu, dans le cadre de cette étude, comme un ordre juridique.

B. Du système à l'ordre juridique

De nombreuses études ont été consacrées à la détermination de l'ordre juridique, concept central pour le droit en général, souvent utile dans des questionnements relatifs à la théorie du droit. Plus précisément, l'ordre juridique est pertinent pour déterminer les contours d'un État : « *dans la conception normativiste soutenue par Kelsen, l'État est assimilé à un ordre juridique [...] il reste que si l'État est un ordre juridique, il existe des ordres juridiques qui ne sont pas étatiques* »³⁸. En effet, l'idée d'ordre juridique est une « *expression doctrinale désignant l'ensemble des règles de droit en vigueur à un moment donné dans une société donnée* »³⁹. Concrètement, l'idée d'ordre juridique, de *Rechstordnung*, « *voit le jour en Allemagne au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles, puis se généralise dans la doctrine de la fin du XIX^e siècle. À la même époque la notion d'ordinamento giuridico fait l'objet d'études en Italie. En France la notion mettra plus*

³⁶ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2015, p. 14.

³⁷ V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Thèse de doctorat soutenue en 2016, Université Grenoble-Alpes, p. 21.

³⁸ X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Paris, 2008, p. 99. Voir également J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, R. DRAÏ, et alii (dir.), PUF, 1983, p. 44.

³⁹ A. KISS, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 493. Voir aussi M. TROPER, « La Constitution comme système juridique autonome », *Droits*, 2001, n° 35, p. 63 : « *l'expression ordre juridique désigne habituellement un ensemble de normes présentant une unité* ».

longtemps à s'acclimater »⁴⁰. C'est un concept antérieur aux ordres juridiques européens, pensé pour relater une réalité étatique.

Les définitions autour de cette notion diffèrent mais semblent se rejoindre sur cette approche d'ensemble de normes, une définition « *tellement générale et si vague qu'elle n'engage pas en vérité à grand-chose et ne gêne personne* »⁴¹. Cette difficulté peut s'expliquer car la notion d'ordre juridique se présente comme une « *construction purement intellectuelle [qui] a également une visée purement intellectuelle : il est destiné non à traiter de la réalité comme le fait un concept du droit positif – le concept de mariage ou celui d'établissement public – mais à rendre compte d'une certaine perception de la réalité* »⁴². L'ordre juridique peut être rapproché du concept d'ordonnement, en considérant sa dimension normative, il désigne alors « *à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs et l'ensemble articulé qu'ils forment* »⁴³. En effet, pour Hans Kelsen, le point de départ est la norme qui mène ensuite à l'ordre juridique par le biais d'une démarche inductive⁴⁴. Au contraire, les penseurs George Scelle et Santi Romano⁴⁵ retiennent une vision large de l'ordre juridique, avec une approche plus sociologique de la notion, la rapprochant des concepts de solidarité ou de corps social donc de l'aspect « dans une société donnée » de la définition. Ainsi envisagé, l'ordre juridique comprend en plus des normes, un espace, un environnement où les normes sont mues et meuvent par quelques forces ou autorités⁴⁶.

Malgré la définition large de l'ordre juridique, que l'on peut résumer en

⁴⁰ C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n° 34, p. 19. Voir également J.-L. HALPÉRIN, « Quels rapports entre les ordres juridiques avant l'avènement du droit international ? », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 127.

⁴¹ G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 2001, n° 34, p. 3.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 7.

⁴⁴ J.-J. PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 133.

⁴⁵ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 95. Voir également C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n° 34, p. 19 : « *En 1917 le juriste italien Santi Romano publia son Ordinamento giuridico, la première étude exclusivement consacrée à la notion d'ordre juridique [...] La thèse défendue par l'auteur est qu'il est impossible de définir un ordre juridique simplement comme un ensemble de normes. Avant que la norme existe il faut un ordre social organisé (et c'est là le sens de la notion d'institution), susceptible de donner naissance aux normes* ».

⁴⁶ J.-J. PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 133.

l'« agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible »⁴⁷, déterminer des critères de définition permettrait de distinguer la notion de celle de système. Pour certains auteurs, il y a quatre critères de définition. Il s'agit de l'efficacité des normes qui le composent ; l'unité « pour qu'un ensemble de normes constitue un ordre juridique il est nécessaire qu'existe un principe unificateur qui ordonne ces normes, et les fasse apparaître non pas comme un simple agrégat disparate de préceptes, mais comme un système structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même »⁴⁸, ce qui peut renvoyer à la hiérarchie des normes ; la cohérence de l'ensemble, comme condition de justice en cas de conflit entre les normes du même ordre et enfin la complétude des normes qui doivent pouvoir régler tout type de situation⁴⁹. À ces quatre critères, il faut ajouter que l'ordre juridique se définit également par opposition aux autres ordres juridiques : « ce qui a intéressé Santi Romano, c'est moins la caractérisation de l'ordre juridique, considéré au singulier à travers notamment son autonomie, qu'une lecture plurielle des ordres juridiques et des rapports qui se nouent entre eux »⁵⁰. Le critère de l'autonomie de l'ordre juridique est une traduction de cette opposition.

Ainsi, ce qui différencie le système de l'ordre juridique c'est le degré d'aboutissement de l'ensemble normatif considéré, notamment dans les critères de cohérence et de complétude. « Même reliés entre eux par les processus d'interaction précédemment étudiés, les amas normatifs et judiciaires ne se transforment pas aisément en organisations suffisamment autonomes et stables pour constituer un ordre juridique »⁵¹. Système et ordre juridique ont quelques points communs, que sont l'autonomie, l'efficacité des normes et l'unité. En effet, l'ordre juridique doit bénéficier, comme le système, d'une certaine autonomie. Pour l'autonomie, cela signifie que cet ordre se donne à lui-même les normes qui le gouvernent et que l'ordre prévoit les règles de validité des normes, dans une idée de complétude et de cohérence ⁵². « L'ordre juridique se caractérise par un

⁴⁷ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, R. DRAÏ, et alii (dir.), PUF, Paris, 1983, p. 7.

⁴⁸ Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, PUF, 2003, 1^e édition, p. 1113.

⁴⁹ C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 19.

⁵⁰ J.-S. BERGÉ, *Santi Romano. Les ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2015, p. 2.

⁵¹ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : d'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 145.

⁵² J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, pp. 93-94.

enchaînement logique des règles qui le constituent qui permet d'envisager l'ensemble dans sa cohérence propre »⁵³. Enfin, et c'est une différence avec le système au sujet de l'idée de complétude, il faut des organes qui édictent des normes, les interprètent et sanctionnent les violations⁵⁴. En effet, l'ordre juridique ne se limite pas à un ensemble de normes, « *c'est avant tout un ensemble d'institutions et d'acteurs capables d'établir des liens de reconnaissance mutuelle dans un ordre social cohérent* »⁵⁵. Cet aspect manque clairement au système européen de protection des droits fondamentaux, à moins de considérer qu'il s'agit d'une multitude d'organes. L'ordre juridique représente un ensemble complet et « *conjugue tous les éléments de la vie du droit : la création, grâce aux institutions chargées de promouvoir des règles du droit ; leur application aux sujets de droit, par des pouvoirs d'exécution, institués ou non ; l'interprétation et le recyclage, par le jeu des tribunaux appelés à trancher les litiges, et donc à apaiser les tensions qui s'y manifestent* »⁵⁶. Il faut enfin préciser que d'autres auteurs estiment qu'il n'est plus utile de distinguer l'ordre juridique du système, « *la distinction entre des ordres et des systèmes juridiques apparaît dépassée et la synthèse ou le métissage s'imposer* »⁵⁷. Les deux concepts peuvent même parfois être considérés comme interchangeables : « *on précisera d'emblée que nous retiendrons le terme « ordre juridique » pour nous conformer à l'intitulé de cet ouvrage collectif, mais en le considérant, contrairement à un certain nombre d'auteurs, comme synonyme de « système juridique »* »⁵⁸, voire sont inclus dans une même définition, « *par ordre juridique, on entend tout d'abord les relations d'interdépendance qui existent entre les normes juridiques et les constituent en totalité organique, en « système »* »⁵⁹. Au contraire, cette thèse s'appuie en grande partie sur la distinction entre les ordres juridiques européens et nationaux, compris comme composants du système européen de protection des droits fondamentaux.

⁵³ B. BONNET, « Introduction générale », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 34.

⁵⁴ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, pp. 93-94.

⁵⁵ L. AZOULAI et É. DUBOUT, « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 575.

⁵⁶ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris, 2013, p. 197.

⁵⁷ C. GREWE, « Quelle architecture pour les droits fondamentaux européens ? Quelques réflexions sur la Charte et l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 292.

⁵⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Repenser la coexistence des ordres – repenser leurs relations », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 151.

⁵⁹ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 9.

Parmi ces éléments composant le système, les États participant au système européen de protection des droits fondamentaux possèdent clairement un ordre juridique. C'est également le cas des deux organisations européennes. Du côté de l'Union européenne, la Cour de justice a participé à la considération de cet ensemble en faisant le choix du « *terme d'« ordre » plutôt que celui de « système » pour désigner la réalité juridique de l'intégration* »⁶⁰. L'existence de l'ordre juridique de l'Union est acquise, ce qui n'implique pas pour autant d'assimiler l'organisation à un État, étant précisé que les questions relatives à la nature juridique de l'Union européenne ne sont pas des aspects abordés dans le cadre de cette étude⁶¹. En revanche, la question peut se poser de savoir si la Convention EDH et sa juridiction peuvent composer un ordre juridique ou s'il faut plutôt prendre en considération le Conseil de l'Europe. En effet, « *la Cour européenne est une juridiction régionale spécialisée, garante d'une Convention qui ne crée pas a priori un ordre juridique propre, qui ne procède d'aucune délégation de compétence et ne crée pas d'institutions dotées d'un pouvoir législatif* »⁶². La reconnaissance d'un ordre juridique pour le Conseil de l'Europe semble plus aisée et cohérente : les organes de l'organisation – Assemblée parlementaire et Comité des ministres – adoptent des normes, certes de *soft law*, et sont à l'origine des conventions présentées à la signature des États membres. Il est plus logique de considérer que le Conseil de l'Europe possède un ordre juridique plutôt que la Convention EDH et sa juridiction, même si pour de nombreux auteurs cet ordre existe⁶³. Ainsi, « *d'un côté, il y a un ordre juridique communautaire qui se rapproche de plus en plus d'un ordre juridique étatique. De l'autre, on est face à un ordre juridique qui porte les marques d'un système international de contrôle des États dans le domaine des droits de l'homme* »⁶⁴. C'est à partir

⁶⁰ L. AZOULAI et É. DUBOUT, « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », *op. cit.*, p. 574.

⁶¹ Sur cette question voir notamment la conférence sur la nature juridico-politique de l'Union européenne, publiée dans l'Annuaire de droit de l'Union européenne 2014.

⁶² M. LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutive à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, 2014, p. 299.

⁶³ Voir par exemple H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé », *D.*, 2012, n° 19, p. 1228 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'infléchissement de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la peine perpétuelle au Royaume-Uni », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 10, p. 32 ; J. GUILLAUMÉ, Fasc. 42 « Ordre public international », *JCL droit international public*, point 57. La Cour EDH considère que la Convention EDH est un instrument constitutionnel et qu'il existe un ordre public européen, se rapprochant de l'idée d'ordre juridique de la Convention EDH, voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse*, req. n° 5809/08, point 145.

⁶⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n° 1 et 2, p. 33.

de ces deux ordres européens et des ordres juridiques nationaux, que se construit le système européen de protection des droits fondamentaux. D'ailleurs, « *les deux ordres se ressemblent car ils sont européens, sont fondés sur des engagements qui lient les États vis-à-vis de règles de droit auxquelles ils se soumettent et comportent des juridictions chargées de censurer la méconnaissance de ces règles aux États membres* »⁶⁵.

Face à la reconnaissance de ces ordres juridiques, ceux des États, de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, se pose la question des « *modalités d'articulation de différents systèmes qui, à divers titres, peuvent influencer sur la protection des droits de l'homme* »⁶⁶. Cette articulation s'exprime par le biais d'un système, un ensemble non abouti, mais dont l'assise est européenne.

II. Un système européen

La première difficulté à envisager concerne l'espace géographique du système, qui pourrait même se révéler être un obstacle à l'identification de celui-ci⁶⁷. En effet, les deux organisations européennes considérées, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, n'ont pas connu les mêmes extensions. Les dix membres fondateurs du Conseil de l'Europe en 1949 – Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède – sont en nombre plus réduits en 1957 pour signer le traité de Rome – Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas. L'Allemagne ne fait pas partie des membres fondateurs du Conseil de l'Europe en raison de sa situation particulière à la suite de la seconde guerre mondiale mais le rejoint dès le 13 juillet 1950, après la Grèce, l'Islande, la Turquie et l'Allemagne.

Dès les débuts du Conseil de l'Europe, avant la création de la Communauté économique européenne, la dimension géographique européenne comprend la Turquie⁶⁸, et ce afin d'éviter son rattachement au bloc de l'Est, impliquant une vision assez large de

⁶⁵ J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 197

⁶⁶ T. GRÜNDLER, « La protection des droits sociaux par le Comité européen : entre réticence des États et indifférence de l'Union européenne », *RTDH*, 2012, n° 89, p. 128.

⁶⁷ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁶⁸ A.-C. KISS, « L'admission des États comme membres du Conseil de l'Europe », *AFDI*, 1963, p. 695.

l'Europe. La vision géographique est de nouveau brouillée avec la chute des blocs et l'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe en 1996. En effet, l'organisation européenne souhaite alors réunir une Europe telle qu'elle existait avant la guerre froide. Toutefois, les deux blocs ont évolué séparément et ne partagent plus une histoire commune, ce qui peut expliquer certaines difficultés actuelles⁶⁹. *In fine*, la vision géographique de l'organisation semble surtout être dictée par la volonté des États membres du Conseil de l'Europe⁷⁰. Ce n'est pas la version que propose l'Union européenne, qui restreint davantage son territoire géographique, comme le montrent les difficultés de négociations d'adhésion avec la Turquie.

Malgré une extension géographique plus importante du côté du Conseil de l'Europe, c'est l'Union européenne qui s'est imposée juridiquement, notamment en raison de la conception d'intégration de l'organisation, opposée à la logique de coopération du Conseil de l'Europe. Il y a une certaine déception dans les réalisations du Conseil de l'Europe, déception visible dès les premières années de l'organisation. « *Pour Robert Schuman et de nombreux européens fédéralistes, la création de cette nouvelle organisation est un demi-échec. Ils vont très vite s'en démarquer avec notamment la spectaculaire démission de Paul-Henri Spaak (à la fois Premier ministre et ministre des Affaires étrangères belge lors de la création du Conseil de l'Europe) de la présidence de l'Assemblée consultative, pour s'impliquer dans le lancement de la CECA, sur les plans de Jean Monnet, alors commissaire au Plan du gouvernement français* »⁷¹. En effet, le Conseil de l'Europe est clairement limité par rapport à l'Union européenne, son budget est inférieur et ses organes possèdent des pouvoirs plus réduits. Par exemple, les normes de l'Assemblée parlementaire relèvent de la *soft law* alors que les institutions de l'Union peuvent être à l'origine de normes contraignantes⁷². Cependant, le Conseil de l'Europe réussit à s'inscrire dans la durée avec des avancées majeures dans le domaine des droits de l'homme, par les conventions proposées et par les entités qui y sont rattachées, que ce soit la Cour EDH, la Commission de Venise, ou encore le Commissaire aux droits de l'homme. En revanche, le Conseil de l'Europe se cantonne à son domaine initial : les droits de l'homme, et ne connaît pas une

⁶⁹ P.-H. IMBERT, « Le Conseil de l'Europe. 60 ans d'indifférence respectueuse », *AFRI*, 2010, p. 440.

⁷⁰ T. COURCELLE, « Le Conseil de l'Europe et ses limites », *Hérodote*, 2005, n° 3, p. 224.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Voir par exemple à ce sujet : M. AILINCAI, « La *soft law* est-elle l'avenir des droits fondamentaux ? », *RDLF*, 2017, chron. n° 20, dossier spécial « Le droit des libertés en question(s) : colloque des 5 ans de la RDLF ».

expansion à l'image de l'Union européenne, qui a dépassé le plan purement économique. « Ces deux organisations ont des logiques complémentaires et se situent toutes deux dans la dynamique institutionnelle de l'intégration européenne, qui trouve sa source dans l'espoir de plusieurs membres du congrès de La Haye en 1948 de créer les « États-Unis d'Europe », sur la base d'une communauté culturelle et spirituelle »⁷³. L'existence de liens formalisés entre les deux organisations, par le biais d'une adhésion de l'une des organisations à l'autre, profiterait probablement plus au Conseil de l'Europe qu'à l'Union européenne, notamment en termes de force contraignante. D'ailleurs, seule une adhésion de l'Union au Conseil de l'Europe pourrait exister et non l'inverse, au vu des exigences d'intégration de l'Union européenne. Néanmoins, les décideurs politiques européens ne se sont penchés que sur la possibilité d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH et non au Conseil de l'Europe.

En l'absence de liens formels, les deux organisations européennes ne s'ignorent pas pour autant. Dans un protocole annexé au traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier, signé le 18 avril 1951, il est prévu que le président du Parlement européen rende un rapport annuel à destination de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Cependant, cette pratique se termine dès 1969, remplacée par la seule transmission du rapport annuel d'activité du Parlement européen et cette action ne perdure que jusqu'en 1975⁷⁴. Cette même année, un bureau de liaison du Conseil de l'Europe s'installe à Bruxelles, offrant une certaine permanence des liens entre les deux organisations européennes. Les rapports entre les deux organisations sont envisagés explicitement dans le traité de Lisbonne⁷⁵. Dans le cadre des négociations pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH prévue par le traité de Lisbonne, un groupe informel s'est spécifiquement mis en place dès 2010, comprenant des représentants de la Commission européenne et du Comité directeur pour les droits de l'Homme du Comité des ministres (CDDH). Le Groupe de travail informel en 2013 appelé CDDH-UE, ayant pour mandat d'aboutir à un accord

⁷³ P. VÉRON, « La coopération entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), L'Harmattan, 2016, p. 75.

⁷⁴ P. EVANS et P. SILK, *Assemblée parlementaire : Pratique et procédure*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, p. 357.

⁷⁵ Article 220 TFUE : « L'Union établit toute coopération utile avec les organes des Nations unies et de leurs institutions spécialisées, le Conseil de l'Europe, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et l'Organisation de coopération et de développement économiques ». Dans sa version avant Lisbonne, voir l'article 303 TCE : « La Communauté établit avec le Conseil de l'Europe toutes coopérations utiles ».

d'adhésion, était composé de 14 experts d'États membres du Conseil de l'Europe (7 d'États membres de l'Union européenne et 7 d'États qui n'en font pas partie). Le projet élaboré par ce groupe informel a ensuite été rejeté par la Cour de justice dans son avis 2/13 de 2014⁷⁶, ce qui démontre que l'existence d'un accord politique n'est pas suffisante pour concrétiser l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. En effet, la Cour de justice a soulevé des difficultés juridiques qui paraissent insurmontables, au contraire de ce qui avait été estimé : « *les obstacles juridiques évoqués sont des questions techniques aisées à résoudre s'il y a une volonté politique* »⁷⁷.

Ainsi, les deux organisations œuvrent sur un territoire européen géographiquement asymétrique avec des fonctions *a priori* complémentaires mais un mode de fonctionnement différent. Des liens ont été rapidement mis en place pour assurer une communication entre les deux organisations européennes. Les dissemblances paraissent nombreuses mais l'angle d'approche qui est commun, les droits fondamentaux, suffit pour considérer qu'il existe un système européen de protection des droits fondamentaux. Il faut d'ailleurs préciser que l'expression « système européen de protection des droits fondamentaux » a déjà été utilisée, soit pour désigner la Convention EDH et sa juridiction⁷⁸, soit pour la protection accordée par l'Union européenne⁷⁹, soit pour la jonction des deux⁸⁰.

⁷⁶ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, *Projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁷⁷ E. DECAUX, « L'Europe a ses miroirs », *Droits fondamentaux*, n° 1, 2001, p. 61

⁷⁸ Voir par exemple S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 2017, 3^e éd., p. 151 ou encore J.-P. COSTA, *Des juges pour la liberté*, Dalloz, Paris, 2013, p. 20.

⁷⁹ F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Chemins d'Europe, mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, p. 541 ; F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme », *JCP G*, 1998, n° 1, doctr. 100.

⁸⁰ D. DERO-BUGNY, « La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 109. S. MARCIALI, « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », in *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne dans le sillage de la Constitution européenne*, J. RIDEAU (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 345.

III. Un système européen de protection

Un droit, quel qu'il soit, peut être protégé en amont, par le législateur par exemple, ou en aval, une fois le droit appliqué, principalement par les juges. La protection est une « *précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assume, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels* »⁸¹. Les deux types de protection sont envisagés : les normes et leur application lors d'un contentieux. Le juge, qui a pour rôle de concrétiser l'ordre juridique face à un litige dont il est saisi⁸², propose parfois des solutions qui n'ont pas été prévues textuellement, pour assurer une protection des droits fondamentaux et la cohérence de son ordre juridique. Cette recherche de cohérence fait suite aux interactions entre les ordres juridiques dans le cadre d'un système. C'est en cela que de nombreux auteurs évoquent un dialogue des juges, terme qui ne sera que peu utilisé dans cette recherche puisque les juges européens et nationaux sont considérés comme les acteurs d'un même système.

Le juge est au cœur des développements de cette thèse en raison de son rôle particulier au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. « *En contrôlant la conformité d'une loi aux droits et libertés [...] on apprécie un arbitrage politique au nom des valeurs que le législateur a déjà dû concilier, non seulement entre elles, mais également avec l'intérêt commun. Telle est la réalité - et l'incongruité apparente - du contrôle des lois au nom des droits de l'homme : elle offre au juge la possibilité de substituer son appréciation à celle du législateur dans les multiples conflits d'intérêts et de valeurs inhérents à la vie en société* »⁸³. Sans affirmer que le juge européen se substitue au législateur, il est certain qu'il s'est trouvé face à une obligation de créer des règles harmonieuses pour faire fonctionner le système, notamment en l'absence de décision politique permettant de créer un lien formel entre les deux organisations européennes. Il y a d'ailleurs une potentielle inégalité d'intensité à relever entre les deux juges européens sur ce terrain, « *la Cour de justice apparaît, à la fois moins libre et plus libre que la Cour européenne des droits de*

⁸¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 1987, 1^{ère} éd., p. 627.

⁸² X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Paris, 2008, p. 91.

⁸³ F. CHÉNÉDÉ, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Daloz*, 2014, n° 31, p. 1797.

l'homme dans l'interprétation des droits fondamentaux. Elle doit composer avec le législateur de l'Union européenne qui n'hésite pas à consacrer des principes communs minima, voire en régression par rapport aux droits nationaux applicables à l'ensemble des États membres de l'UE en matière d'asile, de visas ou d'immigration. Toutefois, inversement, elle peut augmenter le degré de protection des droits et son approche n'a pas à se centrer sur le standard minimal »⁸⁴. De plus, les droits fondamentaux ont une utilité particulière pour légitimer l'État de droit car ils se situent sur un terrain supra législatif. Ainsi, dans le domaine des droits fondamentaux, le juge, en protégeant ces droits, devient le garant de la réalisation de l'État de droit⁸⁵.

IV. Un système européen de protection des droits fondamentaux

C'est dans la protection des droits fondamentaux que se rejoignent les deux organisations européennes. Le Conseil de l'Europe, de façon évidente, a pour fonction première de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui font partie du patrimoine commun ainsi que de favoriser le progrès économique et social et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon le Préambule du statut du Conseil de l'Europe signé à Londres le 5 mai 1949. De son côté, l'Union européenne a pour but de promouvoir la paix, et ses valeurs, qui sont le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'État de droit et du respect des droits de l'homme, selon les articles 2 et 3 TUE.

Dans ces deux articles, c'est l'expression « droits de l'homme » qui est privilégiée et non celle de « droits fondamentaux », bien que ce soit cette dernière qui prédomine le paysage juridique actuel. « *Des « libertés publiques » en droit interne aux « droits de l'homme » en droit international, un mouvement plus moderne semble se faire jour autour de l'expression d'origine allemande de « droits fondamentaux »⁸⁶. La Cour EDH utilise*

⁸⁴ F. GAZIN, « Les jurisprudences européennes en matière de visas, asile et immigration : une résistance face aux « démons sécuritaires », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. POTVIN-SOLIS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 189.

⁸⁵ O. DORD, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P MARGUÉNAUD, *et alii* (dir.), PUF, Paris, 2008, p. 334.

⁸⁶ É. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2010, p. 15.

également le concept de droits fondamentaux, pour désigner les droits fondamentaux nationaux, ceux protégés par l'Union européenne ou même les droits prévus par la Convention EDH⁸⁷. Il faut tenter de définir la notion de droits fondamentaux (A) puis essayer de la distinguer d'autres expressions comme « droits de l'homme » ou « libertés fondamentales » (B) afin de déterminer le cadre du système.

A. La notion de droits fondamentaux

Les droits fondamentaux sont avant tout des droits subjectifs, c'est-à-dire une prérogative individuelle que la personne-sujet du droit tire de la règle de droit objectif⁸⁸. La notion est utilisée en premier lieu dans la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 dès le Préambule, ainsi que dans la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, qui mentionnent toutes deux « les droits fondamentaux de l'homme ». Le terme n'avait alors probablement pas de réalité juridique concrète mais renvoyait à un sens commun, à quelque chose d'essentiel⁸⁹. Ensuite, la notion a été reprise dans le droit allemand, avec la Loi fondamentale de 1949 et les premiers articles du texte constitutionnel qui protègent les droits fondamentaux. « *Originnaire du droit allemand, la notion de droit fondamental a fait l'objet d'un intérêt croissant dans la doctrine française à partir des années quatre-vingt-dix* »⁹⁰. En effet, en France, la notion de droits fondamentaux n'est pas présente dans la Constitution mais apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1990⁹¹, et a intéressé la doctrine dès 1975⁹². Dans l'Union européenne, le terme est utilisé dès l'arrêt *Storck* de 1959⁹³, dans le sens d'un rejet du contrôle du respect de ces droits, puisque l'Union européenne avait alors pour objectif unique l'intégration économique. Ils

⁸⁷ Voir par exemple pour les droits fondamentaux nationaux : Cour EDH, Gde chbr., 12 juin 2014, *Fernández Martínez c/ Espagne*, req. n° 56030/07, points 43 et s., au sujet de l'Union européenne : Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12, point 88 et pour les droits fondamentaux de la Convention EDH : Cour EDH, Gde chbr., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, point 87.

⁸⁸ J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, 16^e éd., p. 6.

⁸⁹ E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 748.

⁹⁰ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, 2017, p. 7.

⁹¹ Cons. Constit., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, décision n° 89-269 DC, point 33, première utilisation de « droits fondamentaux de valeur constitutionnelle ».

⁹² Doctrinalement introduit avec M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale Allemande », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, Paris, 1975, p. 49. Voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVOTIAN, *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2017, 20^e éd., p. 917.

⁹³ CJCE, 4 février 1959, *Storck c/ Haute Autorité*, aff. 1/58, *Rec.* p. 43.

apparaissent ensuite dans le traité d'Amsterdam, à l'article F, mais en tant que « *droits de l'homme et libertés fondamentales* ». C'est par le traité de Maastricht que l'expression exacte est utilisée « *L'Union respecte les droits fondamentaux* », toujours dans l'article F. Elle semble codifier ce qui existait auparavant, « *il s'agissait pour l'essentiel de répondre aux critiques et non de bâtir un régime nouveau. L'apparition d'une clause relative aux droits fondamentaux dans le traité sur l'Union européenne s'apparente alors à une opération de constitutionnalisation de l'existant* »⁹⁴. La Convention EDH ne mentionne pas les droits fondamentaux mais les « droits de l'homme et les libertés fondamentales » tandis que la Cour EDH utilise la notion dans sa jurisprudence dès les années 90⁹⁵.

Les sources de ces droits n'indiquent néanmoins pas ce que sont les droits fondamentaux. Certains auteurs ont proposé des critères pour éclairer la notion. Ainsi, le droit serait fondamental pour plusieurs raisons : car son destinataire est l'Homme ; au vu de sa position dans la hiérarchie des normes ; car il a pour fonction de déterminer l'identité d'un ordre juridique et enfin la dénomination comprend une démarche universaliste parce que les droits fondamentaux sont utilisés dans différents systèmes juridiques⁹⁶. Cette vision permet d'associer les deux courants de pensée doctrinale française sur le sujet des droits fondamentaux : « *une première conception, foncièrement positiviste, est défendue par Louis Favoreu et l'école d'Aix. Un droit fondamental est une permission juridique consacrée par une norme de degré supérieur, Constitution et/ou traité, et garantie par l'existence d'un juge que les titulaires de ce droit peuvent saisir. Il se caractérise donc par son rang supra-législatif et sa justiciabilité. Un second courant, d'inspiration jusnaturaliste, insiste quant à lui sur la substance des droits fondamentaux. Il voit dans leur caractère fondamentale une propriété constitutive de ces droits* »⁹⁷. Les quatre critères énoncés peuvent être triés en deux catégories : l'essentialisme des droits fondamentaux et leur détermination selon leur fonction. L'objectif des droits fondamentaux est « *d'orienter l'organisation de la société, et principalement du Droit, comme système d'organisation sociale, conformément à la dignité*

⁹⁴ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 75.

⁹⁵ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 18 février 1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, req. n° 26083/94, point 67 ; Cour EDH, Gde chbr., 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, point 75.

⁹⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, p. 323.

⁹⁷ O. DORD, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P MARGUÉNAUD, et alii (dir.), PUF, Paris, 2008, p. 333.

de la personne, pour qu'elle puisse réaliser les contenus qu'elle identifie cette dignité »⁹⁸.

Au terme de l'essentialisme de ces droits, autrement dit substantiellement, ce sont les droits qui symbolisent les valeurs portées par les États. Ils ont pour point commun de protéger la dignité humaine, « *les droits fondamentaux ont ainsi pour objet d'éviter qu'une personne perde son statut et soit ravalée au rang de chose* »⁹⁹. La dignité humaine est la référence qui donne tout son sens aux autres droits fondamentaux¹⁰⁰. Son inscription à l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est logique bien qu'elle ait été l'un des points les plus discutés par la Convention chargée d'élaborer la Charte¹⁰¹. Même si la Convention EDH ne mentionne pas la dignité humaine – peut-être en raison de son aspect abstrait¹⁰² – elle est toutefois à la source de tous les droits qui y sont protégés¹⁰³. La Cour EDH mobilise également la notion, notamment en lien avec l'article 3 de la Convention EDH¹⁰⁴. Cette absence du texte de la Convention EDH s'expliquerait par une vision subsidiaire de la dignité humaine « *précisément parce que le principe de dignité est le premier principe qui fonde tous les autres, il doit demeurer subsidiaire, c'est-à-dire n'être utilisé que lorsque n'est mobilisable aucune autre notion ou principe, et ce sous peine de voir tout le droit se dissoudre dans la dignité* »¹⁰⁵. La fundamentalité renvoie au caractère essentiel d'un droit pour un individu¹⁰⁶. En tant que droits subjectifs, les droits fondamentaux sont au centre des revendications individuelles. Ce caractère essentiel pose la question de la

⁹⁸ G. PECES-BARBA, « De la fonction des droits fondamentaux », in *Le patrimoine constitutionnel européen*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, p. 210.

⁹⁹ E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 748.

¹⁰⁰ P. LÖWENTHAL, « Ambiguïtés des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, 2008-2009, n° 7, p. 2.

¹⁰¹ A. VORINO, « La Cour de justice et les droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte », in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV, Berlin, 2003, p. 115.

¹⁰² C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 101 : « *Si abstrait que soit le concept, la dignité humaine apparaît comme une valeur trop fondamentale pour être assujettie aux conceptions nationales : son respect tend donc à s'imposer comme un « impératif catégorique », qui disqualifie, si l'on peut dire, l'argument de proximité* ».

¹⁰³ Voir à ce sujet C. DUPRÉ, « Article 1 – Human Dignity », in *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER *et alii* (dir.), p. 8. L'absence de dignité humaine dans le texte de la Convention EDH « *led to a diffuse protection of human dignity by the ECtHR, whereby almost every ECHR right can become dignity-related* ».

¹⁰⁴ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, req. n° 59450/00, point 119 ; Cour EDH, Gde chbr., 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c/ Allemagne*, req. n° 22978/05, point 120, « *la dignité humaine, qui est aussi au cœur de l'article 3 de la Convention* » ou encore Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, point 220.

¹⁰⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Dignité humaine », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, *et alii* (dir.), PUF, Paris, 2008, p. 287.

¹⁰⁶ X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, Paris, 2010, p. 44.

cohérence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui comprend un nombre non négligeable de droits « fondamentaux ». Certains de ces droits ne sont peut-être pas essentiels mais ils font partie de la Charte des « droits fondamentaux ». En réalité, la Charte comprend des droits, des libertés et des principes¹⁰⁷. Par exemple, la liberté des arts et des sciences de l'article 13, le droit d'accès à un service de placement de l'article 29 ou encore la protection des consommateurs prévue à l'article 38 ne semblent pas essentiels. Pour certains, les droits fondamentaux sont les plus généraux, ceux qui fondent les autres et sont ainsi à promouvoir¹⁰⁸, se rapprochant plus de la liste de la Convention EDH. Seule la considération de leur importance, de leur essentialité permet de déterminer leur caractère fondamental¹⁰⁹. L'inscription des droits fondamentaux dans le droit positif traduit des choix sociétaux opérés et révèle un paradoxe dans la considération des droits fondamentaux « *entre leur fonction identitaire, liée à la diversité des cultures juridiques, et leur fonction universalisante, voire humanisante, qui tend sinon vers l'uniformité, du moins vers un rapprochement, une harmonisation* »¹¹⁰. Les droits fondamentaux découverts par le biais des principes généraux du droit de l'Union incarnent cette contradiction puisque le juge reconnaît des droits qui préexistaient tout en leur offrant un fondement soit national, au titre des traditions constitutionnelles communes des États membres, soit européen en s'appuyant sur la Convention EDH. Si l'on considère la cinquantaine de droits contenus dans la Charte comme fondamentaux, les domaines essentiels qu'il faut protéger deviennent très – trop – nombreux. Cependant, la Charte a le mérite de s'être adaptée aux besoins, probablement essentiels, de l'époque actuelle. « *La diversité des droits fondamentaux explique à la fois le succès de cette notion et le risque de dilution qui la menace. Au plan quantitatif, les libertés proclamées par les Constitutions et les traités sont pléthoriques. Sous couvert d'actualiser ces textes, l'activisme des juges accroît encore leur nombre. Or, lorsque tout devient fondamental, rien ne l'est plus vraiment [...] L'excès de fundamentalité révèle en définitive*

¹⁰⁷ Pour la distinction droits et principes, voir l'article 52 § 5 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « *Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* ». Voir à ce sujet R. TINIÈRE, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, 2014, chron. n° 14.

¹⁰⁸ P. LÖWENTHAL, « Ambiguïtés des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, 2008-2009, n° 7, p. 18.

¹⁰⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 2017, 3^e éd., p. 13.

¹¹⁰ M. DELMAS-MARTY, « Avant-propos », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2010, p. 6.

le caractère relatif des droits fondamentaux : à l'instar des droits ordinaires, ils ne sont pas absolus et doivent être conciliés avec d'autres droits fondamentaux au contenu opposé »¹¹¹. Enfin, le caractère essentiel de ces droits ne signifie pas pour autant qu'ils soient absolus, puisque la grande majorité des droits fondamentaux peut être limitée, selon des conditions précisées dans les deux textes européens. Par exemple, l'article 52 de la Charte prévoit que les limitations aux droits énoncés doivent être prévues par la loi, respecter le contenu essentiel de ces droits et le principe de proportionnalité. L'essentialité semble préservée tout en aménageant une certaine souplesse. La relativité des droits fondamentaux est un critère à prendre également en compte¹¹², même si une poignée de droit est désignée comme intangible, au sens de l'article 15 de la Convention EDH, ou absolue, au sens de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Les autres critères déterminant le droit fondamental se situent sur un terrain formel, comprenant la fonction de ces droits. Ainsi, les droits sont considérés comme fondamentaux en raison de leur position dans la hiérarchie des normes. Ce sont les droits protégés au niveau constitutionnel et/ou au niveau européen et international¹¹³. Cette position les place hors de portée de toute modification¹¹⁴. C'est d'ailleurs dans le domaine des droits fondamentaux que « *certaines constitutions nationales imposent de tenir compte du droit international, voire autorisent à s'inspirer de droits nationaux étrangers* »¹¹⁵. Ainsi, le caractère européen, probablement plus qu'international, paraît jouer en faveur de la reconnaissance de la notion, ce qui peut entraîner la constatation d'un « européocentrisme » des droits fondamentaux¹¹⁶. Cet aspect supranational s'explique notamment car les droits désignés comme fondamentaux sont utilisés dans le cadre de rapports de systèmes et participent aux différents dialogues entre les juges. « *Depuis l'arrêt Solange I de la Cour constitutionnelle allemande, les droits fondamentaux constituent un des thèmes récurrents des débats sur les rapports de système. Le dialogue qui s'est établi à ce propos n'est pas seulement un dialogue entre juges, qu'il*

¹¹¹ J. O. DORD, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P MARGUÉNAUD, *et alii* (dir.), PUF, Paris, 2008, p. 335.

¹¹² E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 6.

¹¹³ Voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVOTIAN, *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2017, 20^e éd., p. 918.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 922.

¹¹⁵ É. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2010, p. 12.

¹¹⁶ A. BERRAMDANE, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE*, 3/2009, spéc. p. 442.

s'agisse des tribunaux nationaux, de la Cour de justice de l'Union ou de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi un dialogue entre les deux principales organisations européennes que sont le Conseil de l'Europe et l'Union européenne »¹¹⁷. Ces droits fondamentaux ont facilité les discussions entre les ordres internes et européens, « *longtemps indifférentes, parfois conflictuelles, les relations entre droit interne et droit européen ont trouvé une occasion remarquable de convergence autour de la protection des droits fondamentaux* »¹¹⁸. Ainsi, les droits fondamentaux ont une fonction de jonction¹¹⁹, avec un « *aspect « unificateur » qui s'avère indispensable pour traiter de l'enchevêtrement des niveaux de protection* »¹²⁰. Ils sont en effet particulièrement utiles et utilisés dans le cadre des rapports entre ordres juridiques, en tant que « *droit des rapports entre droits* »¹²¹. Cette approche technique sert également à différencier les droits fondamentaux d'autres expressions qui s'en rapprochent.

B. Droits fondamentaux, droits de l'homme, libertés fondamentales et libertés publiques

Ces différentes expressions, droits de l'homme, droits fondamentaux, libertés fondamentales et libertés publiques sont toujours présentes dans le vocabulaire juridique et paraissent parfois interchangeables, y compris pour le juge de l'Union¹²², même si « *la notion de droits fondamentaux a progressivement supplanté dans le vocabulaire celle de droits de l'homme sans y apporter de clarification déterminante* »¹²³. Les distinguer n'est pas évident et pas toujours utile. Il s'agit principalement de tenter de dégager une délimitation entre droits de l'homme et droits fondamentaux. Pour certains auteurs, les droits de l'homme relèveraient du droit naturel, impliquant une certaine extériorité par rapport au droit positif alors que les droits fondamentaux sont pleinement intégrés dans le droit

¹¹⁷ J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 195.

¹¹⁸ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 75.

¹¹⁹ Ou de charnière : É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010.

¹²⁰ V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Thèse de doctorat soutenue en 2016, Université Grenoble-Alpes, p. 23.

¹²¹ É. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques* É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2010, p. 16.

¹²² J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2005, p. 184.

¹²³ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul JACQUÉ*, Dalloz, Paris, 2010, p. 264.

positif¹²⁴. Les droits de l'homme sont inhérents à la société, parce qu'ils existent déjà dans la nature ou qu'ils sont liés à l'organisation sociale, « *selon la conception de la démocratie libérale : droits inhérents à la nature humaine, donc antérieurs et supérieurs à l'État et que celui-ci doit respecter non seulement dans l'ordre des buts mais aussi dans l'ordre des moyens [...] selon la conception de la démocratie autoritaire (marxiste) : droits conquis par l'homme à la suite de l'instauration d'une société sans classes et donc sans exploitation de l'homme par l'homme. Tout ce qui favorise cette libération est bon, même une dictature, car ce qui importe ce ne sont pas les droits et libertés actuels (qui sont abstraits, formels), mais les droits et libertés futurs, seuls authentiques* »¹²⁵. Cependant, les droits fondamentaux peuvent être également entendus de plusieurs façons, « *les droits fondamentaux font l'objet d'une théorie qui est loin d'être uniforme. Dans la doctrine la plus perfectionnée en la matière - la doctrine allemande - la théorie des droits fondamentaux se décline sous plusieurs facettes : théorie libérale, théorie institutionnelle, théorie axiologique, théorie démocratique et fonctionnelle et théorie sociale* »¹²⁶. Ainsi, l'existence « innée » des droits ne permet pas nécessairement de distinguer la qualification de fondamentale ou de droits de l'homme.

Il semble également qu'au niveau national, ce soit l'expression « droits de l'homme » qui soit privilégiée, notamment en France. « *À partir du dernier tiers du XXe siècle, en France par exemple, l'univers des droits de l'homme devient la référence même de toutes les évolutions du droit, comme si la nature de l'homme devait imposer sa domination à l'ensemble des règles de droit, quel que soit le domaine considéré [...] la référence aux droits de l'homme s'élève au premier plan des sources vives du droit positif : elle est cela même qui permet de le contester et de le réformer* »¹²⁷. L'expression « droits de l'homme » est comprise en France comme désignant « *les droits et libertés inhérents à l'être humain en raison de sa nature même, antérieurs et supérieurs au droit positif* »¹²⁸. Cette approche rejoint l'idée de droits de l'homme attachés au droit naturel. En France, l'équivalent des

¹²⁴ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, p. 21.

¹²⁵ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, Paris, 1988, p. 182-183

¹²⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, n° 1, p. 124.

¹²⁷ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris, 2013, p. 56.

¹²⁸ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, 2017, p. 5.

droits fondamentaux seraient les libertés publiques qui traduisent juridiquement le concept des droits de l'homme¹²⁹. Cependant, l'expression de droits fondamentaux remplacerait progressivement celle de liberté publique¹³⁰, notamment car la notion de liberté publique correspond à un moment particulier du droit français, le légicentrisme¹³¹. Le conditionnel reste de mise pour tenter de distinguer ces notions en l'absence de stabilité dans la détermination du contenu auquel renvoie chacune des expressions. Les droits et libertés coexistent également dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pour certains, la différence entre droits et libertés tient à plusieurs critères¹³². Les droits ont un objet définissable ou déterminable, un titulaire et un débiteur identifiables. Enfin, il existe des procédures et sanctions afin de garantir le droit. Toutefois, les droits et libertés de la Charte sont opposables aux pouvoirs publics de l'Union européenne et aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, au contraire des principes de la Charte¹³³.

Dans le cadre de l'Union européenne la distinction entre droit naturel et droit positif ne suffit pas pour délimiter les droits de l'homme des droits fondamentaux puisque le traité préfère l'expression de droits de l'homme pour évoquer les objectifs de l'organisation, selon l'article 3 TUE, ou pour décrire l'action de l'Union dans le cadre des relations extérieures, conformément à l'article 21 TUE. Pourtant, le choix s'est porté sur les « droits fondamentaux » pour qualifier la Charte, la référence au sein de l'Union en matière de protection de ces droits essentiels. Les droits de l'homme dans l'état de nature n'ont pas nécessairement à être concrétisés, protégés : « *Hannah Arendt (1951) avait en ce sens parlé du paradoxe des droits de l'homme qui se réduisent dans bien des cas à des « droits de papier » puisque leur effectivité est intimement liée à l'appartenance du sujet à une communauté politique qui le reconnaît comme titulaire de ces droits, reconnaissance qui n'est nullement automatique* »¹³⁴. Au contraire, les droits fondamentaux semblent être ceux

¹²⁹ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, Paris, 1988, p. 279.

¹³⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, n° 1, p. 124.

¹³¹ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, 2017, p. 7. C'est une notion qui se serait développée de façon empirique en droit français, voir P. AUVRET et J. AUVRET-FINCK, « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Valine*, Dalloz, Paris, 2002, p. 403.

¹³² Voir à ce sujet E. PICARD, « Les droits et libertés » : un couple paradoxal », *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 550.

¹³³ J.-C. BONICHOT, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du traité sur l'Union européenne », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, p. 53.

¹³⁴ A. LENDARO, « La frontière européenne à la lumière de sa fermeture. Contrôle, migrations, droits », in

inscrits dans le droit positif et dont la protection est exigée, tandis que les droits de l'homme se placeraient sur un terrain plus déclaratif. « *Les droits de l'homme, proclamés en France par la Déclaration du 26⁹ août 1789, préexistent certes à toute association politique et en constituent la finalité. Mais ils relèvent du droit naturel et leur garantie n'est pas assurée. Du XIX^e siècle jusqu'à la Libération, il revient à la loi de traduire ces droits de l'homme dans le droit positif. [...] Les droits fondamentaux rendent compte, quant à eux, de la constitutionnalisation et de l'internationalisation de la garantie des libertés qui se développent depuis 1945* »¹³⁵. Enfin, cette protection des droits fondamentaux s'accompagne de la possibilité d'un effet horizontal, donc de la nécessité de les faire respecter dans des relations interindividuelles. Les droits de l'homme seraient au contraire principalement opposables à l'État.

La Convention EDH est emblématique sur la confusion que peut entraîner la coexistence de ces qualificatifs puisque son titre cumule deux expressions, droits de l'homme et libertés fondamentales, tout comme la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 – sans pour autant les clarifier. En revanche, il est plus clair que du côté de l'Union européenne, les libertés fondamentales désignent les libertés de circulations, essentielles dans le cadre du marché intérieur. Certains estiment néanmoins que les droits fondamentaux sont les corollaires des libertés fondamentales¹³⁶, alors que les droits sont supposés être précisément déterminés et les libertés indéterminées¹³⁷. Les termes en opposition droits/libertés rendraient compte d'une réalité différente, d'une opposition « *entre un point de vue subjectif (droits) et un autre, plus objectif et global (libertés), ou encore entre des moyens (les droits subjectifs) au service d'une fin (les libertés qu'il s'agit de garantir) sans cependant que ce partage doive être tenu pour strictement assumé* »¹³⁸. De nouveau, il est difficile de trancher définitivement ce débat et il reste préférable de l'aborder au conditionnel.

Penser les frontières européennes au XXI^e siècle, Réflexion croisée des sciences sociales, B. VAYSSIÈRE (dir.), PIE Peter Lang, Bruxelles, 2015, p. 75.

¹³⁵ O. DORD, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, et alii (dir.), PUF, Paris, 2008, p. 334.

¹³⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 12.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹³⁸ P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, n° 1-4, p. 42.

Il est en tout cas certain que les droits fondamentaux sont utilisés dans le cadre d'un rapprochement entre la Charte des droits fondamentaux et la Convention EDH au vu de la fonction de ces droits en tant que vecteurs « *d'unité conceptuelle* »¹³⁹. Dans le cadre de cette recherche, seule l'expression de « droits fondamentaux » sera utilisée, en considérant qu'ils désignent des droits essentiels européens.

V. Problématique de la thèse

Il est certain que les droits fondamentaux représentent un instrument privilégié pour le dialogue entre les ordres juridiques et que leur importance implique un certain dépassement de leur statut formel dans l'ordre juridique duquel ils émanent. Dans le cadre des deux organisations européennes, les droits fondamentaux se recoupent, en partie au moins, par différentes méthodes : comme par exemple les principes généraux du droit, le mécanisme des droits correspondants, les clauses de déconnexion, autant de possibilités qui créent des ponts entre les deux ordres juridiques européens au niveau des droits fondamentaux. « *Là où l'univers juridique est traditionnellement segmenté, structuré par quelques clivages fondamentaux, au premier rang desquels ceux qui séparent les systèmes juridiques étatiques les uns des autres et ceux qui séparent l'international de l'étatique, nous sommes entrés dans une ère d'interconnexion, d'interpénétration, verticale et horizontale, des systèmes* »¹⁴⁰. Cette interconnexion est formalisée par les instruments cités mais apparaît de façon spontanée également, lors de contentieux.

La thèse analyse les ponts entre les deux organisations européennes en les considérant comme autant de signes de l'existence d'un système, dont il faut découvrir les règles, qui aurait dépassé les considérations initiales des États membres des deux organisations, depuis leur création. C'est ainsi le cas des relations entre les deux juridictions européennes, « *ces rapports ont donc été établis sur un fondement volontaire ne reposant sur aucune obligation juridique* »¹⁴¹. Ces juridictions européennes ont en quelque sorte pris

¹³⁹ G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Droit administratif*, 2004, n° 6, étude 11.

¹⁴⁰ J.-B. AUBY, « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique ? », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 261.

¹⁴¹ D. DERO-BUGNY, p. 14. Il faut également mentionner des avis divergents sur cet aspect : R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris,

le relai des États en matière de prise de décision en jouant un rôle central dans la réalisation du système européen de protection des droits fondamentaux. « *Un ordre juridique global s'est développé avec une rapidité exceptionnelle, qui porte tant sur le nombre et sur l'extension de ses organes que sur le développement des institutions caractéristiques des ordres juridiques internes [...] dans quelle mesure les États sont-ils encore les protagonistes de l'ordre juridique global qui se superpose comme un second niveau dans une hiérarchie de pouvoirs publics ?* »¹⁴². Sans prétendre répondre directement à cette question, l'idée est de se pencher sur les règles qui permettent un fonctionnement harmonieux au sein du système européen de protection des droits fondamentaux, puisque malgré quelques tensions¹⁴³, l'ensemble fonctionne suffisamment bien pour ne pas nécessiter de formalisation des liens.

En raison de l'importance des règles matérielles comprises dans le système, l'objectif est de « *tenter d'ordonner quelque peu ce matériau foisonnant et d'y apporter quelque fugace lumière. Et si on décidait de relever ce défi, au moins aurait-on appris la modestie et se garderait-on de toute ambition démesurée* »¹⁴⁴. Des choix ont donc été faits au vu de la dimension de l'entreprise, notamment en termes de droits substantiels à aborder. Ainsi, sans qu'il s'agisse d'une approche strictement institutionnelle, les droits matériellement protégés ne sont pas abordés exhaustivement. « *De la multiplicité des ordres juridiques dont la compétence peut s'exercer sur une situation de fait typique découle la relativité des solutions* »¹⁴⁵, relativité tenant notamment au fait que l'ordre juridique français est privilégié lorsque sont considérés les rapports entre le niveau européen et le niveau national.

2013, p. 254 : « *À l'évidence, le droit international moderne est un droit des États, qui en sont les sujets premiers et incontestables. Même si certaines constructions ont prôné un droit qui dépasserait les États – un droit international qui, en retour, serait au principe de leur existence –, force est de constater que l'entente entre les États demeure la donnée de base d'un ordre supranational éventuel* ».

¹⁴² S. CASSESE, « La globalisation du droit », *La conscience des droits, mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, p. 111.

¹⁴³ Voir, par exemple, la question de la prise en compte du domicile d'une société au titre de la protection de vie privée entre la Cour de justice et la Cour EDH : Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, req. n° 13710/88 et CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette frères SA*, aff. C-94/00, *Rec.* p. I-9011 ; le débat sur le droit des votes des prisonniers pour illustrer une divergence entre la Cour EDH et des juridictions nationales, en l'occurrence britanniques : Cour EDH, Gde chbr., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, req. n° 74025/01 et enfin entre la Cour de justice et la juridiction constitutionnelle espagnole : CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

¹⁴⁴ F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 2012, p. VIII.

¹⁴⁵ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 23

Les règles du système qui sont proposées, principe de subsidiarité, de proportionnalité et de sécurité juridique répondent à la problématique posée : qu'apporte la considération systémique des relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ?
*« En effet, plusieurs systèmes juridiques cohabitent, souvent se chevauchent, parfois se contredisent, sans que les doublons, les tensions ou les antinomies éventuelles puissent se résoudre de manière simple en l'absence de règle de conflit de type fédéral »*¹⁴⁶.

Afin de pleinement comprendre la dimension du système européen de protection des droits fondamentaux, l'apport de la considération systémique, il est nécessaire dans un premier temps de l'identifier précisément en prenant en compte les éventuels obstacles à sa reconnaissance (Partie 1). Dans un second temps, une fois le cadre du système européen de protection des droits fondamentaux définit, il est possible de s'intéresser à ses effets, tant sur les ordres juridiques nationaux que sur les deux ordres juridiques européens (Partie 2).

¹⁴⁶ M. GUYOMAR et D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, 2009, p 256.

Partie 1. L'identification du système européen de protection des droits fondamentaux

Le système européen de protection des droits fondamentaux est composé de deux ordres juridiques européens distincts et des ordres juridiques nationaux. En définissant l'ordre juridique comme l'« *agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible* »¹⁴⁷, il est possible de constater que l'Union européenne et le Conseil de l'Europe possèdent chacun un ordre juridique. En effet, cet ordre juridique est « *à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs et l'ensemble articulé qu'ils forment* »¹⁴⁸. Les deux organisations prévoient l'efficacité et l'unité de leurs normes, la cohérence de l'ensemble et la complétude des normes¹⁴⁹.

L'ordre juridique de l'Union européenne a comme élément constitutif ses propres normes, entre autres, les traités, les règlements, les directives et les décisions. Les principes qui commandent les relations entre ces éléments constitutifs sont notamment visibles lorsque l'ordre juridique de l'Union est confronté à un ordre juridique externe, par exemple national. Il s'agit ainsi plus particulièrement du principe de primauté et de l'effet direct des normes de l'Union européenne. Le même constat peut être fait pour le Conseil de l'Europe qui comprend son statut ainsi que plusieurs conventions comme éléments constitutifs. Certaines de ses conventions sont considérées comme possédant elles-mêmes un ordre juridique, ce qui est le cas de la Convention EDH et de l'interprétation qui en est faite par la Cour EDH. « *Du Conseil de l'Europe a procédé cependant un nouvel ordre juridique distinct, basé sur la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et visant, quant à lui, l'« harmonisation » juridique – catégorie intermédiaire entre l'intégration et la coopération* »¹⁵⁰. Cependant, dans le cadre de cette étude, l'ordre juridique considéré est celui du Conseil de l'Europe.

¹⁴⁷ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, R. DRAÏ, et alii (dir.), PUF, Paris, 1983, p. 7.

¹⁴⁸ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *op. cit.*

¹⁴⁹ Voir *supra*, Introduction, I. B.

¹⁵⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 66.

Les deux ordres juridiques européens ainsi qualifiés, il faut identifier le système européen de protection des droits fondamentaux qui se superpose à eux et aux ordres juridiques nationaux. Il est ainsi utile de comprendre les causes qui ont entraîné l'émergence d'un tel système (Titre 1), en identifiant également certains obstacles à l'apparition du système, qu'il paraît nécessaire de dépasser (Titre 2).

TITRE 1. LES CAUSES DE L'ÉMERGENCE DU SYSTÈME EUROPÉEN DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Le système commence à apparaître rapidement après la création des deux organisations européennes mais plus intensément à compter de l'arrêt *Bosphorus* rendu par la Cour EDH en 2005¹⁵¹. Cette apparition reste d'actualité, en dépit de l'absence d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, à la suite de la décision rendue par la Cour de justice dans son avis 2/13¹⁵². Ce dernier semble impliquer un repli dans la possibilité de mise en commun entre l'Union européenne et Conseil de l'Europe. Cependant, l'Union européenne ne se réduit pas à la Cour de justice, ce qui peut se constater par la volonté des États membres, des autres institutions et du Conseil de l'Europe de s'engager dans une démarche active de rencontre.

L'idée d'émergence permet également de s'inscrire dans le mouvement envisagé préalablement. C'est un droit en transition qui est étudié, dont les paramètres ne sont pas définitivement déterminés, sinon il s'agirait d'un ordre juridique. Avant de constater le système européen et ses effets, il faut analyser les liens étroits entre les deux organisations européennes et leur volonté de rencontre vers un point commun, le système européen de protection des droits fondamentaux.

Ainsi, afin de comprendre comment l'espace européen de protection des droits fondamentaux devient un système européen de protection des droits fondamentaux, il est nécessaire de constater que les deux ordres juridiques ont connu une connexion de fait (Chapitre 1), encouragée par une convergence jurisprudentielle volontaire (Chapitre 2).

¹⁵¹ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

¹⁵² CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

Chapitre 1. La connexion entre deux ordres juridiques européens

Entre les ordres juridiques des deux organisations européennes, Conseil de l'Europe et Union européenne, des interactions sont nécessairement apparues, notamment parce celles-ci puisent « *leur source dans des idéaux communs de paix et de démocratie [...]. Bien que séparés, ces chemins ne s'ignorent pas car des voies de traverse, des hyperliens dirait-on aujourd'hui, tracent des communications en matière de droits de l'Homme entre les jurisprudences respectives de Luxembourg et de Strasbourg* »¹⁵³. Ces hyperliens, ou interactions, ont progressivement donné lieu à une véritable liaison dont le phénomène peut s'analyser en une connexion. Les deux ordres se sont rejoints pour former un système, le système étant une forme moins aboutie d'ordre juridique¹⁵⁴. Deux points doivent être envisagés pour comprendre ce phénomène de connexion. Ainsi, c'est parce que les deux organisations européennes sont complémentaires (Section 1) que des interactions sont apparues créant une connexion entre les deux ordres juridiques européens (Section 2).

Section 1. La complémentarité entre les deux ordres juridiques européens

À la suite de la seconde guerre mondiale, et afin d'assurer la paix entre l'Allemagne et la France, des organisations internationales ont été créées au niveau international et européen. Du côté européen, le traité de Londres de 1949 a fondé le Conseil de l'Europe pour la protection des droits fondamentaux en Europe et le traité de Rome de 1957 a institué une organisation ayant une finalité économique et technique¹⁵⁵. Le contexte historique est à l'origine de cette répartition : la création d'organisations internationales devait alors répondre à un besoin particulier et circonscrit¹⁵⁶. Ainsi, le principe de spécialité – ou principe

¹⁵³ J.-Y. CARLIER, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *Revue québécoise de droit international*, 2000, n° 1 p. 37-61, spéc. p. 42.

¹⁵⁴ Voir *supra* Introduction, I. Le système est défini comme « *un système consiste en un ensemble de normes qui s'articulent et s'enchaînent de manière cohérente, chaque système interne ou externe ayant son juge qui, le cas échéant, maintient la logique de l'ensemble. Des systèmes distincts établissent des relations, s'influencent mutuellement et c'est leur porosité qui crée ce que nous qualifions de rapports de systèmes* », voir B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, Paris, 2013, p. 68.

¹⁵⁵ L'approche économique engendre une vision très technique, notamment pour la CECA, voir M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, n° 3, spéc. p. 402.

¹⁵⁶ Les premières organisations visent ainsi des domaines techniques : l'Union télégraphique de 1865, le Bureau

d'attribution des compétences¹⁵⁷ – a entraîné une forte segmentation entre les organisations internationales. Toutefois, ces deux organisations ont largement dépassé les objectifs initiaux et la segmentation s'est alors diluée, allant jusqu'à perdre de son sens. Pour l'Union européenne, c'est sur le terrain de la protection des droits fondamentaux que le dépassement s'est réalisé. Afin de pallier l'absence de ces droits dans son ordre juridique et en l'absence de compétence dans ce domaine, l'Union européenne a recherché des sources permettant la protection des droits fondamentaux, dont la Convention EDH (§1). Du côté du Conseil de l'Europe, il est devenu nécessaire de ne plus exclusivement s'adresser aux États mais de prendre en compte également les organisations internationales (§2). Ces deux aspects impliquent *in fine* de créer une passerelle entre les deux ordres juridiques européens aboutissant à l'émergence du système européen de protection des droits fondamentaux.

§1. La recherche par l'Union européenne de sources de protection des droits fondamentaux

Initialement, l'absence de droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne s'explique par la finalité économique de l'organisation. Les domaines d'action que les États membres ont attribué à l'Union européenne concernent alors des questions économiques, comme l'Union douanière ou encore les règles de libre circulation des marchandises. Cependant, dans la pratique, l'application de ces matières économiques se fait difficilement sans protection des droits fondamentaux. Ainsi, la question s'est rapidement posée de savoir à quel titre l'Union européenne devait protéger les droits fondamentaux, question souvent analysée sous l'angle des compétences internes de l'Union. Toutefois, ces compétences sont limitées en matière de protection des droits fondamentaux (A), ce qui a nécessité un rapprochement des normes du Conseil de l'Europe et en première ligne de la Convention EDH (B).

international des poids et des mesures de 1875, l'Union postale universelle de 1883, jusqu'aux Nations Unies dont le but est la paix internationale (article 1 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945).

¹⁵⁷ Il est plutôt fait référence au principe de la compétence d'attribution en droit de l'Union tandis que la terminologie utilisée en droit international est le principe de spécialité. Voir C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 6e éd., 2016, p. 444. Voir également P. KLEIN, « Les compétences et pouvoirs de l'organisation internationale », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2013, spéc. p. 718.

A. La compétence interne limitée de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux

Pour clarifier le débat sur cette problématique, il faut commencer par définir la notion de compétence, exercice qui constitue un véritable défi : « *tous ceux qui s'y sont essayés connaissent l'effroyable difficulté rencontrée lorsqu'il s'agit d'expliquer en quoi consistent les compétences de l'Union, d'en décrire la substance, d'en indiquer les contours et d'en justifier le périmètre par référence à des principes juridiques* »¹⁵⁸.

Le terme de « compétence » est polysémique en ce qu'il renvoie à plusieurs réalités, « *la compétence s'entend globalement du pouvoir qui est reconnu à une autorité par le droit qui lui est applicable ; substantiellement, elle implique que soient précisés le ou les instruments à l'aide desquels et le domaine dans lequel ce pouvoir peut être exercé, ainsi que les objectifs qui en justifient l'exercice* »¹⁵⁹. La compétence peut être un domaine d'action, un pouvoir d'action, une politique ou encore une habilitation. La compétence-pouvoir d'action signifie qu'une institution peut prendre des actes mais dans un cadre prédéterminé. Il s'agit alors de « *délimiter de façon précise et préalable la liberté d'action légale de son titulaire* »¹⁶⁰. La compétence-domaine d'action renvoie à l'idée du cadre ou du champ d'application de la compétence-pouvoir d'action. Ainsi « *chaque autorité publique aura un domaine d'action propre et limité* »¹⁶¹. La compétence-politique permet à l'institution de faire des choix, et, dans le cadre de l'Union, de proposer une position commune aux États membres. Plus largement, « *la compétence apparaît donc comme le fondement juridique de l'action des autorités publiques dans un État de droit* »¹⁶². Enfin, la compétence-habilitation est l'idée exprimée aux articles 2 et suivants du TFUE, à savoir l'attribution d'une possibilité générale d'adopter des normes pour réglementer une matière. Ainsi, « *toute règle de compétence désigne un organe qui sera habilité à mettre en œuvre la compétence, déterminé par l'acte d'habilitation* »¹⁶³. Dans ce dernier cas de figure, la

¹⁵⁸ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Préface », in *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, E. NEFRAMI (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 1 (préface).

¹⁵⁹ J. VERHOEVEN, « À propos des compétences « constitutionnelles » de l'Union », *Droits*, 2007, p. 94.

¹⁶⁰ V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, LGDJ, Paris, 1974, spéc. p. 74.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁶² *Ibid.*, p. 70.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 72.

compétence est une règle conférant un pouvoir juridique : la personne compétente n'est pas dans l'obligation d'exercer sa compétence¹⁶⁴.

Dans le traité de Lisbonne, le terme « compétence » est fréquemment utilisé en matière de droits fondamentaux mais pour pointer l'incompétence de l'Union car la « compétence » est entendue pour les États membres comme une habilitation. Les États ne souhaitent pas que l'Union puisse adopter des normes concernant les droits fondamentaux. Mais ces droits sont bien présents dans l'Union européenne, qui est compétente en partie dans l'idée d'une compétence-pouvoir d'action et compétence-domaine d'action (1). En revanche, les droits fondamentaux ne font pas l'objet, dans l'Union, d'une compétence-politique ni d'une compétence-habilitation (2).

1. Les « compétences » pouvoir et domaine d'action de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux

Les « compétences » de l'Union européenne sont limitées à la compétence-pouvoir d'action, un « *pouvoir d'agir dans un champ déterminé* »¹⁶⁵ et la compétence-domaine d'action. Les droits fondamentaux existent dans l'Union dans le cadre de cette définition, qui n'habilite pas l'Union à prendre des mesures générales mais lui permet d'agir dans un champ prédéterminé par les traités. La compétence de l'Union existe également dans un domaine d'action, concrètement dans le champ d'application de l'Union.

L'Union peut agir en matière de droits fondamentaux mais de façon très ponctuelle. En pratique, le traité contient des « *bases juridiques spéciales* »¹⁶⁶ qui servent d'encadrement pour les droits fondamentaux¹⁶⁷. Ces bases juridiques ont été ajoutées au fil des extensions

¹⁶⁴ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 286.

¹⁶⁵ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière de Droits de l'homme », *RAE*, 2006, n° 1, p. 12.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 17. Voir également R. TINIÈRE, « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : le discours sans la méthode », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, article du 8 juin 2013 disponible sur le site <www.rdlf.com>. Le réseau d'experts indépendants sur les droits fondamentaux en recense six dans son rapport de 2002, disponible sur le site <www.leuropedeslibertes.u-strasbg.fr>.

¹⁶⁷ En effet, les États ont pensé délimiter l'Union européenne dans un domaine strictement économique mais de fait certaines questions sur le terrain des droits fondamentaux se sont posées. Voir notamment K. KAKOURIS qui explique cette évolution dans « La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relative aux Droits de l'Homme », in J. ILIOPOULOS-STRANGAS (dir.), *La protection des*

d'habilitation de l'Union européenne. Les premières ont ainsi concerné la non-discrimination¹⁶⁸, plus précisément, le traitement égalitaire entre nationaux et non-nationaux d'un État membre, afin d'asseoir progressivement le statut de citoyen européen. Cette citoyenneté s'accompagne aujourd'hui de certains droits fondamentaux, comme le droit de vote¹⁶⁹, le droit de pétition ou encore le droit de saisir le Médiateur européen. L'Union s'est ensuite naturellement intéressée aux droits sociaux, car les libertés de circulation nécessaires à l'établissement d'un marché intérieur se font avec des travailleurs, en tant que données économiques et sociales¹⁷⁰. Dans un premier temps, c'est l'égalité de rémunération entre hommes et femmes qui a été affirmée, puis une égalité plus générale¹⁷¹, qui rejoint d'ailleurs l'esprit de non-discrimination. L'Union a ensuite adopté en 1989 la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, largement influencée par la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe¹⁷². Récemment, la présence des droits fondamentaux s'est développée en raison des considérations relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, car les domaines concernés affectent directement les individus. Il en est ainsi du droit d'asile ou encore du mandat d'arrêt européen, qui fait fréquemment l'objet de renvois préjudiciels¹⁷³. Enfin, sans que cela soit réellement un domaine d'action, l'Union a un droit de regard important sur le respect des droits fondamentaux par un État tiers candidat à l'adhésion à l'Union européenne¹⁷⁴.

droits de l'homme dans le cadre européen, Nomos, Baden-Baden, 1993, spéc. p. 185. Ainsi, les premiers droits fondamentaux reconnus sont des conséquences directes des libertés fondamentales économiques (droit de propriété, droit de libre exercice des activités professionnelles et le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance).

¹⁶⁸ La non-discrimination est référencée dès l'article 2 TUE.

¹⁶⁹ Le droit de vote et d'éligibilité concerne les élections municipales et européennes (article 22 TFUE). Le droit d'adresser des pétitions au Parlement européen (article 20 TFUE). Le droit de recourir au Médiateur européen (article 20 TFUE).

¹⁷⁰ Rapport de la Commission du 4 février 1976 transmis au Parlement européen et au Conseil « La protection des droits fondamentaux lors de la création et du développement du droit communautaire », *Bulletin des Communautés européennes*, 1976, supplément n° 5, p. 15-16, la Commission accordera un « intérêt particulier au développement des droits fondamentaux économiques et sociaux. Ce domaine revêt pour la Commission une importance particulière, parce que les activités des institutions communautaires se situent essentiellement dans le secteur économique ».

¹⁷¹ La question de l'égalité entre hommes et femmes a été introduite assez tardivement, elle est actuellement visée à l'article 8 TFUE. Voir la communication de la Commission du 21 février 1996, « Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires », COM(96) 67 final.

¹⁷² P. STANGOS, « Le rôle singulier du Comité européen des droits sociaux et sa jurisprudence », *CDE*, 2013, n° 2, p. 340.

¹⁷³ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, « Mandat d'arrêt européen et droits fondamentaux : la CJUE à la recherche d'un équilibre », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2013, p. 409-422.

¹⁷⁴ Voir l'article 49 TUE qui procède à un renvoi aux valeurs de l'article 2 TUE (qui sont la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, le respect des droits de l'homme et des minorités, le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre femmes et hommes).

Des bases juridiques spéciales s'ajoutent ainsi au rythme des transferts de compétences, entendus cette fois dans le sens « habilitation » de l'Union. L'existence d'un accord pour introduire une action spécifique ponctuelle dérange moins les États membres qu'une habilitation générale, puisqu'ils se mettent d'accord unanimement afin que l'Union agisse dans un cadre précis et bien identifié¹⁷⁵, ne permettant *a priori* aucun débordement. L'exception majeure à cette approche ponctuelle est l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, en tant que texte « généraliste » qui regroupe de nombreux droits fondamentaux. Néanmoins, la Charte n'attribue pas de compétence générale à l'Union, pas d'habilitation, ce qui est répété à de nombreuses reprises¹⁷⁶. Même si les États membres sont en toute logique à l'origine de la création du texte¹⁷⁷, ils n'ont pas souhaité prévoir une clause ouvrant une habilitation générale à l'Union en matière de protection des droits fondamentaux et permettant *a fortiori* aux institutions de prendre des mesures dans ce cadre. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux est utilisée par la Commission et la Cour de justice comme norme de référence¹⁷⁸. La Commission a d'ailleurs pris pour habitude d'insérer des renvois à la Charte des droits fondamentaux dans ses propositions d'actes législatifs¹⁷⁹, intégrant les droits fondamentaux dans son domaine d'action d'initiative législative. Un considérant spécifique vise les droits concernés par l'acte, conformément à une étude d'impact réalisée

¹⁷⁵ J. P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, spéc. p. 1011 : « *Ce n'est que lorsqu'un besoin particulier de protection se fait sentir dans un domaine bien identifié qu'ils acceptent d'introduire une compétence spécifique dans le cadre d'une révision du traité* ».

¹⁷⁶ Article 51 de la Charte des droits fondamentaux, article 6 § 2 TUE, article 2 du protocole 8 et dès l'article 1 § 3 du projet d'accord d'adhésion.

¹⁷⁷ Voir le point 44 des conclusions de la présidence lors du Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999. L'idée affichée est d'assurer une meilleure visibilité des droits fondamentaux.

¹⁷⁸ Voir notamment : P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, n° 4, p. 884 ; J. RIDEAU, « L'Union européenne et les droits de l'homme », *RCADI*, 1997, spéc. p. 354. Concernant l'approche de la Cour : CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05 Rec., p. I-10779, point 45 « *À cet égard, la Cour a déjà jugé que la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité, telle que la libre circulation des marchandises* ».

¹⁷⁹ A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *CDE*, 2007, n° 3/4, spéc. p. 434-435 : cette méthode a été initiée par la Commission Prodi puis affinée par la Commission Barroso. Voir la décision de la Commission du 13 mars 2001 (Sec(2000) 380/3) selon laquelle toute proposition d'acte législatif ou réglementaire devra faire l'objet d'une étude d'impact pour vérifier la compatibilité avec la Charte et C. BLUMANN, « L'intégration de la protection des droits fondamentaux dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union européenne », in *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 269.

au préalable. Le but de ce type de considérant est d'indiquer que la mesure n'enfreint pas les droits fondamentaux¹⁸⁰.

De son côté, au sujet de la compétence-domaine d'action, la Cour de justice utilise la Charte des droits fondamentaux comme référence, afin de protéger les droits fondamentaux dans le champ d'application du droit de l'Union¹⁸¹. Il s'agit alors d'une condition de légalité des actes de l'Union. Déterminer le champ d'application du droit de l'Union européenne, son domaine d'action, permet de poser le cadre d'expression des droits fondamentaux de l'Union. L'idée fréquemment avancée, qui correspond également à la présentation qui est faite par la Cour de justice¹⁸², est d'estimer que les droits fondamentaux n'ont de valeur contraignante que dans le champ d'application du droit de l'Union¹⁸³. La définition de ce domaine d'action paraît échapper aux États membres¹⁸⁴. En effet, la détermination de ce qui est considéré comme champ d'application du droit de l'Union, qui implique ensuite le contrôle de conformité aux droits fondamentaux, revient en pratique à la Cour de justice dont c'est la « compétence ». C'est la Cour de justice qui façonne ainsi la dimension de l'Union

¹⁸⁰ Voir le point 6 de la communication de la Commission du 27 avril 2005, « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission, Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux », COM(2005) 172 final.

¹⁸¹ La Cour de justice a plutôt tendance à entendre largement le critère de mise en œuvre du droit de l'Union permettant d'entrer dans le champ d'application du droit de l'Union. Voir par exemple, CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, points 24 et 25. Pour une étude complète voir É. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *EJLS*, 2013, vol. 6, p. 5.

¹⁸² Voir CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, préc., point 19 : « *il résulte, en substance, de la jurisprudence constante de la Cour que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations* ». Pour une étude complète de la question voir également les conclusions du 30 septembre 2010 de l'avocat général Eleanor Sharpston sur l'affaire *Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.* p. I-1177, spéc. points 151 à 161.

¹⁸³ Voir à ce propos : P. AUVERT, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », in J. RIDEAU (dir), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, spéc. p. 388 ; également envisagé par M.-J. REDOR, « La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux », in A. CLAPHAM, *Human Rights and the European Community : A critical overview*, Nomos, Baden-Baden, 1991, spéc. p. 23. À la page 31 de cet ouvrage on retrouve une gradation dans ce champ d'application : les droits nationaux en relation avec des autorités nationales et des personnes privées hors du champ d'application du droit de l'Union ; les droits au niveau national dans le champ d'application du droit de l'Union ; les droits à protéger contre l'action des institutions ou agents de l'Union ; les droits qui peuvent être accordés par l'Union et enfin les droits des ressortissants d'États tiers. L'auteur rappelle que la délimitation n'est pas si évidente et qu'il existe des fluctuations.

¹⁸⁴ Certains auteurs avancent le fait que les États ne souhaitent pas voir leur législation nationale remise en cause par la Cour de justice de l'Union en raison d'une contradiction avec les droits fondamentaux qui serait dénuée de lien avec le droit de l'Union. Voir par exemple P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 388. Voir également F. FINES, « Le champ d'application, reflet des compétences communautaires ? », *RAE*, 2003, n° 1, p. 37-46.

européenne et *a fortiori* celle du contrôle des droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Åklagaren* de 2013, la Cour de justice prend soin de rappeler les bornes de sa « compétence » en matière de droits fondamentaux : « *lorsque, en revanche, une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence* »¹⁸⁵. En l'espèce, les sanctions nationales et les poursuites pénales à l'encontre de M. Åkerberg Fransson sont considérées comme une mise en œuvre du droit de l'Union, car il est poursuivi pour avoir fourni des informations inexactes en matière de TVA, domaine réglementé par l'Union¹⁸⁶. Afin de ménager les susceptibilités des États membres, un avocat général a ainsi suggéré¹⁸⁷, que la seule existence d'une compétence-habilitation permette la protection des droits fondamentaux, même si cette compétence n'a pas été exercée par l'Union européenne.

Le domaine d'action de l'Union peut également être déterminé en fonction de ses objectifs¹⁸⁸, tels que définis dans le traité. Ils comprennent explicitement la protection des droits fondamentaux¹⁸⁹ mais principalement pour les relations extérieures de l'Union¹⁹⁰. Dès 1977, il était proposé que la Convention EDH figure dans un « *Preamble d'une constitution européenne consacré aux droits fondamentaux* »¹⁹¹, ce qui en aurait fait un objectif à

¹⁸⁵ Voir CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, préc., point 23.

¹⁸⁶ Voir S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte », *RDLF*, 2013, chron. n° 11 <www.revuedlf.com> et D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union-Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 267.

¹⁸⁷ Voir les conclusions de l'avocat général Eleanor Sharpston du 30 septembre 2010 sur l'affaire *Zambrano*, préc., spéc. Les points 163 à 171.

¹⁸⁸ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RAE*, 2006, n° 1, spéc. p. 22, les droits fondamentaux sont un « *objet de la Communauté* ». Certains auteurs ont d'ailleurs interprété l'avis 2/94 portant sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH comme portant sur l'inclusion des droits fondamentaux comme objet de la Communauté : voir notamment E. LAMBERT, J.-F. FLAUSS, C. SCOTTI, « Les droits de l'homme dans l'Union européenne (1ère partie) », *LPA*, 26 juillet 1999, p. 5.

¹⁸⁹ L'objectif est aussi évoqué très tôt par la Cour de justice, voir point 4 de l'arrêt CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125. La sauvegarde des droits fondamentaux doit être assurée « *dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* ».

¹⁹⁰ Voir par exemple l'article 21 TUE, relatif à l'action de l'Union sur la scène internationale, qui reconnaît au paragraphe 3 que l'Union poursuit notamment les objectifs suivants : la préservation de la paix, de consolider et soutenir la démocratie, l'État de droit et les droits de l'homme.

¹⁹¹ G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Communauté européenne », in *Les progrès du droit des gens (volume I). Mélanges Fernand Dehousse*, Nathan, Paris, 1979, spéc. p. 168.

respecter, un « *standard minimum et avec valeur constitutionnelle* »¹⁹². Toutefois, le traité de Lisbonne lie assez systématiquement objectif et habilitation, comme à l'article 3 § 6 TUE : « *L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités* »¹⁹³. Ainsi, la désignation d'un objectif sans habilitation permettrait de deviner une volonté politique dénuée d'arme juridique¹⁹⁴, de déceler un futur domaine d'action. En effet, il semble vain d'affirmer des objectifs sans avoir de « compétence » attribuée, donc d'habilitation, ni de pouvoir pour les atteindre.

Certains auteurs ¹⁹⁵ considèrent que l'on peut envisager différentes strates d'intervention pour les droits fondamentaux. Au premier niveau d'abord, les institutions ne doivent pas donner d'interprétations contraires aux droits fondamentaux. Ensuite, les droits fondamentaux peuvent justifier des dérogations à un droit. Enfin, il est parfois nécessaire d'adopter des mesures positives, aspect problématique dans l'Union européenne. Ce dernier niveau correspond à l'idée de compétence-habilitation ou compétence-politique qui n'est pas attribuée à l'Union pour la protection des droits fondamentaux.

2. L'absence de « compétences » habilitation et politique de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux

L'Union est limitée dans ses compétences en matière de droits fondamentaux lorsque le terme compétence est entendu en tant qu'habilitation. L'idée d'habilitation correspond à l'attribution d'une faculté générale d'adopter des normes, ou à la possibilité d'adopter une politique, donc de déterminer une position commune à tous les États membres.

Le refus d'une habilitation est marqué tout au long de la construction de l'Union européenne, puisque dès le 4 avril 1973, le Parlement demande à la Commission européenne

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ Voir également l'article 5 § 1 TUE : « *En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ».

¹⁹⁴ Voir É. DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles », in *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, E. NEFRAMI (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 378.

¹⁹⁵ Voir principalement J. P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1022.

de lui soumettre un rapport sur la prévention d'atteintes aux droits fondamentaux¹⁹⁶. La Commission répond le 4 février 1976 que « *les différents services intéressés [au sein de la Commission] prennent garde d'éviter un conflit entre la mesure à prendre et les droits fondamentaux de l'individu* »¹⁹⁷, sans envisager davantage de possibilités préventives. Ce rapport a été complété par la déclaration commune des institutions du 5 avril 1977¹⁹⁸. Il s'agit d'une approche négative de ces droits car cela ne permet pas de déterminer leur contenu, ni leur portée, ni la potentielle dérogation au droit en cause¹⁹⁹, mais simplement une obligation de « ne pas faire ». Cette approche ne fait que constater la présence des droits fondamentaux sans jamais proposer d'habilitation et n'entraîne donc pas d'extension des « compétences » de l'Union, conformément au principe de subsidiarité²⁰⁰, car elle laisse les États membres maître du contenu des droits fondamentaux.

Le Groupe de travail II « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH » ayant analysé les aspects « droits fondamentaux » du traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui n'est jamais entré en vigueur, arrive à deux conclusions proches mais pas identiques, soulignant à nouveau la polysémie du terme « compétence ». Il estime, pour la Charte, que « *même si les compétences de l'Union sont limitées, l'Union doit respecter tous les droits fondamentaux quel que soit son domaine d'action, et donc éviter également de porter indirectement atteinte aux droits fondamentaux sur lesquels elle ne pourrait pas légiférer* »²⁰¹. Au sujet de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH, les membres du

¹⁹⁶ Rapport de la Commission du 4 février 1976 transmis au Parlement européen et au Conseil « *La protection des droits fondamentaux lors de la création et du développement du droit communautaire* », Supplément 5/76 au *Bulletin CE*. Il est également intéressant de noter ici que le Parlement européen se saisit du problème avant que le juge constitutionnel allemand ne soulève la question de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union et avant que la Cour de justice ne tente d'y apporter une réponse. En revanche, le rapport de la Commission est rendu trois ans après la demande du Parlement et intervient par conséquent après que le juge soit intervenu en la matière (la Commission tente d'ailleurs de se justifier au sujet du délai de réponse, voir p. 7 du rapport).

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹⁹⁸ Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977 : « *Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits* ». Pour G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 164 : « *matériellement, cette déclaration présente un caractère constitutionnel et voudrait de la sorte combler les lacunes du traité de base* ».

¹⁹⁹ Voir le point 40 de l'arrêt *Viking* qui rappelle cette approche : les États membres restent « *libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits* » lorsque l'Union n'est pas compétente. CJUE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779.

²⁰⁰ A. CASSESE, A. CLAPHAM et J. H. H. WEILER, *Human Rights and the European Community : Methods of protection*, vol. 2, Nomos, Baden-Baden, 1991, spéc. p. 78.

²⁰¹ Rapport du Groupe de travail II du 14 octobre 2002 (document de travail 25), spéc. p. 5 du document. Le terme « compétence » apparaît en italique dans le texte.

Groupe considèrent « *qu'il est capital que l'adhésion – de même que l'intégration de la Charte – ne modifie en rien la répartition des compétences entre l'Union et les États membres [...] il ne serait a fortiori nullement question d'établir une compétence générale de l'Union en matière de droits fondamentaux* »²⁰². Dans le premier cas, les compétences sont limitées car il s'agit d'actions pouvant être prises dans un domaine prédéterminé tandis que la seconde mention, qui rejette une « compétence générale », correspond au refus d'une habilitation en faveur de l'Union en matière de droits fondamentaux. Pour certains, ces obligations de ne pas faire sont insuffisantes et relèvent plutôt d'un « *bricolage pour une politique de circonstance* »²⁰³. Il faudrait assurer une cohérence d'ensemble en matière de droits fondamentaux²⁰⁴, pour ne pas se confronter systématiquement à la problématique des compétences d'attribution.

Les limites concernent aussi la compétence en tant que politique : en raison du principe des compétences d'attributions²⁰⁵, donc d'habilitation, l'Union peut prendre des décisions et mener une politique dans les seules matières qui lui ont été déléguées par les États membres. Le terme politique étant entendu ici comme un choix de direction. Les droits fondamentaux ne figurent pas parmi les compétences attribuées à l'Union. C'est un domaine sensible et ces droits relèvent de la souveraineté des États²⁰⁶, de leur identité et de leur pouvoir. La Commission prend d'ailleurs soin de rappeler que « *les États sont les principaux responsables de la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »²⁰⁷.

²⁰² *Ibid.*, spéc. p. 13.

²⁰³ Ph. ALSTON et J. H. H. WEILER, « Vers une politique des droits de l'homme authentique et cohérente pour l'Union européenne », in *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Ph. ALSTON (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2001, spéc. p. 3.

²⁰⁴ Déjà en 1998, H. LABAYLE relevait « *l'insatisfaction provoquée par une telle retenue, sans parler des risques de contrariété avec la Cour européenne, elle aussi juge de la mesure nationale* », in « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, p. 75. L'insatisfaction ainsi mentionnée concerne bien la variabilité du champ d'application et le fait que l'application des droits fondamentaux dépendra du domaine concerné.

²⁰⁵ En effet, l'Union n'a pas la « *Kompetenz Kompetenz* », elle ne peut décider de ses compétences mais seulement agir dans le cadre de celles que les États membres ont bien voulu expressément lui conférer dans les traités. De plus, le traité de Lisbonne réalise une clarification de la répartition des compétences, comme un rappel de cette limitation. Voir notamment F. VIANGALLI, « Compétence de l'Union européenne et compétences nationales ou la frontière oubliée (réflexions sur la proposition de règlement de la Commission relatif au droit commun de la vente) », *LPA*, 10 avril 2013, n° 72, p. 4.

²⁰⁶ J. P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », *op. cit.*, spéc. p. 1010 : « *Ils [les États membres] considèrent, en effet, qu'à travers leur propre système de protection de ces droits s'exprime un ensemble de valeurs fondatrices de leur pacte constitutionnel propre et ils redoutent toute interférence communautaire dans un domaine aussi sensible* ».

²⁰⁷ Voir par exemple la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 8 mai 2001 – Le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers, COM(2001) 252 final, spéc. p. 3 : « *La base de l'action de l'Union européenne (UE) est claire.*

Néanmoins, au vu de l'intensité normative de l'Union, il est également incohérent de ne pas avoir de position commune plus tranchée, ou à tout le moins plus convaincante en matière de politique interne. Le traité de Lisbonne a eu un impact positif concernant la protection des droits fondamentaux, en reconnaissant une valeur contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore une obligation d'adhérer à la Convention EDH. Mais c'est également dans ce traité, que l'absence de compétence de l'Union en matière de droits fondamentaux est réaffirmée avec vigueur, dans le sens d'une politique et d'une habilitation. Cette répétition se retrouve au sujet la Charte à l'article 6 § 1 TUE²⁰⁸ ; au cinquième alinéa du Préambule de la Charte, à l'article 51 de la Charte avec une « *redondante insistance* »²⁰⁹, mais aussi dans la première déclaration annexée au traité : « *comme si cette formule n'était pas déjà tautologique à un degré presque ridicule, la Grande-Bretagne a insisté sur le fait que pour la version de la Charte incluse dans la Constitution, l'on ajoute que la Charte « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union* »²¹⁰. L'absence de politique ou d'habilitation de l'Union dans les droits fondamentaux est également rappelée pour ce qui est de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH : à l'article 6 § 2 TUE, à l'article 2 du protocole 8 et dès l'article 1 § 3 du projet d'accord d'adhésion²¹¹. Alors que l'un des mérites du traité de Lisbonne a été de clarifier les domaines de compétences²¹² – le terme « compétence » apparaît d'ailleurs plus d'une cinquantaine de fois dans les deux traités, signe de son importance – l'incompétence en matière de droits fondamentaux est également soulignée.

C'est une situation paradoxale : l'accroissement de compétences-habilitations attribuées à l'Union, notamment pour réaliser l'ELSJ, a entraîné une nécessité accrue de

L'Union européenne cherche à défendre le caractère universel et indivisible des droits de l'homme [...]. La protection de ces droits, la promotion d'une démocratie pluraliste, de même que l'établissement de réelles garanties pour l'État de droit et la lutte contre la pauvreté font partie des objectifs fondamentaux de l'Union européenne »

²⁰⁸ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RAE*, 2006, n° 1, spéc. p. 30 : un rappel de l'incompétence dans la Charte « *avec beaucoup d'insistance* ».

²⁰⁹ Voir É. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 15.

²¹⁰ F. C. MAYER, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE*, 2003, n° 2, p. 191.

²¹¹ Voir le rapport final du 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 du 10 juin 2013, doc. n° 47+1(2013)008rev2.

²¹² C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 6e éd., 2016, p. 411 et s.

protection des droits fondamentaux, mais la question de la politique interne en matière de droits fondamentaux empêche l'Union d'être entièrement investie du rôle de protecteur, protection finalement assurée de façon pragmatique par la Cour de justice. Pourtant, déterminer une position commune, une politique, serait pertinent car « *l'action de la Communauté dans le domaine de la protection des droits de plus en plus « métastatique » et de plus en plus effective, grâce notamment à la politique des interlocuteurs-relais de la « société civile » (nationale, transnationale, internationale), a vocation à devenir, si ce n'est déjà fait, un chapitre à part entière du droit communautaire* »²¹³. Dans un ouvrage sur l'Union et les droits de l'homme, certains auteurs affirment que pour mener une politique en matière de droits de l'homme, quatre caractéristiques doivent être réunies : éclaircir les bases constitutionnelles pour déterminer s'il y a une compétence, donc une habilitation ; lier plus systématiquement les politiques internes et externes en matière de droits de l'homme ; mettre en place des rapports sur les données en la matière et enfin assurer un meilleur rôle au Parlement européen²¹⁴.

Ainsi, le blocage principal est le refus par les États de voir les institutions de l'Union prendre des mesures positives sur le terrain des droits fondamentaux. Soit parce que la compétence a été attribuée en 1949 au Conseil de l'Europe²¹⁵, soit justement parce que l'expérience de la Cour EDH effraie les États. En effet, la Cour EDH a largement dépassé les espérances initiales tout en ne possédant pas les moyens coercitifs de l'Union. Ainsi, si l'Union pouvait s'intéresser aux droits fondamentaux au même titre que le Conseil de l'Europe, avec une Cour de justice rendant des arrêts plus contraignants que ceux de la Cour EDH, les États pourraient perdre la maîtrise de ces droits fondamentaux. D'ailleurs, le Groupe de travail II soulignait qu'« *il est important à cet égard de ne pas perdre de vue que l'adhésion de l'Union à la CEDH ne signifierait pas que l'Union deviendrait membre du Conseil de l'Europe, ni qu'elle se mettrait à avoir un rôle de politique générale à*

²¹³ E. LAMBERT, J.-F. FLAUSS et C. SCOTTI, « Les droits de l'homme dans l'Union européenne (1^{ère} partie) », *LPA*, 26 juillet 1999, n° 147, p. 5.

²¹⁴ Voir Ph. ALSTON et J. H. H. WEILER « Vers une politique des droits de l'homme authentique et cohérente pour l'Union », in *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Ph. ALSTON (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2001, spéc. p. 3.

²¹⁵ A. WILLIAMS, *EU Human Rights Policies. A study in Irony*, Oxford University Press, Oxford, 2004, spéc. p. 111 et s. concernant l'effacement de la souveraineté des États membres. Il est également intéressant de noter que la question de la compétence est abordée très tardivement dans cet ouvrage dédié à la politique européenne des droits de l'homme.

Strasbourg »²¹⁶. Il y a une réelle volonté de ne pas permettre à l'Union de se positionner politiquement en matière de droits fondamentaux. Mais cette limite a elle-même sa limite : l'adhésion de l'Union à la Convention EDH implique la pleine application de la jurisprudence de la Cour EDH qui comprend des obligations positives²¹⁷, donc dans une certaine mesure la détermination d'une politique interne. Ainsi, l'Union devra probablement adopter des mesures législatives pour respecter la Convention EDH.

Il transparaît des multiples acceptions du terme de « compétence », que l'Union européenne est limitée dans la protection qu'elle peut accorder aux droits fondamentaux. L'existence de bases juridiques spéciales et l'adoption de la Charte des droits fondamentaux ont permis une évolution, complétée par le rapprochement des textes issus du Conseil de l'Europe.

B. Le rapprochement progressif de l'ordre juridique de l'Union de celui du Conseil de l'Europe

La difficulté initiale de protéger les droits fondamentaux dans l'Union européenne, en raison de l'absence de compétence de l'Union dans ce domaine, n'a pas empêché des avancées certaines sur ce terrain. D'une part, une impulsion positive de prise en compte des droits fondamentaux est venue de la Cour de justice par le biais des principes généraux du droit (PGD), ce qui implique que le contrôle de légalité qu'elle exerce se fasse sur le fondement de la protection des droits fondamentaux. Les PGD sont ensuite complétés par la Charte des droits fondamentaux, à compter de la reconnaissance de sa valeur contraignante avec le traité de Lisbonne. Ces deux outils permettent à la Cour de justice d'assurer une protection concrète des droits fondamentaux. D'autre part, les institutions de l'Union ne se sont pas privées de créer des organismes spécifiquement dédiés aux droits fondamentaux. Ces aspects démontrent un rapprochement entre l'ordre juridique de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe car la protection des droits fondamentaux dans l'Union s'est faite soit en s'inspirant des normes du Conseil de l'Europe, dont l'influence principale a été la Convention EDH (1), soit en consultant cette organisation (2).

²¹⁶ Rapport du Groupe de travail II du 14 octobre 2002 (document de travail 25), spéc. p. 13.

²¹⁷ Voir notamment F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13^e éd. refondue, Paris, 2016, spéc. p. 247 et s.

1. L'influence de la Convention EDH : les principes généraux du droit et la Charte des droits fondamentaux de l'Union

Le terme « compétence » est entendu ici comme le pouvoir de contrôle de la Cour de justice. En matière de droits fondamentaux, la juridiction de l'Union a fait preuve d'un activisme contraint grâce aux PGD, avant de pratiquer une auto-restriction librement consentie, sur le fondement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Le contrôle de la protection des droits fondamentaux est un pouvoir qu'elle s'est octroyée par défaut, afin d'assurer la pleine application du principe de primauté. Ce dernier a également été révélé par la Cour de justice²¹⁸ et précisé par une déclaration annexée au traité de Lisbonne. Ainsi, « *les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence* »²¹⁹. Dans les années 1970, certaines juridictions des États membres opposent l'inexistence de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne pour appliquer en priorité leurs normes nationales, contrairement au principe de primauté des actes de l'Union²²⁰. Cela oblige la juridiction de l'Union à réagir en imposant un contrôle du droit de l'Union au regard des droits fondamentaux grâce aux PGD et à adopter une attitude d'activisme judiciaire contraint. Ainsi, la juridiction de l'Union a joué un rôle moteur dans l'intégration des droits fondamentaux et de la Convention EDH, par le biais des PGD²²¹, au moment où l'Union stagnait dans ce domaine²²². Cette dynamique a été analysée sous l'angle d'un activisme judiciaire toutefois contraint car la Cour ne semblait pas avoir de choix, à moins d'admettre un recul dans l'intégration du droit de l'Union.

La découverte de PGD est la technique privilégiée de cet activisme. Les PGD

²¹⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

²¹⁹ Déclaration n° 17 au traité de Lisbonne relative à la primauté.

²²⁰ Arrêt *So Lange* de la Cour constitutionnelle allemande du 29 mai 1974, *CDE*, 1975, n° 149 s., note G. COHEN-JONATHAN.

²²¹ Voir notamment : B. BERTRAND, « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2013, p. 1217.

²²² D. TAMM, « The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin », in *The Court of Justice and the Construction of Europe : Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law. La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, A. ROSAS (dir.), Asser Press, La Haye, 2013, spéc. p. 30 : « *It may be that the Court historically has felt a particular obligation to be a motor in a stagnant Community* ».

s'inspirent de la Convention EDH et des traditions constitutionnelles communes aux États membres²²³. L'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*²²⁴ marque le départ de cette construction. Les conclusions rendues dans cette affaire viennent préciser le fondement d'une telle protection des droits fondamentaux. En effet, l'avocat général y revendique l'existence de PGD, dégagés et maîtrisés par la Cour de justice²²⁵, qui prennent en compte la Convention EDH, « désormais incorporée et interprétée d'une manière quasi-autonome par l'intermédiaire souvent factice des principes généraux du droit »²²⁶. L'article 6 § 2 TUE vient reconnaître la place des PGD et codifie la position de la Cour de justice dans le domaine, codification entamée avec le traité de Maastricht²²⁷. La juridiction de l'Union devient ainsi la « gardienne des droits fondamentaux »²²⁸. L'article 6 § 3 TUE confirme que les PGD permettent à la Cour de justice de s'inspirer de la Convention EDH, ainsi que des traditions constitutionnelles communes aux États membres²²⁹. En pratique, la Cour de justice se réfère quasi systématiquement aux deux sources en même temps lorsqu'elle dégage un PGD²³⁰. Parfois, la Cour de justice vise seulement les traditions constitutionnelles communes des États membres, souvent pour des principes qui ne sont pas présents dans la Convention EDH,

²²³ Voir notamment : H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, p. 75.

²²⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125 et conclusions de l'avocat général Alain DUTHEILLET DE LAMOTHE du 2 décembre 1970. Voir K. KAKOURIS qui explique l'évolution de la Cour de justice vis-à-vis des droits fondamentaux dans « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux droits de l'homme », in J. ILIOPOULOS-STRANGAS (dir.), *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, Nomos, Baden-Baden, 1993, spéc. p. 185. Voir également C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 6e éd., 2016, p. 129 : les auteurs rappellent que l'arrêt CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 26/69, *Rec.* p. 419, est le premier à amorcer l'intégration des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit.

²²⁵ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125 et conclusions de l'avocat général Alain DUTHEILLET DE LAMOTHE du 2 décembre 1970.

²²⁶ M. BENLOLO, « Citoyenneté européenne et droits de l'homme : entre Convention européenne et Union européenne », in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. HERVOUËT (dir.), La Documentation française, Paris, 2000, spéc. p. 244.

²²⁷ H. LABAYLE évoque « une opération de constitutionnalisation de l'existant » s'agissant de l'article F § 2 du traité de Maastricht, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, p. 75.

²²⁸ F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire », *RTDE*, 1999, p. 659. Voir par exemple CJCE, Gde chbr., 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, *Rec.* p. I-5769, point 84 : « le contrôle de la Cour porte sur la question de savoir si la disposition attaquée, en tant que telle, respecte les droits fondamentaux et, plus particulièrement, le droit au respect de la vie familiale, l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur des enfants et le principe de non-discrimination en raison de l'âge ».

²²⁹ Article 6 § 3 TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

²³⁰ Par exemple, en matière de droit à la vie privée, toutes les sources sont citées : CJCE, 14 février 2008, *Varec SA c/ État belge*, aff. C-450/06, *Rec.* p. I-581.

comme la confiance légitime²³¹. De façon plus discutable, la Cour de justice préfère utiliser les traditions constitutionnelles plutôt que la Convention EDH pour certains principes de droit pénal comme la présomption d'innocence²³², ou l'application rétroactive de la peine plus légère²³³. L'utilisation de la Convention EDH seule est moins fréquente, le meilleur exemple est la reconnaissance de la liberté d'expression²³⁴. Il peut même arriver que la Cour et le Tribunal « *se réfèrent aussi, depuis quelques années, directement à des dispositions de la Convention sans le truchement d'une qualification de principe général du droit [...] et même, de plus en plus fréquemment, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »²³⁵.

La Cour de justice, en développant sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux, a assumé un rôle non négligeable dans la création de normes, les PGD, par peur que les principes fondateurs du droit de l'Union, comme celui de la primauté, ne se retrouvent écartés. En revanche, l'intervention de la Cour de justice est nécessairement limitée, et le réflexe de se tourner vers le juge afin de le laisser trouver une solution dans l'Union est insatisfaisant²³⁶. La présence de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union en tant que source d'inspiration est « *un progrès incontestable mais cela ne signifie pas forcément que la Convention est devenue un élément formel de la légalité communautaire* »²³⁷. La Cour de justice a conscience de cette limitation inhérente à la qualité d'accord international dont l'Union n'est pas partie. Ainsi, les constituants ont intégré un texte de l'Union pour la protection des droits fondamentaux : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Paradoxalement, l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans l'ordre

²³¹ CJUE, Gde chbr., 27 novembre 2012, *Italie c/ Commission*, aff. C-566/10 P, ECLI:EU:C:2012:752.

²³² CJUE, 16 février 2012, *Costa et Cifone*, aff. jtes C-72/10 et C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80, alors que la Convention EDH reconnaît directement le droit à la présomption d'innocence à l'article 6 § 2.

²³³ CJCE, Gde chbr., 11 mars 2008, *Jäger*, aff. C-420/06, *Rec.* p. I-315. Le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce n'est pas visé en tant que tel dans la Convention EDH mais la Cour EDH l'a reconnu comme découlant de l'article 7 de la Convention qui garantit la légalité des délits et des peines, voir Cour EDH, 18 mars 2014, *Öcalan c/ Turquie (n°2)*, *req.* n° 24069/03.

²³⁴ CJCE, Gde chbr., 12 septembre 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04, *Rec.* p. I-8089.

²³⁵ Voir J. MOLINIER, « Principes généraux », *Répertoire de droit européen*, mars 2011, mis à jour en avril 2018, point 17.

²³⁶ A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *CDE*, 2007, n°3/4, p. 423.

²³⁷ G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 164.

juridique de l'Union a eu pour conséquence de freiner l'audace de la Cour de justice. Le fait de lui imposer un cadre a entraîné une auto-restriction, librement choisie, dans la reconnaissance des droits fondamentaux, notamment en limitant le recours aux PGD depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne²³⁸. La Convention EDH est une source d'inspiration mais ni le texte, ni son interprétation par la Cour EDH, ne sont, en l'absence d'adhésion, des règles liant l'Union. Par conséquent, lorsque le constituant met expressément à la disposition de la Cour de justice un texte de droits fondamentaux, la Charte, l'utilité des PGD s'inspirant de la Convention EDH est limitée. De plus, l'article 52 § 3 de la Charte invite le juge de l'Union à prendre en compte la Convention EDH et son interprétation lorsque les droits de la Charte correspondent à ceux de la Convention EDH. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice fait régulièrement référence à la Convention EDH et à la jurisprudence de la Cour EDH en raison de ce mécanisme des droits correspondants²³⁹. Néanmoins, cette intégration des droits fondamentaux dans les textes de l'Union – et c'est l'aspect paradoxal – a aussi un effet limitant la marge de manœuvre de la Cour de justice. Cette dernière est contrainte d'utiliser les sources internes, ce qui entraîne nécessairement une auto-restriction dans sa jurisprudence. La Cour reconnaît elle-même ce changement de paradigme. Au sujet de la vie privée par exemple, la juridiction indique que ce droit fait « *partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte* »²⁴⁰. De la même manière, s'agissant du principe de protection juridictionnelle effective, celui-ci, selon la Cour de justice, « *constitue un principe général du droit de l'Union qui est maintenant exprimé à l'article 47 de la Charte* »²⁴¹. Finalement, à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la référence aux PGD disparaît progressivement au profit de la Charte des droits fondamentaux, qui devient la seule source citée dans certaines affaires²⁴².

Après avoir connu dans un premier temps un activisme judiciaire contraint, la Cour de justice entre dans une phase d'autolimitation sur le terrain des droits fondamentaux en

²³⁸ J. GERKRATH, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? », *RAE*, 2006, n° 1, p. 31.

²³⁹ Voir par exemple CJUE, 28 juillet 2016, *JZ*, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610, point 50.

²⁴⁰ CJUE, Gde chbr., 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

²⁴¹ CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12, ECLI:EU:C:2014:2062.

²⁴² Par exemple en matière de présomption d'innocence : CJUE, 10 juillet 2014, *Nikolaou c/ Cour des comptes*, aff. C-220/13 P, ECLI:EU:C:2014:2057 ou concernant la protection des données personnelles : CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz c/ Stadt Bochum*, aff. C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670.

raison de leur reconnaissance écrite dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Inversement, la Charte permet une prise en compte en amont des droits fondamentaux. Dès la proposition législative, la Commission européenne prévoit une étude d'impact concernant ces droits, et intègre un « considérant Charte »²⁴³ dans la proposition. L'utilité d'une approche préventive semble limitée, voire relever de la simple communication politique²⁴⁴, mais démontre une volonté plus globale de respect des droits fondamentaux²⁴⁵, dépassant le cadre contentieux devant la Cour de justice pour observer leur présence au sein des institutions de l'Union.

2. La consultation du Conseil de l'Europe pour les organes de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne

En pratique, peu d'actions se sont confrontées au blocage dû à l'absence d'habilitation de l'Union européenne. Au contraire, les droits fondamentaux prennent une place importante dans la structure même de l'Union européenne, en raison d'organes spécifiquement dédiés à ce domaine ou par leur prise en compte croissante au sein des institutions. Ainsi, la première étape de l'institutionnalisation des droits fondamentaux au sein de l'Union est franchie avec la création, en 1997, de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, dont l'objectif est de fournir « *des informations, fiables et comparables au niveau européen sur les phénomènes du racisme, de la xénophobie et de l'antisémitisme* »²⁴⁶.

Le changement important intervient en 2007, avec l'Agence des droits fondamentaux

²⁴³ Communication de la Commission du 27 avril 2005, « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission, Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux », (COM(2005) 172 final).

²⁴⁴ Voir R. TINIÈRE, « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : le discours sans la méthode », *RDLF*, 2013, chron. n° 14, disponible sur le site <www.revuedlf.com>.

²⁴⁵ Communication de la Commission du 27 avril 2005, Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission, Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux, préc. Voir également C. BLUMANN, « L'intégration de la protection des droits fondamentaux dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union européenne », in *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 269.

²⁴⁶ Voir l'article 2 du règlement n° 1035/1997 du Conseil du 2 juin 1997 portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, *JOCE* n° L 151 du 10 juin 1997. Voir A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *op. cit.*, spéc. p. 423 et S. MANGIN, « Les agences de l'Union européenne : recherches sur les organismes communautaires décentralisés », in *Les agences de l'Union européenne*, J.-F. COUZINET (dir.), Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002.

de l'Union européenne créée par le règlement n° 168/2007²⁴⁷, dont le mandat est proposé en remplacement de celui de l'Observatoire. L'importance de ce changement tient à la généralité de la mission de l'Agence²⁴⁸, qui s'intéresse à tous les droits fondamentaux. La Commission européenne ne soutenait initialement pas cette idée puisqu'elle estimait inutile l'établissement d'une agence « *jouant un rôle d'information et/ou un rôle consultatif* » car « *nul ne détient le monopole de la sagesse quand il s'agit d'analyser les problèmes liés aux droits de l'homme et à la démocratisation ou leurs implications pour les relations de l'Union européenne avec un pays* »²⁴⁹. Elle ne souhaitait pas non plus une « *agence d'exécution* »²⁵⁰ seulement présentée en matière de relations internationales de l'Union. Il est de toute façon difficile d'attribuer trop de pouvoirs à l'Agence, notamment en raison de la « *doctrine Meroni* »²⁵¹. La Cour de justice a encadré, dans l'arrêt *Meroni* de 1958, les potentielles délégations de pouvoir d'une institution à une agence lorsque la délégation correspond à « *une liberté d'appréciation qui implique un large pouvoir discrétionnaire et ne peut être tenue pour compatible avec les exigences du traité* »²⁵². Ainsi, malgré une certaine originalité institutionnelle²⁵³, l'Agence des droits fondamentaux appartient à la catégorie « *observatoire* » selon la typologie des agences européennes établie par la Commission²⁵⁴. Concrètement, cela implique un pouvoir d'action limité et une mission qui consiste surtout en l'information et au suivi des droits fondamentaux²⁵⁵.

Le Conseil de l'Europe a fait connaître sa position au moment de la création des deux

²⁴⁷ Règlement n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* n° L 53 du 22 février 2007, p. 1.

²⁴⁸ *Ibidem*, le règlement a pour base juridique la clause de flexibilité du traité, à savoir l'article 308 TCE : « *En contribuant au plein respect des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire, l'Agence est susceptible d'aider à la réalisation des objectifs de la Communauté. En ce qui concerne l'adoption du présent règlement, le traité ne prévoit pas d'autres pouvoirs d'action que ceux visés à l'article 308* ».

²⁴⁹ Voir la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européenne du 8 mai 2001 – Le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers, COM(2001) 252 final.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. 9/56, *Rec.* p. 11.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Voir C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 149.

²⁵⁴ Voir A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *op. cit.*, spéc. p. 468. Voir également E. CHITI, « European Agencies' Rulemaking : Powers, Procedures and Assessment », *European Law Journal*, janvier 2013, vol. 19, n° 1, p. 93.

²⁵⁵ Voir : E. CHITI, *Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne*, in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011, spéc. p. 51. À titre d'exemple, l'Agence européenne des droits fondamentaux a pour rôle principal de rendre des rapports annuels concernant les droits fondamentaux, M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (Rapport annuel 2012) : les droits fondamentaux, victimes de la crise », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 juin 2013, disponible sur le site <www.revdh.org>.

entités par des mémorandums d'accord²⁵⁶, signe d'un rapprochement entre les deux organisations internationales. Ces textes ont pour objet de rappeler que le Conseil de l'Europe reste « *la référence en matière de droits de l'homme, de primauté du droit et de démocratie en Europe* »²⁵⁷. D'ailleurs, il y a toujours eu une volonté d'établir des passerelles entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. L'idée est affirmée dans le traité de Lisbonne à l'article 220 TFUE : « *L'Union établit toute coopération utile avec les organes des Nations unies et de leurs institutions spécialisées, le Conseil de l'Europe, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et l'Organisation de coopération et de développement économiques* ». Dans les mémorandums d'accord il est ainsi prévu une représentation mutuelle. Dès la création de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, une collaboration avec l'organe équivalent au sein du Conseil de l'Europe, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) est assurée. Concrètement, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe désigne, parmi les membres de l'ECRI, une personnalité indépendante comme membre du conseil d'administration de l'Observatoire et inversement, l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes est invité à se faire représenter au sein de l'ECRI, mais sans droit de vote²⁵⁸. Le fonctionnement reste le même pour l'Agence des droits fondamentaux puisque des représentants du secrétariat du Conseil de l'Europe sont invités, par le bureau exécutif de l'Agence, à assister aux réunions de son conseil d'administration en qualité d'observateurs. Inversement, l'Agence est représentée par des observateurs aux réunions des différents comités intergouvernementaux du Conseil de l'Europe. La Cour EDH a également pris en compte les organes de l'Union, en n'hésitant pas à utiliser les données que l'Observatoire ou l'Agence avaient pu récolter²⁵⁹.

²⁵⁶ Accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe en vue d'instaurer, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil du 2 juin 1997 portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, une coopération étroite entre l'Observatoire et le Conseil de l'Europe du 10 février 1999, *JOCE* n° L 44, 18 février 1999, p. 35 et accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe concernant la coopération entre l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, 18 juin 2008, *JOCE* n° L 186, 15 juillet 2008, p. 7.

²⁵⁷ Voir par exemple l'avis du Comité des droits de l'homme du Conseil de l'Europe sur la recommandation 2027(2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, CDDH(2013)R79.

²⁵⁸ Voir l'article 5 de l'annexe à la Résolution Res(2002)8 du Statut de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) adoptée par le Comité des ministres le 13 juin 2002 : « *L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Congrès de pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe, le Saint-Siège et le conseil d'administration de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes sont invités à se faire représenter au sein de l'ECRI sans droit de vote* ».

²⁵⁹ Pour l'Observatoire voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 13 novembre 2007, *D. H. c/ République Tchèque*, req. n° 57325/00, points 103 et s. Pour l'Agence voir par exemple Cour EDH, 17 octobre 2013, *Winterstein e. a. c/ France*, req. n° 27013/07.

Un autre exemple d'organe au sein de l'Union est le Représentant spécial de l'Union européenne pour les droits de l'homme, compétent en matière de relations extérieures. Le Représentant est créé par une décision 2012/440/PESC du Conseil²⁶⁰, conformément à l'article 31 TUE, avec un mandat de deux ans, prorogé plusieurs fois²⁶¹. Cette nomination était voulue par le Parlement européen et ce Représentant spécial est placé sous l'autorité du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. L'attribution d'un mandat spécifique aux droits de l'homme et non géographique, comme pour les autres représentants spéciaux, n'était pas nécessaire puisque le Haut représentant a déjà ce rôle de protection. Ce « doublon » a pour objectif de montrer l'importance des droits de l'homme dans le cadre des relations extérieures puisque le représentant doit améliorer la lisibilité et l'efficacité de l'action de l'Union dans ce domaine²⁶².

Les institutions de l'Union ont également fait une place aux droits fondamentaux. La Commission européenne entrée en fonction en 2014 compte une trentaine de directions générales parmi lesquelles la DG ECHO qui travaille sur l'aide humanitaire et la protection civile et la DG JUST qui concerne la justice. C'est cette institution qui fournit annuellement des rapports, dont le premier date de 2010, sur l'application de la Charte des droits fondamentaux. Pour la législature 2014-2019 du Parlement européen, une sous-commission est dédiée aux droits de l'homme au sein de la commission affaires étrangères. Une commission s'occupe des droits de la femme et de l'égalité des genres et enfin une commission s'intitule « Libertés civiles, justice et affaires intérieures ». La prise en compte des droits fondamentaux au Parlement européen n'est pas négligeable, surtout que la législature 2014-2019 compte 20 commissions. À titre comparatif, le Conseil de l'Union comprend 10 formations dont celle regroupant les ministres de l'intérieur ou de la justice, la formation « Justice et Affaires intérieures » (JAI).

Finalement, l'absence de compétence-habilitation ne paraît pas être un handicap pour

²⁶⁰ Décision 2012/440/PESC du Conseil du 25 juillet 2012 portant nomination du Représentant spécial de l'Union européenne pour les droits de l'homme, *JOUE* n° L 200, 27 juillet 2012, p. 21. Pour plus de détails : voir point 61 du Fasc. 2610, « Politique étrangère et de sécurité commune », *JCL Europe Traités*, LexisNexis.

²⁶¹ Notamment par la décision (PESC) 2017/346 du Conseil du 27 février 2017, *JOUE* n° L 50, 28 février 2017, p. 50.

²⁶² Voir notamment C. SCHNEIDER, « Politique européen de sécurité et de défense », *ADUE*, 2013, p. 538.

inclure la protection des droits fondamentaux dans les actions de l'Union européenne, alors que les États membres réitèrent régulièrement l'absence de compétence en matière de droits fondamentaux lors des différentes révisions des traités. La présence du Conseil de l'Europe dans la prise de décision de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux est intéressante, et ce d'autant plus que dans le sens inverse, le Conseil de l'Europe est régulièrement confronté aux organisations internationales, sans que le statut de l'organisation ne permettent de les prendre en compte.

§2. L'absence des organisations internationales dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe

Comme toute personne morale de droit public fondée par un traité international, une spécialité a été assignée au Conseil de l'Europe. Son but est de s'assurer du respect des droits fondamentaux par ses États membres ou, selon le statut du Conseil de l'Europe, d'assurer une union plus étroite pour sauvegarder les idéaux des États membres. Le traité de Londres du 5 mai 1949 ne vise que des États, sans s'adresser aux organisations internationales et encore moins à l'Union européenne, qui lui est ultérieure. Toutefois, le succès de nombreuses organisations internationales, comme l'Union européenne, leur a permis de se développer et de couvrir des domaines pouvant affecter les droits fondamentaux. Cet élargissement du champ d'action des organisations spécialisées a eu pour conséquence une collision avec les droits fondamentaux, sans que les organisations internationales ne soient soumises aux mêmes exigences que les États. En effet, les textes internationaux sont créés pour et par les États, alors que les organisations mènent des actions dépassant le cadre étatique (A). Cependant, tant que les organisations internationales n'adhèrent pas aux conventions du Conseil de l'Europe elles ne peuvent, *a priori*, pas être tenues pour responsables d'une potentielle violation des droits fondamentaux par les organes de suivi du Conseil de l'Europe (B).

A. Le phénomène de dépassement de l'action purement étatique

Le développement des organisations internationales et de leur pouvoir (1) a été d'une rapidité telle que les textes du Conseil de l'Europe ne les ont pas prises en compte comme pouvant être à l'origine d'une violation des droits fondamentaux (2).

1. Le développement des organisations internationales et de leurs pouvoirs

L'idée d'une potentielle responsabilité internationale des organisations internationales est très récente car leur développement même date réellement de la seconde moitié du XX^e siècle. La dynamique globale de mondialisation opère en faveur de la croissance de leur domaine d'action²⁶³, ce qui finit par entraîner une rencontre entre ces organisations qui peuvent agir sur le même terrain, que ce soit au niveau international ou au niveau européen.

La coordination des États dans des domaines spécifiques par la mise en place d'institutions est un phénomène relativement nouveau. Initialement, les États créent des organisations internationales pour s'occuper ensemble d'aspects techniques et très précis²⁶⁴. La fin des guerres mondiales entraîne la création d'organisations à vocation universelle, la Société des Nations puis les Nations Unies, dont le dessein n'est plus exclusivement technique mais reste dirigé vers un objectif spécifique, celui de la paix internationale, laquelle peut être réalisée par différents moyens. Dans le cas des Nations Unies, plusieurs organes ont été institués pour atteindre cet objectif de paix internationale, y compris un Comité économique et social. Ainsi, une certaine généralisation de l'objectif de l'organisation émerge, puisque les Nations Unies regroupent un nombre important d'institutions spécialisées²⁶⁵, ayant chacune une compétence spécifique – par exemple l'Organisation internationale du travail (OIT), le Fonds monétaire international (FMI), l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), l'Organisation mondiale de la santé (OMS), etc. – mais dont la somme couvre finalement tous les domaines affectant les individus. Au niveau international plus généralement, le chiffre exact du nombre d'organisations internationales est quasiment impossible à déterminer, notamment en raison des diverses formes que celles-ci peuvent prendre (forum, organisation, groupe, réseaux, etc.)²⁶⁶ mais dépasse les 500, dont plus d'une cinquantaine d'organisations régionales.

²⁶³ Voir notamment O. NAY et F. PETITEVILLE, « Éléments pour une sociologie du changement dans les organisations internationales », *Critique internationale*, 2011/4, n° 53, p. 214.

²⁶⁴ J.-M. SOREL, « L'institutionnalisation des relations internationales », in *Droit des organisations internationales*, E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2013, p. 16.

²⁶⁵ Au sens de l'article 7 § 2 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.

²⁶⁶ Voir pour une étude à ce sujet : E. LAGRANGE, « La catégorie « organisation internationale », in *Droit des organisations internationales*, E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2013,

Au niveau européen, il y a eu deux vagues de création d'organisations régionales depuis 1945. D'abord dans le contexte de la guerre froide avec, par exemple, l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN) qui représente un régionalisme de type « défensif » ; ensuite une logique d'insertion des économies nationales dans le marché mondial avec par exemple le Mercosur et l'Union européenne²⁶⁷. De l'autre côté, on retrouve le Conseil de l'Europe qui respecte ce principe de spécialité puisqu'il est créé dans l'objectif de protection des droits fondamentaux. L'adoption rapide de la Convention EDH permettra d'ailleurs au Conseil de l'Europe de s'inscrire durablement dans le paysage des droits fondamentaux : « *c'est un exemple assez rare d'une organisation qui impulse une Convention comportant une juridiction qui finit par faire oublier – ou presque – l'organisation à l'origine de sa création* »²⁶⁸. L'Union européenne de son côté mise initialement sur l'interdépendance économique de ses membres au moyen de l'intégration, qui consiste à déplacer la prise de décision de l'État vers un autre centre de décision, en l'occurrence vers les institutions de l'Union européenne.

Considérer aujourd'hui les organisations internationales, ce n'est plus seulement étudier le phénomène de leur création. Au contraire, la problématique juridique s'est d'abord déplacée sur un deuxième niveau au sujet des liens qu'elles entretiennent avec les États membres ou externes²⁶⁹ puis vers un troisième et nouveau centre de débats au sujet des relations inter-organisationnelles²⁷⁰. En effet, les domaines des différentes organisations finissent par se superposer. Il est même devenu nécessaire de coordonner et d'assurer une coopération par l'établissement de liens *de jure* et plus seulement *de facto*. Dans le cadre de la présente étude, ce sont avant tout les rapports entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne qui sont pertinents. Les premières manifestations de l'intérêt d'une étude sur les rapports inter-organisationnels concernent la possibilité pour une organisation de s'inviter

p. 35.

²⁶⁷ Voir : G. DEVIN et M.-C. SMOUTS, *Les organisations internationales*, Armand Colin, Paris, 2016, p. 52 et s.

²⁶⁸ J.-M. SOREL, « L'institutionnalisation des relations internationales », *op. cit.*, spéc. 24.

²⁶⁹ La question des relations entre les États et leurs organisations concerne notamment la détermination des pouvoirs de l'organisation lorsqu'il s'agit d'une organisation ayant pour but l'intégration, au contraire de l'intergouvernementalisme. Voir à ce sujet L. BURGORGUE-LARSEN, « La structure institutionnelle de l'organisation internationale », in *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, spéc. p. 378 et s.

²⁷⁰ Le sujet se développe également du côté doctrinal : V. TOMKIEWICZ, « Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales », in *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, 2013, p. 891-920.

dans les débats d'une autre, notamment par le biais du droit de légation. Cette question de la représentation se posait initialement dans les rapports interétatiques, puis les États ont souhaité être représentés auprès des organisations internationales et inversement et enfin il existe maintenant des représentations inter-organisationnelles. Non seulement une légation passive est établie avec la présence de bureaux de liaison de différentes organisations internationales, par exemple les Nations Unies, l'OIT ou le Conseil de l'Europe, dès 1975²⁷¹, auprès de l'Union, mais son pendant inverse existe également. Il s'agit de la légation active, qui implique la désignation de délégations permanentes, avec pour l'Union européenne une délégation auprès des Nations Unies, de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE) et du Conseil de l'Europe²⁷². Cependant, l'existence d'un bureau de liaison ne garantit pas une participation active dans l'institution. Il faut une reconnaissance explicite d'un statut qui peut être celui de membre à part entière, comme l'Union européenne à l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture – dite FAO – et à l'OMC. Le plus fréquemment, l'Union européenne a un statut d'observateur (par exemple au Comité monétaire et financier international, au Comité de développement, au Conseil de l'Europe), d'observateur renforcé (par exemple à l'Organisation de l'aviation civile) ou *ad hoc*, voire aucun statut²⁷³.

Le Conseil de l'Europe, de son côté, n'a pas de statut spécifique auprès de l'Union, dont la relation s'est construite par échanges de lettres²⁷⁴. Inversement, le Conseil de l'Europe n'a pas prévu d'inclure les organisations internationales dans ses différents textes qui sont destinés à être appliqués par des États.

²⁷¹ Pour plus de détail concernant le bureau du Conseil de l'Europe auprès de l'Union européenne voir le site du Conseil de l'Europe <www.coe.int>.

²⁷² D. SIMON et A. RIGAUX, « Les Communautés et l'Union européenne comme organisations internationales », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, spéc. p. 123. En tout, l'Union a envoyé 8 délégations dans des organisations internationales, dont les Nations Unies, le Conseil de l'Europe, etc. Inversement, l'Union accueille 47 représentations d'organisations internationales auprès de la Commission européenne, notamment la FAO, le Conseil de l'Europe, le FMI, les Nations Unies ou encore l'Office européen des brevets.

²⁷³ Voir le rapport sur l'Union européenne en tant qu'acteur mondial : son rôle dans les organisations multilatérales de la Commission des affaires étrangères du Parlement européen du 29 avril 2011, spéc. point H ; voir aussi S. EL BOUDOUI, « Les qualités autres que celle(s) de membre », in *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, 2013, spéc. p. 361.

²⁷⁴ D. SIMON et A. RIGAUX, « Les Communautés et l'Union européenne comme organisations internationales », *op. cit.*, spéc. p. 126.

2. Des textes du Conseil de l'Europe inadaptés aux organisations internationales

Afin de permettre la création de liens entre les organisations internationales, il faut que l'organisation ait la possibilité de recevoir un membre non étatique, ce qui est loin d'être évident puisque les organisations internationales ont été créées par et pour les États et ne prévoient l'adhésion que par des États souverains²⁷⁵. Certaines organisations ont fait le choix de prendre en compte les évolutions institutionnelles et de modifier leur statut, comme la FAO qui a adopté une résolution en 1991, afin de permettre à des organisations d'intégration économique régionale d'adhérer²⁷⁶, ce que l'Union européenne a ensuite fait.

Au niveau européen, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe sont deux organisations qui ont été structurées pour permettre des rapports interétatiques mais pas des liens inter-organisationnels. L'article 4 du statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949 précise ainsi que « *Tout État européen considéré capable de se conformer aux dispositions de l'article 3 et comme en ayant la volonté peut être invité par le Comité des Ministres à devenir membre du Conseil de l'Europe. Tout État ainsi invité aura la qualité de membre* ». L'article prévoit également la qualité de membre associé mais en visant à nouveau les États. C'est une résolution ultérieure, prise par le Comité des ministres du 14 mai 1993²⁷⁷, qui ouvre le statut d'observateur pour les États et les organisations internationales intergouvernementales. Le statut ne permet évidemment pas de participer à l'adoption de décisions. Cette vision restrictive est logique car il aurait été difficile d'anticiper un tel développement des organisations internationales. Néanmoins, l'étanchéité qu'entraîne ces dispositions qui ne visent que les États est aujourd'hui regrettable car l'Europe « *est sans doute le continent qui abrite depuis la fin de la seconde guerre mondiale le plus d'organisations internationales instituées entre les mêmes États pour satisfaire les intérêts de coopération et d'intégration divers* »²⁷⁸. Ainsi, la mise en place de coopération entre ces multiples organisations

²⁷⁵ Voir Y. GAUTIER, « Les organisations internationales », *Répertoire de droit européen*, mars 2009.

²⁷⁶ J. SCHWOB, « L'amendement constitutif de la FAO visant à permettre l'admission en qualité de membre d'organisations d'intégration économique régionale et la Communauté européenne », *RTDE*, 1993, n° 1, p. 1. Voir aussi C. FLAESCH-MOUGIN et A. HAMONIC, « L'Union dans les organisations internationales : activisme confirmé en dépit de contraintes persistantes », *RTDE*, 2013, n° 3, p. 588.

²⁷⁷ Résolution statutaire (93) 26 relative au statut d'observateur adoptée par le Conseil des ministres lors de sa 92e session, le 14 mai 1993.

²⁷⁸ F. BERROD, « (Ir)recevabilité et actes de l'Union européenne », in *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?* P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, p.136.

régionales est plus que pertinente, elle peut paraître nécessaire.

Au-delà du statut du Conseil, les textes du Conseil de l'Europe sont directement proposés à la signature des États qui en sont membres et parfois ouvertes vers l'extérieur. Selon le Bureau des traités du Conseil de l'Europe, l'organisation a produit plus de 130 conventions dont une quarantaine ouverte à une participation de l'Union européenne. Certaines conventions du Conseil de l'Europe prévoient d'ailleurs dès les années 1970 la possibilité pour l'Union européenne d'adhérer au texte. Les textes antérieurs ont nécessité un protocole additionnel afin de permettre à l'Union européenne de participer à la convention en question. Les domaines des conventions dans lesquelles l'Union est invitée à participer sont assez variables, allant de la protection en matière de médicaments à celle des animaux ou encore de la finance. De son côté, l'Union européenne a seulement ratifié neuf textes et signé quatre supplémentaires sur la quarantaine qui lui étaient proposés²⁷⁹. L'Union peut ainsi s'inviter aux négociations d'un texte du Conseil de l'Europe dans le cadre de son rôle en matière de relations extérieures, ce qui peut s'accompagner de certaines difficultés comme le montre l'arrêt *Commission et Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne* de 2014²⁸⁰. En l'espèce, les négociations concernaient une convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion. La Cour de justice annule la décision du Conseil permettant la négociation au motif du non-respect de la compétence exclusive de l'Union prévu l'article 3 § 2 TFUE. Les conventions du Conseil prévoient enfin des clauses de déconnexion, qui permettent aux États signataires de préférer l'application du droit de l'Union en cas de conflit entre les deux normes²⁸¹.

Pour résumer, le Conseil de l'Europe tend à faire des efforts pour prendre régulièrement en compte l'Union européenne mais la pratique n'est pas automatique. Ce dialogue inter-organisationnel est notamment prévu dans la déclaration conjointe sur la

²⁷⁹ Voir, par exemple, pour une convention ratifiée par l'Union européenne la Convention sur l'information et la coopération juridique concernant les « Services de la Société de l'Information » de 2001 (ratifiée le 22 mars 2004) ou signée par l'Union la Convention européenne concernant des questions de droit d'auteur et de droits voisins dans le cadre de la radiodiffusion transfrontière par satellite de 1994 (signée le 26 juin 1996).

²⁸⁰ CJUE, Gde chbr., 4 septembre 2014, *Commission européenne et Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne soutenu par la République Tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Pologne et le Royaume-Uni*, aff. C-114/12, ECLI:EU:C:2014:2151.

²⁸¹ Voir à ce sujet : C. P. ECONOMIDES et A. G. KOLLIPOULOS, « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *RGDIP*, 2006, n° 2, p. 273.

coopération et le partenariat entre le Conseil de l'Europe et la Commission européenne signée le 3 avril 2001²⁸², ainsi que le mémorandum d'accord du 10 mai 2007²⁸³. La déclaration prévoit que le secrétariat du Conseil de l'Europe et la Commission européenne se consultent mutuellement lorsque des questions pertinentes pour l'autre organisation sont abordées. Même si l'établissement de ce dialogue permet d'inclure l'autre organisation dans des débats pouvant la concerner, le plus efficace resterait une adhésion de l'Union directement au Conseil de l'Europe, ce qui nécessiterait une modification du traité de Londres, qui n'a jamais été retouché depuis 1949. Plus largement, il paraît judicieux d'organiser une communication inter-organisationnelle et institutionnalisée, afin d'assurer une meilleure effectivité pour les actions des organisations et pour éviter que les organes de suivi du Conseil de l'Europe se retrouvent démunis face aux actes de ces organisations internationales.

La multiplication des organisations internationales et de leur pouvoir entraîne des conséquences non négligeables sur le terrain de la protection des droits fondamentaux. Le Conseil de l'Europe a évolué en envisageant la possibilité pour l'Union européenne d'adhérer directement à ses conventions et en proposant inversement une déconnexion de ses conventions en faveur du droit de l'Union. Cependant, cela ne suffit pas pour mettre en cause la responsabilité de organisations internationales. Les organes de suivi du Conseil de l'Europe sont dans l'obligation de se déclarer incompétents lorsque l'organisation internationale est désignée comme à l'origine d'une potentielle violation des droits fondamentaux.

B. Les conséquences de l'incompétence des organes de suivi du Conseil de l'Europe

Les mécanismes de suivis institués par les différentes conventions du Conseil de l'Europe ont une réaction logique face à l'inadaptation du Conseil de l'Europe aux autres organisations internationales. En effet, il existe un phénomène de rejet des affaires mettant en cause les organisations internationales. À défaut de pouvoir se fonder sur un acte national d'exécution, ces organes ignorent toute revendication à l'encontre d'une organisation, sur le

²⁸² Le document peut être consulté à l'adresse suivante : <<http://www.jp.coe.int>>.

²⁸³ Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, 10 mai 2007, CM(2007)74, 117^e session du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

fondement de l'incompétence *ratione personae* ou *ratione materiae* (1), ce qui aboutit à une absence de responsabilité des organisations internationales, mais aussi des États membres de ces organisations (2).

1. L'incompétence *ratione personae* et *ratione materiae*

Le rejet d'une requête pour incompétence *ratione personae* ou *materiae* est un débat qui a surtout lieu devant la Cour EDH. Parmi les mécanismes de suivi prévus dans les conventions du Conseil de l'Europe, seuls deux reçoivent directement des requêtes : la Cour EDH et le Comité européen des droits sociaux (Comité EDS) institué par la Charte sociale européenne de 1961²⁸⁴. Toutefois, le Comité EDS a plus souvent été confronté à des directives de l'Union européenne²⁸⁵, ce qui lui permet de s'appuyer sur la marge de manœuvre laissée aux États lors des transpositions²⁸⁶. Les décisions de la Cour EDH sont ainsi plus riches d'enseignement.

Une requête est irrecevable *ratione personae*, car l'entité désignée comme défendeur n'est pas partie à la Convention EDH. Le transfert de compétences d'un État à une organisation internationale remet en cause la simple responsabilité de l'État, puisque l'action de l'organisation est due à une décision commune des États membres, en cas d'intergouvernementalisme, ou par les institutions instaurées par les États, lorsqu'il y a une forme d'intégration²⁸⁷. Cependant, il n'est pas possible d'agir directement contre une organisation internationale qui n'est pas partie à une convention, puisqu'elle n'a pas accepté au préalable de se soumettre aux principes dudit texte. Ainsi, le rejet « *inéluçtable* »²⁸⁸ est

²⁸⁴ Charte sociale européenne signée le 18 octobre 1961, STE n° 35, révisée par un texte signé le 3 mai 1996, STE n° 163. Il faut préciser que le Comité EDS ne reçoit que des requêtes émanant d'entités représentatives de la société civile et des rapports sociaux.

²⁸⁵ En matière de politique sociale, la directive est l'outil le plus utilisé, conformément à l'article 153 § 2 b) TFUE.

²⁸⁶ Comité EDS, 30 novembre 2004, *CFE-CGC c/ France*, réclamation n° 16/2003, voir le point 30. Voir également J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP*, 2011, n° 3, p. 685.

²⁸⁷ Plus précisément, le raisonnement de la Cour EDH a évolué : d'abord, le transfert de compétence ne doit pas entraîner une diminution de la protection assurée dans la Convention EDH puis la Cour EDH a admis la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des institutions, voir A. POTTEAU, « À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme. Remarques relatives à plusieurs décisions « post-Bosphorus » de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2009, n° 4, spéc. p. 698.

²⁸⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 26. Voir par exemple : Comm. EDH, 10 juillet 1978, *Confédération française du travail c/*

celui fondé *ratione personae*. Mais l'irresponsabilité de l'État n'est pas totale. En effet, le transfert de compétence, ultérieur à la signature de la Convention, ne peut être utilisé comme justifiant une violation. La Convention EDH précède bien le système de l'Union, même si ce dernier est plus intense au niveau de l'intégration, il ne doit pas permettre de s'éloigner des obligations de la Convention EDH. Ainsi, « *si un État assume des obligations contractuelles et conclut par la suite un autre accord international qui ne lui permet plus de s'acquitter des obligations qu'il a assumées par le premier traité, il encourt une responsabilité pour toute atteinte portée de ce fait aux obligations qu'il assumait en vertu du traité antérieur* »²⁸⁹.

Au lieu de cibler nommément l'organisation internationale en tant que défendeur, les requérants ont tenté de chercher la responsabilité de tous ses États membres. Le rejet ne devrait plus être justifié par une incompétence *ratione personae*. La Cour EDH a donc recherché d'autres fondements, comme l'incompétence *ratione materiae*, en estimant que les faits de l'affaire ne sont pas couverts par les dispositions de la Convention EDH. Néanmoins, l'attitude adoptée par la juridiction des droits de l'homme diffère que l'on évoque l'Union européenne ou d'autres organisations internationales. En dehors de l'Union, l'irrecevabilité *ratione personae* est fréquemment utilisée que ce soit à l'encontre d'organes des Nations Unies (la MINUK, Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo) ou d'autres organisations internationales comme l'Office européen des brevets ou le Conseil de l'Europe²⁹⁰, même lorsqu'ils ne sont pas visés dans la requête. Du côté de l'Union, lorsque tous les États membres sont mis en cause, l'irrecevabilité *ratione personae* ne concerne qu'une minorité d'affaires dans lesquelles l'Union est directement désignée²⁹¹, la Cour EDH préférant utiliser l'incompétence *ratione materiae* ou d'autres fondements. L'arrêt *Société Guérin* de 2000²⁹² offre une illustration de cette approche *ratione materiae* et démontre un certain malaise de la Cour EDH concernant des requêtes mettant indirectement

Communautés européennes, req. n° 8030/77 ou Cour EDH, 19 janvier 1989, *Dufay c/ Communautés européennes*, req. n° 13539/88.

²⁸⁹ Comm. EDH, 10 juin 1958, *Kahn c/ Allemagne*, req. n° 235/56.

²⁹⁰ Pour le Haut représentant : Cour EDH, 16 octobre 2007, *Beric e. a. c/ Bosnie-Herzégovine*, req. n° 36357/04 ; pour la MINUK : Cour EDH, Gde chbr., 2 mai 2007, *Behrami et Saramati c/ France*, req. n° 71412/01 et n° 78166/01 ; pour l'Office européen des brevets : Comm. EDH, 12 avril 1996, *Reber, Reber Systematik GmbH et Kinkel c/ Allemagne*, req. n° 27410/95 et pour le Conseil de l'Europe : CEDH, 16 juin 2009, *Beygo c/ 46 États membres du Conseil de l'Europe*, req. n° 36099/06.

²⁹¹ Par exemple : Comm. EDH, 10 juillet 1978, *Confédération française démocratique du travail c/ Communautés européennes*, req. 8030/77 ou Cour EDH, 9 décembre 2008, *Connolly c/ 15 États membres de l'Union européenne*, req. n° 73274/01.

²⁹² Cour EDH, 4 juillet 2000, *Société Guérin automobiles c/ les 15 États de l'Union européenne*, req. n° 51717/99.

en cause l'Union européenne²⁹³. Le requérant prend soin de cibler les 15 États membres de l'Union de l'époque mais se voit opposer une irrecevabilité *ratione materiae*. En l'espèce, à la suite du rejet d'une plainte déposée par la requérante devant la Commission européenne en matière de droit de la concurrence, la société Guérin souhaite saisir le juge de l'Union pour contester la lettre de rejet. Cependant, elle dépasse le délai de deux mois du recours en annulation. La société considère que l'article 6 de la Convention EDH a été violé car la lettre de rejet n'indiquait pas les voies de recours et conditions du recours en annulation. La Cour EDH estime que les articles 6 et 13 de la Convention EDH ne contiennent pas « *le droit à être informé par des mentions figurant sur tout acte attaquant, tant des délais que de la computation des délais et que des voies et juridictions de recours disponibles* ». Dans d'autres cas, la Cour EDH a indiqué que le requérant n'avait pas la qualité de victime ou que la demande était manifestement mal fondée²⁹⁴. Les différents motifs d'irrecevabilité indiquent que la Cour EDH n'a pas une ligne de conduite fixe à l'égard des plaintes mettant en cause des actes de l'Union européenne.

Enfin, afin de proposer une solution plus stable dans ce domaine et pour contrer l'attente d'une potentielle adhésion de l'Union à la Convention EDH²⁹⁵, le débat s'est déplacé de l'incompétence vers l'absence de pertinence de la décision. Avec l'idée de présomption de protection équivalente dégagée dans la jurisprudence *Bosphorus*²⁹⁶, qui s'applique à l'Union européenne. La Cour EDH indique que l'Union européenne opère un contrôle comparable à celui qu'elle apporterait et qu'il n'est pas nécessaire que celle-ci statue. Lorsque la présomption s'applique, la requête est rejetée comme étant manifestement mal fondée²⁹⁷,

²⁹³ N. KARMAOUN, « Le contrôle effectué par le juge de Strasbourg sur le droit communautaire : d'un paradoxe à l'autre... », in *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, F. CRÉPEAU, O. DELAS, G. GILBERT, *et alii*, Bruylant, Bruxelles, 2005, spéc. p. 123.

²⁹⁴ Pour la qualité de victime : Cour EDH, 23 mai 2002, *Segi e. a. et Gestoras pro-amnistia c/ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède*, req. n° 6422/02 et n° 9916/02 ; pour l'irrecevabilité en raison d'une requête manifestement mal fondée : Cour EDH, 3 avril 2012, *Lechouritou e. a. c/ Allemagne et 26 États membres de l'Union européenne*, req. n° 37937/07. Concernant les requêtes manifestement mal fondées, la Cour EDH tend à confondre « *de manière surprenante les questions de recevabilité et d'imputabilité* », voir L. CALLEJON-SERENI, « La Cour européenne et l'imputation aux États parties des actes adoptés en vertu d'obligations internationales : entre labyrinthe méthodologique et effectivité des droits », *RTDH*, 2014, n° 102, p. 341.

²⁹⁵ A. BULTRINI, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les conventions européennes des droits de l'homme imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, n° 49, spéc. p. 6.

²⁹⁶ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

²⁹⁷ Voir par exemple : Cour EDH, 10 octobre 2006, *Coopérative des agriculteurs de Mayenne et la coopérative*

conformément à l'article 35 de la Convention EDH. Mais certains cas ne sont pas couverts par cette présomption d'équivalence comme l'affaire *Lechouritou* de 2012²⁹⁸, qui s'intéresse au procès équitable devant la Cour de justice de l'Union européenne. La présomption n'est pas évoquée et la requête est simplement rejetée comme manifestement mal fondée.

Quelle que soit l'approche adoptée par la Cour EDH, le résultat est le même : les requérants n'obtiennent pas l'examen de leur requête ni l'éventuelle constatation de la violation de la Convention EDH par une organisation internationale. Le risque est alors de ne pas reconnaître non plus la responsabilité des États membres de l'organisation en question, le demandeur se retrouvant ainsi dans une impasse.

2. L'irresponsabilité des États pour des potentielles violations par des organisations internationales

Le constat est assez simple, aucune organisation internationale n'est membre du Conseil de l'Europe ni partie à la Convention EDH. Ces organisations ne peuvent donc pas être tenues pour responsables d'une violation des droits fondamentaux telle que contrôlée par la Cour EDH. La question se pose alors de savoir si les organisations internationales bénéficient d'une totale immunité dans leurs actions ou si un juge pourrait être rendu compétent pour contrôler leurs actes.

Un premier bilan à faire de la mise en cause devant la Cour EDH des organisations internationales, comprenant l'Union européenne, est que les recours les ciblant sont majoritairement irrecevables. La conséquence directe de cette irrecevabilité est une irresponsabilité, une immunité des organisations internationales²⁹⁹. Plus l'organisation est « intégrée », c'est-à-dire que la décision est déplacée de la collectivité des États aux institutions de l'organisation, moins l'acte pris par l'organisation peut être remis en cause devant la Cour EDH, puisqu'il devient impossible d'isoler une décision des États. Le

laitière Maine Anjou c/ France, req. n° 16931/04.

²⁹⁸ Cour EDH, 3 avril 2012, *Lechouritou e. a. c/ Allemagne et 26 États membres de l'Union européenne*, préc. mais aussi Cour EDH, 20 janvier 2009, *Cooperatieve producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c/ Pays-Bas, req. n° 13645/05.*

²⁹⁹ L. CALLEJON-SERENI, « La Cour européenne et l'imputation aux États parties des actes adoptés en vertu d'obligations internationales : entre labyrinthe méthodologique et effectivité des droits », *op. cit.*

développement des domaines d'action des organisations internationales a pour conséquence paradoxale que leur champ d'action, qui s'élargit, crée une zone sans juge³⁰⁰. Finalement, il suffirait d'augmenter le pouvoir des organisations et de fonctionner systématiquement par leurs institutions pour échapper au contrôle international du respect des droits fondamentaux. Pour l'instant, la Cour EDH délimite la responsabilité des États en se posant la question du contrôle effectif de l'État sur les actions en causes, comme par exemple en matière d'opérations militaires autorisées par le Conseil de sécurité des Nations Unies³⁰¹. Il s'agit alors de déterminer si l'État a une marge de manœuvre pour être tenu pour responsable de la violation. Il est intéressant de noter que la Cour EDH a pleinement conscience de cette problématique. Elle rappelle ainsi qu'« *il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dès lors qu'ils agissent en exécution d'obligations découlant pour eux de leur appartenance à une organisation internationale à laquelle ils ont transféré une partie de leur souveraineté : les garanties prévues par la Convention pourraient sinon être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective* »³⁰².

La problématique est récente mais elle a été entendue puisque la Commission du droit international (CDI)³⁰³ – organe des Nations Unies chargé de la codification et du développement progressif du droit international – s'est saisie du débat en 2002, dans le cadre de sa mission de codification du droit international, après avoir rendu en 2001 un projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite³⁰⁴.

³⁰⁰ Une illustration d'un domaine actuellement sans juge est la politique étrangère de sécurité commune, comme l'indique l'article 275 TFUE : « *La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base* », même si les mesures restrictives peuvent être attaquées devant la CJUE.

³⁰¹ I. MOULIER et B. TAXIL, « L'engagement de la responsabilité de l'organisation internationale », *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, spéc. p. 1023.

³⁰² Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11, point 102.

³⁰³ Le statut de la Commission du droit international a été adopté en 1947 par l'Assemblée générale des Nations Unies, résolution 174 (II) du 21 novembre 1947.

³⁰⁴ Projet d'articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaire article par article dans *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2). Aucune convention n'a été présentée par les Nations Unies pour l'instant, même si la question est régulièrement débattue, voir par exemple la résolution n° 68/104 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 16 décembre 2013. Voir à ce sujet L. DUBIN et P. BODEAU-LIVINIEC, « La responsabilité des institutions internationales dans tous ses états », in *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, L. DUBIN et M.-C. RUNAVOT (dir.), Pedone, Paris, 2014, p. 236.

L'article 57 de ce projet avait d'ailleurs ouvert la brèche puisqu'il excluait toute responsabilité des États pour une action des organisations internationales : « *les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale* ». La CDI a rendu le projet sur la responsabilité des organisations internationales en 2011³⁰⁵, dont les règles ont été complexes à déterminer puisque « *l'une des principales difficultés rencontrées dans l'élaboration de règles régissant la responsabilité des organisations internationales tient à la rareté de la pratique pertinente* »³⁰⁶. La CDI note que la question est récente et le règlement d'un litige, ou tout simplement la gestion d'une situation, peut se faire par échange de correspondances, comme il y a pu en avoir entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Ces correspondances, rarement divulguées, rendent difficile la codification d'une quelconque pratique³⁰⁷.

De son côté, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a tenu, en 2014, à souligner « *l'obligation des institutions internationales de répondre de leurs actes en cas de violation des droits de l'homme* »³⁰⁸. L'objectif est d'inciter les organisations internationales à s'auto-responsabiliser, en agissant en cas de violation de la Convention EDH et d'éviter que les États ne puissent échapper à leurs obligations. « *L'Assemblée observe également qu'il existe un risque que les États soient dispensés de l'exigence de respect de leurs propres obligations relatives aux droits de l'homme, y compris de celles nées de la Convention européenne des droits de l'homme [...], lorsqu'ils agissent dans le cadre ou sous la direction d'une organisation internationale* »³⁰⁹.

La difficulté est d'organiser un contrôle efficace des actions des organisations internationales, spécifiquement lorsqu'il y a violation des droits fondamentaux. Une option serait de prévoir une juridiction internationale compétente pour contrôler l'activité des organisations internationales, par exemple en élargissant le mandat de la Cour internationale

³⁰⁵ *Ibidem*. Voir à ce sujet, F. HOFFMEISTER, « Litigating against the European Union and its Member States – Who responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations ? », *EJIL*, 2010, n° 3, p. 723.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ F. HOFFMEISTER, « Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations ? », *EJIL*, 2010, n° 3, p. 723.

³⁰⁸ Résolution 1979 (2014) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 31 janvier 2014.

³⁰⁹ *Ibidem*, paragraphe 3.

de justice dans ce sens. En théorie, les actes de l'Union européenne devraient être justiciables devant la Cour EDH avec l'adhésion prévue à la Convention EDH, mais cela ne résout pas la problématique plus générale, notamment pour les actes des Nations Unies, organisation dont l'adhésion à la Convention EDH n'est pas programmée. Une autre possibilité serait de prévoir une responsabilité collective des États parties à une organisation internationale³¹⁰, mais cela pose le problème de l'exécution de l'arrêt, pour déterminer qui doit l'exécuter et comment s'assurer que la violation a été réparée. Finalement, il faudrait ne plus se poser la question de l'imputation de la violation pour préférer une responsabilité plus automatique, lorsqu'une organisation internationale est l'auteur présumé de la violation. Dans ce cas, une adaptation éventuelle de l'idée de la législation française en matière d'accident de véhicules terrestres à moteur³¹¹, à savoir que la seule implication, même non fautive, d'une personne suffit à déclencher une réparation lors d'un accident de véhicule terrestre à moteur. Corollairement, l'assurance devient obligatoire pour ne pas que la charge de cette implication soit disproportionnée. Envisagé au niveau des organisations internationales, cette option inviterait à la création d'un fonds spécifiquement dédié à la réparation de violations des droits fondamentaux. La solution ne serait que partielle puisque cela permettrait une réparation pécuniaire systématique mais pas de *restitutio in integrum* si la question se posait. À long terme, l'effet pourrait être, *a minima*, dissuasif.

Ainsi, la mise en place d'une passerelle, autrement dit d'une connexion entre les deux ordres juridiques paraît nécessaire, car d'un côté l'Union européenne souffre de l'absence de compétence en matière de droits fondamentaux, limitant son action dans ce domaine, tandis que le Conseil de l'Europe est confronté à la problématique générale de violations des droits fondamentaux par les organisations internationales. Cette connexion serait d'une intensité telle qu'elle aboutirait à l'établissement d'un système européen de protection des droits fondamentaux.

³¹⁰ A. BULTRINI, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », *op. cit.*, p. 31.

³¹¹ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, *JORF*, 6 juillet 1985, p. 7584.

Section 2. La connexion établie entre les deux ordres juridiques européens : l'émergence du système

La connexion entre les deux ordres juridiques se concrétise d'abord au niveau purement juridictionnel à travers l'affirmation d'une présomption de protection équivalente entre ceux-ci. Cette présomption est déjà connue de l'Union européenne dans ses rapports avec les ordres juridiques internes lorsque des juridictions constitutionnelles nationales ont refusé d'appliquer le droit de l'Union, en l'absence de précisions concernant la protection des droits fondamentaux³¹². La juridiction constitutionnelle allemande a particulièrement pris acte des progrès de l'Union, grâce à la Cour de justice, qui a développé une jurisprudence en matière de principes généraux du droit comprenant les droits fondamentaux, en admettant appliquer de nouveau la primauté du droit de l'Union européenne *aussi longtemps que*³¹³ cette dernière assurerait une protection équivalente à celle issue de la Loi fondamentale allemande. C'est donc la même idée qui irrigue les rapports entre les ordres juridiques de l'Union et du Conseil de l'Europe, aussi longtemps que l'adhésion de l'Union à la Convention EDH ne sera pas effective³¹⁴, la présomption de protection équivalente sera appliquée (§1). La deuxième étape, l'adhésion, est l'aboutissement politique de relations établies préalablement au niveau juridique (§2).

§1. La connexion judiciaire : l'application durable de la présomption de protection équivalente

Le développement par la Cour EDH de la présomption de protection équivalente est particulièrement marquant. En effet, seuls les États sont supposés respecter la Convention EDH mais en raison du transfert de compétence effectué au profit des organisations internationales, la Cour EDH s'est retrouvée face à des actes de ces organisations présentés comme étant à l'origine d'une potentielle violation de la Convention EDH. La juridiction des droits de l'homme a évidemment confirmé la possibilité pour un État de procéder à ce transfert mais s'est ensuite retrouvée limitée dans son contrôle, lequel se réduisait à déterminer si l'État a une marge d'appréciation pouvant le rendre responsable de l'action.

³¹² Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, *So Lange I*, 2BvL 52/71, *Bverfge* 37, p. 271.

³¹³ Cour constitutionnelle allemande, 22 octobre 1986, *So Lange II*, 2BvR 197/83, *Bverfge* 73, p. 339.

³¹⁴ S. PLATON, « The « Equivalent Protection Test ». From European Union to United Nations, from Solange II to Solange I », *ECLR*, 2014, n° 2, p. 226.

Face au nombre croissant de demandes à l'encontre d'actes de l'Union européenne, la Cour EDH a proposé une solution afin d'apaiser les rapports entre les deux ordres juridiques, par l'affirmation d'une présomption de protection équivalente. La présomption est envisagée dès la décision *M & Co* de 1990 par la Commission EDH³¹⁵, au sujet de la procédure devant la Cour de justice à la suite d'une amende infligée par la Commission européenne. Elle a donné lieu à une réponse ressemblant à la présomption de protection équivalente : « *le système juridique des Communautés européennes non seulement reconnaît les droits fondamentaux mais assure le contrôle de leur respect. [...] En outre, la Cour de Justice des Communautés européennes a élaboré une jurisprudence selon laquelle elle est appelée à contrôler les actes des Communautés sur le fondement de droits fondamentaux, y compris ceux consacrés dans la Convention européenne des Droits de l'Homme* ». Sans reconnaître explicitement une présomption, la Commission EDH amorce le mouvement qui est explicitement achevé par la Cour EDH dans l'arrêt *Bosphorus*³¹⁶. « *De l'avis de la Cour, une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux [...] une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention* »³¹⁷. Concrètement, les États ne sont plus susceptibles d'être condamnés lorsqu'ils exécutent le droit de l'Union grâce à la présomption, fondée sur l'équivalence de la protection des droits fondamentaux entre la Convention EDH et l'Union européenne (A). Néanmoins, c'est une présomption qui est dégagée selon certaines critères et peut donc être limitée, soit parce qu'elle est renversée, soit parce qu'elle est écartée (B).

A. Les fondements de la présomption de protection équivalente

Bosphorus est l'arrêt fondateur qui a permis de dégager une présomption de protection équivalente entre les ordres juridiques européens³¹⁸. En l'espèce, les Nations Unies ont adopté une résolution afin de mettre en place un embargo sur les armements et équipements militaires en provenance de l'ex-Yougoslavie. La résolution a ensuite été mise

³¹⁵ Comm. EDH, 9 février 1990, *Melchers & Co*, req. n° 13258/87.

³¹⁶ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

³¹⁷ *Ibidem*, point 155.

³¹⁸ Voir notamment V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Thèse de doctorat soutenue en 2016, Université Grenoble-Alpes.

en œuvre par un règlement de l'Union européenne, lui-même exécuté par une décision nationale en Irlande. Les faits se déroulent dans ce pays, qui a décidé d'immobiliser un aéronef appartenant à une compagnie yougoslave, qui l'avait loué à la compagnie aérienne turque *Bosphorus*. Cette dernière se plaint, après une procédure nationale qui avait également engagé la Cour de justice par renvoi préjudiciel³¹⁹, de la violation de son droit de propriété. Se pose la question du respect de l'article 1 du protocole n° 1 à la Convention EDH, et plus largement des droits fondamentaux par l'Union européenne, pour déterminer si la Cour EDH doit intervenir dans ce conflit multi-dimensionnel.

Comme l'indique la Cour EDH dans l'arrêt *Bosphorus*, les droits fondamentaux, qui doivent être respectés au sens de la présomption de protection équivalente, sont « à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect »³²⁰. La présomption proposée par la Cour EDH aborde ainsi deux aspects du droit de l'Union européenne : d'une part, la reconnaissance matérielle des droits fondamentaux (1) ; d'autre part, l'équivalence procédurale grâce au système des voies de droit permettant de saisir le juge de l'Union européenne, qui est cependant contestable (2).

1. Une équivalence matérielle logique à l'exception des droits sociaux

La reconnaissance de l'équivalence de protection matérielle par la Cour EDH paraît logique eu égard au travail accompli par la Cour de justice pour attribuer une place aux droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. Ce travail a consisté en la reconnaissance de principes généraux du droit protégeant les droits fondamentaux et a ensuite été formalisé par la création de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Toutefois, en matière de droits sociaux, la protection accordée par l'Union européenne semble encore insuffisante.

Sur le terrain de l'équivalence matérielle entre les droits fondamentaux de l'Union et ceux garantis par la Convention EDH, la Cour EDH constate, dans l'arrêt *Bosphorus*, que l'absence des droits fondamentaux dans les traités a été palliée par la Cour de justice grâce

³¹⁹ CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus*, aff. C-84/95, *Rec.* p. I-3953. La Cour de justice estime que la violation du droit de propriété est justifiée par l'objectif d'intérêt général consistant à mettre un terme à l'état de guerre.

³²⁰ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus*, préc.

aux PGD de l'Union, pour lesquels « *la Convention avait une « importance particulière » en tant que source de ces droits* »³²¹. Ces normes juridiques non-écrites dégagées par le juge suffisent pour l'équivalence, car « *le respect des droits fondamentaux est désormais devenu « une condition de légalité des actes communautaires » [...], et lorsqu'elle procède à son appréciation la CJCE se réfère largement aux dispositions de la Convention et à la jurisprudence de la Cour* »³²². Ce qui importe, c'est que la Convention EDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH, soit prise en compte par la Cour de justice. L'existence de la Charte des droits fondamentaux est aussi soulevée, mais ne paraît pas être de première importance, même si « *la Charte reconnaît que la Convention établit les normes minimales en matière de droits de l'homme* »³²³. La Cour EDH rappelle au sujet de la Charte que celle-ci devrait acquérir une valeur contraignante par le biais du traité établissant une Constitution pour l'Europe, puisque l'arrêt *Bosphorus* est rendu un mois seulement après le résultat négatif du référendum français concernant ce traité, dont la suite ne paraissait pas encore certaine.

La Cour EDH rappelle que la présomption d'équivalence implique que la protection accordée par les deux entités soit comparable et pas nécessairement identique, car demander l'identité serait trop exigeant et cela « *pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi* »³²⁴. Cependant, l'idée même d'une équivalence ne semble pas pouvoir s'appliquer à tous les droits, ou par tous les organes en charge de surveiller les droits fondamentaux, puisque le Comité européen des droits sociaux (Comité EDS), issu de la Charte sociale européenne, telle que révisée en 1996³²⁵, refuse d'appliquer la présomption de protection équivalente en matière de droits sociaux. Dans une décision du 23 juin 2010³²⁶, le Comité EDS estime qu'il « *ne résulte ni de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni des procédures d'élaboration du droit dérivé à leur égard,*

³²¹ *Ibidem*, point 159.

³²² *Ibid.*

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*, point 155.

³²⁵ Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, révisée le 3 mai 1996, STE n° 35 et STE n° 163.

³²⁶ Comité EDS, 23 juin 2010, *Confédération générale du travail (C.G.T.) c/ France et Confédération française de l'encadrement C.F.E.-C.G.C. c/ France*, réclamations n° 55/2009 et n° 56/2009, confirmé par la décision sur la recevabilité et le bien-fondé, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés c/ Suède*, réclamation n° 85/2012. Voir à ce sujet : J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *RTDE*, 2013, p. 195 : « la jurisprudence Bosphorus de la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être appliquée en matière de droits sociaux parce que les traités de l'Union européenne n'accordent pas à ces droits la même place que celle réservée aux droits garantis par la Convention ».

qu'une présomption de même nature puisse être retenue »³²⁷. Le Comité EDS n'est évidemment pas obligé de suivre la Cour EDH puisque le Conseil de l'Europe propose des conventions qui prévoient parfois des organes de surveillances sans établir de lien ni de hiérarchie, ce qui serait de toute façon contraire au principe d'indivisibilité des droits fondamentaux³²⁸. De plus, il est assez rare que la Cour EDH prenne directement position en matière de droits sociaux, car aucun article de la Convention EDH n'y est consacré³²⁹. Dans la décision du Comité EDS du 23 juin 2010 était en cause une réglementation française sur les conventions de forfait jours, confrontée à la directive 2003/88/CE sur l'aménagement du temps de travail³³⁰. Le Comité indique que la protection accordée par l'Union européenne aux droits sociaux n'est pas équivalente à celle prévue par la Charte sociale³³¹. Le Comité EDS écarte ainsi l'argument premier du gouvernement français : le droit français est conforme au droit de l'Union donc équivalent au droit de la Charte sociale européenne. Le fait que l'adhésion de l'Union à la Charte sociale européenne ne soit pas prévue est également relevé par le Comité EDS³³². Ce dernier ne prend pas de position générale puisqu'il admet qu'une évolution est possible en raison de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ou de l'adhésion à la Convention EDH. Cela permet au Comité EDS de maintenir un contrôle casuistique des affaires mettant en cause le droit de l'Union. Cependant, une évolution positive pour les droits sociaux n'est pas évidente car la position de l'Union européenne est assez particulière et indécise en matière de droits sociaux. Au sein même de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, certaines dispositions sont considérées soit comme des « principes », soit comme des « droits ». Les principes ne sont invocables qu'à

³²⁷ *Ibid.*, point 35 de la réclamation n° 55/2009.

³²⁸ Voir J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux en matière professionnelle », *Rev. de droit du travail*, 2014, n° 5, p. 359.

³²⁹ Pour que la Cour EDH puisse s'intéresser aux droits sociaux il faut pouvoir les rattacher à un article de la Convention EDH. Par exemple, la liberté syndicale a été rattachée à la liberté d'association de l'article 11 de la Convention EDH : Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, voir paragraphes 96 à 108 sur cette question. Voir également : F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ? », *RTDH*, 2003, n° 55, p. 755.

³³⁰ Directive du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOUE* n° L 299, 18 novembre 2003, p. 9. Voir notamment T. GRÜNDLER, « La protection des droits sociaux par le Comité européen : entre réticence des États et indifférence de l'Union européenne », *RTDH*, 2012, n° 89, p. 125.

³³¹ Pour une étude complète sur l'influence de la Charte sociale européenne sur le droit de l'Union européenne : O. DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte sociale européenne au développement du droit de l'Union européenne » *CRIDHO Working paper*, 2006/10, disponible <<http://cridho.uclouvain.be>>.

³³² Bien qu'une étude se propose de cerner les possibilités d'une telle adhésion : O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », Rapport au Conseil de l'Europe du 8 juillet 2014.

l'encontre des actes pris pour leur exécution³³³, tandis que les « droits » sont directement invocables devant le juge de l'Union et le juge national. Ce sont principalement les droits sociaux qui ont été étiquetés « principes » ce qui rend leur application incertaine³³⁴. La proclamation d'un socle européen des droits sociaux en novembre 2017 n'apporte pas de modification importante car il s'agit simplement d'une liste de 20 principes qui doivent être précisés par des législations nationales et/ou de l'Union européenne pour être réalisés³³⁵.

Le Comité EDS récidive d'ailleurs en 2013³³⁶, en condamnant la « *Lex Laval* »³³⁷, législation suédoise adoptée à la suite de l'arrêt *Laval* de la Cour de justice de 2007³³⁸. Cette dernière estime que les dispositions de l'Union s'opposent à une législation nationale permettant à une organisation syndicale de négocier par des actions collectives avec un prestataire de service établi dans un autre État membre, ce qui contraint le prestataire. La Cour de justice précise que le recours aux actions collectives doit être limité pour assurer les conditions minimales d'emploi. La Suède prend justement en compte l'arrêt de la Cour de justice avec cette « *Lex Laval* », qui dispose que les actions collectives sont légitimes afin de négocier les règles minimales de protection mais ne peuvent pas aller au-delà. Il suffit donc pour l'employeur de prouver que les salariés détachés sont au moins aussi bien traités que dans les conditions minimales suédoises. Cette position ne convainc pas le Comité, qui constate une violation de la Charte sociale européenne par la Suède en raison de la « *Lex Laval* », celui-ci « *met l'accent sur l'autonomie de ce dernier et souligne, de manière particulièrement ferme, la différence structurelle qui caractérise ces deux systèmes*

³³³ Voir par exemple les conclusions de l'avocat général Pedro CRUZ VILLALÓN du 18 juillet 2013 sur l'affaire *Association médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2013:491. C'est à la Cour que revient la charge de déterminer ce qui est un principe et ce qui est un droit car cela n'est pas explicite dans la Charte.

³³⁴ Voir É. DUBOUT, « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À propos de l'arrêt *Association de médiation sociale*, (CJUE, 14 janv. 2014, aff. C-176/12) », *RTDE*, 2014, p. 409.

³³⁵ C'est une recommandation de la Commission européenne qui propose le socle européen des droits sociaux le 26 avril 2017, C(2017) 2600 final. Il est ensuite proclamé et signé par les institutions européennes, la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil lors du sommet de Göteborg en novembre 2017. Voir également F. BENOÎT-ROHMER, « Socle européen des droits sociaux », *RTDE*, 2018, n° 2, p. 450.

³³⁶ Comité EDS, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c/ Suède*, réclamation n° 85/2012.

³³⁷ Voir K. CHATZILAOU, « La réponse du CEDS aux arrêts *Viking* et *Laval* », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 160.

³³⁸ CJCE, Gde chbr., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05, Rec. p. I-11767.

juridiques »³³⁹. Le Comité EDS considère que la limitation de la négociation collective en Suède pour les travailleurs détachés par des entreprises étrangères est contraire aux prescriptions de la Charte sociale européenne.

Le principe de présomption de protection équivalente, dans son aspect matériel, même affirmé par la Cour EDH dans l'arrêt *Bosphorus*, ne paraît pas satisfaire tous les organes de protection des droits fondamentaux, *a minima* concernant les droits sociaux. La critique de ce concept d'équivalence entre les deux ordres juridiques affecte également l'aspect procédural de la présomption.

2. Une équivalence procédurale contestable et contestée

Alors que l'équivalence matérielle est assez facilement admise, droits sociaux mis à part, l'équivalence procédurale ne semble pas évidente. Même si les traités de l'Union européenne ont créé des voies de droits afin de saisir la Cour de justice de l'Union, celle-ci n'est pas aisément accessible pour les particuliers.

La Cour EDH affirme que la reconnaissance d'une présomption nécessite une équivalence procédurale³⁴⁰, pour assurer l'effectivité des garanties matérielles³⁴¹. Le fonctionnement du contentieux devant la Cour de justice est étudié dans son ensemble par la Cour EDH³⁴² et chacune des voies de droit est examinée séparément pour démontrer comment certaines carences sont palliées par une approche globale et systématique des voies de droit³⁴³. Cette systématique implique que des voies de droit autonomes entretiennent des interactions dans un ensemble cohérent. Au titre des carences figure évidemment l'accès restreint au recours en annulation pour des particuliers, personnes physiques ou personnes

³³⁹ Voir K. CHATZILAOU, « La réponse du CEDS aux arrêts *Viking* et *Laval* », *op. cit.*

³⁴⁰ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus*, préc., spéc. point 155. Voir également C. MAUBERNARD, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE*, 2006, p. 65.

³⁴¹ *Ibidem*, point 161.

³⁴² *Ibid.*, points 85 à 99.

³⁴³ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Dalloz, Paris, 2003.

morales³⁴⁴ – soit les requérants dits ordinaires – qui est relevé par la Cour EDH³⁴⁵, sans que cela soit considéré comme un obstacle. L'article 263 TFUE envisage les recours par les requérants privilégiés et semi-privilégiés (les institutions et organes de l'Union européenne ainsi que les États membres), et encadre plus strictement la possibilité pour des personnes physiques ou morales d'attaquer des actes de l'Union européenne. La Cour EDH estime « *que les recours exercés devant la CJCE par les institutions de la Communauté ou par un État membre constituent un contrôle important du respect des normes communautaires, qui bénéficie indirectement aux particuliers* »³⁴⁶. L'idée est donc que les particuliers sont protégés par les actions – plutôt rares – des États membres ou des institutions. Toutefois, les actions n'auront probablement pas le même objet que la demande formulée par des particuliers³⁴⁷. La Cour de justice a donné une interprétation restrictive du critère de lien individuel³⁴⁸, dans l'arrêt *Plaumann* de 1963³⁴⁹, conditions de recevabilité du recours en annulation pour les requérants ordinaires qui s'ajoute à la preuve d'un lien direct. L'arrêt impose une « *double exigence [qui] a pour effet de rendre impossible les attaques directes, par des particuliers, contre les actes communautaires généraux* »³⁵⁰. La difficulté porte sur

³⁴⁴ Voir notamment : P. NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *RTDE*, 1994, n° 2 p. 171 ; G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *CDE*, 1995, p. 535 ; P. GILLIAUX, « L'arrêt *Union de pequenos agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, 2003, n° 1-2, p. 177 ; R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'*aggiornamento* n'aura pas lieu... », *RTDE*, 2003, p. 23 et K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers », *CDE*, 2009, p. 711.

³⁴⁵ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus*, préc., point 162.

³⁴⁶ *Ibidem*, point 163. Voir également : V. CONSTANTINESCO, « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande chambre] *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005) », *CDE*, 2006, p. 363 ; spéc. p. 371 : « *Il est vrai que la Cour EDH a procédé à un examen plutôt formel de l'accès des particuliers aux différents recours communautaires, dont le recours en annulation, tout en montrant que ce dernier ne doit pas être vu comme l'unique possibilité de contester un acte de droit dérivé ou d'en réparer les conséquences dommageables, mais en remplaçant ce recours en annulation parmi la panoplie de possibilités offertes par le traité* ».

³⁴⁷ Par exemple, la Cour de justice a prononcé l'invalidité de la directive 2006/124 (directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, *JOUE* n° L 105, 13 avril 2006, p. 54) à la suite d'un renvoi préjudiciel : CJUE, Gde chbr., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238. La même directive avait au préalable fait l'objet d'un recours en annulation infructueux car n'invoquant pas le respect des droits fondamentaux : CJCE, Gde chbr., 10 février 2009, *Irlande c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-301/06, *Rec.* p. I-593.

³⁴⁸ Article 263 alinéa 4 TFUE : « *Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement* ».

³⁴⁹ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c/ Commission de la Communauté économique européenne*, aff. 25/62, *Rec.* 1963, p. 199.

³⁵⁰ P. NIHOUL, « Les recours des particuliers contre les actes communautaires de portée générale », *JTDE*, n° 96, 2003, spéc. p. 38.

la preuve d'un lien individuel, qui exige que la personne physique ou morale soit atteinte en raison de qualités particulières ou qu'une situation de fait la caractérise par rapport à toute autre personne. Cette approche de la Cour de justice n'a pas été contredite dans les traités. Depuis l'arrêt *Bosphorus*, le traité de Lisbonne a seulement prévu un cas spécifique d'ouverture du recours sans preuve de lien individuel. L'article 263 alinéa 4 TFUE permet ainsi la contestation d'actes réglementaires ne comprenant pas de mesures d'exécution, sur la seule preuve du lien direct entre l'acte et le requérant³⁵¹. Néanmoins, cet ajout n'a pas réellement ouvert le contentieux au regard des actes réglementaires comme le démontre une affaire concernant un règlement sur la chasse aux phoques contesté par le peuple Inuit³⁵². L'ensemble reste imparfait et place l'Union européenne dans une position délicate en l'absence d'une voie de droit directe ouverte aux individus afin de protéger leurs droits fondamentaux³⁵³.

Cette équivalence procédurale a été remise en cause par un organe extérieur à l'Union européenne et au Conseil de l'Europe. En effet, le Comité d'application de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès de la justice en matière d'environnement, dite « Convention d'Aarhus », du 25 juin 1998, entrée en vigueur en 2001, a critiqué cette approche en raison de l'accès restreint au recours en annulation. Dans une communication de 2011³⁵⁴, le Comité critique les insuffisances du recours en annulation tout en concluant que la période à prendre en compte depuis l'applicabilité de la Convention d'Aarhus dans l'Union est trop brève pour en tirer des conséquences définitives³⁵⁵. Néanmoins, le Comité réfute la décision *Bosphorus* et « apporte

³⁵¹ Voir notamment C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et des personnes morales résultant du traité de Lisbonne », *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss*, Pedone, Paris, 2014, p. 77 et L. COUTRON, « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *AJDA*, 2014, p. 548.

³⁵² CJUE, Gde chbr., 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e. a. c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625. Voir notamment : C. GÄNSER et R. STANESCU, « La protection juridictionnelle des particuliers au sein de l'Union européenne. Les apports de l'arrêt « *Inuit* », *RDUE*, 2013, n° 4, p. 747 ; F.-V. GUIOT, « L'affaire *Inuit* : une illustration des interactions entre recours individuel et équilibre institutionnel dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE », *RTDE*, 2014, n° 2, p. 389 et A. ARNULL, « Arrêt « *Inuit* » : la recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers contre des actes réglementaires », *JTDE*, 2014, p. 14.

³⁵³ P. TAVERNIER, « De la protection équivalente. La jurisprudence *Bosphorus* à l'heure de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclat*, C. BOUTAYEB (dir.), Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 1004.

³⁵⁴ Décision n° ACCC/C/2008/32 du 14 avril 2011.

³⁵⁵ L'Union européenne a signé la Convention d'Aarhus le 25 juin 1998 et l'a approuvé le 17 février 2005 par une décision 2005/370/CE du Conseil concernant l'application aux institutions et organes de la

une vision moins conciliante de l'accès au juge de l'Union »³⁵⁶, ce qui fait de cette communication une « *décision ambitieuse* »³⁵⁷ et invite le juge de l'Union à modifier sa position en matière de recours en annulation. Le Comité estime que la systématique des voies de droit ne peut pallier l'interprétation stricte du lien individuel du recours en annulation notamment car le renvoi préjudiciel est à l'entière appréciation des juges nationaux, laissant parfois le requérant insatisfait. En effet, l'article 267 TFUE prévoit que le renvoi préjudiciel est à la maîtrise des juridictions qui peuvent ou doivent, selon les cas de figure, poser une question en cas de doute dans l'interprétation ou dans la validité d'une disposition du droit de l'Union européenne. Cette limitation du renvoi préjudiciel est aussi soulignée dans l'opinion concordante de plusieurs juges sous l'arrêt *Bosphorus*³⁵⁸, qui estiment que la Cour EDH aurait pu distinguer plusieurs situations pour ce recours. Même si le règlement (CE) n° 1367/2006³⁵⁹, pour l'application de la Convention d'Aarhus au sein de l'Union européenne, prévoit une autre procédure de réexamen des actes administratifs afin d'assurer l'exécution de cette Convention, l'accès restreint au recours en annulation pose toujours des difficultés dont le juge de l'Union est progressivement saisi sur le terrain spécifique de la protection de l'environnement³⁶⁰.

Ainsi, que ce soit sur le terrain matériel ou procédural, la présomption de protection équivalente dégagée par la Cour EDH dans son arrêt *Bosphorus* n'est pas suivie par d'autres organes de contrôle de conventions internationales. Néanmoins, il est important de souligner que dans les deux cas évoqués, ces organes prennent soin de conditionner le rejet de la présomption, soit en raison d'une évolution future grâce à la Charte des droits fondamentaux

Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement : voir le considérant n° 3 du règlement n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006, *JOUE* n° L 264 du 25 septembre 2006.

³⁵⁶ J. BÉTAILLE, « Accès à la justice de l'Union européenne, le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus s'immisce dans le dialogue des juges européens : à propos de la décision n° ACCC/C/2008/32 du 14 mars 2011 », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, n° 4, spéc. p. 557.

³⁵⁷ *Ibidem*, spéc. p. 550.

³⁵⁸ Voir l'opinion concordante commune des juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garlicki.

³⁵⁹ Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JOUE* n° L 264, 25 septembre 2006, p. 13.

³⁶⁰ Pour une étude complète de cette question, voir N. DE SADELEER et C. PONCELET, « Contestation des actes des institutions de l'UE susceptibles de porter atteinte à l'environnement et à la santé humaine : un pas en avant, deux en arrière », *RTDE*, 2013, n° 1, p. 7.

de l'Union ou par l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH pour le Comité EDS, soit en ouvrant la voie à un progrès au sein même de l'Union européenne, en réformant par exemple le recours en annulation.

Enfin, il est intéressant d'observer que la Cour EDH ne limite pas l'application de cette présomption de protection équivalente aux actes de l'Union mais l'ouvre plus largement aux affaires mettant en cause des faits couverts par des actes d'organisations internationales³⁶¹, comme les Nations Unies. La juridiction des droits de l'homme estime « *que la présomption de protection équivalente vise en particulier à éviter qu'un État partie soit confronté à un dilemme lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui, en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la Convention* »³⁶². Pourtant, si la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne peut être perfectionnée, elle est à un stade bien moins embryonnaire que dans le système des Nations Unies, en tout cas en termes de garanties procédurales des droits matériels. Cela emporte donc la question de savoir si la présomption de protection équivalente est réellement pertinente³⁶³.

La Cour EDH adopte ainsi une solution unitaire en se posant la question de la possibilité de reconnaître une présomption, à condition que les organisations internationales en cause protègent matériellement et procéduralement les droits fondamentaux. À défaut, la présomption peut être écartée ou renversée.

B. Les limites de la présomption de protection équivalente

Lorsque la Cour EDH dégage la présomption de protection équivalente elle est notamment saluée pour avoir proposé une solution pacifiant les relations entre les deux juridictions européennes, permettant à chacune des juridictions de s'exprimer de façon

³⁶¹ F. BENOÎT-ROHMER, « Bienvenue aux enfants de *Bosphorus* : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *RTDH*, 2010, n° 81, p. 19.

³⁶² Cour EDH, 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana Management Inc c/ Suisse*, req n° 5809/08, point 116. L'arrêt rendu en Grande chambre ne reprend ensuite pas ces débats : Cour EDH, Gde chbr., 21 juin 2016, *Al-Dulimi c/ Suisse*, req. n° 5809/08.

³⁶³ V. CONSTANTINESCO, « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande chambre] *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005) », *CDE*, 2005, p. 363, l'auteur se pose déjà la question de la pertinence d'une telle présomption.

autonome, dans l'attente d'une éventuelle adhésion de l'Union à la Convention EDH³⁶⁴. Cependant, la pertinence de cette présomption et son maintien à long terme ne vont pas de soi, y compris dans le cadre du système européen de protection des droits fondamentaux. Dans un premier temps, le critère de l'insuffisance manifeste permettant de renverser la présomption ne semble pas être utilisé (1), dans un second temps, la présomption est en pratique souvent écartée pour un retour à la responsabilité des États (2).

1. Le renversement de la présomption par la preuve d'une insuffisance manifeste

En reconnaissant une présomption de protection équivalente à l'Union européenne, et depuis à d'autres organisations internationales, la Cour EDH prévoit également une possibilité de renverser cette présomption simple, par la preuve de l'existence d'une insuffisance manifeste. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour EDH ne fournit pas d'exemple d'un tel renversement dans le cadre de l'Union européenne.

Le modèle en matière de présomption de protection équivalente reste la décision *So Lange* de la juridiction constitutionnelle allemande³⁶⁵, qui avait dans un premier arrêt estimé que l'équivalence ne pourrait pas être établie *aussi longtemps que l'Union ne se dotait pas d'un « catalogue codifié des droits fondamentaux, dont le contenu serait aussi éprouvé et aussi peu ambigu pour l'avenir que celui contenu dans la Loi fondamentale »*³⁶⁶. Avec le développement de la jurisprudence relative aux PGD, la juridiction reconnaît l'équivalence et précise dans sa décision *So Lange II*³⁶⁷ que la protection nationale reprendra le dessus si le requérant peut établir que le niveau global de la protection par l'Union est inférieur à celui constaté précédemment dans *So Lange I*. La preuve est ainsi supportée par le requérant. De son côté, la Cour constitutionnelle italienne pose une réserve, ou une possibilité de renverser la présomption *« pour ce qui concerne les principes fondamentaux de notre ordre interne et les droits inaliénables de la personne humaine »*³⁶⁸. La Cour EDH prend également soin de

³⁶⁴ F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, n° 64, p. 829.

³⁶⁵ *So Lange* de la Cour constitutionnelle allemande du 29 mai 1974, *CDE.*, 1975, n° 149 s., note G. COHEN-JONATHAN.

³⁶⁶ M. DARMON, « La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes », *RCS*, 1995, p. 23.

³⁶⁷ Bundesverfassungsgericht, 22 octobre 1986, *So Lange II*, BverfGe 73, 339 (1986).

³⁶⁸ J. P. JACQUÉ, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence « *Solange II* » de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDE*, 2005, n° 4, p. 749.

préciser dans l'arrêt *Bosphorus* que la présomption de protection équivalente peut être renversée si « *l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste* »³⁶⁹. En cas de renversement de la présomption, c'est l'État mis en cause par le requérant qui risque d'être condamné pour une violation de la Convention EDH. C'est une façon pour la Cour EDH de démontrer que la reconnaissance de la présomption n'équivaut pas à donner un blanc-seing à l'Union européenne et que la présomption n'est pas irréfragable³⁷⁰.

Néanmoins, en pratique, la jurisprudence de la Cour EDH ne contient que peu, voire pas, d'exemples de renversement de la présomption. Cette rareté rend forcément délicate la démonstration de l'insuffisance manifeste de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne par un requérant. Dans sa décision d'irrecevabilité *Gasparini c/ Italie et Belgique* de 2009³⁷¹, la Cour EDH précise la portée de l'insuffisance manifeste en suggérant, mais au sujet de l'organe de règlement des différends de l'OTAN, que la vérification est « *nécessairement moins ample que le contrôle qu'elle exerce au regard de l'article 6 [de la Convention EDH] sur les procédures devant les juridictions internes des États membres de la Convention, lesquels se sont obligés à en respecter les dispositions* »³⁷². Dans le cadre de l'OTAN, l'insuffisance manifeste serait prouvée en cas de mauvaise foi des États parties. En effet, la Cour estime qu'il suffit que les États aient considéré de bonne foi que la Commission de recours de l'OTAN (CROTAN) respectait les conditions de l'article 6 de la Convention EDH au moment de leur adhésion pour qu'il n'y ait pas d'insuffisance manifeste, ce qui limite radicalement la possibilité d'un renversement de la présomption.

À notre connaissance, la seule affaire relative à l'Union européenne qui aurait pu s'insérer dans ce cadre aurait pu être l'arrêt *Michaud c/ France* de 2012³⁷³. En effet, le concept

³⁶⁹ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus*, *op. cit.*, point 156. Voir notamment A. POTTEAU, « À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2009, n° 3, p. 697.

³⁷⁰ J. P. JACQUÉ proposait de faire attention à cet aspect : « *Without calling in question the quality of the case-law of the Court of Luxembourg, may we postulate that its rulings are infallible as far as fundamental rights are concerned, thus arriving at an irrebuttable presumption the benefit of which would not extend to domestic courts ?* », voir « *The Convention and the European Communities* », in *The European System for the Protection of Human Rights*, R. St. J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 900.

³⁷¹ Cour EDH, 12 mai 2009, *Gasparini c/ Italie et Belgique*, req. n° 10750/03.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11. Pour un commentaire, voir notamment : J. VAN COMPERNOLLE, « Le secret professionnel de l'avocat à l'épreuve des dispositifs de lutte contre

d'équivalence de protection est bien évoqué ainsi que le critère de renversement de la présomption. En revanche, la Cour prend soin de différencier les arrêts *Bosphorus* et *Michaud* en relevant dans un premier temps que la norme en cause n'est pas la même. En 2005, la Cour EDH faisait face à un règlement, qui ne laisse pas de marge de manœuvre aux États, alors que l'affaire *Michaud* concerne une directive³⁷⁴. Cette approche différenciée peut paraître paradoxale, la Cour semble « *vouloir accorder moins facilement le bénéfice de la présomption Bosphorus aux directives qu'aux règlements alors que, du point de vue du droit interne, les actes de transposition des directives sont les seuls à pouvoir bénéficier de l'immunité constitutionnelle sous conditions consacrée par les jurisprudences Économie numérique du Conseil constitutionnel* »³⁷⁵. « *Ensuite et surtout* », comme le formule la Cour EDH, la différence de l'espèce concerne la garantie procédurale. Dans l'affaire *Michaud*, le juge national, en l'occurrence le Conseil d'État français, a refusé de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice, qui n'a donc pas pu statuer. La Cour EDH en conclut que la juridiction nationale « *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* »³⁷⁶. La Cour aurait pu estimer qu'il y avait là une insuffisance manifeste de protection, notamment en raison de la carence procédurale due à l'absence de renvoi préjudiciel. Or c'est cette absence de renvoi qui écarte la présomption en amont. L'opinion concordante du juge Ress à la suite de l'arrêt *Bosphorus* avait pourtant visé exactement ce type de situation pour renverser la présomption, à savoir un accès trop restreint à la justice. L'affaire *Michaud* n'est pas une application du renversement de la présomption de protection équivalente, il s'agit plutôt d'un cas où les critères qui permettent de constater l'équivalence ne sont pas présents. Ainsi, cet arrêt relève de la catégorie bien plus importante de non-application de la

le blanchiment des capitaux : quand les chemins de Luxembourg et de Strasbourg se rencontrent », *RTDH*, n° 96, 2013, p. 959.

³⁷⁴ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, préc., point 113.

³⁷⁵ S. PLATON, « Le juge administratif, les directives et la CEDH : de l'art de la translation... », *RDLF*, 2013, chron. n° 8, disponible sur le site : <www.revuedlf.com>.

³⁷⁶ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, préc., point 115. Pour J. CALLEWAERT, il faut que la Cour de justice ait été saisie, notamment par renvoi préjudiciel pour que la présomption de protection équivalente s'applique, voir : J. CALLEWAERT, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2013, p. 29. Voir également C. PICHERAL, « L'application revisitée de la présomption de protection équivalente », *JCP G*, n° 7, 2013, p. 188 qui estime que l'existence préalable d'un renvoi préjudiciel est un nouveau critère de l'application de la présomption de protection équivalente.

présomption de protection équivalente. Le résultat est pourtant le même, la potentielle violation sera imputable à l'État, que la présomption soit renversée ou écartée. Serait-ce pour la Cour EDH une façon d'éviter de constater directement l'insuffisance manifeste ? En effet, affirmer, de façon, certes, casuistique, que l'Union européenne ne protège pas suffisamment les droits fondamentaux serait politiquement délicat.

En tout cas, la Cour EDH a plus de facilités à écarter le principe plutôt que de l'appliquer pleinement, ce qui revient à mettre en cause directement l'État partie à la Convention EDH visé initialement par la requête, et rend donc inutile la reconnaissance d'une présomption de protection équivalente.

2. L'inapplicabilité de la présomption : le retour à la responsabilité des États

Depuis l'arrêt *Bosphorus*, la présomption est souvent appliquée, aboutissant notamment à des décisions d'irrecevabilité pour motif de requête manifestement mal fondée³⁷⁷. En revanche, la présomption n'est jamais renversée mais peut être écartée³⁷⁸, comme dans l'arrêt *Michaud*, déjà évoqué. L'autre exemple frappant de mise à l'écart de la présomption est l'arrêt *M.S.S c/ Belgique et Grèce* de 2011³⁷⁹.

L'affaire *M.S.S.* porte sur le système européen d'asile, spécifiquement le règlement (CE) n° 343/2003³⁸⁰ de l'Union européenne dit « Dublin », qui concerne la détermination de l'État en charge d'examiner une demande d'asile. En l'espèce, la Belgique transfère le demandeur en Grèce car il s'agit de l'État par lequel il est arrivé sur le territoire de l'Union. Le requérant saisit la Cour EDH pour contester le traitement réservé par les autorités grecques aux demandeurs d'asile, mais aussi pour faire constater une violation de la Convention par la Belgique, qui n'aurait pas dû transférer. S'agissant de la Grèce, la Cour

³⁷⁷ Voir par exemple Cour EDH, 9 décembre 2008, *La société établissements Biret c/ 15 État*, req. n° 13762/04 (décision d'irrecevabilité).

³⁷⁸ F. SUDRE, « Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 517.

³⁷⁹ Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

³⁸⁰ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JOUE* n° L 50 du 25 février 2005, remplacé par le règlement (UE) n° 604/2°13 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 31.

EDH agit de façon classique sans réellement se préoccuper de l'existence d'une norme de l'Union, qui en revanche prend tout son sens lorsque la Cour envisage la responsabilité de la Belgique. Il s'agit bien ici d'un règlement, une norme directement applicable qui ne nécessite pas de mesure interne de réception ni de mesure nationale d'exécution, à moins de considérer le transfert comme une mesure d'exécution. Ainsi, en respectant le règlement de l'Union, la Belgique se rend fautive d'une violation de la Convention EDH en raison des risques de mauvais traitements encourus en Grèce, contraires à l'article 3 de la Convention EDH. La Cour EDH écarte dans cet arrêt l'application de la présomption de l'arrêt *Bosphorus* en estimant que le principe ne s'applique pas lorsque l'État a un pouvoir d'appréciation dans l'application de la règle³⁸¹. En effet, le règlement Dublin, entre-temps modifié³⁸², comprenait alors un article 3 permettant aux États de reprendre leurs compétences pour traiter une demande d'asile sans avoir besoin de justifier cette décision. La Cour EDH interprète le règlement de l'Union européenne en estimant qu'il s'agit d'une « *clause de souveraineté* »³⁸³, terme qui n'est pas utilisé dans le texte du règlement ni dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui préfère le terme de clause discrétionnaire. En conséquence, « *la Cour considère que la mesure litigieuse prise par les autorités belges ne relevait pas strictement des obligations juridiques internationales qui lient la Belgique et que, dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce* »³⁸⁴.

Ainsi, la Cour EDH ouvre une brèche assez large pour la justiciabilité de faits engendrés par des normes de l'Union alors que la situation de dérogation au droit de l'Union relève toujours du droit de l'Union, selon la Cour de justice³⁸⁵. Quoi qu'il en soit, il est clair que la Cour EDH n'est plus seulement compétente pour les actes nationaux d'exécution dans lesquels l'État aurait une marge d'appréciation mais également lorsque des actes de l'Union incluent directement une marge d'appréciation pour l'État. Il est également étonnant que la Cour EDH n'utilise pas l'insuffisance manifeste de protection, puisqu'en l'occurrence, le

³⁸¹ Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, préc., point 338.

³⁸² Dans le règlement n° 604/2013 « Dublin III » du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* n° L 180, p. 31 du 29 juin 2013, l'article 17 reprend cette possibilité en l'appelant « clause discrétionnaire ».

³⁸³ Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, préc., points 74 et 339.

³⁸⁴ *Ibidem*, point 340.

³⁸⁵ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N.S. c/ Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a. c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905, points 67 et 68.

système Dublin souffre d'une carence en matière de protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile transférés³⁸⁶, notamment en raison d'une charge importante vers les États méditerranéens qui accueillent en premier les ressortissants d'États tiers.

Même si cette pratique n'est pas cohérente avec la mise en place de la présomption de protection équivalente, elle permet aux justiciables de faire valoir leurs droits fondamentaux. La Cour de justice s'est d'ailleurs alignée sur la position de la Cour EDH en matière de transfert de demandeurs d'asile, bien que le fondement ait été différent³⁸⁷. En revanche, s'intéresser aux dispositions du droit de l'Union en passant par les pratiques étatiques revient à admettre une adhésion de fait, voire forcée, de l'Union à la Convention EDH³⁸⁸, contrairement à l'idée de l'arrêt *Bosphorus*. Il semble toutefois que la Cour EDH se devait d'adopter une telle position ne serait-ce que pour satisfaire ses propres exigences de pleine applicabilité de la Convention EDH sur le territoire européen, au sens de l'article 1 de la Convention EDH.

Il est enfin intéressant de se demander quelles solutions seraient possibles en l'absence de la présomption. Certains auteurs ont proposé la mise en place d'une responsabilité systématiquement collective des États membres de l'Union européenne³⁸⁹, idée déjà évoquée pour la responsabilité générale des organisations internationales. Ainsi, au lieu de ne pas statuer sur la violation alléguée lorsque la présomption d'équivalence est appliquée, ou dans les cas similaires à la solution *M.S.S.*, tous les États membres d'une organisation internationale seraient tenus pour responsables. La difficulté se placerait ensuite sur le terrain du suivi de l'exécution de l'arrêt par le Comité des ministres du Conseil de

³⁸⁶ Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12, voir le point 90 spécifiquement : « En conséquence, elle estime que la décision de renvoyer les requérants vers l'Italie ne relève pas strictement des obligations juridiques internationales qui lient la Suisse dans le cadre du système mis en place par le règlement Dublin et que, dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce ».

³⁸⁷ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N.S.*, préc.

³⁸⁸ Pour certains auteurs, l'arrêt *Bosphorus* est une adhésion dans les faits. Une « adhésion sans adhésion ? » se demande V. CONSTANTINESCO, « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande chambre] *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005) », *CDE*, 2005, p. 363 ; spéc. p. 375 ; une adhésion contrainte pour F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, n° 64, 2005, p. 828.

³⁸⁹ Voir notamment A. BULTRINI, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 31.

l'Europe. La solution ne serait donc pas entièrement viable mais éviterait de laisser des situations sans contrôle concret du respect des droits fondamentaux, spécifiquement lorsqu'il s'agit du territoire européen.

Par extension, il faut se demander si la reconnaissance d'une présomption de protection équivalente en faveur de l'Union européenne a d'ailleurs réellement modifié l'approche de la Cour EDH par rapport aux actes de l'Union européenne. Formellement c'est indéniable, mais matériellement beaucoup moins puisque certains cas auraient été déclarés irrecevables pour diverses raisons avant la reconnaissance de la présomption d'équivalence de protection et d'autres seront tout de même examinés, quand la présomption est écartée. Ainsi, l'existence de la présomption n'affecte pas les difficultés inhérentes à l'expansion normative de l'Union européenne. De plus, l'extension de la reconnaissance du principe à une série d'autres organisations internationales³⁹⁰, qui ne protègent pas autant les droits fondamentaux que l'Union européenne, remet en cause la valeur et la pertinence de la présomption.

Il est certain qu'une adhésion formelle simplifierait les rapports entre les juridictions et couperait court aux montages juridiques imaginés par la Cour EDH. Pourtant, cette solution nécessite une « démarche volontariste »³⁹¹ et politique de la part des États membres mais aussi de la Cour de justice de l'Union qui bloque régulièrement la possibilité pour l'Union, admise politiquement, d'adhérer à la Convention EDH.

³⁹⁰ Par exemple : CEDH, 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana Management Inc c/ Suisse*, préc. ; Cour EDH, 11 juin 2013, *Stichting mothers of Srebrenica e. a. c/ Pays-Bas*, req. n° 65542/12 ou encore Cour EDH, Gde chbr., 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08. Voir également : F. BENOÎT-ROHMER, « Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *op. cit.*

³⁹¹ V. CONSTANTINESCO, « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande chambre] *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005) », *CDE*, 2005, p. 363 ; spéc. p. 376. Voir également G. COHEN-JONATHAN, « La problématique de l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, Paris, 1984, p. 95 : « un acte d'adhésion explicite même s'il se limite à la partie normative de la Convention permettrait de déterminer clairement et de manière autonome l'engagement de la Communauté ».

§2. La connexion politique : la difficile adhésion de l'Union à la Convention EDH

La mise en place d'une passerelle politique est complexe puisqu'il faut que les États s'accordent sur la direction à choisir pour formaliser un lien. Deux séries de difficultés peuvent être envisagées dans le cadre du blocage de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. D'une part, le choix politique doit être assumé par les États membres (A) ; d'autre part, la Cour de justice pratique une politique jurisprudentielle protectrice de l'ordre juridique de l'Union et bloque l'adhésion de l'Union à la Convention EDH (B).

A. Les difficultés politiques : assumer le choix de l'adhésion

Les deux avis rendus par la Cour de justice soulèvent des difficultés juridiques mais « *il serait naïf de croire que les prises de position sur les problèmes juridiques [...] sont purement techniques et n'engagent pas des choix politiques* »³⁹². Au contraire, les deux se mélangent. Il faut dans un premier temps qu'une décision politique d'acceptation de l'adhésion soit prise (1) pour entrer dans le cadre d'une négociation, toujours de nature politique, afin de déterminer les règles internes précises de fonctionnement de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH (2).

1. L'acceptation politique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH

Adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme relève d'un choix politique des États membres, formalisé par les institutions de l'Union. L'idée d'une adhésion est intervenue assez vite³⁹³, mais s'est heurtée au refus de la Cour de justice qui a adopté un rôle protecteur de l'ordre juridique de l'Union européenne. Pour résumer, le processus d'adhésion s'est déroulé en deux vagues successives. La première débute en 1976 et prend

³⁹² P. WACHSMANN, « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDE*, 1996, n° 3, p. 467.

³⁹³ Notamment avec la proposition de n'adhérer qu'au titre I de la Convention EDH, excluant ainsi le contrôle externe. Voir J.-C. BONICHOT, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du traité sur l'Union européenne », *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, p. 52.

fin avec l'avis négatif de la Cour de justice du 28 mars 1996³⁹⁴. La seconde vague démarre avec la Conférence intergouvernementale chargée d'élaborer le traité établissant une constitution pour l'Europe. Le mouvement se poursuit depuis et malgré l'avis toujours négatif de la Cour de justice du 18 décembre 2014³⁹⁵, notamment en raison de l'obligation de résultat concernant l'adhésion de l'Union à la Convention EDH³⁹⁶.

Un choix a rapidement été fait par la Commission européenne, puisqu'à la suite de son rapport du 19 février 1976³⁹⁷, l'institution rend un mémorandum le 4 avril 1979 en faveur de l'adhésion des Communautés européennes à la Convention EDH³⁹⁸, qui sera envoyé au Conseil, puis transmis au Parlement européen le 4 mai 1979. Le Comité économique et social rend un avis également positif sur le mémorandum le 11 avril 1980, puis le Parlement européen exprime avec une large majorité son approbation le 29 octobre 1982³⁹⁹. L'institution démocratique adopte d'ailleurs à ce sujet régulièrement des résolutions, textes non contraignants, pour rappeler son approbation⁴⁰⁰ alors que le Conseil est plus réservé. Même si la question est discutée lors d'une réunion le 22 avril 1986, l'adhésion est rejetée dans un premier temps⁴⁰¹. Le 19 novembre 1990, la Commission européenne publie une communication portant un bilan sur les questions relatives à l'adhésion depuis 1979⁴⁰², mais

³⁹⁴ CJCE, 28 mars 1996, *Avis sur l'adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, Rec. p. I-1759.

³⁹⁵ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

³⁹⁶ Article 6 § 2 TUE : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ».

³⁹⁷ Voir le rapport de la commission juridique du Parlement européen du 13 septembre 1982 sur le mémorandum, document 1-547/82. Voir également G. COHEN-JONATHAN, « La problématique de l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, Paris, 1984, p. 83.

³⁹⁸ *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 2/79.

³⁹⁹ Voir la proposition de résolution présentée au Parlement le 17 octobre 1985 sur l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, doc. 1067/85.

⁴⁰⁰ *Ibidem*. La proposition vise à inviter le Conseil à prendre position sur le sujet. Le Parlement a également adopté des résolutions sur l'adhésion et la création d'un catalogue des droits fondamentaux propre à l'Union européenne le 16 novembre 1977 et le 24 avril 1979. Dans cette dernière résolution le Parlement « se prononce en faveur de l'adhésion de la Communauté européenne en tant que telle à la Convention européenne des droits de l'homme », voir *JOCE*, n° C 127, 21 mai 1979, p. 70. Voir également la résolution du 18 janvier 1994, *JOCE* n° C 44 du 14 février 1994, p. 32, peu de temps avant la saisine de la Cour de justice pour avis qui date du 26 avril 1994.

⁴⁰¹ Voir la question écrite du Sénateur français Louis Longequeue publiée dans le *JO* du Sénat du 15 mai 1986 à ce sujet.

⁴⁰² Initiative de la Commission 1990 pour la célébration du 40e anniversaire du Conseil de l'Europe, communication du 19 novembre 1990, SEC(90), 2087 fin. Voir également J. PIPKORN, « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1993, n° 14 spéc. p. 223.

le texte a surtout pour but de demander au Conseil d'autoriser l'adhésion et de lui donner un mandat pour débiter les négociations. La communication soulève notamment le « *conspicuous gap* » que l'on pourrait traduire en « vide visible » dans le système juridique de l'Union en raison de l'absence des droits fondamentaux, tout en considérant qu'il n'existe pas d'obstacles majeurs (« *in the lack of major obstacles* ») à l'adhésion à la Convention EDH. Le Conseil demande à la Commission européenne de compléter la communication, ce qui aboutira à un document de travail du 26 octobre 1993⁴⁰³. À l'appui de ce nouveau document, les débats sur une adhésion débutent vraiment au sein du Conseil pour aboutir à la saisine de la Cour de justice en raison d'un trop grand désaccord entre les États membres, sans que le Conseil n'adopte « *une décision de principe sur l'ouverture des négociations de l'accord* »⁴⁰⁴.

En effet, du côté des États membres de l'Union, le choix d'une adhésion est moins évident : « *certaines États membres de l'Union font la sourde oreille aux appels réitérés, y compris au sein de l'Union, en faveur d'une adhésion rapide de la Communauté* »⁴⁰⁵. Les positions différentes des États membres dans le cadre de cette première vague sont visibles dans l'exposé de la demande de l'avis 2/94 de la Cour de justice du 28 mars 1996⁴⁰⁶, qui achève d'ailleurs cette première tentative de rapprochement. Premièrement, presque tous les États membres sont intervenus à la procédure en déposant des observations écrites (douze sur quinze États membres de l'époque) ou en étant entendus à l'audience de l'avis, seul le Luxembourg ne semble pas avoir pris part aux débats. La majorité des États membres se rangent du côté des positions du Parlement européen et de la Commission européenne, même s'ils sont conscients des difficultés. L'Espagne, la France, l'Irlande, le Portugal et le Royaume-Uni proposent des avis systématiquement divergents en estimant qu'aucune disposition ne peut servir de fondement à la potentielle adhésion et que celle-ci affecte la compétence de la Cour dans son rôle d'interprétation et d'application des traités. La Cour choisit de suivre ce groupe minoritaire mais non négligeable d'États membres pour rendre

⁴⁰³ Voir pour plus de détails : O. DE SCHUTTER, « L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1994/15, n° 1440, p. 1.

⁴⁰⁴ CJCE, 28 mars 1996, *Avis sur l'adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, *Rec.* p. I-1759, point 1.

⁴⁰⁵ A. BULTRINI, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, n° 49, spéc. p. 6.

⁴⁰⁶ CJCE, 28 mars 1996, *Avis sur l'adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, préc.

son avis qui exclut la possibilité d'adhérer sans modification du traité.

Cette vision restrictive des possibilités d'adhésion est ainsi à l'origine de la seconde tentative de rapprochement. La question de l'adhésion ne semble pas être à l'ordre du jour du Conseil européen avant la décision de la création d'une Convention sur l'avenir de l'Europe chargée de préparer le traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE). Cette fois, ce sont donc les États membres, dans le cadre de la Convention puis de la Conférence intergouvernementale, qui s'accordent pour inscrire l'adhésion de l'Union à la Convention dans les traités. Ainsi l'article I-9 TECE prévoit que « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », disposition qui sera reprise à l'identique dans le traité de Lisbonne à l'article 6 § 2 TUE⁴⁰⁷. La formulation de cet article implique à première vue une obligation de résultat, ce qui indique, d'une part, que les États membres ont signifié leur accord pour l'adhésion et, d'autre part, que seules les modalités de l'adhésion peuvent être débattues à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009.

Ces modalités d'adhésion s'accompagnent de difficultés qui se situent sur plusieurs niveaux. Au plan général, il faut organiser la soumission des actes de l'Union européenne à un contrôle externe, ce qui paraît contraire à l'idée d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union mais aussi pour une « *question de dignité : il est toujours déplaisant pour une juridiction internationale de se soumettre à une autre juridiction internationale* »⁴⁰⁸. Sur un plan matériel, l'adhésion emporte nécessairement des conséquences sur la portée des droits fondamentaux de l'Union notamment en raison de la coexistence de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention EDH mais aussi, et peut-être surtout, en raison des obligations positives que la Cour EDH fait peser sur les parties à la Convention. En effet, la Cour EDH ne se limite pas à interdire certains comportements aux États, elle peut constater une violation lorsque ceux-ci auraient dû prendre des mesures et ne l'ont pas fait⁴⁰⁹. Enfin, sur un plan contentieux, il faut anticiper les potentielles condamnations de l'Union et leur

⁴⁰⁷ Dès l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le Conseil européen manifeste sa volonté que cette adhésion soit rapidement effectuée. Voir le programme de Stockholm du 11 décembre 2009.

⁴⁰⁸ S. MARCUS-HELMONS, « L'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1996, p. 340.

⁴⁰⁹ Voir l'arrêt fondateur de la doctrine des obligations positives : Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73 : « *En outre, l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif* ».

réparation ainsi que l'exécution des arrêts, mais aussi la représentation de l'Union devant la Cour EDH⁴¹⁰.

Une importante partie de ces difficultés se joue d'ailleurs au sein de l'Union européenne, pour la création des « règles internes », c'est-à-dire la prise en compte institutionnelle des conséquences de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. Ainsi, même si la décision politique d'adhésion est prise, les modalités d'adhésion ne sont pas pour autant fixées, les enjeux politiques internes ne sont pas automatiquement réglés, et paraissent même ignorés, car repoussés à une date ultérieure à l'adhésion effective, laquelle demeure possible malgré l'avis 2/13.

2. La détermination des « règles internes » de l'Union européenne

L'adhésion de l'Union à la Convention EDH ne se limite pas à la détermination des modalités de fonctionnement devant la Cour EDH et les institutions du Conseil de l'Europe. Une partie du débat porte aussi sur l'organisation institutionnelle et interne de l'Union. Il s'agit des « règles internes » à adopter en conséquence de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH⁴¹¹.

Plusieurs thèmes doivent être abordés par les règles internes comme les questions de « *représentation de l'Union devant la Cour EDH, du déclenchement du mécanisme du codéfendeur devant celle-ci et des règles de coordination aux fins de la gestion de la procédure devant cette même Cour par le défendeur et le codéfendeur, du choix de trois candidats au poste de juge au sein de la Cour EDH, du système de l'implication préalable de la Cour de justice ainsi que des cas dans lesquels l'Union arrêtera une position et ceux dans lesquels les États membres garderont leur liberté de parole et d'action au sein de la Cour EDH et du Comité des ministres* »⁴¹². Dans le projet d'accord d'adhésion⁴¹³, ces règles

⁴¹⁰ F. BENOÎT-ROHMER, « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2013, n° 3, p. 662.

⁴¹¹ Voir P. GRAGL, « A giant leap for European Human Rights ? The final agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights », *CMLR*, 2014, n° 1, p. 58.

⁴¹² CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 47.

⁴¹³ Voir le rapport final du 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 du 10 juin 2013, doc. n°

ne sont pas développées dans les articles, soulignant que ces aspects de l'adhésion dépendent strictement de l'Union. Ces questions sont évoquées sous les commentaires de l'article 3 du projet, relatif au mécanisme de codéfense⁴¹⁴, s'agissant de la décision de demande de renvoi devant la Grande chambre ainsi que pour l'organisation de la procédure interne d'implication préalable et sous l'article 6, qui concerne l'élection des juges. En dehors du projet, se pose aussi la question de la possibilité pour l'Union européenne d'attaquer un État tiers devant la Cour EDH⁴¹⁵. Deux points semblent particulièrement délicats : d'une part, la représentation de l'Union devant la Cour EDH pour déterminer quelle institution devrait être en charge d'envoyer des agents pour défendre l'Union et de préparer leur argumentation ; d'autre part, la question de l'organisation de l'implication préalable de la Cour de justice, c'est-à-dire la possibilité pour la Cour de justice de s'exprimer sur une affaire avant que la Cour EDH n'en soit saisie.

Il semblerait que la Commission européenne souhaiterait endosser le rôle de représentation de l'Union. Pour cela, elle peut s'appuyer sur sa mission générale de gardienne des traités mais aussi sur sa place reconnue pour les négociations selon l'article 218 TFUE, ou encore en raison de l'article 17 TUE, qui énonce qu'elle « assure la représentation extérieure de l'Union », sauf en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Pour la PESC, c'est le Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité qui est logiquement compétent. L'idée serait donc que la Commission assure la défense de l'Union pour faire respecter les traités, ce qui impliquerait, devant la Cour EDH, de présenter des arguments mais aussi de proposer – ou d'accepter – des règlements amiables ou encore demander un renvoi devant la Grande chambre. Cependant, représenter l'Union n'équivaut pas à déterminer la position de l'Union⁴¹⁶. La détermination de la politique est normalement l'apanage du Conseil⁴¹⁷, comme l'indique l'article 16 § 1 TUE, le Conseil « exerce des fonctions de définition des politiques ».

47+1(2013)008rev2.

⁴¹⁴ Le mécanisme du codéfendeur permet à l'Union européenne ou aux États membres d'être partie à la procédure, de façon égalitaire avec le défendeur désigné par le requérant. Il s'agit donc un mécanisme plus complet que ce qui existe actuellement dans la Convention avec la tierce intervention de l'article 36.

⁴¹⁵ Voir G. DE BERGUES, D. COLAS et N. ROUAM, « La France dans le cadre des négociations d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *AFRI*, spéc. p. 340 et 349.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 349.

⁴¹⁷ J. P. JACQUÉ, « La participation de la Communauté économique européenne aux organisations internationales universelles », paragraphe sur le couple « Commission-Conseil » sous II « Les modalités internes de la participation communautaire », *AFDI*, 1975, p. 922.

Pourtant, devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC, c'est bien la Commission européenne, plus précisément son service juridique, qui est en charge de représenter l'Union, soit en raison d'un mandat du Conseil soit par accord tacite⁴¹⁸. Cependant, les questions commerciales relèvent de la compétence exclusive de l'Union et peuvent donc être plus logiquement gérées par la Commission européenne. C'est moins évident pour la représentation de l'Union par la Commission européenne devant le Tribunal international du droit de la mer⁴¹⁹. Devant la Cour EDH, la Commission européenne a déjà déposé des observations, notamment dans l'affaire *Bosphorus*⁴²⁰.

D'autres institutions ou organes pourraient être compétents. Ainsi, la Cour de justice pourrait mandater des agents dans une logique de meilleure connaissance du contentieux, spécifiquement dans le cadre de la Cour EDH, puisqu'il serait nécessaire de plaider en faveur du système de protection matériel et procédural de l'Union européenne pour faire reconnaître la présomption de protection équivalente, si celle-ci devait perdurer. L'autre option serait de confier la représentation de l'Union au service européen de l'action extérieure qui seconde le Haut représentant de l'Union européenne aux affaires étrangères, si l'on considère que les questions abordées relèvent de relations extérieures. Or une fois la Convention EDH ratifiée, le contentieux concernera le plus souvent de la politique intérieure, sauf en matière de PESC. Cet aspect fait d'ailleurs l'objet de développements particuliers en raison de la compétence limitée de la Cour de justice dans ce domaine⁴²¹. Quelle que soit la solution, le traité devrait éclaircir cette question, car l'Union doit se défendre devant d'autres organisations, qui s'accompagnent de plus en plus fréquemment d'un organe d'application du traité international en cause, comme le Comité d'application de la Convention d'Aarhus, l'ORD de l'OMC, etc.

⁴¹⁸ Voir notamment D. GADBIN, « Fasc. 2330 : Règlement sur les obstacles au commerce », *JCL Europe Traité*, spéc. « C. Déroulement d'une procédure internationale : l'hypothèse de règlement du différend par l'Organe de règlement des différends de l'OMC » et E. CASTELLARIN, *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales*, Pedone, Paris, 2017, p. 48.

⁴¹⁹ CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-73/14, ECLI:EU:C:2015:663 ; C. DELCOURT, « Chronique de l'action extérieure de l'Union européenne. La Commission est compétente non seulement pour représenter l'Union mais aussi pour décider de la position de celle-ci devant le Tribunal international du droit de la mer », *RTDE*, 2016, n° 1, p. 113.

⁴²⁰ CEDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus*, préc., point 146.

⁴²¹ Voir CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, *op. cit.*, spéc. les points 255 et 256 qui excluent la possibilité d'un contrôle externe des actes de l'Union. Il est logique que la Cour de justice soit plus compétente pour ce type d'acte mais il n'est pas cohérent, dans le cadre des droits fondamentaux d'affirmer qu'il est préférable de ne pas du tout les contrôler. En matière de PESC, hormis pour les mesures restrictives, la règle reste donc l'injusticiabilité.

Sur la question de l'implication préalable⁴²², il s'agit cette fois-ci d'assurer une nouvelle voie de recours devant la Cour de justice afin que celle-ci puisse statuer avant la Cour EDH, dans le respect du principe de subsidiarité, affirmé dans le protocole additionnel n°15 à la Convention EDH signé le 24 juin 2013. Cet aspect est d'une grande importance car, comme le souligne l'avocat général dans sa prise de position sur l'avis 2/13 : « *cela signifie que l'Union doit disposer des compétences nécessaires à la mise en place d'une telle procédure d'implication préalable. S'il était établi que, sur le plan interne, elle ne dispose pas des bases juridiques lui permettant de le faire, elle serait empêchée de conclure l'accord d'adhésion* »⁴²³. En l'occurrence, l'appréciation de la disposition aurait échappé à la Cour de justice en raison de l'accès restrictif du recours en annulation ou à cause d'un refus de renvoi préjudiciel par un juge national. Une fois le contentieux devant la Cour EDH, et la procédure de codéfense déclenchée, la Cour EDH saisira la Cour de justice. D'ailleurs cette implication préalable est une forme de renvoi préjudiciel de la Cour EDH à la Cour de justice, qui pourrait se rattacher à l'article 267 TFUE, en considérant la Cour EDH comme une juridiction commune aux États membres⁴²⁴. L'avocat général estime que seul le statut de la Cour devrait être modifié afin de préciser les règles de recevabilité de cette implication préalable, sans pour autant modifier les traités⁴²⁵. De plus, dans l'avis 2/13, la Commission européenne propose à nouveau d'être en charge du déclenchement de la procédure d'implication préalable : « *le pouvoir d'engager cette procédure par une demande adressée à la Cour devrait revenir à la Commission et à l'État membre contre lequel la requête devant la Cour EDH est dirigée* »⁴²⁶.

Une décision politique a été prise même si un certain flottement existe dans le cadre interne de l'Union. Ces règles internes engendrent des conséquences importantes notamment

⁴²² Puisque le renvoi préjudiciel n'est pas considéré comme une voie de recours à épuiser au sens de l'article 35 de la Convention EDH, il est possible que la Cour EDH soit saisie sans que la Cour de justice n'ait pu statuer sur la question. Il est donc prévu qu'une voie de recours inter-juridictionnelle soit créée entre la Cour EDH et la Cour de justice afin de permettre l'implication préalable de cette dernière, donc avant que la Cour EDH ne rende une décision. Voir notamment R. BARATTA, « Accession of the EU to the ECHR : The rationale for the ECJ's priori involvement mechanism », *CMLR*, 2013, n° 5, p. 1305.

⁴²³ Prise de position de l'avocat général Juliane Kokott sur l'avis 2/13, 13 juin 2014, ECLI:EU:C:2014:2475, point 62.

⁴²⁴ CJCE, 4 novembre 1997, *Christian Dior*, aff. C-337/95, *Rec.* p. I-6013.

⁴²⁵ Prise de position de l'avocat général Juliane Kokott sur l'avis 2/13, 13 juin 2014, préc., point 75.

⁴²⁶ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, *op. cit.*, point 92.

sur la désignation de la Commission européenne comme institution compétente de représentation externe. « Dans son avis 2/94, la Cour a fait preuve d'une grande retenue sur une question politiquement très sensible, en proie au désaccord intergouvernemental. En renvoyant la balle dans le camp politique, elle a évité de s'exposer aux foudres des États membres les plus sceptiques à l'égard du régime européen des droits de l'homme »⁴²⁷. Malgré la prise de décision institutionnelle et étatique, la Cour de justice semble vouloir imposer son propre avis et s'élever en tant que gardienne de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

B. La politique jurisprudentielle de la Cour : de l'avis 2/94 à l'avis 2/13

18 ans séparent les deux avis de la Cour de justice, mais l'état d'esprit reste inchangé, malgré des circonstances différentes. L'argument principal de la juridiction pour justifier le rejet du projet d'accord d'adhésion en 2014, ou de l'idée de l'adhésion en 1996, est le respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Dès l'avis 2/94 il est relevé qu' « *il est regrettable de voir la Cour de Luxembourg adopter une attitude aussi rigide* »⁴²⁸ et que la Cour de justice a « *a renvoyé le problème au monde politique !* »⁴²⁹. Ce renvoi a été entendu puisque le traité de Lisbonne inscrit l'adhésion de l'Union à la Convention EDH comme une obligation de résultat. La décision politique ayant été engagée, la Cour de justice aurait pu suivre, ou éventuellement conditionner son accord à des réserves interprétatives⁴³⁰, à l'image de la prise de position de l'avocat général dans l'avis 2/13. C'est pourtant loin d'être le cas et il semble que « *la posture de la Cour de justice est délibérément politique* »⁴³¹, il faut donc y déceler une volonté de politique jurisprudentielle de la part de la Cour de justice, qui reste fidèle à sa précédente position. L'avis 2/13⁴³² apparaît comme une continuation de l'avis 2/94

⁴²⁷ L. SCHEECK, *Le dialogue des droits fondamentaux en Europe : fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances ?*, in « L'Europe des Cours, loyautés et résistances », E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 19 et s.

⁴²⁸ S. MARCUS HELMONS, « L'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 340.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ Voir J. P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », 26 décembre 2014, disponible sur le site <www.free-group.eu>.

⁴³¹ H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », 22 décembre 2014, disponible sur le site du GDR : <www.gdr-elsj.eu>.

⁴³² Voir F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? », *RTDE*, 2015, n° 3, p. 593 ; L. BESSELINK, M. CLAES et J.-H. REESTMAN, « A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not) », *ECLR*, 2015, n° 1, p. 2 ; I. BOSSE-PLATIÈRE

(1), qui est assez bref et comprend plus de développements sur le terrain de la recevabilité⁴³³. Cependant, des différences sont à relever, principalement en raison d'un état d'avancement des négociations plus abouti dans l'avis 2/13 (2).

1. Une politique jurisprudentielle conservatrice : les points communs entre les avis

Le premier des points communs entre ces deux avis est évidemment le retour négatif de la Cour de justice qui n'accepte pas l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. Ensuite, la protection de l'autonomie de l'ordre juridique, la reconnaissance du rôle de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'importance constitutionnelle d'une telle adhésion sont trois axes présents dans les avis 2/94 et 2/13.

La Cour de justice semble être conservatrice dans la mesure où elle ne souhaite pas se dessaisir de son rôle, évidemment primordial, d'ultime interprète des normes de l'Union européenne. Ce rôle s'accompagne de la défense de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, tel que prévu par le protocole n° 8 annexé au traité de Lisbonne⁴³⁴, sur lequel la Cour de justice s'appuie dans son avis 2/13 de 2014⁴³⁵. L'avis 2/94 de 1996 est plus bref

et A. HERVÉ, « La CJUE juge le projet d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme incompatible avec les traités : quelques réflexions concernant l'action extérieure de l'UE », *RTDE*, 2015, n° 5, p. 220 ; F. CHALTIEL TERRAL, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne est-elle impossible ? », *LPA*, 2015, n° 105, p. 6 ; H. GAUDIN, « Si proches, si lointaines ... L'Union européenne face à la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2015, n° 19, p. 1079 ; J. P. JACQUÉ, « *Pride and/or prejudice* ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *CDE*, 2015, n° 1, p. 19 ; H. LABAYLE et F. SUDRE, « L'avis 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 ? », *RFDA*, 2015, n° 1, p. 3 ; I. PERNICE, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue », *CDE*, 2015, n° 1, p. 45 ; C. PICHERAL, « Des réponses potentielles de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avis 2/13 », *RUE*, 2016, p. 426 ; F. PICOD, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau de Kirchberg », *JCP G*, n° 6, 9 février 2015, p. 230 ; J. RIDEAU, « L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard de la PESC. « Les sages se rebiffent », *RAE*, 2015, n° 1, p. 29 ; D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, février 2015, n° 2, p. 4 ; D. SZYMCZAK, « L'avis 2/13 du 18 décembre 2014 : de l'art d'être contre-productif », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 11-18.

⁴³³ Voir O. DE SCHUTTER et Y. LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés », *CDE*, 1996, p. 555.

⁴³⁴ Ce qui peut justifier la position de la Cour : J. P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », 26 décembre 2014, disponible sur le site <www.free-group.eu>, « on ne saurait reprocher à la Cour de vouloir préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union, d'autant plus que le protocole n°8 relatif à l'article 6 l'invitait à suivre cette voie ».

⁴³⁵ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, *op.cit.*, points 170, 174, 176, 178, 179 à 201 et 234. Dès l'avis 2/94, la Cour est présentée comme la « *Garante de l'autonomie de l'ordre*

dans ses développements, car la demande vise la possibilité générale d'adhésion de l'Union à la Convention EDH sans modalités concrètes à étudier. Néanmoins, dans les questions au stade de l'appréciation de recevabilité de la demande d'avis, la Cour avance que lorsque ces modalités seront disponibles, il lui faudra les examiner à l'aune des dispositions relatives à sa compétence. L'idée d'un contrôle externe ne semble pas du goût de la juridiction de l'Union, comme l'avis 2/13 le confirme. La Cour de justice refuse qu'on lui impose « *une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union* »⁴³⁶ car c'est la juridiction compétente pour assurer une interprétation uniforme des règles de l'Union européenne. Cependant, c'est bien pour cela que l'implication préalable est prévue dans le projet d'accord d'adhésion, afin que la Cour de justice donne son interprétation de la règle. De plus, lorsque la Cour EDH statuera, son interprétation ne concernera que la protection des droits fondamentaux⁴³⁷. Ainsi, la juridiction des droits de l'homme appréciera effectivement l'ordre juridique de l'Union, mais strictement, afin de déterminer si celui-ci est compatible avec les droits fondamentaux. L'idée d'un contrôle externe avait d'ailleurs été admise, de façon générale, dans l'avis 1/09 relatif à une juridiction des brevets⁴³⁸ : « *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* »⁴³⁹. Ce qui est déterminant pour la Cour dans l'avis 1/09, c'est que la future juridiction serait amenée à interpréter le règlement relatif aux brevets, c'est-à-dire qu'une juridiction externe se prononcerait sur une norme de l'Union, affectant l'autonomie de l'ordre juridique. Toutefois, le projet a été revu à la suite du refus de la Cour de justice,

juridique communautaire », voir O. DE SCHUTTER et Y. LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés », *op. cit.*, spéc. p. 585.

⁴³⁶ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, *op.cit.*, point 184. Pourtant, « dans l'avis 1/91 du 14 décembre 1991, la Cour avait déjà accepté que la Communauté se soumette à un mécanisme juridictionnel institué par un accord international, à condition que cette juridiction se limite à interpréter et à appliquer cet accord et ne mette pas en cause l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », voir S. MARCUS-HELMONS, « L'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 340.

⁴³⁷ Voir notamment S. MATHIEU, « L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *RMCUE*, 1998, spéc. p. 34, l'auteur se demande « *Mais adhérer à la CEDH, reviendrait-il à octroyer à la Cour de Strasbourg le pouvoir d'interpréter le droit communautaire ? Cela, nous ne le croyons pas* ».

⁴³⁸ CJUE, Ass. plén., 8 mars 2011, *Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, Avis 1/09, *Rec.* p. I-01137.

⁴³⁹ *Ibidem*, spéc. point 74.

notamment en incluant davantage de liens entre la juridiction de l'Union et la juridiction unifiée des brevets⁴⁴⁰. Le traité instituant une juridiction unifiée des brevets a été adopté à la suite de ces modifications, mais les institutions de l'Union n'ont pas estimé nécessaire de saisir à nouveau la Cour de justice sur le projet.

Dans l'avis 2/94, la Cour de justice rappelle son rôle dans la protection des droits fondamentaux grâce aux principes généraux du droit de l'Union⁴⁴¹. Dans l'avis 2/13, la Cour de justice oppose son rôle de gardienne des droits fondamentaux avec l'appui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La juridiction de l'Union estime ainsi que l'article 53 de la Convention EDH, qui est une application du principe de subsidiarité, doit jouer en sa faveur⁴⁴². En effet, cet article énonce qu' « aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ». La Cour de justice indique qu'il faudrait organiser précisément la coordination entre cet article de la Convention et son pendant, l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux qui propose la même idée. Si le niveau de protection national, qui prend notamment en compte l'application de la Convention EDH, est plus élevé, il doit être appliqué. La Convention EDH ne doit pas remplacer la protection nationale d'un niveau déjà élevé mais seulement pallier certaines carences. Dans cette logique, si l'Union garantit un niveau plus élevé de protection, ce qui reste à prouver puisque la Charte est un texte certes complet mais figé et dont les dispositions doivent de toute façon être lues en correspondance avec celles de la Convention EDH, la Cour EDH ne statuerait pas. Il semble néanmoins que l'article 53 de la Convention EDH ait rarement été appliqué directement devant la Cour EDH, puisqu'il s'agit justement d'agir de façon subsidiaire⁴⁴³. En revanche, la Cour de justice ne donne pas la même interprétation de l'article 53 de la Charte puisque dans un arrêt *Melloni* de 2013⁴⁴⁴,

⁴⁴⁰ Voir par exemple l'article 38 de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet du 11 janvier 2013, disponible sur <www.epo.org>.

⁴⁴¹ CJCE, 28 mars 1996, *Avis sur l'adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, préc., point 33.

⁴⁴² CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, préc., point 189.

⁴⁴³ Voir par exemple Cour EDH, 12 juillet 2005, *Okuy e. a. c/ Turquie*, req. n° 36220/97.

⁴⁴⁴ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio fiscal*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, points 59 et 60. Voir à ce sujet : D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 267 : « En permettant à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne

la Cour de justice estime que cet article doit être considéré en rapport avec le principe de primauté du droit de l'Union. Autrement dit, avec l'interprétation donnée dans *Melloni*, la Cour de justice indique que les États ne peuvent pas écarter une norme de l'Union au profit de leur système national s'ils estiment que le niveau de protection des droits fondamentaux accordé par l'Union est trop faible, en raison du principe de primauté. Ces deux articles 53 n'ont donc pas la même portée dans la Convention EDH et dans la Charte, la Convention privilégiant la subsidiarité, la Charte telle qu'interprétée par la Cour de justice, donnant priorité à la primauté. Ainsi, ce rôle de protection des droits fondamentaux revendiqué par la Cour de justice n'a pas la même portée que dans le cas de la Cour EDH.

L'avis 2/94 et 2/13 se rejoignent également sur l'importance de l'adhésion car celle-ci entraînerait une « *modification du régime de la protection des droits de l'homme dans la Communauté, dont les implications institutionnelles seraient également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres, revêtirait une envergure constitutionnelle* »⁴⁴⁵. Cet aspect constitutionnel a régulièrement été souligné, en raison du débat qui encadre la nature juridico-politique de l'Union. La Cour de justice l'évoque à nouveau dans l'avis 2/13, alors que le terme connaît peu d'occurrences dans la jurisprudence de l'Union depuis 1996, en évoquant notamment le « *cadre constitutionnel* »⁴⁴⁶ de l'Union. Les droits fondamentaux revêtent en général une importance particulière au sein des normes constitutionnelles d'un État et un rôle majeur dans les idées qu'un État défend. Cette place primordiale de la « *constitution sociale* »⁴⁴⁷ explique également la réticence des États membres de l'Union à attribuer à l'organisation trop de pouvoirs dans ce domaine. Néanmoins, l'adhésion a été autorisée par l'ensemble des États membres avec la révision des traités⁴⁴⁸, et ceux-ci ont activement participé à la détermination des modalités d'adhésion⁴⁴⁹.

respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État, il porterait, en effet, atteinte au principe de primauté du droit de l'Union, dont la Cour rappelle avec une fermeté dont elle n'était plus coutumière l'importance et la portée » ; ainsi que J. P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », publié le 26 décembre 2014 sur le site <www.free-group.eu>.

⁴⁴⁵ CJCE, 28 mars 1996, *Avis sur l'adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, *op. cit.*, point 35.

⁴⁴⁶ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, *op. cit.*, point 177.

⁴⁴⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 338.

⁴⁴⁸ H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », *op. cit.*, qui soulève que la position des États membres est rarement mise en relief dans l'avis 2/13.

⁴⁴⁹ À l'image de la France : Voir G. DE BERGUES, D. COLAS et N. ROUAM, « La France dans le cadre des

Certains points restent similaires d'un avis à l'autre, malgré les modifications des traités et l'objet différents de ces avis. Dans un cas, c'est l'adhésion qui est en cause, dans l'autre, ce sont les modalités d'adhésion qui sont étudiées. Dans chacun des avis, la problématique de la compétence-habilitation de l'Union ressort⁴⁵⁰, en 1996 pour adhérer et en 2014 en raison du mécanisme de codéfense et de son impact sur la répartition des compétences. En effet, les modalités d'adhésion prévoient la possibilité de mettre côté à côté l'Union et les États membres pour défendre une affaire. Cependant, c'est à la Cour EDH que revient la décision d'autoriser une codéfense ou de maintenir une défense unique, selon l'article 3 § 5 du projet d'accord. La Cour de justice considère dans l'avis 2/13 que ce pouvoir de la Cour EDH lui permet d'interpréter et d'intervenir dans la répartition des compétences, prévue dans les traités⁴⁵¹. Cette position est défendable, mais l'article 3 § 5 du projet d'accord précise que « *la Cour consulte toutes les parties à la procédure* », ce qui permettrait à l'Union ou aux États membres de rappeler à la Cour EDH le fonctionnement de la répartition des compétences au sein de l'Union.

Le protectionnisme de la Cour de justice, qui s'exprime par sa volonté de défendre son ordre juridique⁴⁵², est clairement un point commun entre les deux avis, qui amène d'ailleurs la Cour à estimer en 2014 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* »⁴⁵³. La différence principale entre les deux avis, porte sur les détails encadrant l'adhésion qui n'existaient pas en 1996.

négociations d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 339.

⁴⁵⁰ La question se pose déjà après l'avis 2/94, notamment sur la détermination de la personne responsable en cas de violation, voir S. MATHIEU, « L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *RMCUE*, 1998, spéc. p. 34.

⁴⁵¹ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, *op. cit.*, points 224 à 235.

⁴⁵² R. TINIERE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la globalisation des sources de protection des droits fondamentaux », *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 786.

⁴⁵³ *Ibid.*, point 158.

2. Une politique jurisprudentielle évolutive : les divergences entre les avis

En 18 années, la question de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne a évolué. D'une part, les États membres ont souhaité une adhésion en prévoyant une base juridique spécifique pour cette question, l'article 6 § 2 TUE, d'autre part, les juridictions européennes se sont fréquemment rencontrées afin d'établir un dialogue, ou, pour le dire de façon métaphorique, une « passerelle » entre les deux organisations européennes.

La principale évolution est qu'au moment où l'avis est rendu, le traité prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention EDH par le biais d'une disposition spécifique insérée dans le traité de Lisbonne. L'avis 2/94 se concentre sur la possibilité d'utiliser l'article 235 TCE⁴⁵⁴, qui offrait une possibilité d'action de l'Union, quand celle-ci apparaissait « nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet ». La Cour de justice a conclu que la « dimension constitutionnelle »⁴⁵⁵ d'une telle adhésion, en raison de l'insertion d'un contrôle externe, ne permettait pas d'utiliser cette clause de flexibilité. En revanche, il semble que les droits fondamentaux puissent être garantis par le biais de cet article, comme en témoigne l'adoption de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union sur cette base juridique, ainsi que l'accord de coopération entre l'Union et le Conseil de l'Europe sur la création de cette Agence⁴⁵⁶. La création d'une base spécifique au sein de l'article 6 § 2 TUE constitue un fondement solide, qui ne peut pas être remis en question.

Un autre changement de circonstances à relever entre les avis 2/94 et 2/13 concerne la multiplication des rencontres informelles entre les juges des deux juridictions, aboutissant

⁴⁵⁴ Devenu l'article 308 TCE avec le traité d'Amsterdam et 352 TFUE avec le traité de Lisbonne. Voir notamment V. CONSTANTINESCO, Note sous CJCE, 28 mars 1996, Avis 2/94, *JDI*, 1997, p. 516.

⁴⁵⁵ Pour une critique de l'utilisation du terme constitutionnel voir O. DE SCHUTTER et Y. LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés », *CDE*, 1996, spéc. p. 572. De plus, les auteurs relèvent un certain paradoxe : « ne serait-ce pas précisément parce qu'elle présente une ampleur qualifiée de « constitutionnelle » que l'adhésion envisagée apparaît « nécessaire » au sens de l'article 235 ? ».

⁴⁵⁶ Règlement n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* n° L 53 du 22 février 2007, p. 1. et Accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe concernant la coopération entre l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, *JOCE* n° L 186 du 15 juillet 2008.

à une communication commune des présidents des deux cours datant du 24 janvier 2011⁴⁵⁷. Cette communication se concentrait d'ailleurs sur l'implication préalable de la Cour de justice, afin de s'assurer que celle-ci puisse statuer dans tous les cas de figure, pour un acte de l'Union avec ou sans mesure nationale d'exécution. Les présidents avaient en quelque sorte préparé le terrain afin de signaler aux négociateurs ce qu'il importait de prendre en compte. Pourtant l'implication préalable n'est que vaguement envisagée dans le projet d'accord d'adhésion, il s'agit d'une règle interne à l'Union, c'est-à-dire qu'il faut *a minima* modifier le statut de la Cour de justice afin de prendre en compte cette nouvelle possibilité de saisine de la Cour de justice. De nouveau, même si l'avis 2/13 exclut les règles internes de son champ d'action dans le cadre d'une demande d'avis, l'absence de précisions quant aux règles de l'implication préalable semble être un obstacle concret à la réalisation de l'adhésion. Ainsi, la position des deux présidents n'a pas influencé la Cour dans son avis 2/13, ce qui est évidemment regrettable. En revanche, les aspects envisagés par cette communication se retrouvent dans les commentaires sur les dispositions du projet d'accord d'adhésion, sous l'article 3 relatif au mécanisme du codéfendeur.

La Cour de justice a un raisonnement assez exégétique sur le projet d'accord qui lui est présenté. Sur la question de l'implication préalable, elle estime notamment que les termes compris dans les commentaires du projet, au paragraphe 66, ne portent pas sur toutes les situations possibles pour une implication préalable. L'article 3 § 6 ne précise rien, hormis la nécessité pour la Cour d'être consultée « *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* ». Les commentaires du projet sur l'article 3 apportent des précisions sur la dimension de cet examen de la compatibilité d'une disposition. Cela « *signifie statuer sur la validité d'une disposition juridique figurant dans des actes des institutions, organes, organismes ou agences de l'Union européenne, ou bien sur l'interprétation d'une disposition du TUE, du TFUE ou de toute autre disposition ayant la même valeur juridique conformément à ces instruments* ». La Cour de justice, dans l'avis 2/13, estime que ce paragraphe est restrictif, car il « *exclut la possibilité de saisir la Cour afin que celle-ci se prononce sur une question d'interprétation du droit dérivé au moyen de*

⁴⁵⁷ Il s'agissait alors de Jean-Paul Costa (Cour EDH) et de Vassilios Skouris (Cour de justice).

la procédure de l'implication préalable »⁴⁵⁸. La Cour de justice vise ainsi des commentaires qui n'ont *a priori* pas la valeur juridique des dispositions de l'accord, et ne contraindraient pas l'Union européenne qui pourrait interpréter différemment l'article 3 § 6, lequel reste très vague sur ce terrain. Ensuite, même si les commentaires venaient à jouer un rôle primordial dans l'interprétation du projet d'accord d'adhésion, la distinction qui est faite semble surtout tendre à éviter de cibler une saisine en appréciation de validité du droit primaire (déjà impossible pour le renvoi préjudiciel) plutôt que d'empêcher l'interprétation du droit dérivé par la Cour de justice dans l'implication préalable. Tout l'esprit de cette voie de droit est de permettre à la Cour de justice de donner sa position sur la norme de l'Union vis-à-vis des droits fondamentaux devant la Cour EDH, conformément au principe de subsidiarité affirmé par la Cour EDH et dans le protocole n° 15.

Enfin, une différence importante réside dans l'utilisation de la confiance mutuelle dans l'avis 2/13. Pour la Cour de justice, cela implique que les États membres se fassent confiance notamment en matière de protection des droits fondamentaux. Ils sont supposés estimer que chacun des États membres respecte les droits fondamentaux⁴⁵⁹. Cette approche paraît contredire l'arrêt *N.S.* de 2011 de la Cour de justice⁴⁶⁰, qui, tout en reconnaissant l'importance de la confiance mutuelle dans le système européen commun d'asile, précise qu'elle est limitée par des défaillances systémiques, en l'espèce en matière de transfert des demandeurs d'asile. Déterminer s'il y a des défaillances systémiques dans un État revient bien à contrôler le respect des droits fondamentaux par celui-ci, ce qui est contraire à l'idée de confiance.

En bref, l'attitude de la Cour de justice dans cet avis 2/13 est étonnante et paraît très protectionniste, même si la procédure d'avis se prête à une approche de protection de l'ordre juridique de l'Union. La Cour de justice a rendu une vingtaine d'avis qui portaient principalement sur la question de la compétence de l'Union, dans le sens de l'habilitation, pour devenir partie à un accord international, notamment s'il s'agissait d'une compétence

⁴⁵⁸ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, *op. cit.*, point 242.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, point 192.

⁴⁶⁰ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N.S. c/ Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a. c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905.

exclusive ou partagée en cas d'accords mixtes⁴⁶¹. L'avis 1/09⁴⁶² s'intéressait à la possibilité d'un contrôle externe à la Cour de justice dans le cadre de l'OMC et enfin l'avis 1/14⁴⁶³, second avis portant sur une convention du Conseil de l'Europe, devait s'intéresser aux dispositions de fond confrontées aux libertés de circulations du traité avant d'être radié. La procédure d'avis a bien pour but de protéger l'ordre juridique de l'Union, d'éviter qu'une norme internationale ne viennent perturber cet ordre.

Quoiqu'il en soit, l'avis 2/13 implique que l'adhésion ne peut se faire sans modification du projet d'accord, dont les directions exactes à envisager ne sont pas pointées par la Cour de justice. Les modifications risquent d'être complexes car le projet d'accord est d'ores et déjà l'aboutissement de trois années de négociations et aucun projet d'accord ne pourra anticiper toutes les potentielles difficultés d'une adhésion à la Convention EDH et à son système de contrôle. Il faudrait éventuellement prévoir un texte moins précis, laissant plus de marge à l'interprétation ainsi qu'à des modifications futures en fonction des obstacles concrets rencontrés. À défaut, l'adhésion ne pourra jamais se réaliser car il paraît impossible de formuler tous les cas de figure pouvant se présenter.

⁴⁶¹ Par exemple : CJUE, Gde chbr., 14 octobre 2014, *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, Avis 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303, la Cour retient une compétence exclusive très large de l'Union, voir notamment R. MEHDI et C. NOURRISAT « L'avis 1/13, ou comment la Cour de justice confirme une conception traditionnellement extensive de sa compétence et privilégie l'efficacité des règlements de l'Union sur l'unité des conventions internationales », publié le 7 décembre 2014 sur le site <www.gdr-elsj.eu> ; CJCE, Ass. plén., 7 février 2006, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Avis 1/03, *Rec.* p. I-1145 ; ou encore CJCE, 19 mars 1993, *Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, Avis 2/91, *Rec.* p. I-1061.

⁴⁶² CJUE, Ass. plén., 8 mars 2011, Avis 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.

⁴⁶³ CJUE, Ord., 1^{er} septembre 2015, Avis 1/14, ECLI:EU:C:2015:607, Malte a retiré sa demande d'avis et l'affaire a été radiée.

Conclusion de Chapitre

Envisager séparément le Conseil de l'Europe, comprenant la Convention EDH, d'un côté et l'Union européenne de l'autre, peut entraîner la constatation d'une « *compétence concurrente de deux ordres juridiques distincts pour assurer le respect des droits de l'Homme en Europe* »⁴⁶⁴. Cette concurrence gagnerait à être évitée⁴⁶⁵, bien que certains auteurs défendent la pluralité comme assurant une meilleure effectivité des droits fondamentaux⁴⁶⁶. C'est pour éviter cette concurrence que l'analyse sous l'angle du système est intéressante, les deux ordres juridiques interagissent entre eux, ils se connectent, ce qui permet l'émergence d'un système. Même si « *chacun de ces mécanismes de protection poursuit des objectifs qui lui sont spécifiques et que ces mécanismes sont construits à partir d'instruments juridiques qui leur sont propres* »⁴⁶⁷, il peut arriver que les mécanismes « *s'appliquent néanmoins aux mêmes circonstances de fait* »⁴⁶⁸.

C'est dans le cadre de ces « mêmes circonstances de fait » que l'absence initiale des droits fondamentaux du côté de l'Union européenne et l'absence de prise en compte des organisations internationales du côté du Conseil de l'Europe a posé des difficultés. Difficultés en partie résolues par la reconnaissance d'une présomption de protection équivalente qui semble s'inscrire durablement dans le système européen de protection des droits fondamentaux. À l'inverse, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH ne paraît pas pouvoir aboutir. Celle-ci n'est cependant pas essentielle au système européen de protection des droits fondamentaux qui fonctionne en raison de circonstances de fait, que les juges n'ignorent pas, les incitant à rechercher une convergence dans leurs jurisprudences.

⁴⁶⁴ J.-Y. CARLIER, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *Revue québécoise de droit international*, vol. 13.1, 2000, spéc. p. 38.

⁴⁶⁵ Voir A. G. TOTH, « The European Union and Human Rights : the Way Forward », *CMLR*, 1997, n° 34, p. 491.

⁴⁶⁶ J.-Y. CARLIER, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *op. cit.*, spéc. p. 38.

⁴⁶⁷ Conclusions de l'avocat général Poiares MADURO du 9 septembre 2008 sur l'affaire *Elgajajali*, aff. C-465/07, ECLI:EU:C:2008:479.

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

Chapitre 2. La convergence jurisprudentielle dans la protection des droits fondamentaux

« C'est après la Seconde guerre mondiale que l'on voit se renouveler le thème des droits de l'homme, par une série de proclamations qui entonnent le grand air du plus jamais ça ! [...] Mais à la vérité, aucun des pays participant à l'élaboration et à la proclamation de ces Droits ne s'estime réellement concerné : aucun d'entre eux ne peut imaginer qu'un jour, cette liste de bonnes intentions pourra se retourner contre lui autrement qu'à la façon d'un lancinant remords »⁴⁶⁹. Plus que les autres organes issus des conventions du Conseil de l'Europe, la Cour EDH a participé à rendre effective la protection des droits fondamentaux tels qu'énoncés par la Convention EDH. Du côté de l'Union européenne, la Cour de justice a également dépassé les attentes initiales : « phénomène volontariste, l'intégration européenne a été conçue dans l'espoir de rompre avec le cours d'une histoire par trop sanglante [...] Voilà pourquoi le droit y tient une place aussi importante [...] Étant donné ce contexte, faut-il s'étonner que la Cour de justice des Communautés européennes y ait joué un rôle aussi considérable ? »⁴⁷⁰. Dans les deux organisations européennes, les juges ont agi volontairement pour construire leur ordre juridique et occupent une place prépondérante dans le système.

Un juge a traditionnellement pour rôle de trancher un litige, ce qu'il peut faire à l'aide de règles de droit à appliquer. « Dans la plupart des pays d'Europe occidentale, la conception prévalante de l'office du juge est imprégnée de l'esprit de la séparation des pouvoirs [...] le juge ne serait guère plus que l'« être inanimé » décrit par Montesquieu, un être dont la bouche ne doit prononcer que les paroles de la Loi »⁴⁷¹. Ce qui n'est pas exactement le cas des juges européens qui ne sont pas – ou indirectement – confrontés à une situation de fait qu'il faut régler. Les questions qu'ils doivent trancher concernent la superposition, ou l'insertion, de leurs ordres juridiques dans ceux nationaux. En raison de leur conception commune du rôle du juge dans la protection des droits fondamentaux, ils partagent les mêmes techniques prétoriennes permettant de soutenir une convergence dans la protection

⁴⁶⁹ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris, 2013, p. 55.

⁴⁷⁰ R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Monchrestien, Paris, 2e éd., 1997, p. 7.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 66.

des droits fondamentaux (Section 1). Cela les rend plus légitimes pour adopter une ligne jurisprudentielle, que l'on pourrait qualifier de politique jurisprudentielle, en matière de protection des droits fondamentaux (Section 2).

Section 1. Les techniques prétoriennes permettant de soutenir une convergence

Le juge de l'Union européenne et le juge de la Convention EDH ont en commun de nombreux facteurs dont le respect des mêmes traditions juridiques pour définir la fonction de juge. Ainsi, aucune des deux juridictions n'endosse le rôle de juge de *common law* qui rend des décisions contraignantes pour les juridictions inférieures, en raison de la règle du précédent, le *stare decisis*⁴⁷². Pour ces juges, les revirements de jurisprudence, dit *overruling* en *common law*, sont difficiles. La Cour EDH a clairement dit ne pas être liée par ses précédents, tout en respectant ses propres enseignements au nom du principe de sécurité juridique⁴⁷³. La Cour de justice ne reprend pas non plus le modèle anglo-saxon mais se nourrit des différents systèmes présents dans les États membres de l'Union européenne⁴⁷⁴. Certains instruments sont utilisés par les deux juridictions, comme le recours aux notions autonomes⁴⁷⁵ ou l'existence d'une motivation détaillée. Ainsi, elles ne reprennent pas non plus à la lettre le modèle opposé à celui de *common law* qualifié de droit romano-civiliste. Enfin, les deux juridictions sont « appelées à déterminer l'interprétation officielle des traités »⁴⁷⁶ et « n'entendent pas considérer ces derniers comme des conventions

⁴⁷² H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Insertia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011, spéc. p. 9 : « Even though neither of the two courts is formally bound to obey precedent, precedent does play an important role ».

⁴⁷³ Cour EDH, Ass. plén., 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, spéc. point 35 : « Comme le relève cette dernière, la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures; l'article 51 par. 1 de son règlement le confirme d'ailleurs. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles ». Voir également É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 74, 2008, p. 383.

⁴⁷⁴ L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, n° 4, 2009, p. 643.

⁴⁷⁵ Voir D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 108-109 et F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 93.

⁴⁷⁶ F. PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, spéc. p. 315.

internationales classiques »⁴⁷⁷. La Cour EDH a ainsi qualifié la Convention EDH d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen⁴⁷⁸ et la Cour de justice énonce l'existence d'un cadre constitutionnel⁴⁷⁹.

Toutefois, des différences existent également entre ces deux juridictions européennes dont la première tient au rôle, à l'office de chacun des juges. D'une certaine façon, chacun de ces juges était initialement cloisonné dans son domaine de compétence par les traités⁴⁸⁰, cloisonnement qui « *a été cependant de courte durée* »⁴⁸¹. Ainsi, la Cour de justice avait pour tâche initiale l'appréciation d'un contentieux économique tandis que la Cour EDH était limitée à l'interprétation d'un texte ne contenant qu'une dizaine de droits à protéger mais les deux encadrements sont en réalité assez souples (§1), permettant aux juridictions européennes de s'émanciper grâce aux droits fondamentaux (§2).

§1. L'encadrement souple des juges européens

Les juges, qu'ils soient nationaux ou européens, agissent dans un cadre précis, celui de leur office, entendu comme la fonction de juger⁴⁸². L'office « *semble donc revêtir un double aspect : d'une part, il renvoie à la notion de devoir : remplir son office signifie jouer pleinement son rôle, ce qui ne peut se faire qu'en assumant les devoirs inhérents à ce rôle. D'autre part, afin de s'acquitter de son office, de remplir la charge qui a été confiée, il est nécessaire de disposer de certains pouvoirs* »⁴⁸³. Le juge exerce alors des pouvoirs dans l'objectif de remplir ses devoirs et parmi les paramètres qu'il doit prendre en compte il y a celui d'assurer le respect des principes fondamentaux – ou principes directeurs – de son ordre juridique. Les droits fondamentaux sont des paramètres de l'ordre juridique car ils peuvent « *tout à fait être considérés comme faisant partie des principes directeurs que le juge doit respecter dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle* »⁴⁸⁴. L'office de chaque juge

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

⁴⁷⁸ Cour EDH, Gde chbr., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89.

⁴⁷⁹ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 158.

⁴⁸⁰ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 11.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, Paris, 2012, p. 8 et C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, Paris, 2014, p. 6.

⁴⁸³ R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 4-5.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 15-16.

européen n'est pas le même, ce qui aurait pu conduire à un cloisonnement entre les juridictions. Si les deux offices sont nécessairement encadrés par le traité qui les a créés, la Cour EDH paraît avoir moins de matière pour agir alors que le juge de l'Union semble plus limité par la direction initialement économique de l'Union européenne. Cependant, les deux juridictions partagent les mêmes techniques d'interprétation, entendue comme une « opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose (*sens actif*). Elle désigne également parfois le résultat de cette opération, c'est-à-dire la signification précise donnée à une norme (*sens passif*) »⁴⁸⁵. Ce partage des techniques d'interprétation est le premier indice d'une volonté jurisprudentielle d'harmonisation des droits. Il s'agit en premier lieu de la possibilité d'adopter une interprétation téléologique qui permet aux deux juridictions d'évoluer avec en plus l'existence d'opinions séparées pour la Cour EDH (A) et de conclusions par des avocats généraux au sein de la juridiction de l'Union (B).

A. L'évolution de la Cour EDH : l'interprétation téléologique et les opinions séparées des juges

La Cour EDH est instituée par la Convention EDH, traité assez bref de 59 articles. Les droits substantiels que doivent défendre ces juges sont encore moins nombreux car ils sont contenus dans les articles 2 à 14 de la Convention EDH, auxquels s'ajoutent les protocoles additionnels, qui démontrent par ailleurs la volonté de ne pas modifier le texte initial. Il y a à la fois une stabilité du texte mais également une potentielle limitation du rôle du juge sur la garantie des droits énoncés. Les méthodes d'interprétation qu'il mobilise lui permettent de faire évoluer le texte (1), méthodes accompagnées de la possibilité d'opinions séparées, éclairant les choix opérés par la Cour EDH (2).

1. Le dépassement du cadre textuel grâce à la mobilisation de méthodes d'interprétation

La Cour EDH semble encadrée dans son rôle, qui est de faire appliquer les droits énoncés par la Convention EDH et ses protocoles, même si l'article 32 de la Convention EDH comprend l'interprétation de ces textes. De plus, le système de la Convention EDH

⁴⁸⁵ É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, n° 74, p. 383.

connaît une particularité, par rapport à un ordre juridique national et par rapport à l'Union européenne. Aucun législateur ne peut intervenir pour corriger ou contrer une jurisprudence⁴⁸⁶. En revanche, contrairement au juge national, la Cour EDH doit concilier « *l'objectif de protection des droits et l'impératif de coopération des États, qui se répercute sur le choix de la méthode d'interprétation* »⁴⁸⁷. Au mieux, les États parties peuvent interférer avec le fonctionnement institutionnel de la Cour EDH en adoptant des protocoles d'amendements⁴⁸⁸ ou sur le fond en ajoutant des droits à protéger⁴⁸⁹. Mais la Cour a rapidement estimé qu'elle pouvait faire évoluer ces droits en privilégiant « *principalement, mais non exclusivement, une interprétation constructive du texte de la Convention, souvent qualifiée de « téléologique » parce que centrée sur la recherche de l'objet et la réalisation des buts de la Convention* »⁴⁹⁰. La nature même de la Convention EDH permet de privilégier cette méthode téléologique puisque le fondement du texte est de faire progresser la protection des droits fondamentaux en Europe⁴⁹¹. Le Préambule de la Convention EDH évoque le « développement » des droits de l'homme, ainsi « *il autorise un degré d'innovation et de créativité qui enrichit la portée des garanties de la Convention notamment lorsqu'il s'agit de protéger la substance des droits et libertés* »⁴⁹². La méthode téléologique peut être rapprochée de celle évolutive⁴⁹³, qui consiste à interpréter les termes de la Convention EDH, en prenant en compte le comportement des « *sociétés démocratiques d'aujourd'hui et non dans le sens que ces concepts avaient* »⁴⁹⁴ lors de la rédaction de la Convention EDH. Les

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 390. Même s'il faut souligner que l'abrogation de l'article 16 de la Convention EDH a déjà été discutée par les organes du Conseil de l'Europe, voir point 121 de l'arrêt Cour EDH, Gde chbr., 15 octobre 2015, *Perinçek c/ Suisse*, req. n° 27510/08.

⁴⁸⁷ É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 413.

⁴⁸⁸ Le protocole n° 16 est le dernier amendement, il concerne l'instauration d'une nouvelle procédure d'avis des plus hautes juridictions nationales envers la Cour EDH. Protocole n° 16 du 2 octobre 2013, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, STCE n° 214.

⁴⁸⁹ Le protocole n° 13 est le dernier ajoutant des droits à protéger, il concerne l'interdiction de la peine de mort en temps de guerre. Protocole n° 13 du 3 mai 2002, STE n° 187.

⁴⁹⁰ É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 383, voir également L. BURGORGUE-LARSEN, « Des droits invoqués aux droits protégés. « Morceaux choisis » des ombres et lumières du système européen de garantie », *LPA*, 14 février 2011, n° 31.

⁴⁹¹ H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intertia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011.

⁴⁹² F. TULKENS, « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive ? », *Dialogues des juges*, 2011, <http://www.echr.coe.int>.

⁴⁹³ Voir F. PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 329.

⁴⁹⁴ F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de*

deux méthodes se confondent puisque l'objectif est identique, prendre en compte le contexte de la Convention EDH et celui des États parties, « *la Cour fait le choix d'une « option finaliste et `progressiste'` ». C'est dire que l'interprétation finaliste est aussi une interprétation évolutive* »⁴⁹⁵. La Cour privilégie ainsi l'approche téléologique, par le but et l'objet du texte. Elle indique « *tenir compte du fait que le contexte de la disposition réside dans un traité pour la protection effective des droits individuels de l'homme, et que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions* »⁴⁹⁶. Ce lien entre l'interprétation donnée par la Cour EDH et le texte même de la Convention EDH a été critiqué parce qu'il semble conditionner la survie de la Convention EDH à la lecture qui est faite par la Cour EDH, « *seule l'interprétation de la Convention par la Cour la maintient en vie* »⁴⁹⁷. C'est à la fois une constatation et une exagération. Ce que le texte serait sans la Cour EDH est difficile à envisager aujourd'hui mais il est clair que la juridiction des droits de l'homme contribue à le maintenir en vie, en le mettant à jour des difficultés modernes relatives aux droits fondamentaux.

L'interprétation téléologique n'est pas la seule méthode possible, les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁹⁸, auxquels la Cour EDH fait régulièrement référence⁴⁹⁹, indiquent quelles techniques peuvent être utilisées. Il s'agit de l'interprétation de bonne foi ; de la prise en compte d'autres textes internationaux ; de la prise en compte de l'objet et du but du traité ; de l'utilisation des travaux préparatoires et de versions linguistiques différentes⁵⁰⁰. Parfois, la Cour mobilise toutes les techniques

l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998, spéc. p. 22.

⁴⁹⁵ F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », colloque *L'office du juge*, 29 et 30 septembre 2006, disponible sur le site www.senat.fr.

⁴⁹⁶ Cour EDH, Gde chbr., *Saadi c/ Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n° 13229/03, point 62.

⁴⁹⁷ J. VAILHÉ, « L'apport des opinions individuelles des juges dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne », *RSC*, 1998, n° 1, p. 83.

⁴⁹⁸ P. WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international (SFDI)*, Pedone, Paris, 1998, p. 157.

⁴⁹⁹ Voir par exemple : Cour EDH, Gde chbr., 4 février 2005, *Mamatkulov c/ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, point 111 ; Cour EDH, Gde chbr., 28 janvier 2008, *Saadi c/ Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, point 62 ; Cour EDH, Gde chbr., 16 septembre 2014, *Hassan c/ Royaume-Uni*, req. n° 29750/09, point 100 ou encore Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Chriagov c/ Arménie*, req. n° 13216/05, point 102. La Cour de justice cite également les articles 31 à 33 de la Convention mais plus rarement, voir par exemple : CJUE, 17 février 2016, *Air Baltic Corporation*, aff. C-429/14, ECLI:EU:C:2016:88, point 24 ; CJUE, 11 mars 2015, *Oberto et Europäische Schule München*, aff. jtes C-464/13 et C-465/13, ECLI:EU:C:2015:163, point 31 ou encore Trib. UE, 10 décembre 2015, *Front Polisario*, aff. T-512/12, ECLI:EU:T:2015:953, point 98.

⁵⁰⁰ L'arrêt de la Grande chambre de la Cour EDH, *Mamatkulov* du 4 février 2005 (req. n° 46827/99 et 46951/99)

disponibles pour mieux asseoir une décision⁵⁰¹, notamment en procédant à une comparaison de l'état du droit dans les États membres du Conseil de l'Europe⁵⁰². La Cour fait aussi appel à d'autres textes internationaux pour faire évoluer les droits protégés par la Convention EDH⁵⁰³. À ce titre, la Charte des droits fondamentaux, qui est un texte plus complet et plus moderne que la Convention EDH, a pu servir de base pour nourrir une réflexion dans la jurisprudence, y compris avant la reconnaissance de sa valeur contraignante, dès l'entrée en vigueur du traité de Nice⁵⁰⁴. La Charte a été utilisée comme fondement pour des décisions importantes⁵⁰⁵, sans pour autant être réellement intégrée à l'ordre juridique de la Convention EDH, contrairement à la Convention EDH intégrée comme source d'inspiration privilégiée par le biais des principes généraux du droit dans l'Union européenne.

Pour certains juges de la Cour EDH, ce type d'interprétation pose des « *problèmes majeurs résultant du caractère dynamique du droit international* »⁵⁰⁶. Même si le droit international se développe de façon accélérée ces dernières années, il semble néanmoins qu'il soit encore possible d'anticiper l'évolution de ce droit, ce qui permet aux juges de la Cour EDH de suivre ce mouvement tout en exprimant leurs opinions séparées sur des arrêts de la juridiction et de signifier leurs avis sur la mobilisation de certains droits. Ces opinions séparées éclairent la politique jurisprudentielle qui est menée par la Cour EDH.

offre une bonne illustration de l'utilisation de ces différentes méthodes.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Stummer c/ Autriche*, req. n° 37452/02, point 60.

⁵⁰³ Voir F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, spéc. p. 30.

⁵⁰⁴ Voir L. BURGORGUE-LARSEN, « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, C. PICHERAL et L. COUTRON (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 145-173.

⁵⁰⁵ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin*, req. n° 28957/95 ; Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2003, *Hatton c/ Royaume-Uni*, req. n° 36022/97 ou encore Cour EDH, Gde chbr., 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie*, req. n° 10249/03.

⁵⁰⁶ Opinion concordante commune aux juges Šikuta, Wojtyczek et Vehabović dans l'affaire Cour EDH, Gde chbr., 27 mai 2014, *Marguš c/ Croatie*, req. n° 4455/10.

2. La libération du cadre textuel par la mobilisation d'opinions séparées

La Cour EDH a une autre particularité, relevant plutôt d'une tradition de *common law*⁵⁰⁷, voire spécifiquement nord-américaine⁵⁰⁸, qui est de permettre l'expression d'opinions séparées des juges, qu'ils soient favorables à la décision mais visent un fondement différent – les opinions concordantes – ou opposés à la décision majoritaire, les opinions dissidentes, voire partiellement dissidentes. L'opinion séparée peut être définie comme « *l'exposé officiel et par écrit de l'avis personnel d'un juge à l'égard d'une décision au délibéré de laquelle il a participé* »⁵⁰⁹. L'existence de ces opinions permet de mettre en lumière le raisonnement juridique choisi par la majorité⁵¹⁰, tout en soulignant la conception de la fonction de juge dans la Convention EDH. Admettre les opinions séparées, c'est admettre « *ouvertement que le droit suscite une réflexion, une confrontation des idées dans l'enceinte juridictionnelle elle-même mais aussi en dehors. En acceptant que chaque membre puisse développer sa conception du droit [...] c'est permettre aux commentateurs d'avoir non seulement une vision plus transparente de l'évolution de la jurisprudence, mais encore de nous rappeler que la justice est rendue par des hommes aux parcours et aux conceptions juridiques différents* »⁵¹¹. L'office de la Cour EDH est de protéger les droits de l'homme et il semble logique que la juridiction laisse la place à l'expression des juges, qui ne sont que des hommes, lorsque ceux-ci le souhaitent. La technique des opinions séparées n'est pas une obligation, c'est une faculté laissée aux juges lorsqu'ils veulent se distancier de la majorité⁵¹².

À l'image des conclusions rendues par les avocats généraux de la Cour de justice, la lecture d'une opinion séparée permet d'éclairer l'arrêt rendu. Cependant, la différence

⁵⁰⁷ G. LETSAS, « Judge Rozakis's separate opinions and the Strasbourg dilemma », *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 305.

⁵⁰⁸ Voir par exemple C. L'HEUREUX-DUBÉ, « La pratique des opinions dissidentes au Canada. L'opinion dissidente : voix de l'avenir ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2000, n° 8 ou Y. LÉCUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 197.

⁵⁰⁹ F. RIVIÈRE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 5.

⁵¹⁰ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF, Paris, 1989, spéc. pp. 408-409.

⁵¹¹ J. VAILHÉ, « L'apport des opinions individuelles des juges dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne », *RSC*, 1998, n° 1, p. 83.

⁵¹² Certains juges sont particulièrement actifs et prolifiques, comme par exemple le juge portugais Paulo Pinto de Albuquerque.

majeure est que l'avocat général propose un avis de droit avant le jugement alors que les opinions séparées font état d'un sentiment des juges sur un arrêt. Cette pratique des opinions séparées n'est pas acceptée par tous, par exemple en France, elle est opposée au principe du secret des délibérations⁵¹³. Ainsi, deux idéologies s'affrontent : « *certaines peuvent préférer maintenir un voile pudique sur le processus de fabrication des décisions au motif que dévoiler tous les mystères désenchanterait le public ; d'autres, préférer rendre au public la confrontation des opinions au motif que la connaissance des débats est une condition de l'acceptation de la rationalité de la décision* »⁵¹⁴. Le choix illustre les deux positions des juges européens puisque la Cour de justice a opté pour le voile pudique et la Cour EDH pour la confrontation des opinions.

La Cour EDH est théoriquement limitée par le texte de la Convention EDH mais la mobilisation de différentes techniques d'interprétation lui permet de sortir de son carcan. L'aspect positif de l'interprétation évolutive ou téléologique est de faire avancer la protection des droits fondamentaux. Il faut toutefois souligner le risque de cette démarche : « *le critère « évolutif » aurait pu ouvrir la porte à une jurisprudence prétorienne confinant à la politique législative* »⁵¹⁵. Pourtant, la Cour EDH semble avoir trouvé un équilibre même si ses décisions ont été plus audacieuses au début de son existence⁵¹⁶. Cette audace se vérifie avec l'élargissement ou la réduction de la marge nationale d'appréciation⁵¹⁷. La démarche est similaire du côté de la Cour de justice et cela démontre une convergence spontanée des méthodes d'interprétation qui « *semble être liée à l'existence d'une volonté commune aux deux cours européennes : celle de défendre la spécificité des traités européens par rapport aux traités classiques de droit international et d'en assurer une application effective et une*

⁵¹³ J.-P. ANCEL, « Les opinions dissidentes », Cycle de conférences annuelles sur *Les méthodes de jugement*, 5ème conférence, 18 octobre 2005, <https://www.courdecassation.fr>.

⁵¹⁴ D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, juillet 2000, n° 8.

⁵¹⁵ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 443.

⁵¹⁶ Plusieurs éléments rendent compte d'une plus grande réserve de la part de la Cour EDH, comme par exemple l'invocation marquée du principe de subsidiarité. Voir B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n° 94, p. 252.

⁵¹⁷ Voir F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge nationale d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, n° 1, p. 3.

interprétation uniforme »⁵¹⁸. Les juridictions partagent ainsi la technique de l'interprétation téléologique et celle de propos séparés éclairant leurs arrêts, même si pour la Cour EDH il s'agit d'opinions une fois l'arrêt adopté et pour la Cour de justice de conclusions rendues avant la décision.

B. L'évolution de la Cour de justice : l'interprétation téléologique et les conclusions des avocats généraux

La Cour de justice est instituée par un traité, qui définit son rôle beaucoup plus précisément que la Convention EDH ne le fait pour la Cour EDH, notamment car les voies de droit pour saisir la Cour de justice sont plus nombreuses. Le rôle de la Cour de justice n'est pas limité à la sanction des États pour le non-respect de leur engagement international mais son office est plus large. D'une part, la Cour de justice peut être saisie pour dialoguer avec les juges nationaux par le biais d'un renvoi préjudiciel – également souhaité au niveau de la Convention EDH avec le protocole n° 16, sous la forme d'un avis consultatif⁵¹⁹ – d'autre part, l'Union produit des normes de droit dérivé qui peuvent être contrôlées et annulées par la Cour. Ces différentes voies de droit ont pour cadre initial le marché intérieur ou plus largement les compétences de l'Union, dont la responsabilité peut également être engagée devant la juridiction de l'Union. Même si la Cour de justice a rapidement admis la possibilité de vérifier que les normes de l'Union respectent bien les droits fondamentaux⁵²⁰, elle a surtout été amenée à se prononcer sur des questions économiques et des droits fondamentaux correspondants⁵²¹. La Convention EDH a alors été favorisée en tant que source pour les principes généraux du droit de l'Union démontrant que la Cour de justice choisit de se référer à un texte – et aux jugements de la Cour EDH – certes extérieur mais spécialiste de la question des droits fondamentaux. Cette vision est inscrite au passé car la reconnaissance de la valeur contraignante de la Charte a modifié cette optique. Mais c'est d'abord l'utilisation

⁵¹⁸ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 108.

⁵¹⁹ Protocole n° 16, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, STCE n° 214.

⁵²⁰ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 26/69, *Rec.* p. 419.

⁵²¹ Par exemple, dans les premiers arrêts reconnaissant des principes généraux du droit : CJCE, 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125 : une société exportatrice revendique le respect du principe de proportionnalité (pas de violation constatée) ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.* p. 491 : il est question de droit de propriété pour un négociant (pas de violation constatée) ; CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec.* 1975 p. 1219 : restriction de la liberté de circulation du travailleur opposée au principe de non-discrimination (violation constatée, sous réserve de l'appréciation du juge national : renvoi préjudiciel).

d'une méthode d'interprétation téléologique qui a permis à la Cour de justice d'élargir son champ de vision (1), approche soutenue par les avocats généraux de la juridiction (2).

1. L'élargissement des domaines d'action de la Cour de justice : dépassement du seul contexte économique

Selon l'article 19 TUE, la Cour de justice « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Alors que la Cour EDH a pour office évident la protection des droits fondamentaux, la Cour de justice est censée défendre en priorité l'établissement d'un marché intérieur. Ainsi, « en interprétant les droits fondamentaux de la même manière qu'il le faisait pour la détermination des quotas laitiers ou l'organisation du marché de charbon, le juge communautaire entendait bien montrer qu'il refusait de traiter la protection des droits fondamentaux comme une matière à part et que, s'il acceptait d'assurer cette protection dans le cadre de ses compétences, cette dernière devait se faire dans le respect des objectifs communautaires »⁵²². La reconnaissance des droits fondamentaux a pour fonction de préserver l'ordre juridique de l'Union européenne, notamment à travers le principe de primauté du droit de l'Union⁵²³, dans le cadre précis de l'établissement du marché intérieur. « La Cour de justice demeure l'institution la plus emblématique de l'Union européenne. Qualifiée à juste titre de moteur de l'intégration par le juge Pescatore, elle a su par sa jurisprudence et plus particulièrement ses interprétations, structurer l'Union, l'orienter, intégrer les modèles et arbitrer les conflits »⁵²⁴. En effet, la juridiction a permis à l'Union européenne de s'installer durablement et de dépasser une vision purement économique.

Comme la Cour EDH, la Cour de justice a rapidement favorisé l'interprétation téléologique mais en se référant à l'esprit du traité⁵²⁵, plutôt qu'à l'objet et le but du texte. La

⁵²² R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 111.

⁵²³ Principe consacré dans l'arrêt CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec.* 1964 p. 1141. Voir à ce propos : O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis », in *Classer les droits de l'homme*, E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 328.

⁵²⁴ A. BOUVERESSE, « La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne de ses pouvoirs », in *Europe(s), droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 109.

⁵²⁵ Voir CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3, « attendu que pour savoir si les dispositions d'un traité international ont une telle portée il faut en envisager l'esprit, l'économie et les termes » et F. PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.),

Cour de justice combine même plusieurs méthodes : « téléologique - l'esprit du Traité s'incarnant dans ses objectifs -, systématique - l'économie du Traité se rapportant à son système -, et textuelle - les termes du Traité correspondant à son texte »⁵²⁶, mais l'interprétation téléologique reste celle qui domine. Cette approche a d'ailleurs entraîné des critiques à l'encontre de la Cour de justice, l'accusant de gouvernement des juges⁵²⁷ ou d'activisme judiciaire⁵²⁸ « réel ou supposé »⁵²⁹. Pourtant, les États membres ont au départ assez facilement accepté l'imposition d'un nouvel ordre juridique⁵³⁰, notamment car « la nature programmatique de certaines dispositions des traités, l'indétermination fréquente des notions juridiques utilisées, l'objet économique des Communautés et leur nature évolutive sont autant de facteurs propices à l'intervention créatrice du juge, au demeurant souvent rendue nécessaire par la carence du législateur communautaire »⁵³¹. En revanche, contrairement à la situation de la Convention EDH, le législateur de l'Union, voire les États

L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998, spéc. p. 323.

- ⁵²⁶ F. LE BOT, « La protection des passagers aériens dans l'Union européenne. Réflexions sur l'interprétation du droit dérivé par la Cour de justice », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 753. Voir également N. BAREÏT, « La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre enlèvements d'enfants. Observations sur une jurisprudence bien éclairée », *RDTE*, 2011, n° 3, p. 537. L'auteur distingue cinq méthodes : littérale, historique, comparative, systémique et téléologique. Il distingue ces méthodes de l'utilisation de « principes d'interprétation plus ponctuels » que sont l'interprétation stricte des exceptions, la primauté et la recherche de l'effet utile. Enfin, voir J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, n° 1, p. 8, qui constate que la Cour « utilise l'éventail complet des méthodes d'interprétation » car le système juridique de l'Union, même inachevé, est « un système complet dans lequel il n'y a pas de place pour le non liquet ».
- ⁵²⁷ H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Lega System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Insertia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011, p. 57.
- ⁵²⁸ M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *EJLS*, 2007, n° 2, numéro spécial « Judging Judges ». La critique d'activisme judiciaire a également pu viser la Cour EDH, voir par exemple : J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2008, n° 18, p. 978. Voir R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Monchrestien, Paris, 2e éd., 1997, p. 105 : « En dépit des flots d'encre qui ont été consacrés à l'activisme judiciaire, il n'existe aucune définition communément admise du phénomène. Cela tient en partie à ce que les limites dans lesquelles le juge doit exercer sa mission d'interprète du droit restent floues ».
- ⁵²⁹ Voir le discours de J.-M. SAUVÉ, « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », conférence du 22 octobre 2012 : « Il est parfois arrivé, par exemple, que la Cour de justice de l'Union européenne soit critiquée pour son activisme réel ou supposé. A ainsi été critiqué l'arrêt Mangold, par lequel la Cour a consacré un principe de non-discrimination en fonction de l'âge, donnant par conséquent à cette norme un effet horizontal, alors que la même norme, contenue dans la directive 2000/78 qui était au cœur du litige, n'avait qu'un effet vertical », disponible sur <http://www.conseil-etat.fr>.
- ⁵³⁰ Voir J. H. H. WEILER, « The transformation of Europe », *The Yale Journal*, n° 8, juin 1991. L'auteur estime que les États membres ont laissé faire la Cour de justice car ils maîtrisaient de leur côté la prise de décision, par le biais du Conseil, voir pp. 2428-2429.
- ⁵³¹ M. DARMON et C. VAHDAT, « Cour de justice », *Répertoire droit européen*, Dalloz, août 2007 mis à jour en juin 2013, spéc. § 104.

membres peuvent ponctuellement contrer des jurisprudences qui ne leurs conviennent pas⁵³².

La Cour de justice s'appuie également sur le droit comparé, spécifiquement celui des États membres, en procédant à des choix pour rendre cohérent l'ordre juridique de l'Union et sans entrer dans le détail des législations des États membres⁵³³. Dans ce cadre, la méthode d'interprétation comparatiste rejoint en réalité l'approche téléologique⁵³⁴. En effet, la comparaison a tendance à diminuer dans la jurisprudence de la Cour de justice ou à être utilisée sans être mentionnée explicitement⁵³⁵. De plus, cette méthode se situe à « *mi-chemin entre les méthodes d'interprétation plus formelles (littérale ou historique) et les méthodes plus substantielles (systématique ou téléologique)* »⁵³⁶. Cette approche garantit aussi l'uniformité de l'interprétation du droit de l'Union qui reconnaît de façon équivalente toutes les versions linguistiques d'un même texte⁵³⁷. Le multilinguisme pouvant entraîner des divergences de compréhension, la réflexion téléologique permet d'insérer toutes les versions dans un même objectif. La téléologie est l'approche préférée par la Cour de justice, comme le précise un juge dès 1976 : « *l'interprétation systématique et téléologique, y compris l'application du principe de l'effet utile, prédomine. L'interprétation comparative revêt une certaine importance* »⁵³⁸. Cependant, il estime que deux critiques peuvent être apportées

⁵³² R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Monchrestien, Paris, 2e éd., 1997, p. 76 : « *les États membres ne peuvent l'amener à revoir sa position qu'au moyen d'une modification de la Charte constitutionnelle qu'est le traité. La manœuvre n'est pas impossible : ainsi, le protocole n° 2 adopté à l'occasion du traité de Maastricht a limité l'effet rétroactif de l'arrêt Barber (affaire C-262/88) [...]. Toutefois, ce genre d'opération n'est pas chose aisée, puisque l'unanimité des États membres est requise pour toute modification du traité. De plus, la Cour a laissé entendre récemment que certains principes fondamentaux ne pouvaient faire l'objet d'une révision (avis 1/91). C'est dire qu'en pratique, le risque d'une intervention politique pour « corriger » les arrêts de la Cour est relativement limité* ».

⁵³³ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, n° 3, p. 487. L'arrêt *Algera* est l'un des seuls exemples de comparaison détaillée par la Cour. CJCE, 12 juillet 1967, *Algera*, aff. 7/56, *Rec.* p. 81. Voir à ce propos P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RID. comp.*, 1980, spéc. p. 338 et M. BARDIN, « Depuis l'arrêt *Algera*, retour sur une utilisation "discrète" du droit comparé par la Cour de justice de l'Union européenne », in *Le recours au droit comparé par le juge*, T. DI MANNO (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 97.

⁵³⁴ M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *op. cit.* : « *Comparative law becomes, in this way, one more instrument of what is the prevailing technique of interpretation at the Court: teleological interpretation* ». Voir également l'un des titres de l'article de K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, p. 487 : « *B. La téléologie de la méthode comparative* ».

⁵³⁵ R. TITIRIGA, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, Paris, 2011, pp. 329 et s.

⁵³⁶ J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, n° 1, p. 17.

⁵³⁷ M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *op. cit.*

⁵³⁸ Voir F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in

contre la méthode téléologique. D'une part, elle implique une progression du droit de l'Union qui peut être trop rapide et d'autre part, elle n'est pas forcément bien reçue par les juges de *common law* qui préfèrent une interprétation plus littérale. La mise en place d'un marché intérieur économique dont les règles sont supérieures aux normes nationales, en vertu du principe de primauté, ne peut fonctionner sans le respect des droits fondamentaux. Cette constatation est venue des juridictions constitutionnelles, particulièrement allemande et italienne, qui ont poussé la Cour de justice à reconnaître la protection des droits fondamentaux.

La juridiction de l'Union rejoint ainsi la Cour EDH dans ses méthodes d'interprétation et pose plus largement la question de la potentielle subjectivité dans la téléologie : « *la prise en compte de l'objet et du but du traité suscite une certaine méfiance dans l'ordre juridique international : ne favorise-t-elle pas en effet un certain subjectivisme de l'interprète ?* »⁵³⁹. Cependant, la téléologie n'est pas synonyme de pleine liberté, la juridiction reste attachée aux termes qu'elle interprète et s'appuie sur un contexte historique et comparatiste, en raisonnant par syllogisme⁵⁴⁰. De plus, l'existence d'une méthode d'interprétation commune aux juges européens est le signe d'un rapprochement. C'est par cette méthode que la Cour de justice peut dépasser le cadre économique « *par une sorte d'effet spill over, de débordement de l'intégration purement économique* »⁵⁴¹. De plus, le choix entre plusieurs options d'appréciation téléologique peut être discernée dans les conclusions des avocats généraux⁵⁴². En effet, la Cour de justice ne publie pas d'opinions séparées des juges mais fait précéder ses arrêts de l'avis d'un juriste, l'avocat général, qu'elle

Raisonnement la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme, M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF, Paris, 1989, spéc. p. 407. L'auteur cite le juge H. KUTSCHER dans son écrit « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Publications de la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1976.

⁵³⁹ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 422.

⁵⁴⁰ M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *op. cit.*

⁵⁴¹ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double « je » des identités européennes », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), L'Harmattan, Paris, 2016, p. 30.

⁵⁴² M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *op. cit.* : « *The lack of dissenting opinions and the constraints of collective deliberation (which, moreover, takes place in a foreign language) no doubt helps explaining the different nature of the reasoning of the judgements of the Court, when compared with the Opinions of its Advocate Generals* ».

reste libre de suivre ou non, suivant ainsi une influence française⁵⁴³.

2. *L'audace et l'utilité de l'avocat général*

Les méthodes de travail sont similaires d'une juridiction européenne à l'autre, hormis la présence d'un avocat général à la Cour de justice et les opinions séparées des juges de la Cour EDH, l'un agissant en amont, l'autre en aval. L'avocat général est un juge dans son statut mais n'a pas la même fonction, il ne tranche pas de litige même s'il dit le droit, « *la solution motivée de l'avocat général aide le juge à exercer son office* »⁵⁴⁴. L'avocat général est extérieur, il ne participe pas directement à la jurisprudence mais la regarde, il « *présente publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice* »⁵⁴⁵. Historiquement, certains États fondateurs ont préféré créer la fonction d'avocat général, sous impulsion française, refusant la possibilité d'opinions séparées pourtant envisagée dès le traité CECA⁵⁴⁶. La France et l'Allemagne ont alors disposé d'un avocat général chacun, leur permettant d'assurer une sorte de leadership sur la jurisprudence⁵⁴⁷. Depuis, le nombre d'avocats généraux n'a cessé de croître⁵⁴⁸ et leurs conclusions permettent d'avoir une position claire et unitaire sur tous les aspects d'une affaire. En effet, l'avocat général rédige dans sa langue maternelle et son avis n'est pas le fruit d'un compromis entre plusieurs juges⁵⁴⁹, même s'il est accompagné – comme les autres juges – de trois référendaires. Il faut préciser qu'il n'y a pas d'avocat général au Tribunal de l'Union et que tous les arrêts de la Cour de justice ne sont pas précédés de conclusions. Lorsqu'il s'agit d'avis ou de procédure préjudicielle d'urgence, l'avis des avocats généraux était dénommé prise de position mais une certaine uniformisation a permis de ne retenir que le terme de conclusion.

⁵⁴³ H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intertax, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011, p. 36.

⁵⁴⁴ L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près de la Cour de justice*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 9.

⁵⁴⁵ R. TITIRIGA, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 36.

⁵⁴⁶ F. RIVIÈRE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 17.

⁵⁴⁷ Voir L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près de la Cour de justice*, *op. cit.*, p. 24 qui cite notamment le juge Pescatore. Pour ce même juge, l'avocat général cause un allongement dans les délais de procédure et relève d'un luxe non nécessaire à l'heure où les juges sont suffisamment nombreux.

⁵⁴⁸ Depuis le 7 octobre 2015, il y a onze avocats généraux. Voir la décision du Conseil 2013/336/UE du 25 juin 2013, *JOUE* n° L 179, 29 juin 2013, p. 92.

⁵⁴⁹ R. TITIRIGA, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, *op. cit.*, p. 37.

Les conclusions « *forment un complément de l'arrêt en permettant une meilleure compréhension de la motivation, de la signification et des implications de l'arrêt* »⁵⁵⁰. En ce sens, les conclusions rejoignent la fonction des opinions séparées pour éclairer la décision rendue. En revanche, l'avocat général agit avant la décision et peut l'influencer, contrairement aux opinions qui interviennent après. *A contrario*, la Cour de justice n'est pas obligée de suivre cet avis, ce qui arrive assez fréquemment. L'utilité de cette fonction réside également dans l'approche plus comparatiste, même si celle-ci est rarement exhaustive⁵⁵¹, que peut avoir un avocat général : « *les conclusions se présentent comme le contenant naturel des études de droit comparé* »⁵⁵². Cette possibilité contrebalance avec la « *quasi-absence d'études de droit comparé dans les arrêts de la Cour* »⁵⁵³. Les conclusions vont servir à la Cour de justice, même si leur valeur n'est que formelle, pour justement ne pas s'engager sur la voie de la comparaison exhaustive et faire des choix quant aux orientations qu'elle retient pour maintenir la cohérence et l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, les arrêts adoptés après des conclusions contenant une étude comparatiste ne font majoritairement aucune mention de la comparaison⁵⁵⁴. Il est également intéressant de relever que les avocats généraux ont eu tendance à utiliser la Charte des droits fondamentaux plus rapidement que la Cour de justice, à compter de sa déclaration avec l'entrée en vigueur du traité de Nice⁵⁵⁵. Cette constatation se vérifie également dans l'utilisation par les avocats généraux de la jurisprudence de la Cour EDH⁵⁵⁶.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près de la Cour de justice*, *op. cit.*, p. 118. Voir également P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RID. comp.*, 1980, spéc. pp. 346 et s. L'auteur mentionne les conclusions de l'avocat général M. LAGRANGE sur l'affaire *Assider* du 11 février 1955, aff. 3/54, *Rec.* p. 123, comme le modèle historique des développements comparatifs. Voir également les conclusions de l'avocat général J. MISCHO sur l'affaire *Hoechst* du 21 février 1989, aff. 46/87, *Rec.* p. 2859 ; les conclusions de l'avocat général F. G. JACOBS sur l'affaire *HAG GF* du 13 mars 1990, aff. C-10/89, *Rec.* p. I-3711 ; les conclusions de l'avocat général P. LÉGER sur l'affaire *Commission c/ Conseil des communes et régions d'Europe* du 17 septembre 2002, aff. C-87/01 P, *Rec.* p. I-7617 et les conclusions de l'avocat général P. MENGOZZI sur l'affaire *Commission c/ Marie-Claude Girardot* du 22 novembre 2007, aff. C-348/06 P, *Rec.* p. I-833.

⁵⁵² L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près de la Cour de justice*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 114.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 117. Voir également F. DONNAT, « Le droit comparé à la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, p. 376.

⁵⁵⁴ Voir pour des exemples P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RID. comp.*, 1980, spéc. pp. 346 et s.

⁵⁵⁵ L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près de la Cour de justice*, *op. cit.*, p. 454.

⁵⁵⁶ Voir F. PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.),

Hormis cette division du travail avec un avis en amont, les conclusions de l'avocat général devant la Cour de justice, et des avis en aval, les opinions séparées des juges de la Cour EDH, il y a une certaine convergence des méthodes d'interprétation. Cette convergence est à la fois une aide pour sortir d'un cadre parfois trop restreint et le premier signe d'une politique jurisprudentielle. « *Certes, la frontière entre l'interprétation et la création du droit est ténue : qu'est-ce-qu'interpréter une règle, sinon choisir parmi les différents sens qu'elle peut revêtir, ce qui constitue indéniablement un rôle créateur ?* »⁵⁵⁷. L'interprétation est le premier outil à disposition des juges européens pour faire en sorte d'adopter des positions similaires. Plusieurs conséquences peuvent être tirées de la priorité accordée à l'interprétation téléologique par les deux cours, d'abord l'adoption d'une « *interprétation large voire extensive des droits et libertés consacrés* »⁵⁵⁸ mais aussi « *une interprétation stricte voire restrictive des limitations et restrictions prévues* »⁵⁵⁹.

Les nouvelles matières, notamment intégrées depuis le traité de Lisbonne et la disparition du fonctionnement en piliers, sont une occasion pour la Cour de justice de changer de paradigme. La juridiction développe une jurisprudence plus audacieuse en matière de protection des droits fondamentaux, audacieuse par rapport à l'ordre juridique de l'Union mais également par rapport à la jurisprudence de la Cour EDH. Pour autant, la Cour de justice n'est pas « *un juge des droits fondamentaux comme les autres : son rôle n'est pas de contrôler la conformité des droits nationaux aux dispositions de la Charte, mais d'interpréter les textes de l'Union européenne à la lumière des droits fondamentaux. Ainsi, en dépit de ses ressemblances avec le juge de Strasbourg, le juge de l'Union conserve son autonomie et affirme sa mission singulière* »⁵⁶⁰. De son côté, la Cour EDH élargit son horizon des droits protégés en intégrant par exemple les droits sociaux. Ainsi, les deux juridictions vont s'émanciper de leur cadre initial grâce à la nécessité de protéger les droits fondamentaux.

L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 296-297.

⁵⁵⁷ R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Monchrestien, Paris, 2e éd., 1997, p. 97.

⁵⁵⁸ F. PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 325-326.

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

⁵⁶⁰ N. BAREÏT, « La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre les enlèvements d'enfants. Observations sur une jurisprudence bien éclairée », *RTDE*, 2011, n° 3, p. 537.

§2. L'émancipation des juges européens en matière de protection des droits fondamentaux

L'émancipation des juges européens a lieu principalement sur le terrain matériel. En effet, les garanties procédurales semblent suffisamment ancrées pour ne pas avoir besoin d'évoluer, même si certaines voies de droit sont encore critiquées du côté de l'Union européenne⁵⁶¹. Il est intéressant de relever que l'évolution des juges a notamment lieu grâce à des références croisées. D'une part, la Charte des droits fondamentaux a inscrit des droits qui n'avaient pas été formalisés dans d'autres textes internationaux et ouvre la voie à la Cour de justice pour des interprétations audacieuses⁵⁶², tout en incluant un renvoi aux dispositions de la Convention EDH avec le mécanisme des droits correspondants. D'autre part, la Cour EDH s'inspire parfois de textes internationaux, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union, pour justifier la reconnaissance d'un nouveau droit. Cette dynamique vertueuse peut perdurer car la Cour de justice a dû développer une jurisprudence plus protectrice des droits fondamentaux dans les domaines concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice, même si les droits sociaux semblent être un obstacle à une pleine émancipation (A). La Cour EDH, au contraire, a étendu son appréciation à travers les droits sociaux et la juridiction peut également poursuivre son interprétation évolutive grâce au Conseil de l'Europe qui produit toujours de nouvelles conventions internationales (B).

A. L'émancipation limitée de la Cour de justice à l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne

L'Union européenne a pour objet primordial l'instauration d'un marché intérieur. Rapidement, la question de la protection des travailleurs bénéficiant de la libre circulation a pu se poser mais sans trouver de réponse satisfaisante. De plus, avec la volonté d'étendre la libre circulation des travailleurs aux citoyens, donc à des entités non économiques, les

⁵⁶¹ Voir par exemple D. WAELBROECK et T. BOMBOIS, « Des requérants « privilégiés » et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE*, 2014, n° 1, p. 21. L'article retrace non seulement l'historique du recours en annulation et la jurisprudence y afférente mais s'intéresse également aux lacunes de l'approche de la Cour de justice comme l'absence d'utilisation des méthodes systémiques et téléologiques de l'article 263 TFUE.

⁵⁶² C'est principalement la réunion de droits de différentes générations qui est innovant, y compris des droits catégoriels (articles 24, 25 et 26) ou encore relatifs à la culture (article 22).

décisions politiques sont allées dans le sens d'un approfondissement de cette circulation jusqu'à la création d'un espace dit de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), encadré par l'article 67 TFUE. Dans le traité de Lisbonne, l'ELSJ couvre à la fois des questions pénales, policières, de droit international privé et de droit des étrangers avec la politique d'asile et d'immigration. Les réglementations qui accompagnent cet espace affectent nécessairement les droits fondamentaux des individus, plus directement que les politiques économiques. Cette atteinte est régulièrement soulignée pour la politique d'asile et d'immigration, « *le respect des droits fondamentaux apparaît d'emblée [...] comme un élément récurrent du cadre d'interprétation de la Cour* »⁵⁶³. De vrais progrès sont réalisés au titre de la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne dans l'ELSJ (1) mais la protection des droits sociaux signe la faiblesse de l'émancipation de la Cour de justice (2).

1. La protection accrue par la Cour de justice des droits fondamentaux dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

L'ELSJ comprend différentes réalités. En matière pénale, l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen⁵⁶⁴, qui a entraîné de nombreuses questions préjudicielles notamment soulevées par les juridictions constitutionnelles nationales⁵⁶⁵, a été un premier pas important dans la réalisation de l'ELSJ. En effet, le mandat d'arrêt européen représente une progression sans précédent par rapport à l'extradition mais a également fait l'objet de modifications régulières⁵⁶⁶, et d'un contentieux assez important sur le terrain de la protection des droits fondamentaux⁵⁶⁷. La Cour de justice a d'ailleurs appliqué au mandat

⁵⁶³ C. PICHERAL, « L'œuvre de la Cour de justice dans la politique européenne d'asile et d'immigration », *RDUE*, 2011, p. 117.

⁵⁶⁴ 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, *JOCE* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

⁵⁶⁵ Voir par exemple le renvoi préjudiciel émanant du Tribunal constitutionnel espagnol : CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 ou celui du Conseil constitutionnel français : CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F.*, aff. C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358.

⁵⁶⁶ Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, *JOUE* n° L 81, 27 mars 2009, p. 24 ; directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 142, 1er juin 2012, p. 1 et directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294, 6 novembre 2013, p. 1.

⁵⁶⁷ Le site curia de la Cour de justice référence à une cinquantaine d'arrêts rendus sur renvoi préjudiciel, parmi

d'arrêt européen sa jurisprudence encadrant strictement les entraves aux libertés de circulation des marchandises, « *une fois admis que la décision-cadre est bien une décision d'harmonisation des droits nationaux, la Cour considère qu'aucune exigence nationale, fût-elle constitutionnelle, n'est opposable à une juridiction ayant émis un mandat* »⁵⁶⁸. En cela, la juridiction estime que le niveau de protection des droits fondamentaux prévu par l'Union européenne est suffisant. La démarche d'unification de jurisprudence des libertés de circulation avec l'ELSJ est pertinente pour une meilleure lisibilité du droit de l'Union mais elle peut aussi être critiquée. En effet, ne pas prendre en compte la dimension humaine ni les constitutions nationales potentiellement plus protectrices est aussi un défaut.

La Cour de justice a entrepris l'harmonisation de sa jurisprudence au sein des matières de l'ELSJ sur les questions de protection des droits fondamentaux. La juridiction a ainsi estimé que l'existence d'un défaut systémique dans un État membre, lié à la violation d'un droit fondamental, peut empêcher le transfert d'un demandeur d'asile⁵⁶⁹, ainsi que suspendre l'exécution d'un mandat d'arrêt européen⁵⁷⁰. La Cour de justice précise pour le mandat d'arrêt européen qu'en « *présence d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de défaillances soit systémiques ou généralisées [...] 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 [...] 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, en cas de remise audit État membre* »⁵⁷¹. La démarche est presque la même que dans l'arrêt *N. S.* de 2011⁵⁷² rendu en matière de procédure de traitement d'une demande d'asile et à la suite de la position

eux : CJCE, 28 septembre 2006, *Gasparini*, aff. C-467/04, *Rec.* p. I-9199 ; CJCE, Gde chbr., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, *Rec.* p. I-3633 ; CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 ; CJUE, Gde chbr., 27 mai 2014, *Spasic*, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586 ou encore CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

⁵⁶⁸ C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les bienfaits de la défiance mutuelle », *Europe(s), droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 230 et s.

⁵⁶⁹ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905.

⁵⁷⁰ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198. Voir à ce sujet G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust ! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant : *Aranyosi and Caldăraru* », *CMLR*, 2016, n° 6, p. 1675.

⁵⁷¹ *Ibidem*, point 104.

⁵⁷² CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, préc.

de la Cour EDH dans une situation similaire⁵⁷³. Le juge de l'Union estime que pour « permettre à l'Union et à ses États membres de respecter leurs obligations relatives à la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, il incombe aux États membres [...] de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'«État membre responsable» [...] lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 4 de la charte »⁵⁷⁴. Cette harmonisation bienvenue va dans le sens de plus de cohérence dans l'application des différentes normes de l'ELSJ. Auparavant, l'asymétrie dans l'approche de ces règles avait été soulevée et critiquée⁵⁷⁵. En revanche, en mettant un frein à l'application automatique des règles en question, la Cour de justice admet une certaine défiance à l'encontre de la reconnaissance mutuelles⁵⁷⁶, et *a fortiori* une limitation de la confiance mutuelles⁵⁷⁷. Il a été ainsi souligné que l'admission de cette défiance par le juge de l'Union avait pour objectif le respect des droits fondamentaux, option qui n'avait pas été retenue pour la coopération judiciaire avant l'arrêt *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru* de 2016⁵⁷⁸. Cette harmonisation peut également être constatée, mais dans un sens plus négatif, au sujet du refus du droit d'être entendu dans la procédure du mandat d'arrêt européen⁵⁷⁹, dans le cadre d'une décision de

⁵⁷³ Voir Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M. S. S.*, req. n° 30696/09.

⁵⁷⁴ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905, spéc. point 94.

⁵⁷⁵ C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les bienfaits de la défiance mutuelle », *Europe(s), droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 230 et s.

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

⁵⁷⁷ Voir par exemple la communication de la Commission au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres du 19 mai 2005, COM(2005) 195 final ; A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST, « Coopération et harmonisation (matière pénale) », *Répertoire droit européen*, Dalloz, mis à jour en avril 2016, spéc. point 142 ou encore H. LABAYLE et J.-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, 2006, n° 3, p. 589.

⁵⁷⁸ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

⁵⁷⁹ CJUE, Gde chbr., 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, point 43 (l'argument est fondé sur les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux, concernant respectivement le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial et la présomption d'innocence et droits de la défense) : « la décision-cadre 2002/584 doit être interprétée en ce sens que les autorités judiciaires d'exécution ne peuvent pas refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales au motif que la personne recherchée n'a pas été entendue dans l'État membre d'émission avant la délivrance de ce mandat d'arrêt. ».

retour⁵⁸⁰ ou encore pour le droit d'un enfant d'être entendu en cas de déplacement illicite⁵⁸¹. Le droit d'être entendu est certes affirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux mais ses contours restent flous. Mis à part ce cas spécifique, la Cour de justice semble utiliser « *son pouvoir d'interprétation dans le sens d'une conception autonome des droits fondamentaux, dans les hypothèses où elle veut s'affirmer comme juridiction de protection des droits de l'homme* »⁵⁸². La Cour de justice s'émancipe donc de son rôle de juge économique et technique pour s'intéresser à des questions de protection des droits fondamentaux, car les matières de l'ELSJ affectent directement les libertés individuelles. En revanche, les droits sociaux semblent ne pas bénéficier de cette émancipation.

2. L'absence d'émancipation en matière de droits sociaux fondamentaux

Les deux juges européens sont confrontés au même défaut : les droits sociaux n'ont pas vocation à être protégés ou le sont difficilement. La Convention EDH ne contient aucune protection spécifique des travailleurs car cet aspect a été traité postérieurement dans la Charte sociale européenne de 1961⁵⁸³, ce qui n'a pas empêché la Cour EDH de s'y intéresser en reconnaissant par exemple la liberté syndicale⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ CJUE, 5 novembre 2014, *Mukarubega*, aff. C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, point 82 « *dans des circonstances telles que celles en cause au principal, le droit d'être entendu dans toute procédure, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115 [...] doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un pays tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour sur le territoire national à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu, elle envisage de prendre à son égard une telle décision, que cette décision de retour soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour.* »

⁵⁸¹ CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, aff. C-491/10 PPU, *Rec. p. I-14247*, point 65 : « *Il s'ensuit que, tel qu'il est prévu à l'article 24 de la charte des droits fondamentaux et à l'article 42, paragraphe 2, premier alinéa, sous a), du règlement n° 2201/2003, le droit de l'enfant d'être entendu n'exige pas qu'une audition devant le juge de l'État membre d'origine soit nécessairement tenue, mais impose que soient mises à la disposition de cet enfant les procédures et conditions légales permettant à celui-ci d'exprimer librement son opinion et que celle-ci soit recueillie par le juge.* »

⁵⁸² F. BERROD, « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme ? », *Europe(s), droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 65, spéc p. 78.

⁵⁸³ Voir C. MARZO, « Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2010, n° 1-2, p. 95 : « *les États ont choisi de consacrer ce qui était urgent face au péril des dictatures, donc les droits civils et politiques* ».

⁵⁸⁴ Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97. Voir également F. SUDRE, « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme. L'équivalence dans tous ses états », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, C. PICHERAL et L. COUTRON (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 45.

Dans l'Union européenne, il faut souligner un double paradoxe. D'une part, le premier texte consacrant une protection de droits fondamentaux est la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989⁵⁸⁵, alors que ce sont pourtant les droits sociaux qui sont rejetés par certains États membres. Le texte de 1989 est dépourvu de valeur contraignante mais peut servir de guide dans l'interprétation du droit de l'Union⁵⁸⁶, le texte incite d'ailleurs au développement d'une action normative de ces droits⁵⁸⁷. Il faut préciser que le Royaume-Uni n'avait pas adopté la Charte communautaire et refusé, avec la Pologne, la justiciabilité des droits du titre IV « Solidarité » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui contient les principes sociaux⁵⁸⁸, démontrant une absence d'unité sur la question. L'article 151 TFUE mentionne toujours les deux textes européens : « *L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989* ». La Charte communautaire contient « *des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* »⁵⁸⁹ et « *se présente à la fois comme une déclaration de principes et de droits sociaux minimaux et comme une invitation adressée aux États membres et à la Commission à prendre les initiatives nécessaires à leur mise en œuvre* »⁵⁹⁰. Néanmoins, celle-ci a été très peu valorisée même si elle a effectivement pu influencer sur l'action normative, « *ce n'était qu'un geste politique, symbolique* »⁵⁹¹.

D'autre part, les droits sociaux ont vocation à protéger le travailleur, valeur économique donc intéressante pour le marché intérieur dès le début de la construction de l'Union. C'est là le second paradoxe à relever, harmoniser les droits sociaux permet d'éviter que les États membres n'opposent des réglementations nationales aux libertés de circulation et favorise le marché intérieur, « *plus l'on imposera le respect de certains seuils minima de*

⁵⁸⁵ Voir également les développements de P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 162 et s. sur le contenu de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

⁵⁸⁶ M. SCHMITT, « Droit du travail de l'Union européenne », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mis à jour juin 2014.

⁵⁸⁷ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 156. Cette incitation n'apparaît d'ailleurs pas dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁵⁸⁸ Voir le protocole n° 30 au traité de Lisbonne.

⁵⁸⁹ M. SCHMITT, « Droit du travail de l'Union européenne », *op. cit.*

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ A. FABRE, « La « fondamentalisation » des droits sociaux en droit de l'Union européenne », in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015.

droits sociaux à l'ensemble des États, et plus l'on évitera que les réglementations nationales qui visent la protection des intérêts sociaux soient soumises à l'épreuve du marché »⁵⁹². Pourtant, il a été difficile d'adopter des normes dérivées en droit du travail en raison de l'opposition des États et de leur volonté de contrôler ce pan de la législation pour jouer sur leur attractivité⁵⁹³. C'est d'ailleurs ce qui a conduit à distinguer au sein de la Charte des droits fondamentaux les principes des droits⁵⁹⁴. La Charte des droits fondamentaux étant un texte de compromis entre les États membres, certains droits n'ont pas fait l'objet de consensus. Pour les maintenir dans un seul texte, les rédacteurs ont opté pour une distinction entre droits et principes, surtout visible dans les explications du *Praesidium*⁵⁹⁵. On retrouve la référence à cette distinction dans l'article 51 de la Charte et au paragraphe 5 de l'article 52, ajouté au moment de la signature du traité de Lisbonne, qui indique que l'invocation des principes « devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de leurs actes ». Les explications du *Praesidium* précisent qu'il faut un acte législatif ou exécutif pour que ces droits soient applicables et que c'est cet acte qui sera contrôlé et interprété au regard du principe⁵⁹⁶. Ainsi, il faut qu'il existe une norme intermédiaire, de droit dérivé, afin d'invoquer ces principes. Les explications du *Praesidium* ne fournissent que quelques exemples de principes, comme le droit des personnes âgées (article 25) et de l'intégration des personnes handicapées (article 26). Il faut ainsi aller rechercher les positions des juges de la Cour⁵⁹⁷, voire plutôt celles des avocats généraux, pour comprendre ce qui relève des principes comme pour la reconnaissance du droit aux congés annuels payés, « conçu comme un « droit fondamental », ce qui exclut d'office tout rattachement aux « principes »⁵⁹⁸.

⁵⁹² O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 127.

⁵⁹³ Voir A. GRUBER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les droits sociaux », *LPA*, n° 257, 2010, p. 6.

⁵⁹⁴ Les développements de ce point sont inspirés d'un écrit réalisé précédemment : T. RACHO, « L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par les juges nationaux », *ADUE*, 2012, p. 277.

⁵⁹⁵ Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOUE* n° C 303, 14 décembre 2007, p. 2. Au sujet de leur valeur juridique, voir E. DECAUX, « L'Europe a ses miroirs », *Droits fondamentaux*, n° 1, 2001, p. 47.

⁵⁹⁶ Voir également les développements de P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 159 et s. au sujet des explications du *Praesidium* et de la distinction entre droits et principes.

⁵⁹⁷ O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 118.

⁵⁹⁸ Point 76 des conclusions de l'avocat général V. TRSTENJAK du 8 septembre 2011, sous l'affaire C-282/10, *Maribel Dominguez*, ECLI:EU:C:2011:559. Voir également M. AFROUKH, « La notion de droits

Certaines dispositions seraient même mixtes, incluant des droits et des principes, comme l'article 34 de la Charte relatif à la sécurité sociale et l'aide sociale⁵⁹⁹. Cette différenciation amoindrit quelque peu la reconnaissance des droits sociaux. Les principes ne fixent que des objectifs à atteindre par les législateurs nationaux et le législateur européen. Cette idée est d'ailleurs à la base du socle européen des droits sociaux proclamé en novembre 2017, qui propose une liste de 20 principes que les États membres et l'Union sont supposés rendre effectifs⁶⁰⁰. Initialement, la Charte des droits fondamentaux, proclamée lors du sommet de Nice en 2000, prévoyait que les principes étaient nécessairement mis en œuvre par les autorités nationales et les institutions de l'Union pour être justiciables tandis que le texte remanié, entré en vigueur avec le traité de Lisbonne, ne souligne plus cette obligation mais l'envisage comme une possibilité⁶⁰¹. Concrètement, « *la question se pose encore de savoir si la portée de la protection des droits sociaux au sein de l'UE ne se limiterait pas au contenu du droit dérivé positif* »⁶⁰². Finalement, la Cour de justice avait été innovante avec les arrêts *Vikings* et *Laval* de 2007⁶⁰³, qui intègrent le droit d'action collective dans le domaine d'application de la libre prestation de service et d'établissement⁶⁰⁴. Toutefois, depuis la reconnaissance de la valeur contraignante des dispositions de la Charte des droits fondamentaux, la jurisprudence en droit social semble avoir été freinée⁶⁰⁵, « *force est de*

correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RAE*, 2011, n° 4, p. 765.

⁵⁹⁹ K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *ECLR*, 2012, vol. 8, n° 3, p. 375.

⁶⁰⁰ Voir la recommandation de la Commission qui propose le socle européen des droits sociaux le 26 avril 2017, C(2017) 2600 final, socle ensuite proclamé et signé par les institutions européennes, la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil lors du sommet de Göteborg en novembre 2017. Voir également F. BENOÎT-ROHMER, « Socle européen des droits sociaux », *RTDE*, 2018, n° 2, p. 450.

⁶⁰¹ Relevé par B. GENEVOIS dans « La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA*, 2010, p. 437.

⁶⁰² C. NIVARD, « Un destin divergent : les relations entre l'Union européenne et la Charte sociale européenne », *RUE*, 2016, n° 600, p. 419.

⁶⁰³ CJCE, Gde chbr., 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779 et CJCE, Gde chbr., 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767 ; M. SCHMITT, « La recomposition du droit de l'Union européenne », *Droit social*, 2016, p. 703 : « *En imposant un contrôle du but et de la pertinence de l'action collective initiée par le syndicat, l'arrêt Laval encadre le droit de grève et le droit syndical, et produit ainsi une norme s'imposant aux États membres alors que ces deux droits sont expressément exclus de l'harmonisation. Dans le même sens, en retenant une interprétation littérale stricte des dispositions de la directive relatives à l'applicabilité des conventions collectives locales aux travailleurs détachés, l'arrêt Laval force les États à reconfigurer leur système de négociation collective alors que les articles 151 et 152 du TFUE imposent le respect des systèmes nationaux de relations collectives et de dialogue social. Il en résulte la dévalorisation du deuxième ensemble, à laquelle contribue encore plus généralement l'irruption d'un troisième ensemble au sein du droit du travail de l'UE.* »

⁶⁰⁴ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 496.

⁶⁰⁵ Voir notamment CJUE, Gde chbr., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

*constater que les développements les plus récents de la jurisprudence de la Cour de justice étouffent toute perspective de développement des droits sociaux et s'apparentent même à une diminution du niveau de protection »*⁶⁰⁶. En effet, dans ces arrêts, la qualification de principes empêche une application de la Charte des droits fondamentaux aux cas envisagés. Dans ce cadre, la Cour de justice incarne le malaise concernant la protection des droits sociaux dans l'Union européenne, « *elle est à la fois un exemple et un contre-exemple de modèle de juge dans la régulation sociale par le biais de la mobilisation des droits sociaux fondamentaux de la Charte [...] elle est un juge qui fait émerger de nouveaux principes et de nouvelles procédures, au fondement d'un nouvel espace d'action transnational ; [...] elle peut enfin aller dans le sens d'une accentuation des inégalités au prétexte du respect de la souveraineté des États »*⁶⁰⁷. Les droits sociaux sont donc difficiles à protéger, ce qui pose d'ailleurs la question de leur qualité de droit fondamental.

Attribuer la qualification de droits fondamentaux pour les droits sociaux n'est pas évidente. Mais il semble que lorsque le vocable droit social est utilisé en lieu et place de « droit du travail », cela implique une idée de protection des travailleurs. La Cour de justice préfère la qualification de droit social⁶⁰⁸ et il semble qu'elle évite de le lier à la Charte des droits fondamentaux, « *comme s'il importait peu aux juges de faire une place à la Charte et d'en montrer l'importance dans le développement du droit social européen »*⁶⁰⁹. De façon générale, les droits sociaux « *consistent, en principe, en des droits à des prestations sociales »*⁶¹⁰. Du côté du Conseil de l'Europe, c'est une Charte sociale européenne qui a été adoptée, à côté de la Convention EDH, Charte qui a été révisée en 1996, notamment pour

⁶⁰⁶ C. NIVARD, « Un destin divergent : les relations entre l'Union européenne et la Charte sociale européenne », *RUE*, 2016, n° 600, p. 419.

⁶⁰⁷ C. MARZO, « La Cour de justice et les droits fondamentaux : une illustration des splendeurs et misères de la régulation sociale par la mobilisation des droits sociaux fondamentaux par le juge », *Droit social*, 2016, n° 3, p. 209.

⁶⁰⁸ Voir C. MARZO, « Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2010, n° 1-2, p. 95, qui propose les différentes terminologies : droits économiques et sociaux, droits sociaux des travailleurs, droits fondamentaux des travailleurs ou droits sociaux fondamentaux. Elle souligne le fait que le contenu de ces catégories n'est pas clair. Voir également sur la définition de la notion de droit social fondamental V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits sociaux : éléments de définition », in *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, D. ROMAN (dir.), Pedone, Paris, 2012, p. 15.

⁶⁰⁹ S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique sociale de l'Union européenne. Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *RTDE*, 2014, n° 2, p. 530.

⁶¹⁰ J. ILIOPOULOS-STRANGAS, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les États membres », in *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, J.-F. FLAUSS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 15.

que le texte soit en harmonie avec le droit de l'Union⁶¹¹.

Les droits sociaux et l'espace de liberté de sécurité et de justice sont deux domaines qui font l'objet de compétences partagées entre l'Union européenne et les États membres, pourtant leur traitement par rapport aux droits fondamentaux ne semble pas suivre le même cours. À l'inverse, la Cour EDH s'est emparée des droits sociaux pour s'émanciper du cadre imposé par la Convention EDH.

B. L'émancipation de la Cour européenne des droits de l'homme grâce aux autres conventions du Conseil de l'Europe

Contrairement à l'ordre juridique de l'Union européenne, la prise en compte des droits sociaux par la Cour EDH et dans la Convention EDH n'était pas nécessaire, ni attendue. En effet, ces droits ont été intentionnellement exclus du texte de la Convention EDH⁶¹². Ils sont énumérés dans la Charte sociale européenne, sur laquelle la Cour EDH s'est appuyée pour s'émanciper (1). La centaine d'autres conventions adoptées par le Conseil de l'Europe, sert également d'inspiration à la Cour EDH afin d'élargir sa vision des droits fondamentaux (2).

1. L'émancipation de la Cour EDH par la Charte sociale européenne

La Cour EDH a puisé dans les textes du Conseil de l'Europe et spécifiquement dans la Charte sociale européenne pour faire évoluer la protection des droits fondamentaux⁶¹³. Toutefois, les droits sociaux avaient été intentionnellement laissés en dehors de la Convention EDH dans la jurisprudence de la Cour EDH. Pourtant, « *la justiciabilité des droits sociaux par la Cour est une question qui se pose désormais* »⁶¹⁴. Certains aspects du droit du travail ont été envisagés plus facilement car relevant plus de questions procédurales

⁶¹¹ J.-F. FLAUSS, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », in *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, J.-F. FLAUSS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 100.

⁶¹² Voir C. MARZO, « Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2010, n° 1-2, p. 95.

⁶¹³ N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, n° 5, p. 288.

⁶¹⁴ J.-F. RENUCCI, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *JCP G*, 2007, n° 11.

que d'aspects substantiels. En revanche, ce sont les droits collectifs reconnus qui posent plus de questions.

Dans le domaine du droit du travail individuel et collectif, c'est la Charte sociale européenne, signée à Turin en 1961 et révisée à Strasbourg en 1996 avec un enrichissement des droits⁶¹⁵, qui s'applique. Ratifié par la France en 1972, ce texte consacre de nombreux droits individuels comme le droit au travail, le droit à la formation et à l'orientation professionnelle, le droit à l'hygiène et à la sécurité et des droits collectifs comprenant le droit syndical, le droit à la négociation collective, le droit de grève et de *lock-out*, droits que les États membres se sont engagés à mettre en œuvre. Un protocole additionnel de 1995⁶¹⁶, entré en vigueur en 1998, est venu ajouter à la Charte un système de réclamations collectives permettant à des organisations patronales, des syndicats ou encore des associations de s'adresser à un Comité européen des droits sociaux (Comité EDS). Le Comité EDS rend également des rapports nationaux sur le respect de la Charte⁶¹⁷. De son côté, la Convention EDH se limite à évoquer la liberté syndicale dans son article 11⁶¹⁸. La Cour EDH a entrepris d'utiliser cette ouverture pour la reconnaissance d'autres droits, comme le droit à la négociation collective, dans l'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* de 2008⁶¹⁹, qui est d'ailleurs un revirement de jurisprudence dans le domaine. La Cour EDH s'est notamment fondée sur la Charte sociale européenne pour reconnaître ce droit, alors que la Turquie n'avait pas ratifié le texte à l'époque. C'est une utilisation intéressante des autres sources du Conseil de l'Europe.

Toujours sur le fondement de l'article 11 de la Convention EDH, la Cour s'est intéressée au droit de grève. En effet, la juridiction estime que le fait de sanctionner par un avertissement un salarié gréviste viole la liberté d'association⁶²⁰, car la sanction a pour effet

⁶¹⁵ Charte sociale européenne révisée, 3 mai 1996, STE n° 63. Voir à ce sujet P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte sociale européenne et l'Union européenne. Le rôle singulier du Comité européen des droits sociaux et de sa jurisprudence », *CDE*, 2013, n° 1, p. 319.

⁶¹⁶ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 9 novembre 1995, STE n° 158.

⁶¹⁷ V. GRÉVISSE, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.*, 2000, p. 884. Voir également les développements de P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 169 et s. au sujet de la Charte sociale européenne.

⁶¹⁸ La liberté syndicale est à la fois un droit civil et politique et un droit économique et social. Voir K. VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 15.

⁶¹⁹ Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara, req. n° 34503/97*. Voir N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, p. 288.

⁶²⁰ Cour EDH, 27 mars 2007, *Karaçay c/ Turquie, req. n° 6615/03*, confirmé dans l'arrêt Cour EDH, 21 avril

de dissuader les salariés de participer à des grèves. En revanche, la Cour ne formalise pas explicitement l'inclusion du droit de grève dans la liberté d'association : « *cette réticence à nommer ce que l'on décrit si parfaitement est une contorsion critiquable, différant la stabilisation européenne d'une question primordiale* »⁶²¹. L'utilisation du droit de grève se fait dans la même logique que pour la négociation collective, en mobilisant les sources internationales qui reconnaissent ce droit comme un corollaire indissociable du droit d'association syndical⁶²². La Cour EDH a même lié le droit à la négociation collective au droit de grève dans son arrêt *Hrvatski Lijecnicki Sindikat c/ Croatie* de 2014⁶²³. En revanche, l'arrêt *RMT c/ Royaume-Uni* de 2014⁶²⁴ semble marquer un temps d'arrêt. Le litige concerne la réglementation britannique interdisant les grèves de solidarité⁶²⁵. La Cour EDH admet que le dispositif n'est pas disproportionné au regard de l'article 11 de la Convention EDH, au contraire des avis des organes spécialisés dans les questions sociales, à savoir le comité d'experts de l'OIT ou le Comité EDS qui ont ouvertement critiqué la position du Royaume-Uni à ce sujet⁶²⁶. À l'inverse de sa démarche habituelle elle neutralise les « *effets de la synergie des sources internationales et du consensus européen* »⁶²⁷, donc constater une convergence vers la protection des grèves de solidarité dans les textes internationaux mais la laisser de côté en l'espèce.

2009, *Enerji Yapi Yol Sen c/ Turquie*, req. n° 68959/01 et Cour EDH, 21 avril 2015, *Junta Rectora c/ Espagne*, req. n° 45892/09. Voir également J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, n° 1, p. 16.

⁶²¹ J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *op. cit.*

⁶²² J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT*, 2009, n° 9, p. 499.

⁶²³ Cour EDH, 27 novembre 2014, *Hrvatski Lijecnicki Sindikat c/ Croatie*, req. n° 36701/09.

⁶²⁴ Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c/ Royaume-Uni*, req. n° 31045/10.

⁶²⁵ En France, il y a une distinction qui est opérée entre grève de solidarité externe et interne concernant la licéité de la mobilisation. Pour la grève externe : « *les salariés d'une entreprise se mettent en grève pour exiger par exemple la réintégration d'un salarié licencié dans une autre entreprise, les deux entreprises n'ayant aucun lien de droit entre elles. Par principe, ce type de grève constitue un mouvement illicite, car le premier employeur ne peut en aucun cas faire aboutir des revendications qui ne concernent pas son entreprise* ». La grève de solidarité interne peut être licite ou illicite selon le « *caractère licite ou illicite des revendications. Ainsi, ne constitue pas « l'exercice du droit de grève un arrêt de travail destiné à soutenir un ouvrier licencié, dès lors que ce licenciement n'impliquait rien d'autre que la faute personnelle du salarié sanctionné et qu'aucune revendication professionnelle n'était en cause* ». [...] À l'inverse, il a été jugé qu'un arrêt de travail concomitant à l'annonce d'un licenciement économique, constitue l'exercice du droit de grève. » Voir A. CRISTAU, « Grève dans le secteur privé », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mis à jour en avril 2016.

⁶²⁶ F. SUDRE, « La mystification du « consensus » européen », *JCP G*, 7 décembre 2015, n° 50, p. 2293.

⁶²⁷ J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail (année 2014) », *Droit social*, 2015, p. 719.

Mis à part cet exemple concernant les grèves de solidarité, il semble que « *la Cour européenne des droits de l'homme est décidément devenue un juge de droit du travail* »⁶²⁸. Cette incursion dans le droit social, qui n'était pas évidente au vu du texte de la Convention EDH, pose également la question du lien entre les jurisprudences des deux juridictions européennes. La Cour EDH peut alors se poser « *en concurrente audacieuse de la Cour de justice des Communautés européennes et laisse entrevoir la question cruciale, qui finira bien par se poser un jour, de savoir si la jurisprudence Viking et Laval ne constitue pas une « insuffisance manifeste* »⁶²⁹. Question intéressante, même si l'insuffisance manifeste pour renverser la présomption de protection équivalente a pour l'instant du mal à être caractérisée, la Cour EDH semblant préférer écarter la présomption⁶³⁰. La Cour EDH peut également élargir son horizon en s'appuyant sur les autres textes du Conseil de l'Europe.

2. Les conventions du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour EDH

La Cour EDH s'est intéressée à la Charte sociale européenne pour protéger des droits sociaux dans sa jurisprudence mais ce n'est évidemment pas la seule utilisée par la Cour EDH parmi la centaine de conventions « *portant sur les objets les plus variés et d'importance sans doute inégal* »⁶³¹ – et la trentaine d'accords ou d'arrangements – du Conseil de l'Europe. Ces textes du Conseil de l'Europe sont proposés à la signature des États membres mais sans obligation et sont parfois ouverts à des États externes, voire à des organisations internationales, dont l'Union européenne⁶³². En effet, les conventions ne concernent pas

⁶²⁸ J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, n° 1, p. 16. Ce rôle a même fait apparaître une chronique à la revue *Droit social* en 2014 « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail ».

⁶²⁹ J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT*, 2009, n° 9, p. 499.

⁶³⁰ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11.

⁶³¹ J.-F. FLAUSS, « Le droit du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, p. 51.

⁶³² 23 conventions du Conseil de l'Europe mentionnent l'ouverture à la signature de l'Union européenne sans autre conditions. Voir par exemple : la Convention relative à l'élaboration d'une pharmacopée européenne de 1964, la Convention européenne sur la protection des animaux en transport international de 1968, la Convention d'Oviedo de 1997, la Convention civile sur la corruption de 1999, la Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel de 2001, la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003, la Convention pour la prévention du terrorisme de 2005, la Convention du sur la lutte contre la traite des êtres humains de 2005, la Convention sur la manipulation de compétitions sportives de 2014 et la Convention contre le trafic d'organes humains de 2015.

toujours ou très indirectement des droits fondamentaux⁶³³ et « *constituent un corpus certes hétéroclite voire bigarré, mais néanmoins substantiel* »⁶³⁴. C'est d'ailleurs une critique qui a pu être adressée à l'encontre de l'organisation : « *le Conseil de l'Europe reste une organisation largement décentralisée, juxtaposant des institutions politiques et des mécanismes conventionnels sans vision systémique sinon sans cohérence idéologique* »⁶³⁵. Pour donner quelques exemples d'utilisation de ces conventions, dans des matières « innovantes », la Cour EDH a pu s'appuyer sur la Convention d'Oviedo pour statuer sur le don d'embryon humains à la recherche scientifique⁶³⁶. La juridiction a d'ailleurs conclu que la législation italienne en cause qui interdit ce don, ne violait pas la Convention EDH en raison d'une large marge d'appréciation au profit des États sur cette problématique. Il en va de même avec la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005, citée dans l'affaire *Michaud c/ France* de 2013⁶³⁷, pour démontrer la convergence des instruments européens et internationaux, au sujet d'une directive de l'Union européenne mise en cause. La Convention européenne sur l'immunité des États de 1972 était également au cœur de certains arrêts⁶³⁸ ou encore la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel qui a inspiré la Cour sur la prise en compte d'activités professionnelles ou commerciales dans la notion de vie privée de l'article 8 de la Convention EDH⁶³⁹. Plus souvent encore que la Cour EDH, c'est le juge Pinto de Albuquerque qui mobilise les sources conventionnelles dans ses opinions séparées souvent concordantes⁶⁴⁰.

⁶³³ Ainsi, le lien avec les droits fondamentaux est moins évident dans les conventions suivantes : la Convention sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales de 1986, la Convention européenne sur la coproduction cinématographique de 1992 ou encore la Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel de 2001.

⁶³⁴ J.-F. FLAUSS, « Le droit du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, p. 51.

⁶³⁵ E. DECAUX, « La question de la typologie des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe », in *Classer les droits de l'homme*, E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 298.

⁶³⁶ Cour EDH, Gde chbr., 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, req. n° 46470/11, voir les points 181 et 182. Il faut préciser que l'article 29 de la Convention d'Oviedo permet à la Cour EDH d'être saisie pour des avis consultatifs par les parties à cette Convention.

⁶³⁷ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11.

⁶³⁸ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 21 novembre 2001, *McElhinney c/ Irlande*, req. n° 31253/96.

⁶³⁹ Cour EDH, Gde chbr., 16 février 2000, *Amann c/ Suisse*, req. n° 27798/95.

⁶⁴⁰ Voir pour la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité les opinions concordantes sous les arrêts suivants : Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2013, *Söderman c/ Suède*, req. n° 5786/08 et Cour EDH, Gde chbr., 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c/ Roumanie*, req. n° 47848/08. Pour la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique : Cour EDH, 26 mars 2013, *Valiulienė c/*

La juridiction des droits de l'homme se tourne également vers les autres organes de suivi rattachés au Conseil de l'Europe. Un rapport de 2010 de la direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe⁶⁴¹ permet de recenser les mécanismes et organes de contrôle qui sont au nombre de dix. Six organes issus de conventions ou de résolution : la Convention EDH et la Cour EDH, la Charte sociale européenne⁶⁴² et le Comité EDS, la Convention européenne de prévention de la torture⁶⁴³ et son Comité, la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales⁶⁴⁴ et son Comité consultatif, la résolution de 2002 et la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)⁶⁴⁵ et la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains⁶⁴⁶ accompagnée d'un Groupe d'experts (GRETA). Il faut ajouter depuis le Groupe d'experts sur la lutte contre les violences faites aux femmes (GREVIO) issu de la Convention d'Istanbul⁶⁴⁷. Les autres sont des entités directement rattachées au Conseil de l'Europe : le Commissaire aux droits de l'homme, le Groupe d'États contre la corruption (GRECO) et le Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (MONEYVAL). Ainsi, la Cour EDH s'est souvent appuyée sur le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁶⁴⁸, sur le comité consultatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales⁶⁴⁹ ou sur le Comité EDS⁶⁵⁰.

Enfin, la Cour EDH fait également appel aux normes de *soft law* du Conseil de

Lithuania, req. n° 33234/07.

⁶⁴¹ Rapport intitulé « L'impact réel des mécanismes de suivi du Conseil de l'Europe, pour l'amélioration du respect des droits de l'Homme et de la prééminence du droit dans les États membres », H/Inf (2010), Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe.

⁶⁴² Charte sociale européenne, 18 octobre 1961, STE n° 35 révisée le 3 mai 1996, STE n° 163.

⁶⁴³ Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987, STE n° 126.

⁶⁴⁴ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 1^{er} février 1995, STE n° 157.

⁶⁴⁵ Résolution RES(2002)8 du Comité des ministres du 13 juin 2002 relative au statut de la Commission européenne de lutte contre le racisme et l'intolérance.

⁶⁴⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005, STE n° 197.

⁶⁴⁷ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011, STE n° 210.

⁶⁴⁸ Notamment Cour EDH, Gde chbr., 9 juillet 2013, *Vinter e. a. c/ Royaume-Uni, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10*, point 116 et Cour EDH, Gde chbr., 27 juin 2000, *Salman c/ Turquie, req. n° 21986/93*, point 113.

⁶⁴⁹ Cour EDH, Gde chbr., 16 mars 2010, *Oršuš et autres c/ Croatie, req. n° 15766/03*.

⁶⁵⁰ Cour EDH, Gde chbr., 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark, req. n° 52562/99 et 52620/99*, voir le point 72.

l'Europe à partir des années 1990⁶⁵¹, à savoir les textes de l'Assemblée parlementaire ou du Comité des ministres, notamment des recommandations ou des résolutions. L'utilisation de ces sources endogènes rejoint en réalité « *un mouvement d'ensemble qui traverse le droit international des droits de l'homme, à savoir la multiplication des références au/et des renvois d'un instrument ou d'un système de protection à l'autre* »⁶⁵² et qui s'apparente à une méthode d'interprétation comparatiste, voire à une politique jurisprudentielle⁶⁵³ en raison des choix opérés dans les textes appliqués. Cette méthode s'insère aux côtés de celles déjà évoquées, telle que l'interprétation téléologique qui reste la plus importante.

Les deux juridictions privilégient l'interprétation téléologique, permettant une certaine émancipation des juges, même si la technique n'est pas sans critique, concernant sa potentielle subjectivité⁶⁵⁴. Un véritable lien existe entre une technique d'interprétation et la direction que prennent les juges, la politique qu'ils mènent. D'ailleurs, au niveau de la Cour EDH il y a une « *invitation quasi-structurelle à la politique jurisprudentielle* »⁶⁵⁵, en raison de l'absence de législateur. Plus largement, les débats autour des techniques d'interprétation invitent à réfléchir au rôle du juge dans les sociétés démocratiques ⁶⁵⁶. L'approche téléologique est un choix assumé des juges européens qui leur permet d'opter pour une direction précise en respectant le but et le contexte de leurs traités.

La question est ensuite de déterminer si cette direction choisie est la même pour chacun des juges, s'ils se rejoignent par ce biais. Les rapports entre les deux juridictions « *reposent encore aujourd'hui sur un fondement volontaire puisqu'aucun texte n'oblige juridiquement la Cour de justice à appliquer le droit de la Convention européenne et la Cour*

⁶⁵¹ J.-F. FLAUSS, « Le droit du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, p. 57.

⁶⁵² J.-F. FLAUSS, « Le droit du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, p. 59.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 63. Pour certains, l'expression de politique jurisprudentielle est un pléonasme, la jurisprudence étant nécessairement orientée. Voir B. CANGUILHEM, « Les politiques jurisprudentielles : fonctions d'un pléonasme », in *Les politiques jurisprudentielles*, J. A. SEDKY, R. BRETT, A. MICHEL *et alii* (dir.), Mare et Martin, Paris, 2015, p. 28.

⁶⁵⁴ É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, n° 74, p. 386.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 390.

⁶⁵⁶ M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies*, 2007, n° 2, numéro spécial « Judging Judges » : « *debates about legal interpretation often assume a broader dimension linked to the proper role of courts in a democratic society* ».

européenne des droits de l'homme à se référer au droit de l'Union »⁶⁵⁷. Autrement dit, les juges européens souhaitent-ils que leurs jurisprudences se rejoignent ? *A priori*, il existe « une interdépendance, voire une consubstantialité, entre les notions d'interprétation téléologique et de politique jurisprudentielle [...] l'interprétation téléologique permet la manifestation d'un « vouloir » juridictionnel [...] la politique jurisprudentielle confère une certaine rationalité dans l'utilisation de ce pouvoir juridictionnel »⁶⁵⁸. La volonté des juges européens d'harmoniser les droits peut s'exprimer à travers l'idée d'une politique jurisprudentielle qui implique une substance commune des droits protégés.

Section 2. La politique jurisprudentielle convergente des juges européens

« À partir de quand la jurisprudence devient politique ? »⁶⁵⁹. L'idée même de politique jurisprudentielle est plus fréquemment utilisée par les anglo-saxons, et correspond davantage à la logique d'un système de *common law*⁶⁶⁰. Mais la question peut se poser au niveau européen car la politique jurisprudentielle implique de savoir si la fonction du juge peut l'amener à opérer des choix s'inscrivant dans une cohérence d'ensemble, s'il pratique une politique. « L'idée qu'une juridiction – et de plus une juridiction non élue – puisse jouer un rôle politique semble a priori paradoxale, voire hérétique, puisque la séparation du juge d'avec le pouvoir politique constitue un des fondements nécessaire de tout État de droit, se réclamant des principes démocratiques »⁶⁶¹. La notion de politique peut donner lieu à plusieurs définitions, allant de l'idée basique de gestion des affaires publiques jusqu'à la façon de diriger un État. Les acteurs de cette politique diffèrent également selon que l'on envisage « toute personne ou tout organe qui a la possibilité d'exercer une influence sur les décisions politiques prises au niveau le plus élevé, au niveau de l'appareil gouvernemental »⁶⁶², donc une approche restrictive ou toute personne « exerçant une fonction politique [...] concourant à la réalisation de l'ordre étatique »⁶⁶³. Cette dernière

⁶⁵⁷ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 21.

⁶⁵⁸ É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 390.

⁶⁵⁹ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 2015 (réédition, original de 1972), p. 9.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 387.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ *Ibid.*

approche plus large permet d'inclure la justice dans la politique.

Une politique jurisprudentielle peut exister lorsque « *le juge agit comme un législateur* »⁶⁶⁴, en admettant que le législateur est l'entité élue qui adopte des normes obligatoires, normes appelées loi. Le juge atteint effectivement la loi par son interprétation qui l'amène parfois à refaire la loi « *de manière rétroactive, puisqu'elle est censée avoir la signification qui lui est attribuée par le juge non pas au jour de l'interprétation, mais au jour de son adoption par le parlement* »⁶⁶⁵. L'interprétation est alors un acte participant à la législation et les juges jouent un rôle politique. L'existence d'une politique jurisprudentielle n'est pas toujours assumée mais c'est une réalité étroitement liée au système de droit, à l'intérieur duquel la juridiction opère⁶⁶⁶. « *Toute politique jurisprudentielle se manifeste par deux traits : elle est toujours un choix et elle répond nécessairement, du moins l'entend-elle, à un besoin* »⁶⁶⁷. Un besoin avant tout au niveau européen car il n'y a pas de juge spécifiquement désigné comme constitutionnel. « *Lorsque les tribunaux tranchent des questions qui n'avaient pas été envisagées d'avance concernant les règles constitutionnelles les plus fondamentales, ils se font reconnaître le pouvoir de les résoudre, après que les questions se sont posées et que la décision a été rendue. Dans ce cas, la seule chose qui réussisse c'est le succès* »⁶⁶⁸. Mais c'est aussi un choix, une décision, provenant des juridictions européennes qui peut s'expliquer par la nécessité d'adapter la jurisprudence « *aux contraintes économiques et sociales* »⁶⁶⁹ et de proposer « *un programme d'action* »⁶⁷⁰.

⁶⁶⁴ É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, *op. cit.*

⁶⁶⁵ M. TROPER « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », *EJLS*, 2007, n° 2, numéro spécial « Judging Judges ».

⁶⁶⁶ Voir M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies*, 2007, n° 2, numéro spécial « Judging Judges » : « *The concrete interpretation to be given to legal rules is therefore a product of legal reasoning and of the institutional constraints and normative preferences that determine the role of courts in a given political community. The blending [...] is also frequently presented as a matter of judicial philosophy. In this sense, all courts (and their members) have a judicial philosophy, be it publicly articulated or not. Such a judicial philosophy is however, to a large extent, a product of the system of law in which those courts operate* ».

⁶⁶⁷ G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, Paris, 2007, p. 81.

⁶⁶⁸ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF, Paris, 1989, spéc. pp. 408-409. Spécifiquement p. 459, l'auteur cite Hart (H. L. A. HART, *Le concept de droit*, traduction française par M. Van de Kerchove, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, pp. 187-188).

⁶⁶⁹ G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, Paris, 2007, p. 83.

⁶⁷⁰ *Ibidem*.

Ainsi, chaque juge européen mène une politique jurisprudentielle afin de protéger les droits fondamentaux et il faut déterminer si leur politique prend en considération l'autre juge européen. Pour arriver à constater la politique jurisprudentielle convergente des juges européens, il faut d'abord s'intéresser à l'absence de désaccord majeur sur le terrain substantiel (§1) pour ensuite admettre que les principes généraux du droit sont un instrument essentiel pour maintenir cette convergence (§2).

§1. L'absence de désaccord majeur entre les juges européens

Pour ne pas seulement présumer l'existence d'une politique jurisprudentielle, il est nécessaire de déterminer quels indicateurs permettent de confirmer que le juge européen choisit une direction lorsqu'il rend un arrêt. *« Une première difficulté porte sur le spectre que doit posséder une politique jurisprudentielle : doit-on regarder grossièrement un domaine du droit pour y chercher une ligne directrice ou bien faut-il descendre dans le détail des questions qu'il recouvre ? »*⁶⁷¹. Les deux regards sont nécessairement pertinents mais difficiles à exploiter, le domaine de convergence est ici la protection des droits fondamentaux qui sert donc de spectre à la considération d'une politique jurisprudentielle commune aux juridictions européennes. *« Si l'on peut parler de politique jurisprudentielle, c'est seulement dans un sens rétrospectif, c'est-à-dire comme bilan a posteriori d'une œuvre qui se prête à être mise en cohérence, à la manière d'un paramètre d'interprétation, même si elle n'obéit pas à des desseins prédéterminés »*⁶⁷². Il faut donc procéder à un bilan de la jurisprudence des deux juridictions sur un terrain substantiel de protection des droits fondamentaux.

Même si les premiers temps de comparaison des jurisprudences des deux juges européens ont été marqués par une certaine méfiance de la doctrine⁶⁷³ – qui estimait en majorité que les divergences risquaient de se multiplier – la réalité a plutôt été dans le sens d'une convergence⁶⁷⁴. Du côté de l'Union européenne, la Convention EDH ainsi que la

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 88.

⁶⁷² G. ZAGREBELSTKY, « Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006.

⁶⁷³ Voir par exemple D. SPIELMANN, « Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et de Luxembourg : Conflits, Incohérences et Complémentarités », in *Un agenda de l'Union européenne relatif aux droits de l'homme*, Florence, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 789 ; F. ZAMPINI, « Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire de la concurrence », *RMCUE*, 1999, p. 628.

⁶⁷⁴ Voir notamment B. BERTRAND, « Cohérence normative et désordre contentieux. À propos de l'adhésion

jurisprudence de la Cour EDH, ont été des sources privilégiées pour appliquer les droits fondamentaux par le biais des principes généraux du droit. Ce choix de source est déjà le signe d'une politique jurisprudentielle. D'ailleurs, ce rôle de la Cour de justice n'a pas été critiqué alors qu'il existe habituellement une certaine défiance « *qui entoure tout ce qui s'apparente à un rôle politique des juges, on aurait pu s'attendre à ce que les solutions novatrices proposées par la Cour se heurtent à une résistance farouche de la plupart de ses principaux interlocuteurs institutionnels. [...] l'accueil réservé à l'œuvre jurisprudentielle de la Cour a été très largement positif, voire enthousiaste, et ses arrêts ont dans la plupart des cas fait l'objet d'une mise en œuvre régulière* »⁶⁷⁵. De son côté, le Conseil de l'Europe inclus de plus en plus l'Union européenne dans ses conventions, lui permettant d'adhérer à certains textes et aux valeurs mises en avant, voire en prévoyant des clauses de déconnexions⁶⁷⁶. Enfin, la Cour EDH a opéré une insertion du droit de l'Union assez importante, au point que certains ont évoqué une « *communautarisation* » du droit de la CEDH par la Cour européenne⁶⁷⁷ qui « *dépasse le cadre de la seule interprétation de la portée des droits garantis : elle affecte également les méthodes de raisonnement du juge européen des droits de l'homme et plus largement les principes directeurs de sa politique tant juridictionnelle que jurisprudentielle* »⁶⁷⁸. C'est également le cas du Comité EDS qui utilise régulièrement le contenu des directives de droit du travail adoptées par l'Union européenne⁶⁷⁹.

« *La notion de politique jurisprudentielle peut donc être entendue comme une*

de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2011, n° 1, p. 181, qui considère qu'il y a une certaine uniformisation matérielle.

⁶⁷⁵ R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Monchrestien, Paris, 2e éd., 1997, p. 99.

⁶⁷⁶ Certaines conventions du Conseil de l'Europe permettent aux États membres de l'Union d'appliquer en priorité les obligations relatives au droit de l'Union : « *Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de la Communauté européenne appliquent les règles de la Communauté et n'appliquent donc les règles découlant de la présente Convention que dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné* ». Voir ainsi la Convention sur les opérations financières des « initiés » de 1989, la Convention européenne sur la télévision transfrontière de 1989, la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite de 1990, la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains de 2005 et la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels de 2007. Voir à ce sujet P. DURAND, « La gestion du conflit de normes entre les conventions du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne, *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), L'Harmattan, Paris, 2016, p. 119.

⁶⁷⁷ J.-F. FLAUSS, « Le droit du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, p. 49.

⁶⁷⁸ *Ibidem*.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

*stratégie juridictionnelle globale et systématisée d'instrumentalisation du droit à des fins institutionnelles ou politiques (au sens large) »*⁶⁸⁰. La politique jurisprudentielle ici recherchée concerne les deux juges européens et existe si leurs choix convergent dans le but d'éviter tout conflit. Cette convergence est difficile à constater dans des domaines qui ne sont pas au centre de préoccupations des deux juridictions (A). Ainsi, les droits procéduraux ne sont pas la priorité de la Cour de justice de l'Union, notamment dans leur application au droit de la concurrence et la juridiction de l'Union n'est quasiment pas compétente pour les actes de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Au contraire, la convergence est plus visible dans la conception du principe de non-discrimination ou de l'ELSJ, dont les développements sont importants pour les deux juridictions (B).

A. La difficile convergence jurisprudentielle : droits procéduraux et politique étrangère et de sécurité commune

D'un côté, la protection des droits procéduraux existe dans l'Union européenne mais selon une conception adaptée à l'organisation, qui ne correspond pas exactement à celle de la Cour EDH (2). De l'autre côté, la PESC est encore largement dominée par la méthode intergouvernementale et échappe en partie au contrôle de la Cour de justice, ce qui rend difficile la constatation d'une éventuelle convergence (2).

1. Une convergence jurisprudentielle superficielle quant aux droits de la défense

Il s'agit de déterminer si les juges européens prennent sciemment en compte la jurisprudence de l'autre juridiction dans leur approche relative aux droits de procédure⁶⁸¹. Ces droits correspondent en partie à la protection attachée au droit à un procès équitable de l'article 6 de la Convention EDH, qui comprend plusieurs aspects dont les droits de la défense. Ces derniers ont été consacrés par le biais d'un PGD au niveau de l'Union⁶⁸², pour ensuite

⁶⁸⁰ É. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, n° 74, p. 388.

⁶⁸¹ L'expression a été choisie selon le classement effectué dans F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13e éd. refondue, 2016, pp. 530 et s. Ces droits de procédure comprennent ainsi d'un côté le droit à un procès équitable avec les droits de la défense, le droit à un tribunal ou encore le droit à la présomption d'innocence et de l'autre côté le droit à un recours effectif.

⁶⁸² Voir par exemple CJUE, Gde chbr., 14 juin 2016, *Marchiani*, aff. C-566/14 P, ECLI:EU:C:2016:437, point 51.

être inscrits aux articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Différentes revendications peuvent faire partie des droits de la défense comme le droit de se voir communiquer les éléments retenus à charge, le droit à la communication des griefs, le droit de faire utilement valoir son point de vue et le droit d'audition préalable⁶⁸³. Il faut donc déterminer si le juge de l'Union répond aux exigences posées par la Cour EDH alors qu'il n'y est pas obligé ou si la Cour EDH s'adapte à la jurisprudence de la Cour de justice. Dans les deux cas, c'est le signe d'une convergence donc d'une politique jurisprudentielle.

Au sein de la Cour de justice, une thématique controversée a concerné la procédure incluant l'avocat général⁶⁸⁴. En effet, les parties ne peuvent en principe pas répondre aux conclusions que celui-ci présente avant le rendu de l'arrêt. Par exception seulement, la Cour de justice peut décider de rouvrir la procédure orale après les conclusions de l'avocat général⁶⁸⁵. Une situation similaire s'est présentée en France devant le Conseil d'État qui a progressivement changé son approche, passant d'un commissaire du gouvernement à un rapporteur public au fil des décisions de la Cour EDH⁶⁸⁶, qui concernaient particulièrement leur participation au délibéré⁶⁸⁷. La Cour EDH a été saisie directement sur la procédure de la Cour de justice dans un arrêt *Cooperatieve* de 2009⁶⁸⁸, et a appliqué sa jurisprudence *Bosphorus* ⁶⁸⁹. Ce faisant, elle n'a pas constaté d'insuffisance manifeste permettant de renverser la présomption de protection équivalente et a donc opéré un contrôle restreint. Cette approche « révèle la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme de ménager

⁶⁸³ Voir F. MARIATTE, « Lutte contre le terrorisme, sanctions économiques et droits fondamentaux », *Europe*, 2007, n° 2, comm. 45.

⁶⁸⁴ Voir par exemple à ce sujet T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, 2e éd., p. 344.

⁶⁸⁵ Article 61 du règlement de procédure de la Cour du 25 septembre 2012, dans sa version après modification du 19 juillet 2016.

⁶⁸⁶ Cour EDH, Gde chbr., 7 juin 2001, *Kress c/ France*, req. n° 39594/98 qui condamne la participation du commissaire du gouvernement au délibéré et la nécessité d'informer les parties du sens de ses conclusions avant l'audience. Voir par exemple à ce sujet : F. BENOÎT-ROHMER, « Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable », *RTDE*, 2001, n° 4, p. 727 ; G. PELLISSIER, « L'obligation d'informer les parties, à leur demande et avant l'audience, du sens des conclusions du commissaire du gouvernement », *AJDA*, 2006, p. 912 et M.-C. DE MONTECLER, « Le commissaire du gouvernement est mort ! Vive le rapporteur public ! », *AJDA*, 2008, p. 1230.

⁶⁸⁷ Voir à ce sujet G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, Paris, 2002, p. 15.

⁶⁸⁸ Cour EDH, 20 janvier 2009, *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A c/ Pays-Bas*, req. n° 13645/05.

⁶⁸⁹ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

la Cour de justice »⁶⁹⁰ qui avait déjà statué sur la question⁶⁹¹. Il n'est pas certain que la position soit maintenue en cas d'adhésion de l'Union à la Convention EDH et d'abandon de la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux⁶⁹².

Un des autres thèmes qui peut être considéré sous l'angle des droits procéduraux concerne les voies de droit devant la Cour de justice et leur accessibilité. Deux de ces voies peuvent être particulièrement affectées : l'accès au renvoi préjudiciel lorsqu'il est refusé par le juge national et l'accès au recours en annulation pour des personnes physiques ou morales en raison de la vision restreinte de ce recours par la Cour de justice. Au sujet du renvoi préjudiciel, la Cour EDH a développé une jurisprudence qui admet la violation de l'article 6 de la Convention EDH en cas d'absence de motivation lorsqu'un juge refuse de procéder à un renvoi demandé par les parties⁶⁹³. La Cour EDH a eu l'occasion de confirmer cette obligation de motivation à l'encontre d'un juge italien qui n'avait pas suffisamment motivé le refus de renvoi préjudiciel à la Cour de justice⁶⁹⁴. La Cour EDH œuvre ainsi pour la pleine application du droit de l'Union en confortant « la procédure devant la Cour de justice en obligeant les juridictions nationales des États membres à exercer correctement leur fonction de juges de droit commun de l'Union européenne »⁶⁹⁵. Cette bienveillance s'applique également à l'égard du recours en annulation. La Cour de justice a en effet une vision assez restrictive de la qualité pour agir des personnes physiques et morales, spécifiquement pour prouver qu'ils sont individuellement concernés par un acte de l'Union⁶⁹⁶. Lorsque la Cour

⁶⁹⁰ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 197.

⁶⁹¹ CJCE, 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, *Rec.* p. I-675. Voir D. SPIELMANN, « L'indépendance de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire », *RTDH*, 2000, n° 44, p. 585.

⁶⁹² D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 189.

⁶⁹³ Comm. EDH, 12 mai 1993, *Société Divagsa c/ Espagne*, req. n° 20631/92 et L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence comparée (2011) », *Revue dr. pub.*, 2012, n° 6. Cour EDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten c/ Belgique*, req. n° 3989/07 et n° 38353/07. Voir à ce sujet, N. HERVIEU, « Renvoi préjudiciel : le juge de Strasbourg s'invite fermement mais courtoisement dans la relation entre juges nationaux et juge de Luxembourg », disponible sur le site combats pour les droits de l'homme, www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr, 23 septembre 2011. Voir également CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, aff. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:611.

⁶⁹⁴ Cour EDH, 8 avril 2014, *Dhahbi c/ Italie*, req. n° 17120/09.

⁶⁹⁵ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 189-191. Un autre exemple qui démontre le soutien que la Cour EDH apporte à la Cour de justice consiste en l'exclusion de la procédure de renvoi préjudiciel dans le calcul du délai raisonnable de la procédure. Voir Cour EDH, 26 février 1988, *Pafitis c/ Grèce*, req. n° 20323/02.

⁶⁹⁶ La condition est posée à l'article 263 TFUE. Voir à ce sujet notamment : P. NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale »,

EDH dégage la présomption de protection équivalente dans l'arrêt *Bosphorus*, elle se pose la question de cette vision restreinte qu'elle estime compensée par la possibilité des États membres d'agir plus facilement en tant que requérants privilégiés⁶⁹⁷. Pourtant, cette « *interprétation sclérosante* »⁶⁹⁸ est contraire au droit à une protection juridictionnelle effective, donc aux droits de la défense et l'ouverture envisagée avec le traité de Lisbonne ne semble pas apporter de compensation⁶⁹⁹.

De son côté, la Cour de justice de l'Union applique directement les droits de la défense dans les contentieux concernant le droit de l'Union mais en ne suivant pas nécessairement les développements de la Cour EDH⁷⁰⁰. Le droit de la concurrence a notamment concentré plusieurs difficultés procédurales en raison, par exemple, du double rôle d'enquêteur et de juge de la Commission européenne et le caractère pénal ou non des amendes infligées aux entreprises⁷⁰¹. Sur ce dernier point il y a un décalage entre les deux ordres : le règlement n° 1/2003⁷⁰² rejette explicitement cette qualification aux sanctions pécuniaires tandis que la Cour EDH a admis l'applicabilité de l'article 6 de la Convention EDH aux amendes de concurrence⁷⁰³, obligeant la Commission à respecter les droits de la

RTDE, 1994, p. 171 ; G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *CDE*, 1995, p. 535 ; P. GILLIAUX, « L'arrêt *Union de pequenos agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, 2003, p. 177 ; R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'*aggiornamento* n'aura pas lieu... », *RTDE*, 2003, p. 23 ; K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers », *CDE*, 2009, p. 711 ; D. WAELBROECK et T. BOMBOIS, « Des requérants « privilégiés » et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE*, 2014, n° 1, p. 21. et L. COUTRON, « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *AJDA*, 2014, p. 548.

⁶⁹⁷ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98, points 161 et suivants.

⁶⁹⁸ L. COUTRON, « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *op. cit.*, p. 548.

⁶⁹⁹ Voir l'article 263 alinéa 4 TFUE qui permet de ne plus prouver l'affectation individuelle pour les actes réglementaires qui n'ont pas d'actes d'exécution. Voir à ce sujet : F.-V. GUIOT, « L'affaire *Inuit* : une illustration des interactions entre recours individuel et équilibre institutionnel dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE », *RTDE*, 2014, n° 2, p. 389 ; C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », in *L'homme et le droit : en hommage au Professeur Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, p. 77 ; E. BROSSET, « Les enseignements de l'affaire *Inuit Tapiriit Kanatami*. Bien-être animal, bien-être des populations Inuit et bien-être des requérants individuels », *RUE*, 2015, p. 173 et F. GAZIN, « Acte réglementaire ne comportant pas de mesure d'exécution », *Europe*, n° 3, 2016, comm. 89.

⁷⁰⁰ Voir É. BARBIER DE LA SERRE, fasc. 1809 « Protection des droits fondamentaux, Charte des droits fondamentaux, CEDH », *Lamy droit économique*, mis à jour en septembre 2016.

⁷⁰¹ A. BAILLEUX, « Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *RTDE*, 2010, n° 1, p. 31.

⁷⁰² Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE* n° L 1, 4 janvier 2003, p. 1, article 23 § 5.

⁷⁰³ L'article 6 de la Convention EDH s'applique aux matières pénales et civiles mais la Cour EDH en a fait des notions autonomes. Trois critères sont utilisés pour déterminer la nature pénale d'une sanction : la

défense avant d'adopter une sanction. Cependant, les juges de l'Union ont préféré appliquer la Charte des droits fondamentaux en tant que source du principe général des droits de la défense, plutôt que l'article 6 de la Convention EDH. Cet aspect est d'ailleurs lié au second, le cumul des fonctions par la Commission européenne n'est pas gênant pour la Cour EDH, à condition qu'un contrôle de pleine juridiction soit disponible devant un juge⁷⁰⁴.

Finalement, dans le cadre procédural, la convergence existe mais elle reste quelque peu superficielle. Il semblerait que la Cour EDH soit plus conciliante avec la Cour de justice tant que cette dernière tend à accorder le même type de protection que la Convention EDH même si elle se fonde sur d'autres bases juridiques que la Convention EDH. Il y a une politique jurisprudentielle qui est menée mais plus négative car elle ne permet pas nécessairement une augmentation de la protection des droits fondamentaux. Il semble que la problématique soit différente dans les matières nouvelles de l'Union, notamment dans la PESC où la convergence reste difficile à constater.

2. Une convergence complexe à constater en matière de PESC

L'absence de justiciabilité des actes de la PESC devant la Cour de justice, hormis pour les mesures restrictives depuis le traité de Lisbonne⁷⁰⁵ ou pour vérifier le respect de la base juridique⁷⁰⁶, explique en partie la difficulté pour constater une éventuelle convergence matérielle entre les jurisprudences de la Cour de justice et de la Cour EDH. De plus, le domaine relève principalement de la compétence des États membres qui peuvent donc voir leur responsabilité directement mise en cause devant la Cour EDH. Cette dernière juridiction

qualification de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de l'infraction en cause et la sévérité de la peine potentielle encourue. Voir Cour EDH, 27 septembre 2011, *Menarini c/ Italie*, req. n° 43509/08.

⁷⁰⁴ Cour EDH, 27 septembre 2011, *Menarini c/ Italie*, req. n° 43509/08, au sujet de l'autorité de la concurrence italienne. L'absence d'effet suspensif du recours contestant la décision de la Commission est une question qui a été abordée devant la Cour EDH mais la requête avait été estimée irrecevable en raison de l'absence de qualité de victime de la requérante (qui n'avait pas eu à régler l'amende avant la décision de confirmation du Tribunal) : Cour EDH, Gde chbr., 10 mars 2004, *Senator Lines GmbH*, req. n° 56672/00.

⁷⁰⁵ Voir l'article 275 TFUE : « *La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base. 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* ».

⁷⁰⁶ Voir par exemple CJCE, Gde chbr., 20 mai 2008, *Commission c/ Conseil*, aff. C-91/05, *Rec.* p. I-3651.

connaît ainsi un contentieux relatif aux relations extérieures sans que l'Union ne puisse agir. Par exemple, le transfert de prisonniers d'un État partie à la Convention EDH et membre de l'Union vers les États-Unis avec l'aide d'une agence américaine qui utilise des sites secrets en Europe peut mettre en cause la responsabilité dudit État devant la Cour EDH⁷⁰⁷, sans que l'Union européenne ne puisse intervenir. Seul le Parlement européen s'est penché sur ce débat précis mais sans valeur contraignante⁷⁰⁸, en ayant tout de même demandé au Conseil d'activer l'article 7 TUE, à savoir la potentielle suspension de droits d'un État membre en cas de non-respect des valeurs de l'Union mais sans succès. La question a pu être traitée par le Conseil de l'Europe alors qu'elle a échappé à l'Union européenne. « *Qu'il s'agisse de leurs propres impératifs constitutionnels ou de leur responsabilité au regard de la CEDH, les membres de l'Union sont les premiers comptables du respect des droits de l'Homme* »⁷⁰⁹. L'Union européenne n'est pas apte à adopter des normes sur certains aspects de la politique extérieure, car il s'agit d'un domaine intergouvernemental qui permet au Conseil de l'Europe d'exister. Par ailleurs, le Tribunal de l'Union se réfère directement à la *soft law* du Conseil de l'Europe, comme les lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme du Comité des ministres⁷¹⁰.

En revanche, la justiciabilité des mesures restrictives est une question plus délicate. Dans un premier temps, la Cour EDH semble avoir évité d'aborder frontalement le débat, pour les mesures autonomes qui ne sont pas fondées sur une résolution des Nations Unies. Dans une démarche logique, les requérants ont ciblé tous les États membres de l'Union pour leur responsabilité dans l'adoption d'un acte PESC⁷¹¹, qui relève de la méthode intergouvernementale. Démarche qui semble être admise par la Cour EDH dans l'arrêt *Segi* de 2002, « *les décisions relevant de la PESC ont [...] un caractère intergouvernemental. Par*

⁷⁰⁷ Cour EDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c/ Pologne*, req. n° 28761/11, points 453 et s. ; Cour EDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c/ Italie*, req. n° 448983/09, points 241 et s. ; Cour EDH, 31 mai 2018, *Al Nashiri c/ Roumanie*, req. n° 33234/12 et Cour EDH, 31 mai 2018, *Abu Zubaydah c/ Lituanie*, req. n° 33234/12.

⁷⁰⁸ Voir la résolution du Parlement européen concernant des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens P7_TA(2012)0309 du 11 septembre 2012, *JOUE* n° C 353, 3 décembre 2012, p. 1 et les développements de C. CHEVALLIER-GOVERS, « Sécurité et droits de l'homme dans l'Union européenne », in *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, C. FLAESH-MOUGIN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 142 et s.

⁷⁰⁹ H. LABAYLE, « Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne : l'équation impossible », *op. cit.*

⁷¹⁰ Voir TPICE, 12 décembre 2006, *OMPI c/ Conseil*, aff. T-228/02, *Rec.* p. II-4665, point 111.

⁷¹¹ Cour EDH, 23 mai 2002, *Segi et Gestoras pro-amnistia e. a. c/ l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède*, req. n° 6422/02 et n° 9916/02.

sa participation à son élaboration et son adoption, chaque État engage sa responsabilité. Cette responsabilité est exercée conjointement par les États lorsqu'ils adoptent une décision PESC »⁷¹². Dans cette affaire, la Cour EDH ne répond pas sur une éventuelle irrecevabilité *ratione personae* mais estime, de façon contestable⁷¹³, que les requérants n'ont pas la qualité de victime requise pour que la Cour EDH étudie une demande. L'approche des requérants sur la recherche de la responsabilité de tous les États membres de l'Union pour les mesures restrictives – mais valant aussi pour les autres actes PESC non justiciables devant la Cour de justice – est *a priori* cohérente. S'il n'existe pas de décision sur le fond de la Cour EDH portant sur des mesures restrictives autonomes, décidées par des actes de l'Union sans résolution de l'ONU, il en est autrement pour l'application de ce type de sanction par des États tiers à l'Union. En effet, la mise en place et l'exécution de mesures restrictives répond souvent à une logique internationale avec pour fondement une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, ensuite transposée par les institutions de l'Union ou par des États directement, notamment lorsqu'ils ne sont pas membres de l'Union européenne. Ce contentieux des mesures restrictives a largement été envisagé par la Cour de justice⁷¹⁴, avant que la Cour EDH n'ait eu l'occasion de statuer en 2012⁷¹⁵. La Cour EDH fonctionne comme pour l'Union européenne avec ces résolutions de l'ONU, en posant une présomption de protection équivalente. En revanche, le juge des droits de l'homme estime qu'il y a une insuffisance manifeste permettant de renverser la présomption⁷¹⁶. La juridiction constate une violation sur le terrain de l'article 8 de la Convention EDH alors que la Cour de justice sanctionne plus fréquemment le non-respect du droit à la propriété ou des droits procéduraux⁷¹⁷.

⁷¹² *Ibidem*.

⁷¹³ *Ibid*. La Cour EDH estime que la présence dans la liste n'est pas incriminante : « les requérants n'apportent aucun élément permettant de conclure qu'ils ont fait l'objet de mesures particulières à leur rencontre en application de cette disposition. Le seul fait que deux des requérants (*Segi et Gestoras Pro-Amnistia*) figurent dans la liste à laquelle il est fait référence dans cette disposition en tant que « groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme » peut être gênant, mais constitue un lien beaucoup trop ténu pour justifier l'application de la Convention ».

⁷¹⁴ C'est un contentieux en constante évolution, voir B. BERTRAND, « La particularité du contrôle juridictionnel des mesures restrictives », *RTDE*, 2015, n° 3, p. 555 ou C. SCHNEIDER, « Politique étrangère et de sécurité commune 2014-2015 », *ADUE*, 2015.

⁷¹⁵ Cour EDH, Gde chbr., 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08 et R. TINIERE, « Les « black lists » du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2013, n° 3, p. 515.

⁷¹⁶ Cour EDH, Gde chbr., 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08, point 172.

⁷¹⁷ Par exemple Trib. UE, 5 mai 2015, *Petropars Iran c/ Conseil*, aff. T-433/13, ECLI:EU:T:2015:255 ou Trib. UE, 14 janvier 2015, *Abdulbasit Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. T-127/09 RENV, ECLI:EU:T:2015:4.

La Cour de justice ne souhaite pas que des actes qu'elle ne peut pas contrôler puissent l'être par une autre juridiction supranationale. Elle l'affirme dans l'avis 2/13, au sujet d'une potentielle justiciabilité des actes PESC devant la Cour EDH. « *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* »⁷¹⁸. Ne serait-il pas envisageable que la Cour EDH puisse justement statuer sur des actes PESC en dehors de toute adhésion par le biais de la responsabilité collective des États membres, alors qu'un accord d'adhésion pourrait spécifiquement les exclure de la compétence de la Cour EDH ? De plus, « *la position adoptée par la Cour de justice révèle un manque de confiance dans l'aptitude de la Cour européenne à prendre en compte la spécificité de l'Union européenne et du système juridictionnel mis en place par les traités sur l'Union européenne* »⁷¹⁹. Il semble en tout cas que la Cour de justice joue à un jeu dangereux⁷²⁰, notamment si la Cour EDH décide d'élever ces standards de protection et d'écarter ou de renverser plus fréquemment la présomption de protection équivalente.

La convergence est ainsi difficile à constater. Elle est plus visible dans des domaines dans laquelle la Cour de justice est compétente, comme l'ESLJ ou encore des questions que la juridiction de l'Union a traité dès les débuts de la construction européenne, comme le principe de non-discrimination.

B. Une convergence visible : le principe de non-discrimination et l'ELSJ

La convergence est assurée par les deux juridictions dans un mouvement circulaire puisque l'une va s'inspirer de l'autre⁷²¹. Mais ce mouvement ne serait probablement pas possible sans l'ouverture de la Cour EDH au droit de l'Union européenne. Une fois que le juge des droits de l'homme intègre la démarche du juge de l'Union, ce dernier peut plus facilement s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour EDH pour prendre une décision

⁷¹⁸ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 255.

⁷¹⁹ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 99.

⁷²⁰ T. LOCK, « The future of the European Unions's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13 : is it possible and is it desirable ? », *ECLR*, 2015, n° 2, p. 272.

⁷²¹ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, 2015, p. 14.

impliquant des droits fondamentaux. Le mouvement circulaire débute ainsi et permet *in fine* d'élever la protection des droits fondamentaux. L'exhaustivité dans la comparaison de la démarche des deux juridictions est difficile mais il est possible de s'attarder sur deux aspects qui ont donné lieu à de nombreux développements : d'une part le respect du principe d'égalité de traitement, donc l'interdiction de toute discrimination (1) et d'autre part la protection des droits fondamentaux au sein de l'ELSJ (2).

1. Une convergence jurisprudentielle avérée autour du principe général de non-discrimination

Le choix du thème du traitement égalitaire, ou principe de non-discrimination, est approprié pour illustrer la convergence de jurisprudence, c'est dans ce domaine que les juridictions ont pour la première fois inclus des références précises de l'autre juridiction⁷²². D'une part, l'Union européenne s'est attachée à faire disparaître toutes les discriminations en raison de la nationalité sur le terrain du marché intérieur, en incluant dès le traité de Rome de 1957 l'égalité entre hommes et femmes en matière de rémunération⁷²³. La question a ensuite été étendue par le biais d'un principe général d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes affectant les relations de travail et leurs conséquences⁷²⁴, pour enfin être consacré à l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux. D'autre part, la problématique de la non-discrimination, qui peut être considérée comme « *pièce maîtresse de tout dispositif de protection des droits de l'homme* »⁷²⁵ est également au centre de la Convention EDH. L'article 14 de la Convention EDH qui pose la règle de non-discrimination est particulier car il est dépendant des autres articles de la Convention mais reste autonome⁷²⁶. En effet, pour envisager une situation potentiellement discriminatoire, un requérant devant la Cour doit d'abord démontrer que les faits en question entrent dans le champ d'application d'un autre article de la Convention ou de ses protocoles, sans qu'il y ait pour autant une violation de

⁷²² Pour la Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74 et la CJCE, 30 avril 1996, *P. et S.*, aff. C-13/94, *Rec.* p. I-2143. Voir D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 11.

⁷²³ Article 119 TCEE devenu article 141 TCE et 157 TFUE.

⁷²⁴ Voir CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, aff. 149/77, *Rec.* p. 1365 ou encore CJCE, 30 avril 1996, *P. et S.*, aff. C-13/94, *Rec.* p. I-2143.

⁷²⁵ H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 141.

⁷²⁶ Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13e éd., 2016, pp. 416 et s.

l'article de fond. Enfin, les États parties à la Convention EDH se sont entendus en 2000 pour ajouter un principe général de non-discrimination dans le cadre du protocole n° 12⁷²⁷, même s'il n'a ensuite été ratifié que par 18 États sur 47, la France faisant partie des absents.

Sur le terrain de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, il s'avère que la Cour EDH a eu moins souvent l'occasion de statuer et son premier arrêt date de 1985⁷²⁸. Ce qui indique que la Cour de justice a pu construire une ligne jurisprudentielle sur laquelle la Cour EDH pouvait ensuite s'appuyer, « *quand son intervention suit celle de la Cour de justice, elle aboutit à la même conclusion que celle-ci, mais parfois au prix d'entorses aux principes régissant normalement sa propre jurisprudence* »⁷²⁹. L'influence entre les deux juges européens reste réciproque mais l'impulsion semble provenir de la Cour de justice. Il est frappant de noter que devant la Cour de justice « *la très grande majorité des prétendues victimes de discriminations sont des femmes [...] alors que pour la Cour de Strasbourg, ce sont dans la plupart des cas des hommes qui se plaignent d'avoir fait l'objet de discriminations* »⁷³⁰. Cette intéressante constatation peut signifier que la Cour EDH a bénéficié des avancées proposées par la Cour de justice sur le terrain du traitement égalitaire entre hommes et femmes, rapidement affirmé par l'Union européenne comme droit fondamental. En effet, les deux juridictions ont emprunté un chemin inverse : la juridiction de l'Union est partie d'aspects économiques pour se diriger vers la protection des droits fondamentaux, alors que la Cour EDH s'est d'abord appuyée sur les droits fondamentaux pour ensuite développer la non-discrimination⁷³¹.

⁷²⁷ Protocole n° 12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adopté le 4 novembre 2000, entré en vigueur après 10 ratifications le 1^{er} avril 2005, STE n° 177.

⁷²⁸ Cour EDH, Ass. plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81. Voir à ce sujet H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *op. cit.*, p. 146.

⁷²⁹ D. MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence ? », *RTDH*, 2007, n° 69, p. 116.

⁷³⁰ H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *op. cit.*, p. 146. Voir par exemple Cour EDH, 21 février 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, req. n° 20060/92 et à ce sujet F. SUDRE, « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme. L'équivalence dans tous ses états », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, C. PICHERAL et L. COUTRON (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 45-65. Voir également Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis c/ Royaume-Uni*, req. n° 36042/97 et CJCE, 16 décembre 1999, *Taylor*, aff. C-382/98, *Rec.* p. I-8955.

⁷³¹ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire de Varenne, Clermont-Ferrand, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 416.

Afin de proposer une comparaison des positions jurisprudentielles des deux juridictions, les différentes étapes du raisonnement juridique face à une discrimination seront suivies. En premier lieu, la convergence des jurisprudences peut être constatée par « *l'existence d'une définition commune de la notion de discrimination fondée sur le sexe* »⁷³². Ce motif de discrimination a une double dimension pour les deux juridictions : à situation égale il faut un traitement égal mais à situation différente il est nécessaire de différencier⁷³³. Ensuite, les juridictions européennes ont la même démarche concernant la preuve à apporter : s'agissant d'une discrimination directe, l'importance est de considérer la comparabilité qui implique « *non pas que les situations soient identiques, mais seulement qu'elles soient comparables et, d'autre part, l'examen de ce caractère comparable doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de la prestation concernée* »⁷³⁴. La Cour EDH mentionne de son côté des situations analogues⁷³⁵. Les discriminations indirectes – qui existent lorsqu'un critère apparemment neutre désavantage en pratique une personne ou un groupe de personnes – peuvent être prouvées par tout moyen, y compris sur la base de données statistiques pour démontrer le commencement de preuve préalable au renversement de la charge de la preuve⁷³⁶. Il semble que la Cour EDH ait suivi la Cour de justice sur le terrain probatoire en procédant à un transfert de la charge de la preuve vers l'État défendeur car la preuve serait sinon difficile à apporter par le requérant⁷³⁷. En effet, la Cour EDH « *emprunte donc la ligne de raisonnement classique de la Cour de justice dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, mais qu'elle-même n'applique normalement pas, même en présence d'une allégation de*

⁷³² H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *op. cit.*, p. 148.

⁷³³ Voir Cour EDH, 6 avril 2000, Gde chbr., *Thlimmenos c/ Grèce*, req. n° 34369/97, seul exemple existant de condamnation pour non-différenciation d'une situation différente. Voir par exemple CJUE, Gde chbr., 19 décembre 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott*, aff. C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826, point 79 et CJUE, 17 mars 2011, *AJD Tuna Ltd*, aff. C-221/09, *Rec.* p. I-1655, point 88.

⁷³⁴ CJUE, 1er octobre 2015, *O. c/ Bio Philippe Auguste SARL*, aff. C-432/14, ECLI:EU:C:2015:643, point 32.

⁷³⁵ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 24 mai 2016, *Biao c/ Danemark*, req. n° 38590/10, point 89.

⁷³⁶ Voir les directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JOCE* n° L 180, 19 juillet 2000, p. 22) et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail visent à l'interdiction, dans les domaines régis par elles, de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (*JOCE* n° L 303, 2 décembre 2000, p. 16), aux considérants 15 de chaque directive. Voir également F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13e éd. refondue, 2016, pp. 437 et s.

⁷³⁷ Voir Cour EDH, Gde chbr., 13 novembre 2007, *D.H. e. a. c/ République tchèque*, req. n° 57325/00, points 177 et suivants.

discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique »⁷³⁸. La convergence est donc assurée par la Cour EDH qui suit les traces de la Cour de justice.

Enfin, les raisons qui permettent de justifier une discrimination sont similaires. La Cour EDH attend une justification objective et raisonnable⁷³⁹ suivie d'un contrôle de proportionnalité, tandis que la Cour de justice doit déterminer si la limitation apportée au principe de non-discrimination est prévue par la loi, répond à un objectif d'intérêt général, n'affecte pas le contenu essentiel du droit et n'est pas disproportionnée, conformément à l'article 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux⁷⁴⁰. Les deux ont donc une démarche comparable même si la Cour EDH mentionnera potentiellement la question du consensus entre États membres et l'existence ou non d'une marge d'appréciation, qui ne se pose pas devant la Cour de justice⁷⁴¹, marge qui « *paraît encore plus réduite puisque seules des « raisons impérieuses » peuvent rendre licite une différence de traitement* »⁷⁴². À titre d'exemple, la Cour EDH s'est positionnée du côté de l'Union européenne dans une affaire relative à la différence d'âge pour des départs à la retraite. Les deux juridictions ont refusé d'apprécier la question, l'Union pour incompétence car le sujet est explicitement exclu par une directive⁷⁴³ et la Convention EDH par le biais de la marge nationale d'appréciation⁷⁴⁴.

⁷³⁸ D. MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence ? », *op. cit.*, p. 118.

⁷³⁹ Voir Cour EDH, 24 juin 1992, *Schuler-Zraggen c/ Suisse*, req. n° 14518/89.

⁷⁴⁰ Voir CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, point 54. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour de justice recherchait si la mesure était objectivement nécessaire par rapport au but poursuivi en incluant le contrôle de proportionnalité. Voir par exemple CJCE, 16 décembre 1999, *Taylor*, aff. C-382/98, Rec. p. I-8955. Point 28 : « Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, l'application d'âges différents, en fonction du sexe, à un régime de prestations autre que le régime de pensions de vieillesse et de retraite ne peut être justifiée que si la discrimination à laquelle la différence d'âge donne lieu est objectivement nécessaire pour éviter de mettre en cause l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou pour garantir la cohérence entre le régime des pensions de retraite et le régime des autres prestations ». Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

⁷⁴¹ Même si celle-ci peut prendre en compte « l'état actuel » du droit pour admettre ou refuser une évolution : CJCE, 17 février 1998, *Lisa Grant*, aff. C-249/96, Rec. p. I-621.

⁷⁴² H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, *op. cit.*, p. 153. L'auteur évoque notamment les arrêts Cour EDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, req. n° 13580/88, point 24 : « Une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14, si elle n'a que de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou si elle n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe » et Cour EDH, 21 février 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, req. n° 20060/92, point 39.

⁷⁴³ Cour EDH, Gde chbr., 12 avril 2006, *Stec c/ Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 et 65900/01.

⁷⁴⁴ J.-P. LHERNOULD « Égalité entre les sexes et protection sociale : la Cour européenne des droits de l'homme sous influence communautaire », *RJS*, 2006, n° 8-9, p. 21.

Enfin, « lorsque la CEDH intervient sur des questions communautaires, c'est plus pour compenser les éventuelles limites du champ d'application matériel du droit dérivé que pour contredire de manière frontale les solutions communautaires »⁷⁴⁵. Cette compensation se confirme dans le cadre des situations purement internes qui empêchent⁷⁴⁶, en théorie⁷⁴⁷, la Cour de justice de statuer sur le fond. Cette situation est critiquable sur le plan de la protection des droits fondamentaux : « il ne saurait guère laisser indifférent, en effet, de voir que la situation de certaines personnes sur le plan de leurs droits fondamentaux puisse entièrement basculer selon qu'elles relèvent du droit communautaire ou non »⁷⁴⁸.

Ainsi, les juridictions européennes ont une vision qui se rapproche en matière de non-discrimination. La convergence est encore plus visible dans l'ELSJ, domaine affectant particulièrement les droits fondamentaux des individus et pour lequel la Cour de justice est pleinement compétente depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

2. Une convergence progressive dans l'ELSJ

L'ELSJ tend à assurer une harmonisation des droits dans différents domaines dont le droit international privé, matière ayant connu quelques développements intéressants sous l'angle de la protection des droits fondamentaux et les rapports de systèmes. En effet, la problématique des enlèvements internationaux concerne des enfants dont les parents possèdent deux nationalités différentes, dans un conflit de garde transnational qui se traduit par un conflit de juridiction et de décision applicable. La juridiction d'un État peut prendre une décision confiant le titre légal d'autorité à l'un des parents, alors qu'une juridiction d'un autre État rend une décision inverse. Le thème a été réglé par voie conventionnelle avec la Convention internationale de La Haye de 1980 qui se concentre sur la voie de fait que constitue les déplacements illicites d'enfants⁷⁴⁹ ; puis dans l'Union européenne avec le

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

⁷⁴⁶ Voir ainsi CJCE, 16 décembre 1992, *Koua Poirrez*, aff. C-206/91, *Rec.* p. I-6685 et l'arrêt de la Cour EDH sur le même sujet : Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, req. n° 40892/98. Voir à ce sujet : D. MARTIN, « La discrimination fondée sur le sexe dans l'octroi de prestations sociales : un peu, beaucoup... pas du tout », *RTDH*, 2012, n° 89, p. 177.

⁷⁴⁷ Il existe certaines exceptions dans lesquelles la Cour de justice répond au juge national alors qu'il s'agit d'une situation purement interne. Voir au sujet des discriminations par exemple, CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.* p. I-10663.

⁷⁴⁸ J. CALLEWAERT, « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination », *RTDH*, 2005, n° 61, p. 166.

⁷⁴⁹ Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

règlement Bruxelles II bis⁷⁵⁰ qui a fait entrer dans son champ d'application le déplacement illicite d'enfant en prenant en compte les règles de la Convention de la Haye. Cela implique que « *la jurisprudence communautaire peut apporter un éclairage sur le sens à donner à certaines notions contenues dans la Convention de 1980* »⁷⁵¹. C'est cet aspect qui est intéressant : la façon dont le juge de l'Union a su apporter sa pierre à la construction des droits fondamentaux de l'enfant, objet d'un enlèvement international. Ce dispositif prévoit en priorité le retour immédiat de l'enfant.

Toutefois, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a incité les juges européens à déplacer le curseur du niveau de protection en appliquant plus ou moins strictement les exigences conventionnelles ou réglementaires. La Cour EDH a d'ailleurs dans un premier temps proposé une lecture similaire de cet intérêt à celle de la Convention de la Haye – dans le sens d'une décision rapide pour que l'enfant retrouve son milieu de vie habituel – pour ensuite privilégier l'application du droit à la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention EDH. Avec cette jurisprudence⁷⁵², la Cour EDH « *vient ainsi hisser la Convention européenne des droits de l'homme au-dessus de la convention de La Haye ; l'instrument de ce coup d'État interprétatif en est l'intérêt supérieur de l'enfant* »⁷⁵³ car l'intérêt de l'enfant n'est pas toujours le retour après un déplacement illicite. La Cour EDH favorise un examen rigoureux de la situation familiale ce qui ne paraît pas compatible avec un retour rapide souhaité par la Convention de La Haye⁷⁵⁴, même si sa position semble s'être

⁷⁵⁰ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JOUE* n° L 338, 23 décembre 2003, p. 1. La Commission a proposé, le 30 juin 2016, un règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) COM(2016) 411 final.

⁷⁵¹ S. GODECHOT-PATRIS et Y. LEQUETTE, « Titre 2 – Enlèvement international d'enfants », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mis à jour en avril 2016.

⁷⁵² Initiée par l'arrêt Cour EDH, Gde chbr., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, req. n° 41615/07. Voir S. GODECHOT-PATRIS et Y. LEQUETTE, « Titre 2 – Enlèvement international d'enfants », *op. cit.* : « *Il s'agissait en l'espèce d'une mère qui avait fait clandestinement sortir son fils d'Israël pour éviter que le père ne le place sous l'influence d'un mouvement ultra-orthodoxe radical ; le tribunal fédéral suisse avait ordonné le retour de l'enfant, refusant de considérer comme un obstacle au retour le fait que la mère était menacée en Israël d'une peine d'emprisonnement. Alors que l'arrêt de la chambre du 6 décembre 2007 avait considéré qu'il ne lui appartenait pas, sauf cas d'arbitraire, de contrôler l'interprétation de la convention de la Haye retenue par les juridictions nationales, la grande chambre considère, au contraire, que la Cour est compétente pour apprécier une éventuelle violation de l'article 8 de la Conv. EDH, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.* »

⁷⁵³ S. GODECHOT-PATRIS et Y. LEQUETTE, « Titre 2 – Enlèvement international d'enfants », *op. cit.*

⁷⁵⁴ P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, L. WALKER *et alii*, « Child abduction: recent jurisprudence of the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2015, n° 64, p. 39.

infléchi pour rejoindre la Cour de justice⁷⁵⁵. La Cour de justice de son côté « *s'efforce de tenir à distance la Charte des droits fondamentaux pour garantir l'efficacité des mesures consacrées* »⁷⁵⁶ dans le règlement Bruxelles II bis, qui prévoit en principe la compétence de la juridiction de résidence habituelle en cas de déplacement illicite sauf si l'enfant a acquis une résidence habituelle ailleurs. La juridiction de l'Union préfère ensuite appliquer la Charte « *en reliant l'intérêt supérieur de l'enfant – principe directeur du règlement, à l'intérêt supérieur de l'enfant – paramètre de protection des droits fondamentaux de l'enfant, la Cour de justice a rattaché de façon indivisible la Charte des droits fondamentaux au règlement Bruxelles II bis* »⁷⁵⁷. Cependant, la Charte peut aussi bénéficier aux parents, comme l'article 8 de la Convention EDH, rompant alors l'harmonie entre les deux textes. De plus, la Cour de justice considère, dans son avis 1/13⁷⁵⁸, qu'elle est exclusivement compétente pour négocier l'adhésion de nouveaux membres à la Convention de La Haye⁷⁵⁹. Par conséquent, un nouvel enchevêtrement apparaît en raison de l'application prioritaire des règles de l'Union, le règlement Bruxelles II bis, sur le territoire de l'Union implique alors que la Cour EDH se prononce directement dessus. La question se pose de savoir si la Cour EDH pourrait appliquer en priorité l'article 8 de la Convention EDH « *de manière analogue à l'encontre du [...] règlement Bruxelles II bis* »⁷⁶⁰, ce qui conduirait factuellement les « *États non-européens à refuser de laisser entrer les enfants résidant sur leur sol venir en Europe dans le cadre de l'exercice du droit de visite* »⁷⁶¹. De nouvelles questions intéressantes se posent ainsi en droit international privé sur le terrain des droits fondamentaux et une dynamique réciproque de protection du droit de l'enfant entre les deux juges européens, qui dépasse les

⁷⁵⁵ Voir l'arrêt Cour EDH, Gde chbr., 26 novembre 2013, *X c/ Lettonie, req. n° 27853/09*, qui précise l'arrêt Cour EDH, 6 juillet 2010, *Neulinger, op. cit.* Voir à ce sujet A. GOUTTENOIRE, « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 243. La Cour EDH semble donc se rallier à la Cour de justice dans sa jurisprudence CJUE, 1er juillet 2010, *Povse*, aff. C-211/10, *Rec. p. I-6673*. Voir également D. PORCHERON, « La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI*, 2015, n° 3, doct. 8.

⁷⁵⁶ S. GODECHOT-PATRIS et Y. LEQUETTE, « Titre 2 – Enlèvement international d'enfants », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mis à jour en avril 2016. Voir CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zaguarrá*, aff. C-491/10, *Rec. p. I-14247*.

⁷⁵⁷ N. BAREÏT, « La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre les enlèvements d'enfants. Observations sur une jurisprudence bien éclairée », *RTDE*, 2011, n° 3, p. 537.

⁷⁵⁸ CJUE, Gde chbr., 14 octobre 2014, *Adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye*, Avis 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303.

⁷⁵⁹ Pour plus de détails sur l'avis voir R. MEHDI et C. NOURISSAT, « L'Avis 1/13, ou comment la Cour de justice confirme une conception traditionnellement extensive de sa compétence et privilégie l'efficacité des règlements de l'Union sur l'unité des conventions internationales », 7 décembre 2014, www.gdr-elsj.eu.

⁷⁶⁰ S. GODECHOT-PATRIS et Y. LEQUETTE, « Titre 2 – Enlèvement international d'enfants », *op. cit.*

⁷⁶¹ *Ibid.*

textes internationaux. Les autres domaines de l'ELSJ sont particulièrement affectés par ces connexions, « depuis longtemps déjà, les obligations issues de la CEDH et les enseignements de sa jurisprudence encadrent et conditionnent le jeu de l'entraide répressive européenne entre les appareils nationaux »⁷⁶². Finalement, dans l'ELSJ, ce n'est pas nécessairement la Cour de justice qui prend appui sur la Cour EDH pour développer une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux. « Dès 1980, la Cour de justice établit l'applicabilité, en droit communautaire, du droit à un procès équitable, [...] dans le contentieux de l'expulsion, alors que la Cour européenne estime aujourd'hui encore que cette disposition n'est pas applicable à tel contentieux »⁷⁶³.

Il est clair que chaque juge européen mène une politique jurisprudentielle afin de protéger les droits fondamentaux. Dans sa prise de décision, le juge européen a conscience des autres normes et juridictions qui existent et interviennent dans ce domaine. Dans les quelques matières envisagées, c'est la Cour EDH qui assure le plus visiblement une convergence entre les deux juges européens. Cette visibilité est potentiellement dû à la démarche habituelle de la Cour EDH qui est de respecter le principe de subsidiarité et de faire en sorte que le juge de l'État soit valorisé en tant que protecteur des droits fondamentaux. La Cour EDH anticipe ainsi l'adhésion de l'Union à la Convention EDH en prenant soin de rester conciliante avec la Cour de justice. Cette dernière ne néglige pas non plus la Cour EDH mais son attachement à la politique jurisprudentielle de la Cour EDH est moins visible. C'est parce que les divergences frontales sont quasiment inexistantes qu'il est possible d'admettre l'engagement de la Cour de justice vis-à-vis de la Cour EDH et de sa jurisprudence, particulièrement visible grâce à l'utilisation des principes généraux du droit de l'Union européenne. Toutefois, les PGD sont moins mentionnés dans la jurisprudence de la Cour de justice depuis la reconnaissance de la valeur contraignante de la Charte.

⁷⁶² H. LABAYLE, « Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne : l'équation impossible », *RAE*, 2006, spéc. p. 95.

⁷⁶³ D. MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence ? », *op. cit.*, p. 108. Voir les arrêts CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec.* p. 691 et Cour EDH, 25 mars 2004, *Vikulov c/ Lettonie*, req. n° 16870/03 (décision sur la recevabilité).

§2. L'utilisation en baisse des principes généraux du droit de l'Union européenne comme technique de conciliation

La fonction de protection des droits fondamentaux dans l'Union « *n'est pas d'ajouter aux garanties constitutionnelles nationales, mais de sceller une transaction : l'effacement des garanties constitutionnelles nationales devant la primauté du droit communautaire* »⁷⁶⁴, qui « *n'est acceptable que si le système juridique communautaire présente des garanties équivalentes à celles des États membres* »⁷⁶⁵. L'utilisation de principes généraux du droit⁷⁶⁶ par le juge est un signe de politique jurisprudentielle puisque la découverte d'un droit dépend de la « *perception par le juge de ce qui est une lacune nécessitant d'être comblée* »⁷⁶⁷. Deux critères participent à l'existence de cette norme : la forme non écrite et le caractère général qui implique une certaine transversalité dans son application⁷⁶⁸. C'est donc un outil indispensable pour assurer la convergence entre les juges européens (A) qui semble pourtant disparaître au profit de droits fondamentaux écrits (B).

A. L'utilité des principes généraux du droit comme instrument de convergence

La fonction première des principes généraux du droit (PGD) de l'Union est évidente : « *il s'agit d'éviter tout déni de justice* »⁷⁶⁹, ce qui implique qu'il existe un « *droit incomplet, ce qui suppose également qu'il soit autonome* »⁷⁷⁰. Ce sont les deux fonctions qui peuvent être mises en avant : les principes généraux permettent de recevoir la Convention EDH comme source informelle afin de compléter la protection des droits fondamentaux (1) et ils sont un signe de l'autonomie du droit de l'Union européenne (2).

⁷⁶⁴ J. PORTA et S. ROBIN-OLIVIER, « Droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : quelques développements récents », *Rev. trav.*, 2011, n° 10, p. 589.

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

⁷⁶⁶ L'expression « Principes généraux de droit » est également utilisée mais dans le cadre de cette étude c'est celle de « Principe généraux du droit » qui est retenue. Voir à ce sujet, J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2005, p. 26.

⁷⁶⁷ H. RUIZ FABRI, « Principes généraux du droit communautaire et droit comparé », *Droits*, 2007, n° 1, p. 129.

⁷⁶⁸ Voir T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, 2e éd., pp. 1 et s.

⁷⁶⁹ H. RUIZ FABRI, « Principes généraux du droit communautaire et droit comparé », *op. cit.*, p. 136. Voir également T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, pp. 17 et s.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 137.

1. La fonction de réception de la Convention EDH

La découverte des PGD en matière de droits fondamentaux⁷⁷¹ par la Cour de justice fait suite à une opposition de certaines cours constitutionnelles nationales qui souhaitaient écarter le droit de l'Union au profit de leurs droits nationaux, afin de protéger les droits fondamentaux⁷⁷². L'arrêt *Stauder* de 1969⁷⁷³ marque l'intégration des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice par les PGD. « *Ces principes, censés être l'expression d'une certaine orientation du droit, sont classiquement liés à l'État Nation. Ils ont été adaptés par le juge communautaire afin de servir de médiateur entre les sources externes garantissant le respect des droits de l'homme et l'ordre communautaire* »⁷⁷⁴. Ainsi, les droits découverts par le juge de l'Union sont principalement des droits fondamentaux pour assurer la protection du principe de primauté⁷⁷⁵, et permettent la médiation avec la Convention EDH et les traditions constitutionnelles des États membres. Ce choix de la Cour de justice est une manifestation de sa politique jurisprudentielle. Même si les PGD ont deux sources principales reconnues, il semble que la Convention EDH soit plus fréquemment mobilisée⁷⁷⁶, tout en coexistant avec les traditions constitutionnelles des États membres, comme indiqué dans l'article 6 § 3 TUE⁷⁷⁷. La lecture de la jurisprudence de la Cour de justice permet même de constater que la référence aux PGD a été mise de côté un temps pour

⁷⁷¹ D'autres catégories de PGD existent, comme les principes déduits de la nature des Communautés, voir F. PICOD, « Principes généraux de droit », *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, A. BARAV et C. PHILIP (dir.), PUF, Paris, 1993, p. 860.

⁷⁷² Voir à ce sujet : R.-E. PAPAPOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 141 et s.

⁷⁷³ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69, *Rec.* p. 419.

⁷⁷⁴ R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 64.

⁷⁷⁵ Au titre des droits fondamentaux reconnus par la Cour de justice, voir les listes de B. FAVREAU, « La Charte de l'Union européenne, pourquoi ? Comment ? », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, B. FAVREAU (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 3, de R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 79 et A. FABRE, « La « fondamentalisation » des droits sociaux en droit de l'Union européenne », in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 168. Pour ne donner que quelques exemples de principes généraux du droit reconnus par la Cour : la liberté du commerce dans CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handellsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125 ; le droit de propriété dans CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.* p. 491 ; la liberté syndicale dans CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219 ou encore la protection de la vie privée dans CJCE, 26 juin 1980, *Panasonic*, aff. 136/79, *Rec.* p. 2033.

⁷⁷⁶ Voir par exemple à ce sujet É. BARBIER DE LA SERRE, « Le traité de Lisbonne, les droits fondamentaux et le droit processuel de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010.

⁷⁷⁷ Voir à ce sujet F. PICOD, « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », in *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 48.

directement appliquer la Convention EDH⁷⁷⁸. Concrètement, la solution rendue par la Cour de justice dépend également de la source mobilisée par le juge national en amont lors de la formulation de sa question préjudicielle, ajouté à la possibilité, mais pas l'obligation, pour la Cour de justice de reformuler ladite question. La reconnaissance de principes généraux du droit, permet à la Cour de justice de dépasser la protection assurée par la Convention EDH si elle le souhaite. « *Ces principes risquent même d'avoir un contenu supérieur aux normes de la Convention puisque, dans l'arrêt Nold, la Cour a annoncé son intention de s'inspirer d'une sorte de standard optimal des droits fondamentaux, alors que la Convention ne représente finalement qu'un standard minimum* »⁷⁷⁹. Inversement, la Cour EDH participe à l'évolution des principes généraux du droit de l'Union européenne, « *à défaut d'exercer formellement une force obligatoire, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – dès lors qu'elle constitue la trace la plus fidèle de la signification des dispositions de la Convention dont elle a la garde – en vient à contribuer à la mise à jour progressive des principes généraux du droit communautaire* »⁷⁸⁰. Le juge de l'Union a ainsi la possibilité de puiser directement dans la jurisprudence de la Cour EDH⁷⁸¹.

La fonction de ces principes est de participer « *au renforcement de la protection des justiciables par rapport aux autorités, européennes ou nationales, intervenant dans le champ du droit de l'Union. Nécessairement dotés, on l'a rappelé, de l'effet direct, ces principes sont spécialement invocables par les particuliers* »⁷⁸². La place dans la hiérarchie des normes de l'Union européenne pour des principes non-écrits n'est pas évidente⁷⁸³. « *Ces principes ont incontestablement une valeur supra-législative. Certains d'entre eux, notamment ceux*

⁷⁷⁸ R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 79 et s et F. SUDRE, « La Convention européenne des droits de l'homme. Caractères généraux », *Jurisclasseur*, Fasc. 6500, mis à jour en février 2016.

⁷⁷⁹ G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Communauté européenne », in *La construction européenne (volume II). Mélanges en l'honneur de Fernand Dehousse*, Nathan, Paris, 1979, p. 163.

⁷⁸⁰ O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 189 et spéc. p. 210.

⁷⁸¹ Voir par exemple CJCE, 30 avril 1996, *P/S et P/S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, *Rec.* p. I-2143 et J. RIDEAU, « Union européenne. Nature, valeurs et caractères généraux », *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 110, mis à jour en janvier 2015.

⁷⁸² J. MOLINIER, « Principes généraux », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en juin 2016, point 29.

⁷⁸³ Voir à ce sujet D. BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Apogée, Rennes, 2001, p. 163. En tant qu'ils protègent les droits fondamentaux ils ont une valeur supérieure ou égale au droit primaire mais en tant que PGD il se retrouvent tant une situation inférieure au droit primaire.

reconnaissant des droits fondamentaux et des libertés fondamentales, paraissent devoir être considérés comme assimilés au droit primaire de l'Union européenne. [...] On peut malgré tout se demander s'ils n'ont pas une valeur supra constitutionnelle lorsqu'ils concernent des droits fondamentaux, en particulier lorsqu'ils s'inscrivent dans le champ des principes fondateurs ou désormais des valeurs fondatrices de l'Union européenne »⁷⁸⁴.

Quelle que soit leur valeur, les principes généraux du droit ont permis l'intégration informelle et sélective des exigences de la Convention EDH. La sélection que peut faire la Cour de justice dans les droits de la Convention EDH qu'elle protège par le biais des PGD démontre que l'outil permet une certaine autonomie.

2. La fonction d'autonomisation du droit de l'Union européenne

La juridiction de l'Union aurait pu utiliser des principes généraux du droit international, venant d'autres juges mais la Cour de justice a choisi de dégager des principes propres au droit de l'Union, afin de marquer sa spécificité⁷⁸⁵. D'ailleurs, « *cette réserve à l'égard des principes généraux de droit international inter-étatique semble avoir favorisé [...] l'appel à la comparaison 'normative' sous la forme de principes généraux communs aux droits des États membres* »⁷⁸⁶. Ainsi, la découverte de PGD par le juge de l'Union correspond à la fois à une nécessité pour répondre aux exigences des juridictions constitutionnelles nationales mais également à une opportunité afin de renforcer l'autonomie de l'Union européenne. Les principes généraux résultent « *souvent de créations normatives (pudiquement nommées, il est vrai, « découvertes », un vocable cherchant souvent à laisser à croire que tous ces principes étaient, en réalité, « déjà là » avant leur consécration normative)* »⁷⁸⁷. Dans ce cadre créatif, le juge opte pour certaines normes à découvrir, détermine leur contenu, laissant ainsi transparaître une direction pour l'ordre juridique en question. Cette direction peut à nouveau traduire une politique jurisprudentielle, notamment

⁷⁸⁴ J. RIDEAU, « Union européenne. Nature, valeurs et caractères généraux », *op. cit.* Voir également L. DUBOUIS, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, Paris, 2002, spéc. p. 81.

⁷⁸⁵ J. MOLINIER, « Principes généraux », *Dalloz*, Répertoire de droit européen, mis à jour en juin 2016, point 15.

⁷⁸⁶ R. TITIRIGA, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 173.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

lorsque l'on se « *réfère au contenu de ces principes, on constate qu'ils constituent la traduction d'une « éthique* »⁷⁸⁸.

Ainsi, le juge de l'Union a reconnu peu de principes généraux en droit social, conformément à la retenue de l'Union européenne sur cet aspect des droits fondamentaux⁷⁸⁹. Cette absence est également relative à la reconnaissance de sources limitées. La Convention EDH ne contient pas de droits sociaux et la Charte sociale européenne n'est pas ciblée comme source⁷⁹⁰. En se concentrant sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, la technique des PGD permet au juge de saisir des droits fondamentaux en les adaptant *ab initio* à la nature particulière de l'Union européenne. Le juge de l'Union reste maître de ces principes, au contraire des dispositions de la Convention EDH ou encore des principes généraux de droit interne ou internationaux, qu'il aurait pu intégrer dans son raisonnement juridique. La Cour EDH a quant à elle choisi de reprendre ponctuellement les principes généraux internationaux ou de droit de l'Union mais n'a pas créé des principes spécifiques à la Convention EDH⁷⁹¹, sans doute en raison de la nature plus contraignante du texte l'instituant. Néanmoins, la Cour EDH défend également son ordre juridique car l'utilisation de principes généraux externe est conditionnée pour que « *la référence ne soit pas incompatible avec sa spécificité et son autonomie* »⁷⁹².

L'outil des PGD est ingénieux, excellent pour le juge, et manifeste la politique jurisprudentielle de la Cour de justice, permettant notamment la convergence avec la Convention EDH. Leur absence dans la jurisprudence post-traité de Lisbonne peut être inquiétante.

⁷⁸⁸ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 2015 (réédition, original de 1972), p. 88.

⁷⁸⁹ J. ILIOPOULOS-STRANGAS, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les États membres », in J.-F. FLAUSS, *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 17.

⁷⁹⁰ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne, op. cit.*, p. 151.

⁷⁹¹ Quelques rares mentions n'indiquent pas la source du principe général invoqué, voir K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008, p. 123, spéc. § 307 et 308.

⁷⁹² G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 167.

B. La dangereuse disparition des principes généraux du droit de l'Union européenne

Les PGD apparaissent comme « *des points de contact, voire d'intersection entre ordres juridiques ou entre espaces normatifs* »⁷⁹³. Les principes généraux sont notamment utiles dans l'ordre juridique de l'Union car ils servent également au juge national qui peut les appliquer volontairement en dehors du champ d'application de l'Union, « *à tous égards, donc, le recours aux principes généraux est un facteur d'homogénéisation des ordres juridiques dans le cadre de l'Union européenne* »⁷⁹⁴. Pourtant, la Cour de justice a moins utilisé les PGD que la Charte des droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (1), même si le vocable « principe fondamental » reste présent dans la jurisprudence et pourrait avoir vocation à remplacer les PGD (2).

1. Des principes généraux du droit à la Charte des droits fondamentaux

La première cause de disparition des PGD de l'Union est la Charte des droits fondamentaux de l'Union. En effet, pourquoi utiliser des principes non écrits lorsque ceux-ci sont formalisés dans un texte qui s'inscrit dans la logique de l'autonomie de l'Union européenne ? Il semble que la Cour de justice ait d'abord traversé une phase transitoire consistant en l'application simultanée du principe général et de la disposition correspondante dans la Charte⁷⁹⁵, puis privilégié la Charte. Ce choix est aussi conditionné par la formulation des questions préjudicielles, dans lesquelles la Charte a été progressivement intégrée et les principes généraux abandonnés. Ainsi, « *si la Cour de justice continue dans quelques arrêts à se référer aux principes généraux du droit, la référence à la Convention européenne en tant que source d'inspiration de ces principes tend à disparaître* »⁷⁹⁶. La Cour de justice a même pu passer directement de la référence de la Convention EDH à celle de la Charte sans mentionner les principes généraux du droit⁷⁹⁷, ce qui a déjà entraîné une constatation de

⁷⁹³ H. RUIZ FABRI, « Principes généraux du droit communautaire et droit comparé », *Droits*, 2007, p. 129.

⁷⁹⁴ J. MOLINIER, « Principes généraux », *Dalloz*, Répertoire de droit européen, mis à jour en juin 2016.

⁷⁹⁵ Voir par exemple CJUE, 17 mars 2011, *AJD Tuna*, aff. C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Hennings*, aff. jtes C-297/10 et C-298/10, *Rec.* p. I-7965 ou encore CJUE, 26 avril 2012, *Hofmann*, aff. C-419/10, ECLI:EU:C:2012:240.

⁷⁹⁶ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 47.

⁷⁹⁷ Voir par exemple CJUE, Gde chbr., 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, point 32 : « *À cet égard, il y a lieu d'emblée de constater que le droit d'être entendu, garanti par l'article 6 de la*

disparition de l'instrument intermédiaire, les principes généraux du droit⁷⁹⁸.

Pour autant, la Convention EDH ne disparaît pas comme source formelle, l'article 52 § 3 de la Charte contient un mécanisme de droits correspondants. Il invite à prendre en compte les dispositions de la Convention, et *a fortiori* l'interprétation de la Cour EDH puisque « *le sens et la portée de la Convention européenne sont déterminés par la Cour européenne* »⁷⁹⁹. Cela participe à l'absence de pertinence des principes généraux, remplacés par ce mécanisme de droit correspondants. Les explications du *Praesidium* procèdent à un renvoi explicite sous certaines dispositions. L'article 52 § 4 prévoit également de prendre en compte les traditions constitutionnelles des États membres. Les deux correspondances sont ainsi établies à l'image des sources des principes généraux, soulignant leur vocation à être remplacées par le texte de la Charte. Mais sur la cinquantaine de droits reconnus par la Charte, seuls 12 ont été identifiés par les explications du *Praesidium* comme correspondants à la Convention EDH, de façon parfois aléatoire⁸⁰⁰, sachant que d'autres droits sont protégés par les deux ordres mais avec certaines différences⁸⁰¹. Cette reconnaissance limitée offre plus de liberté à la Cour de justice. *In fine*, la disposition invite finalement à préférer la Charte et la

CEDH et mentionné par la juridiction de renvoi dans ses questions, est aujourd'hui consacré aux articles 47 et 48 de la Charte. Il y a dès lors lieu de se référer à ces dispositions de la Charte (voir, en ce sens, arrêt du 6 novembre 2012, Otis e.a., C-199/11, points 46 et 47 ainsi que jurisprudence citée) ».

⁷⁹⁸ L. DUBOUIS, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, Paris, 2002, spéc. p. 79.

⁷⁹⁹ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁰⁰ Au sujet de la valeur non contraignante de ces explications, voir E. DECAUX, « L'Europe a ses miroirs », *Droits fondamentaux*, n° 1, p. 47 : « *Il y a dans cette démarche un double paradoxe : d'une part on refuse une valeur juridique à des dispositions techniques qui ont précisément cette valeur puisqu'ils visent une concordance avec les obligations déjà prévues par d'autres instruments internationaux, certes il s'agit d'une valeur juridique originelle et non pas dérivée du rapport proprement dit, mais ces explications dessinent en creux la portée de la Charte qui sans elle demeure incompréhensible* ».

⁸⁰¹ B. FAVREAU, « La Charte de l'UE, pourquoi ? Comment ? », in *La Charte des droits fondamentaux de l'UE après le Traité de Lisbonne*, B. FAVREAU (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 3 établit une liste de ces droits. Voici les douze droits correspondants : article 2 de la Charte avec l'article 2 de la Convention (droit à la vie) ; article 4 de la Charte avec l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture) ; article 5 § 1 et 5 § 2 de la Charte avec l'article 4 de la Convention (interdiction de l'esclavage) ; article 6 de la Charte avec l'article 5 de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté) ; article 7 de la Charte avec l'article 8 de la Convention (respect de la vie privée et familiale) ; article 10 § 1 de la Charte avec l'article 9 § 1 de la Convention (liberté de pensée, de conscience et de religion) ; article 11 de la Charte avec l'article 10 de la Convention (liberté d'expression et d'information) ; article 17 de la Charte avec l'article 1 du protocole 1 (droit de propriété) ; article 19 § 1 et 19 § 2 de la Charte avec l'article 3 de la Convention et l'article 4 protocole 4 (protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition) ; article 47 de la Charte avec l'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif) ; article 48 de la Charte avec l'article 6 § 2 et 6 § 3 de la Convention (présomption d'innocence et droits de la défense) et l'article 49 § 1 et 49 § 2 de la Charte avec l'article 7 de la Convention (principe de légalité de proportionnalité des délits et des peines).

prise en compte de correspondances plutôt que les principes généraux du droit de l'Union. En pratique, la Cour de justice ne semble pas s'intéresser à cette correspondance puisque les références à l'article 52 § 3 ou § 4 sont assez rares⁸⁰², sachant que le même article prévoit que la Cour de justice peut préférer une protection plus étendue du droit en question⁸⁰³. Cette précision n'est étonnamment pas reprise pour les traditions constitutionnelles des États membres. « *L'application limitée de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte semble alors manifester une volonté délibérée des juridictions de l'Union européenne de ne pas se placer dans le champ d'application de cette disposition qui encadre leur pouvoir d'interprétation des dispositions de la Charte* »⁸⁰⁴. La distanciation du mécanisme des droits correspondants par la Cour de justice suit la logique d'affirmation de l'autonomie du droit de l'Union. En effet, la correspondance « *met en place des rapports imposés entre les deux cours* »⁸⁰⁵ ce qui ne semble pas convenir aux rapports volontaires instaurés jusqu'alors. Finalement, « *les auteurs de la Charte ont, semble-t-il, conçu les principes généraux du droit comme « source subsidiaire et complémentaire » des droits fondamentaux au sein de l'UE et non comme source « concurrente et équivalente* »⁸⁰⁶.

Il faut également mentionner la similitude dans l'application des cas de justifications par le biais de la Charte. La formulation retenue à l'article 52 § 1 est proche de celle appliquée pour les PGD. La limitation du droit doit être prévue par la loi, respecter le contenu essentiel dudit droit ainsi que le principe de proportionnalité et viser un objectif d'intérêt général de l'Union. Du côté des PGD, les restrictions admises doivent répondre à un objectif d'intérêt général et ne constitue pas une intervention démesurée et intolérable à la substance de ces droits⁸⁰⁷. Ce rapprochement dans le contrôle de la restriction participe à l'idée que les dispositions écrites de la Charte ont vocation à remplacer les PGD.

⁸⁰² D. DERO-BUGNY dans *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, en compte une vingtaine entre 2010 et 2014. Voir par exemple, CJUE, 5 octobre 2010, *McB.*, aff. C-400/10 PPU, *Rec.* p. I-8965, point 53 ou encore CJUE, Gde chbr., 16 juillet 2015, *Lanigan*, aff. C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, point 56.

⁸⁰³ CJUE, 5 octobre 2010, *McB.*, aff. C-400/10 PPU, *préc.*, point 53.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁰⁶ F. KAUFF-GAZIN, « Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté », *Europe*, Dossier – Le traité de Lisbonne : oui, non, mais à quoi ?, 2008.

⁸⁰⁷ Voir CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, *Rec.* p. 2609 et J. MOLINIER, « Principes généraux », *Dalloz*, Répertoire de droit européen, mis à jour en juin 2016.

Ainsi, la Charte fait disparaître les PGD et les mentions à la Convention EDH : « *le contentieux devant la Cour de justice démontre que la Charte est incontestablement devenue l'instrument de contrôle de référence du droit de l'Union, la Convention européenne disparaissant doucement, mais sûrement de l'univers judiciaire des juges du plateau de Kirchberg* »⁸⁰⁸. Cette disparition paraît dangereuse tant l'existence de principes non écrits est bénéfique pour le juge et pour la convergence dans la protection des droits fondamentaux en Europe⁸⁰⁹, même s'il faut reconnaître que la Charte apporte une « *sécurité juridique renforcée au profit des citoyens européens* »⁸¹⁰. La Cour de justice semble l'avoir compris en changeant de vocable.

2. Des principes généraux du droit aux principes fondamentaux

Si les PGD sont potentiellement obsolètes⁸¹¹, le juge de l'Union ne se contente pas pour autant d'utiliser uniquement la Charte des droits fondamentaux. Une certaine tendance se dégage dans la jurisprudence : l'utilisation d'un « principe fondamental ». Cette notion est majoritairement utilisée pour désigner les droits de la défense⁸¹². La Cour précise ainsi pour le droit d'être entendu, faisant partie des droits de la défense, que le principe fondamental « *doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure* »⁸¹³, à l'instar des PGD. Dans la même veine, le principe de sécurité juridique⁸¹⁴ et celui de

⁸⁰⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2015) », *RDP*, 2016, p. 1307.

⁸⁰⁹ Voir R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 7 : « *Le droit écrit, par définition statique et d'évolution lente, pouvant s'avérer insuffisant ou dépassé par l'évolution économique, politique ou sociale, les principes viennent l'éclairer, le compter et, le cas échéant, le suppléer ; ils apportent ainsi au droit l'élément de continuité et de perspective nécessaire à son accomplissement* ».

⁸¹⁰ C. BLUMANN, « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Territoires & Liberté. Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, spéc. p. 204

⁸¹¹ Voir J. GERKRATH, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? », *RAE*, 2006, n° 1, p. 34 qui cite F. SUDRE au sujet de sa thèse sur l'obsolescence de la technique des PGD car il estime que ce ne sont plus les droits fondamentaux qui doivent être lus par le prisme communautaire mais l'inverse et J.-F. FLAUSS qui « *estime quant à lui que la Cour abandonne d'ores et déjà les principes généraux du droit communautaire en tant qu'instrument de « médiation » des règles de protection des droits fondamentaux tirées de la CEDH* ».

⁸¹² Voir CJUE, Ord., 12 juillet 2016, *Gutiérrez c/ Commission européenne*, aff. C-604/15 P, ECLI:EU:C:2016:545, point 33 ; CJUE, Ord., 14 avril 2016, *Dalli c/ Commission européenne*, aff. C-394/15 P, point 40 ; CJUE, Ord., 14 janvier 2016, *Royal County of Berkshire Polo Club Ltd c/ OHMI*, aff. C-278/15 P, ECLI:EU:C:2016:20, point 57 et CJUE, 17 décembre 2015, *Abdoulaye Amadou Tall c/ Centre public d'action sociale de Huy*, aff. C-239/14, ECLI:EU:C:2015:824, point 44.

⁸¹³ Voir CJUE, 17 mars 2016, *Abdelhafid Bensada Benallal c/ État belge*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175, point 33. La question de la juridiction nationale visait directement les PGD.

⁸¹⁴ CJUE, 21 décembre 2016, *TDC*, aff. C-327/15, ECLI:EU:C:2016:974, point 98.

l'égalité de traitement⁸¹⁵ ont été qualifiés de principes fondamentaux. D'autres droits ont été désignés en tant que principes fondamentaux, notamment dans le cadre du contentieux des enlèvements internationaux d'enfants : par un avocat général pour l'intérêt supérieur de l'enfant⁸¹⁶ – principe dont le lien avec l'article 24 de la Charte est reconnu – et par la Cour de justice pour le fait que le dernier mot soit réservé au juge du pays de résidence habituelle de l'enfant⁸¹⁷. Le concept de principe fondamental s'applique initialement plus naturellement et plus fréquemment pour les libertés fondamentales comme la liberté de circulation des marchandises et de capitaux ou encore pour la neutralité de la TVA⁸¹⁸. Les différentes facettes de ces principes fondamentaux⁸¹⁹ créent une certaine confusion, ne permettant pas d'apprécier leur signification exacte.

Cette dénomination est plutôt surprenante même si « *la terminologie utilisée par la Cour de justice pour désigner ces principes n'est pas rigoureusement arrêtée : les expressions « Principes généraux du droit communautaire » et « Principes généraux de droit communautaire » ont été tour à tour utilisées par la Cour* »⁸²⁰. Le même auteur retrace l'utilisation de principes fondamentaux dans un arrêt de 1999⁸²¹ au sujet du principe de non-discrimination⁸²². Au vu des principes reconnus dans la jurisprudence récente comme fondamentaux y-a-t-il une volonté de la Cour de hisser ce contenu à un niveau plus élevé que les PGD, dont la valeur est parfois incertaine ? Il faut peut-être y voir une façon de désigner des principes qui ont valeur de droit primaire, au contraire des principes généraux qui seraient supérieurs au droit dérivé mais inférieurs au droit primaire. Les principes fondamentaux se rapprocheraient ainsi de l'idée des principes fondateurs qui constituent un modèle d'organisation sociale, inspirant un type de structure institutionnelle⁸²³.

⁸¹⁵ CJUE, Gde chbr., 19 avril 2016, *Dansk Industri*, aff. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, point 26.

⁸¹⁶ Voir les conclusions de l'avocat général Yves BOT du 1er décembre 2016, *W, V c/ X*, aff. C-499/15, ECLI:EU:C:2016:920, point 60.

⁸¹⁷ CJUE, 19 novembre 2015, *P c/ Q*, aff. C-455/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:763, point 39.

⁸¹⁸ CJUE, 28 juillet 2016, *Astone*, aff. C-332/15, ECLI:EU:C:2016:614, point 45.

⁸¹⁹ Voir à ce sujet L. COUTRON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2015, p. 1601 : « *Le respect des droits de la défense, qui inclut le droit d'être entendu, s'apparenterait alors à « un principe fondamental du droit de l'Union » qui serait, en quelque sorte « né sous X » puisque la Cour en occulte délibérément les sources* ».

⁸²⁰ J. MOLINIER « Principes généraux », *Dalloz*, Répertoire droit européen. Voir également D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14, spéc. p. 74.

⁸²¹ CJCE, 14 octobre 1999, *Atlanta c/ Communauté européenne*, aff. C-104/97 P, Rec. p. I-6983.

⁸²² J. MOLINIER « Principes généraux », *Dalloz*, Répertoire droit européen. L'auteur évoque également l'utilisation du terme principe fondamental pour la confiance légitime.

⁸²³ J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2005 p. 29.

Le critère réunissant les deux termes, PGD et principes fondamentaux est évidemment l'absence d'écrit et la liberté du juge de créer ces principes. « *La fonction de juge comprend nécessairement celle d'assurer le respect des principes fondamentaux de l'ordre juridique. Longtemps, cette mission du juge s'exprimait par le souci de cohérence générale de l'ordre juridique [...] Elle s'exprimait particulièrement par le recours aux principes généraux du droit* »⁸²⁴. La préférence pour cette terminologie après la reconnaissance de la valeur contraignante de la Charte pourrait signifier que les principes découverts par le juge changent de source, en prenant en compte les principes généraux du droit mais également la Charte des droits fondamentaux de l'Union, marquant ainsi une évolution dans les sources de ces droits non-écrits. Ce serait une approche positive de la Cour de justice pour asseoir son autorité et sa vision des droits fondamentaux.

Il n'est en tout cas pas souhaitable que les principes généraux du droit, ou principes fondamentaux, disparaissent. Ceux-ci permettent en effet une certaine flexibilité pour adapter les droits fondamentaux à l'évolution de la société. Plus facilement en tout cas que sur la seule base du droit écrit. « *En maintenant le rôle créateur du juge en matière de consécration des droits, l'idée des pères fondateurs des traités est d'éviter une cristallisation dans l'interprétation et une prise en compte des évolutions de la société* »⁸²⁵, même s'il faut avouer que les pères fondateurs n'avaient probablement pas intégré la nécessité de protéger les droits fondamentaux dans le cadre des Communautés car ce rôle était dévolu au Conseil de l'Europe.

Cette utilisation est propre à la Cour de justice, la Cour EDH n'utilisant pas de principes généraux de la Convention EDH, même si les opinions séparées des juges en mentionnent parfois⁸²⁶. « *La persistance de cette source est loin d'être superflue. Elle constitue en effet une valve de sécurité qui permet de ménager une éventuelle évolution du champ des droits grâce aux deux sources complémentaires que sont la CESDH et les*

⁸²⁴ G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Droit administratif*, n° 6, 2004, p. 7.

⁸²⁵ F. KAUFF-GAZIN, « Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté », *Europe, Dossier – Le traité de Lisbonne : oui, non, mais à quoi ?*, 2008.

⁸²⁶ Voir sur l'utilisation de PGD par la Cour EDH : G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165.

traditions constitutionnelles des États membres »⁸²⁷. Ce changement est également le signe d'une politique jurisprudentielle de la Cour de justice mais moins dans le sens d'une convergence que dans celui du maintien de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

⁸²⁷ É. BARBIER DE LA SERRE, « Le traité de Lisbonne, les droits fondamentaux et le droit processuel de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010

Conclusion de Chapitre

« *Que le droit s'écrive aussi dans le prétoire est une réalité désormais peu contestée* »⁸²⁸ et cette réalité entraîne la constatation d'une politique jurisprudentielle voulue par les juges européens, dans le sens d'une convergence pour la protection des droits fondamentaux. « *Dire que les juges détiennent un pouvoir de décision politique relève désormais de la plus grande des banalités* »⁸²⁹. Pour autant, le juge européen n'est pas formellement un législateur. « *Qu'on le veuille ou non, le juge ne dispose pas (ou en tout cas pas complètement, ou pas souvent) d'une liberté d'action juridique comparable à celle d'un pouvoir exécutif soucieux de normer une situation, car il doit composer avec le « formatage » de l'affaire déposée devant lui* »⁸³⁰. Il semble même qu'une nouvelle réalité se présente, où la justiciabilité prend une place primordiale dans la pensée du droit. « *Le droit se définit moins par la contrainte légitime de la loi que par la possibilité de soumettre un comportement à l'examen par un tiers [...] Plus rien ne doit échapper au contrôle du juge. Ces dernières décennies ont vu les contentieux exploser et les juridictions croître et se multiplier, se diversifier et affirmer chaque jour un peu plus leur autorité. Se précise partout une certaine juridictionnalisation de la vie collective* »⁸³¹. L'existence d'une politique jurisprudentielle menée par les juges européens et l'expansion des voies de droit participent à l'idée que l'existence d'un système européen de protection des droits fondamentaux est due à l'action des juges, même s'il ne faut pas négliger l'importance du législateur.

⁸²⁸ C. PICHERAL, « L'œuvre de la Cour de justice dans la politique européenne d'asile et d'immigration », *RDUE*, 2011, p. 117.

⁸²⁹ É. DUBOUT, « Le libéralisme politique de la Cour de justice. Réflexions à l'aune de la liberté d'entreprise », *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, L. CLÉMENT-WILZ (dir.), à paraître.

⁸³⁰ D. DE BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Dalloz*, 2002, n° 12, p. 973.

⁸³¹ A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1994, p. 13, spéc. p. 16.

Conclusion de Titre

Le système européen de protection des droits fondamentaux émerge, apparaît, car les deux ordres juridiques européens, Conseil de l'Europe et Union européenne, se rencontrent dans des circonstances mettant en danger la protection effective des droits fondamentaux. En effet, l'extension progressive du domaine d'action des organisations européennes ne s'accompagne pas de développements quant à leur potentiel responsabilité en cas de violation des droits fondamentaux. Ces deux acteurs, avec les ordres juridiques nationaux, signent la caractéristique de pluralité du système. Ainsi, il y a une connexion qui s'établit, car les deux ordres juridiques se révèlent être complémentaires. L'Union européenne s'appuie sur le Conseil de l'Europe pour assurer la protection des droits fondamentaux. Inversement, le Conseil de l'Europe reconnaît l'existence et la présence croissante des normes de l'Union européenne dans ses conventions ou devant la Cour EDH.

Cette première étape de connexion nécessaire est complétée par la reconnaissance de la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux, élément déclencheur de l'émergence du système, qui en assure la stabilité. En effet, la mise en place de cette présomption signale qu'il est devenu impossible de contourner la confrontation entre les deux ordres juridiques européens, qu'il a été nécessaire d'adopter une position frontale. La connexion est également voulue au niveau politique, par les États membres de l'Union européenne, les institutions de l'Union et les organes du Conseil de l'Europe. La volonté est visible grâce à l'existence du projet d'accord d'adhésion de 2013 qui s'est pourtant confronté à un rejet par la Cour de justice de l'Union, qui estime que les garanties de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ne sont pas suffisantes. La revendication de cette autonomie peut se révéler être un handicap pour le système européen de protection des droits fondamentaux, au même titre qu'une assise territoriale incertaine.

L'émergence constatée du système européen de protection des droits fondamentaux, grâce aux critères de pluralité et de stabilité, peut être gênée par l'existence d'obstacles qu'il faut identifier, dans l'objectif de les surmonter. Parmi les obstacles, se pose la question de l'articulation du troisième critère du système, l'autonomie, avec la revendication d'autodétermination de chaque ordre juridique.

TITRE 2. LES OBSTACLES A L'IDENTIFICATION DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Pour identifier le système européen de protection des droits fondamentaux, il faut déterminer comment et pourquoi il y a un basculement entre un simple espace vers un système. La reconnaissance d'une nécessaire connexion entre les deux ordres juridiques européens, accompagnée de la mise en place de la présomption de protection équivalente, est la cause principale d'émergence du système. Cependant, ce système se superpose à deux ordres juridiques européens, celui de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ainsi qu'aux ordres juridiques des États membres.

La pluralité du système se fonde donc sur différents ordres juridiques. Au niveau européen, ce sont des ordres appartenant à des organisations complètes qui comprennent des normes et des règles de fonctionnement autour de ces normes. Parmi les éléments de l'ordre juridique, il y a la question de l'assise territoriale de celui-ci, qui n'est toutefois pas un critère de reconnaissance de l'ordre juridique mais plutôt de délimitation de celui-ci. Autrement dit, les normes issues d'un ordre juridique ont vocation à s'appliquer sur un territoire géographique déterminé. De plus, l'ordre juridique se définit en s'isolant des autres ordres juridiques, ce qui se réalise par la revendication d'une certaine autonomie. L'autonomie est également un critère de l'identification du système ce qui pose la question de l'articulation de ces deux autonomies.

Les obstacles à surmonter pour identifier le système européen de protection des droits fondamentaux sont, d'une part, l'existence d'une asymétrie territoriale entre les deux ordres juridiques européens, gênant la visibilité du système (Chapitre 1) ; d'autre part, la revendication de l'autonomie par les deux ordres juridiques européens ouvre la problématique de l'appartenance au système (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'asymétrie territoriale entre les deux ordres juridiques européens

Envisager l'asymétrie territoriale entre les deux ordres juridiques des organisations européennes ne va pas de soi car « *les organisations internationales n'ont évidemment pas de territoire au sens physique – ni même juridique – du terme* »⁸³². De prime abord, la notion de territoire, en tant « *qu'espace de souveraineté dont dispose sans partage tout État* »⁸³³, ne semble être applicable qu'aux États ⁸³⁴. Cependant, les normes des organisations internationales s'appliquent sur un territoire prédéterminé, *a priori* celui de leurs États membres, comme l'indique l'article 29 de la Convention de Vienne sur les traités du 23 mai 1969 : « *À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire* ». Se pose donc la question de savoir si le système européen de protection des droits fondamentaux, qui réunit les ordres juridiques de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, comprenant les ordres juridiques nationaux, a une base territoriale clairement définie sur laquelle s'appliquerait les règles de ce système. « *Le droit se caractérise traditionnellement, d'abord par un lien avec un ou des territoires. Il n'y a pas de norme juridique sans inscription spatiale, sans un champ territorial d'application* »⁸³⁵. À première vue, il y a une asymétrie quant aux États qui sont membres des deux organisations européennes, ce qui pose un obstacle géographique évident à la reconnaissance d'un système ainsi que pour la détermination des sujets dudit système. Cependant, une autre approche est de considérer que ce système, qui se superpose aux deux ordres juridiques européens, concerne principalement le territoire des États membres de l'Union, qui sont également membres du Conseil de l'Europe. *In fine*, l'étude de la dimension géographique permet de s'intéresser au champ d'application territorial du système européen de protection des droits fondamentaux.

⁸³² Voir le commentaire de J. J. CALLE Y CALLE, *Annuaire de la Commission de droit international*, 1977, vol. I, p. 119.

⁸³³ J.-M. SOREL, « Frontière, territoire et État », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mis à jour en juillet 2017, point 9.

⁸³⁴ Voir les commentaires de EL RASHEED MOHAMED AHMED et FLÉTAN, *Annuaire de la Commission de droit international*, 1982, vol. I, p. 16. « *The idea of territory did not apply both to States and to international organizations, but only to States* ».

⁸³⁵ J.-B. AUBY, « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique ? », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 274.

Afin de comprendre quel pourrait être ce territoire commun il faut se pencher en premier lieu sur la délimitation opérée au niveau du Conseil de l'Europe par la Cour EDH, puisque tous les États membres du Conseil de l'Europe sont parties à la Convention EDH, pour ensuite l'appliquer à l'Union européenne. Cet ordre est également choisi en raison de l'approche plus travaillée de cet aspect au sein du Conseil de l'Europe qui propose une vision extensive de l'obligation de protection des droits fondamentaux, puisqu'il s'agit bien de déterminer l'assise territoriale sur laquelle s'appliquent les droits fondamentaux européens. Avant cela, il faut préciser la sémantique utilisée car les notions peuvent varier : champ d'application territorial, juridiction, territorialité⁸³⁶, territoire, etc. Les termes utilisés ne sont pas les mêmes mais rendent généralement compte d'une réalité géographique identique. Au niveau de la Convention EDH, qui correspond au champ d'application territorial des États membres du Conseil de l'Europe, c'est la notion de juridiction qui est centrale tout en étant très vaste⁸³⁷. L'article 1 de la Convention EDH énonce en effet que « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». La Cour EDH a dû préciser le contour du terme polysémique. Tout d'abord, « *la juridiction des États est principalement territoriale* »⁸³⁸, impliquant la responsabilité de l'État auquel appartient le territoire⁸³⁹. Toutefois, il peut également s'agir d'un pouvoir exercé par un État hors de son territoire dans des « *circonstances exceptionnelles susceptibles d'emporter exercice par l'État contractant de sa juridiction à l'extérieur de ses propres frontières. Dans chaque cas, c'est au regard des faits particuliers de la cause qu'il faut apprécier l'existence de pareilles circonstances exigeant et justifiant que la Cour conclue à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État* »⁸⁴⁰. Pour ces deux aspects l'idée est d'établir « *le lien nécessaire entre la victime d'une violation de la Convention et l'État partie à qui cette violation est imputable* »⁸⁴¹. Plus récemment, la Cour EDH a également interprété la notion de juridiction de l'article 1 de la

⁸³⁶ Voir L. LEBON, *La territorialité et l'Union européenne : approches de droit public*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 719 p.

⁸³⁷ V. CONSTANTINESCO, « L'application territoriale de la Convention européenne des droits de l'homme : quelques réflexions », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss*, Pedone, Paris, 2014, p. 205.

⁸³⁸ Cour EDH, Gde chbr., 20 novembre 2014, *Jaloud c/ Pays-Bas*, req. n° 47708/08, point 139.

⁸³⁹ Cour EDH, Gde chbr., 8 avril 2004, *Assanidzé c/ Géorgie*, req. n° 71503/01, point 137 : « *les États parties dépendent de toute violation des droits et libertés protégés que peuvent subir les individus placés sous leur « juridiction » – c'est-à-dire leur compétence – au moment de la violation* ».

⁸⁴⁰ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, point 132.

⁸⁴¹ Voir J.-A. CARRILLO-SALCEDO, « Article 1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme : Commentaire article par article*, E. DECAUX, L.-E. PETTITI et P.-H. IMBERT (dir.), Paris, Economica, 2e éd., 1999, spéc. p. 135.

Convention EDH comme signe de la subsidiarité du système en indiquant que l'article implique que « *ce sont en effet les autorités internes qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis* »⁸⁴². Du côté de l'Union européenne, la notion de juridiction est utilisée pour désigner l'ensemble des tribunaux et cours, les organes juridictionnels qui ont pour rôle de trancher des litiges qui leur sont soumis. Cette acception est utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre précis du renvoi préjudiciel, prévu à l'article 267 TFUE, pour en déterminer la recevabilité. La Cour de justice n'utilise pas ce terme pour s'intéresser à la dimension spatiale de l'Union européenne mais se penche plutôt sur le champ d'application territorial du droit issu de l'Union européenne ou encore sur le territoire de l'Union européenne⁸⁴³.

Il y a ainsi une approche sémantique différente. Au-delà du lexique, comment peut-on cerner un territoire commun qui servirait d'assise au système ? Pour le déterminer il faut dans un premier temps délimiter le territoire « interne » du système, dont les contours restent incertains (Section 1). Le terme interne correspond à l'espace géographique européen et s'oppose aux volontés d'application externe des deux organisations européennes, donc aux potentialités extraterritoriales du système (Section 2), les deux développements prennent comme point de départ la notion de juridiction de la Cour EDH, soit en tant que juridiction-territoire ou juridiction-pouvoir pour l'adapter ensuite à l'Union européenne.

Section 1 : Un système européen de protection des droits fondamentaux au contour territorial incertain

Une première asymétrie évidente gêne la détermination d'un territoire commun aux deux ordres juridiques : la différence du nombre de membres à chacune des organisations. 47 pour le Conseil de l'Europe et 27 États membres pour l'Union européenne, à compter de mars 2019 en raison du retrait britannique de l'Union européenne. Mais même en ne s'attachant qu'au plus petit dénominateur commun, au territoire des États membres des deux organisations européennes, des incertitudes persistent. D'une part, en raison de la dimension géographique parfois variable au sein de l'Union européenne avec les *opt-out* ou encore les

⁸⁴² Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, point 287.

⁸⁴³ L. LEBON, *La territorialité et l'Union européenne : approches de droit public*, op. cit., pp. 121 et s. qui se penche sur la sémantique utilisée par la Cour de justice.

coopérations renforcées ; d'autre part, le contour territorial même de ce système est à définir en raison des territoires éloignés géographiquement mais dépendants ou rattachés aux États. Afin de comprendre quelle pourrait être l'assise territoriale du système européen de protection des droits fondamentaux, il faut dans un premier temps déterminer comment la Cour EDH a affirmé la pleine application de la Convention EDH sur tout le territoire européen (§1) pour ensuite appliquer les principes dégagés par la Cour EDH à la réalité géographique de l'Union européenne (§2).

§1. La base territoriale au sens de la Cour EDH

La notion de base territoriale a pour but de désigner le territoire appartenant aux États membres du Conseil de l'Europe, territoire sur lequel ils s'engagent à faire respecter les principes de l'organisation européenne et les conventions qu'ils ont ratifiées. Mais des portions de territoire appartenant formellement à un État peuvent parfois lui échapper, l'incitant à formuler des réserves territoriales. Pour comprendre l'utilisation de ces réserves et leur encadrement, il est plus simple de se tourner vers l'application de la Convention EDH telle que déterminée par la Cour EDH, notamment car le statut du Conseil de l'Europe n'a pas fait l'objet de déclarations ni de réserves territoriales par ses États membres, contrairement à la Convention EDH. Au sujet de ces déclarations ou réserves territoriales, il est intéressant de noter que la Cour EDH les rejette systématiquement, préférant une approche *in abstracto* du territoire (A), ce qui a un impact sur la responsabilité de l'État qui possède le territoire. Mais la juridiction combine cette pleine application territoriale avec une approche *in concreto*, en s'intéressant au véritable responsable du territoire en cause (B).

A. L'approche *in abstracto* du territoire

À défaut de précision textuelle, la Cour EDH a développé une jurisprudence assez complète concernant l'application territoriale de la Convention EDH, se fondant sur l'article 1 du texte et sur la notion de juridiction qui « *doit être comprise comme signifiant que la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale [...] mais aussi en ce sens qu'il est présumé qu'elle s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire* »⁸⁴⁴.

⁸⁴⁴ Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2004, *Ilaşcu e. a. c/ Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, point 312.

Ainsi, un État partie ne pourra pas échapper à sa responsabilité juridique devant la Cour EDH, quelles que soient les conditions concrètes d'exercice du pouvoir sur la portion du territoire en cause. Les restrictions au territoire de l'État sont rejetées par la Cour EDH (1), au contraire des extensions territoriales qui, inversement, permettent à un État d'appliquer volontairement la Convention EDH à des territoires sous son autorité, mais en prenant en compte les nécessités locales relatives à ce territoire, agrandissant l'assise du système européen de protection des droits fondamentaux (2).

1. Les restrictions irrecevables : les réserves et les déclarations territoriales

Comme toute convention internationale, la Convention EDH peut faire l'objet de réserves, en vertu de l'article 57 de la Convention EDH, ou de « déclarations », analysées comme des réserves par la Cour EDH⁸⁴⁵. C'est l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 qui définit la notion de réserve en tant que « *déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* ». La possibilité de réserves peut paraître étonnante au vu des sujets essentiels abordés par la Convention EDH mais *a contrario*, c'est dans le domaine des droits fondamentaux que l'atteinte à la souveraineté des États est la plus importante⁸⁴⁶. Les réserves doivent nécessairement être déposées en même temps que la ratification ou la signature de la Convention EDH ou de ses protocoles additionnels, toute déclaration postérieure n'est pas recevable. De plus, l'État doit justifier la réserve en démontrant, par le biais d'un bref exposé, qu'une norme interne pose un obstacle à une disposition de la Convention EDH, sachant que certains articles ne peuvent pas recevoir de dérogation⁸⁴⁷. L'article 57 précise que les réserves générales sont prohibées.

Les précautions prises par les États, de façon anticipée, ne privent pas la Cour de son pouvoir de contrôle. Au contraire, celle-ci a systématiquement écarté les déclarations

⁸⁴⁵ Par exemple voir Cour EDH, Ass. plén., 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, req. n° 10328/83.

⁸⁴⁶ Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13e éd. refondue, 2016, p. 65.

⁸⁴⁷ Voir l'article 15 de la Convention EDH et les précisions apportées à ce sujet dans chaque protocole. Voir également : Cour EDH, Gde chbr., 19 février 2009, *A. e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 3455/05, point 11.

territoriales présentées par les États membres, en les analysant comme des réserves. Deux États ont ainsi décidé de déposer des déclarations portant sur leur territoire au moment de la ratification de la Convention EDH. La Moldova dans sa déclaration du 12 septembre 1997 au sujet de la République autoproclamée de Transnistrie et l'Azerbaïdjan dans sa déclaration du 15 avril 2002 qui précise que le pays « *n'est pas en mesure de garantir l'application des dispositions de la Convention dans les territoires occupés par la République d'Arménie* »⁸⁴⁸. La déclaration moldave a été remise en cause dans la décision de la Grande chambre de la Cour EDH portant sur la recevabilité de l'affaire *Ilaşcu c/ Moldova et Russie* en 2001⁸⁴⁹. La Grande chambre estime que la déclaration « *a une portée générale, illimitée quant aux dispositions de la Convention, mais limitée dans l'espace et dans le temps* »⁸⁵⁰. Ainsi, la déclaration faite par la Moldova n'est pas valide au regard des exigences de l'article 57 de la Convention EDH, ce qui rend la requête recevable car l'État est bien responsable des faits litigieux qui ont lieu sur ce territoire. Au stade de l'examen sur le fond, la Cour EDH constate que la Moldova n'exerce effectivement pas de contrôle sur le territoire en question mais qu'il relève tout de même de sa juridiction⁸⁵¹, puisqu'au regard du droit international, il s'agit d'un territoire lui appartenant.

La déclaration azérie est étudiée par la Cour EDH dans une décision de recevabilité, concernant le territoire du Haut-Karabagh, dans laquelle elle estime qu'il n'est pas possible que la notion de juridiction soit limitée à une portion du territoire d'un État partie⁸⁵². Elle ajoute dans sa décision au fond « *que la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention est présumée s'exercer sur l'ensemble du territoire d'un État contractant* »⁸⁵³. Cette constatation entraîne une autre, « *le gouvernement azerbaïdjanais exerce sa juridiction en tant qu'État territorial et il assume une responsabilité pleine et entière au regard de la Convention, même s'il peut rencontrer en pratique des difficultés à exercer son autorité* »⁸⁵⁴.

⁸⁴⁸ La région en question est le Haut-Karabagh qui a été attribué à l'Azerbaïdjan par l'URSS disputé par l'Arménie et qui se déclare indépendant en 1991 mais sans aucune reconnaissance internationale, ni étatique ni par une organisation internationale.

⁸⁴⁹ Cour EDH, Gde chbr., 4 juillet 2001, *Ilaşcu c/ Moldova et Russie*, req. n° 48787/99 (décision sur la recevabilité).

⁸⁵⁰ *Ibidem*.

⁸⁵¹ Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2004, *Ilaşcu c/ Moldova et Russie*, préc., point 331.

⁸⁵² Cour EDH, Gde chbr., 14 décembre 2011, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06, point 64. La Cour EDH rappelle ensuite qu'elle assimile toute déclaration à des réserves, ce qui implique d'en respecter les conditions. Or les déclarations sont souvent dénuées de toute motivation et ne visent pas de dispositions précises de la Convention EDH contrairement aux indications de l'article 57 de la Convention EDH.

⁸⁵³ Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06, décision au fond, point 129.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, point 150.

La juridiction des droits de l'homme incite les États à rester responsables de leurs territoires tout en reconnaissant la possibilité de circonstances pouvant atténuer leur responsabilité. Dans ce cas, les obligations qui leur incombent sont limitées à l'article 1^{er} de la Convention EDH pour l'État auquel le territoire appartient mais dont il n'a plus le contrôle. Cet État peut ainsi voir sa responsabilité limitée à la stricte obligation de tenter de reprendre le contrôle du territoire. La Cour EDH impose d'ailleurs une obligation positive, « *l'engagement pris par un tel État en vertu de l'article 1 comprend normalement deux éléments : d'une part, l'obligation négative de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis et, d'autre part, l'obligation positive de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire* »⁸⁵⁵. L'État doit ainsi adopter des mesures adéquates pour protéger les droits de la Convention EDH⁸⁵⁶, des mesures « *d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre* »⁸⁵⁷. L'État peut alors être responsable pour son absence d'action sur un territoire contrôlé par un autre État car la Cour EDH considère qu'il existe une présomption de juridiction. Cependant, la responsabilité de l'État peut être limitée à cette absence d'action.

En dehors de toute déclaration ou réserve territoriale, les États perdent parfois le contrôle de leur territoire et tentent donc d'opposer cette situation comme moyen de défense. C'est le cas de la Géorgie qui a été désignée par des requérants individuels pour des événements se déroulant en Adjarie. La Cour EDH maintient le même cap que pour les réserves territoriales en estimant, dans l'arrêt *Assanidzé c/ Géorgie* de 2004⁸⁵⁸, qu'il y a une présomption de compétence en faveur de la Géorgie. La Cour EDH indique que cette présomption pourrait être renversée en prouvant qu'il existe un mouvement sécessionniste⁸⁵⁹, ou plus généralement en cas de circonstances exceptionnelles⁸⁶⁰, même si aucun exemple n'a pour l'instant permis d'arriver à la conclusion d'une absence totale de responsabilité d'un État partie sur son territoire. Au mieux, la Cour a pu reconnaître la responsabilité de deux États parties – même si celle-ci est limitée à l'obligation positive de l'article 1 pour l'État auquel le territoire appartient – à condition d'avoir été tous deux visés par le requérant. Néanmoins, la

⁸⁵⁵ *Ibid.*, point 129.

⁸⁵⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 248.

⁸⁵⁷ Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2004, *Ilaşcu c/ Moldova et Russie*, préc., point 331.

⁸⁵⁸ Cour EDH, Gde chbr., 8 avril 2004, *Assanidzé c/ Géorgie*, préc.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, point 140.

⁸⁶⁰ Voir par exemple Cour EDH, 19 octobre 2012, *Catan e. a. c/ Moldova et Russie*, req. n° 43370/04, 18454/06 et 8252/05, points 104 et s. qui évoquent la compétence extraterritoriale d'un État.

Cour EDH tempère rapidement son propos : « *si la présomption tombait, la Convention pourrait s'appliquer de manière sélective à des parties du territoire de certains États parties seulement, vidant ainsi de son contenu le postulat de la protection effective des droits de l'homme qui sous-tend l'ensemble de la Convention, et permettant par là-même une discrimination entre États parties, c'est-à-dire entre ceux qui acceptent l'application de la Convention à la totalité de leur territoire et ceux qui ne l'acceptent pas* »⁸⁶¹. Finalement, si la Cour EDH dégage une présomption de juridiction, celle-ci ne semble pas pouvoir être renversée, il s'agirait alors d'une présomption irréfragable même si la juridiction des droits de l'homme ne la désigne pas ainsi.

Ce que la Cour EDH veut éviter c'est « *un constat de « vide juridique » ou d'une « zone de non-droit » à laquelle des dispositions de la Convention ne s'appliquent pas de facto* »⁸⁶². L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a d'ailleurs adopté une recommandation en 2003 sur le sujet afin d'inciter, d'une part, les États à informer leurs citoyens sur la possibilité de saisir la Cour EDH et, d'autre part, à encourager les recours interétatiques au sujet de ces territoires⁸⁶³. Les restrictions de territoire ne sont donc pas admises par la Cour EDH, au contraire des extensions, acceptées en raison de l'article 56 de la Convention EDH, même si les déclarations visant à appliquer plus largement la Convention EDH se font sous la condition du respect des « *nécessités locales* ».

2. Les restrictions recevables : les nécessités locales des territoires d'outre-mer

À l'inverse de l'exclusion de certains morceaux de territoires hors de contrôle, des États ont étendu volontairement l'application de la Convention EDH à des territoires pour lesquels ceux-ci assurent « *les relations internationales* » selon les termes de l'article 56 § 1 de la Convention EDH. À l'instar des réserves, ces extensions font l'objet de déclarations de la part des États. C'est le cas de la France qui a indiqué, au moment de la ratification de la Convention EDH en 1974, désirer la faire appliquer sur l'ensemble du territoire de la

⁸⁶¹ Cour EDH, Gde chbr., 8 avril 2004, *Assanidzé c/ Géorgie*, préc., point 142.

⁸⁶² Opinion dissidente du juge russe KOVLER sous l'arrêt Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2004, *Ilaşcu c/ Moldova et Russie*, *op. cit.* Le juge estime qu'il ne faut pas reconnaître la juridiction des États mais au contraire constater qu'il s'agit de zones de non-droit.

⁸⁶³ Recommandation n° 1606 du 23 juin 2003 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « *Zones où la Convention européenne des droits de l'homme ne peut pas être appliquée* ».

République, y compris les territoires d'outre-mer⁸⁶⁴, mais sous condition de respecter les nécessités locales. Cela implique donc l'application de la Convention EDH en dehors de l'espace européen, dans son acception géographique. Ce sont surtout les anciennes puissances colonisatrices qui ont souhaité procéder à ces extensions, ce qui explique l'idée de la prise en compte de nécessités locales. En effet, la Cour EDH le reconnaît, « *au moment où l'on a rédigé la Convention il était encore des territoires coloniaux dont le niveau de civilisation ne permettait pas, pensait-on, la pleine application de cet instrument* »⁸⁶⁵. Les déclarations ont d'ailleurs évolué au rythme des reconnaissances d'indépendance. Ainsi, les Pays-Bas avaient initialement indiqué, en 1953, vouloir appliquer la Convention EDH au Surinam puis à la suite de l'accession à l'indépendance de ce territoire en 1975, le Secrétariat du Conseil de l'Europe a pris note de la fin de l'application de la Convention EDH. Le texte continue à avoir une valeur aux Antilles néerlandaises⁸⁶⁶. Il en est de même pour le Royaume-Uni qui a déclaré accepter la compétence de la Cour EDH en 2010, bien après la disparition du système de compétence facultative, sur toute une série de territoires⁸⁶⁷.

La Cour EDH a été amenée à statuer sur les questions de « nécessités locales », qui permettent une application limitée de la Convention EDH, surtout pour les territoires britanniques et français. C'est d'ailleurs dans l'arrêt *Tyrer c/ Royaume-Uni* de 1978⁸⁶⁸ que se retrouvent les principes applicables pour admettre des nécessités locales, sans qu'ils aient été retenus en l'espèce. Le Royaume-Uni n'a jamais eu gain de cause dans ce domaine⁸⁶⁹. En effet, il faut que l'État apporte la preuve décisive et manifeste d'une nécessité⁸⁷⁰, pour faire

⁸⁶⁴ Voir par exemple Cour EDH, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c/ France*, req. n° 22689/07, concernant la Guyane.

⁸⁶⁵ Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, point 38.

⁸⁶⁶ Les Antilles néerlandaises comprennent les territoires suivants : Aruba, Curaçao, Sint Marteen, les îles de Bonaire, Sint Eustatius et Saba.

⁸⁶⁷ Anguilla, Bermudes, Montserrat, Sainte Hélènes, Ascension, Tristan de Cuhna, Baillage de Jersey, Ile de Man, Iles Malouines, Gibraltar, Iles de Géorgie méridionales, Iles Sandwich méridionales, les Bases militaires de Akrotiri et Dhekelia dans l'île de Chypre, Le Baillage de Guernesey, les Iles Caïman, les Iles Vierges britanniques, Iles Turques et Caicos.

⁸⁶⁸ Cour EDH, 25 avril 1978 *Tyrer c/ Royaume-Uni*, préc. En l'espèce, l'île de Man, dépendance de la Couronne, pratiquait les châtiments corporels comme sanction pénale et afin de préserver l'ordre public sur l'île. La Cour estime que cette pratique ne peut être justifiée par les nécessités locales, d'autant plus que c'est l'article 3 de la Convention EDH qui est visé, qui figure parmi les articles indérogeables.

⁸⁶⁹ Commission EDH, 8 février 1978, *Wiggins c/ Royaume-Uni*, req. n° 7456/76. La Commission ne reconnaît pas de différence sociale ni culturelle pertinente pour l'affaire entre le Baillage de Guernesey et le Royaume-Uni. Voir également CEDH, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. n° 24833/94 en matière de droit de vote sur le territoire de Gibraltar. À nouveau, la Cour estime qu'aucune différence locale ne justifie l'existence d'une nécessité locale.

⁸⁷⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 224.

jouer les particularités locales et ainsi échapper à la constatation d'une violation pour l'un de ses territoires. Il semble que seule la France ait pu profiter de cette justification dans le cas de la restriction du droit de vote, accordé aux résidents de plus de dix ans en Nouvelle-Calédonie⁸⁷¹. Dans l'affaire *Py c/ France* de 2005⁸⁷², la Cour EDH reconnaît la phase transitoire qui existe en Nouvelle-Calédonie, en attendant une décision sur l'autodétermination de ce territoire, qui caractérise la preuve décisive et manifeste de la nécessité locale. Cette exigence de dix ans de résidence sur le territoire pour participer aux votes locaux a en effet permis l'apaisement sur l'île⁸⁷³. Plus généralement, la Cour EDH paraît peu encline à limiter l'application de la Convention EDH une fois celle-ci volontairement étendue. Ainsi, la restriction de circulation et d'intervention orale d'une députée européenne en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, en raison de sa position en matière d'essais nucléaires, ne peut pas être justifiée sur le terrain des nécessités locales. Certes, la Cour EDH reconnaît un climat politique tendu mais le considère comme une circonstance factuelle, insuffisante pour qualifier la nécessité locale⁸⁷⁴.

Enfin, la reconnaissance d'une extension d'application de la Convention EDH par le biais de ces déclarations ne vaut pas automatiquement pour les protocoles additionnels comme le rappelle l'affaire *Quark Fishing LTD c/ Royaume-Uni* de 2006⁸⁷⁵, qui concerne les îles Malouines pour lesquelles le Royaume-Uni n'a pas déclaré étendre l'application du premier protocole additionnel. La requête de la société est donc irrecevable. Les États doivent systématiquement préciser si une extension est souhaitée pour les protocoles additionnels, qui ne peut se déduire d'une déclaration générale faite au texte de la Convention EDH. L'utilisation de la nécessité locale, en tant que limite à l'application de la Convention EDH pour les territoires éloignés, est assez rare et très peu reçue. La Cour EDH rappelle d'ailleurs dans son arrêt *Al Skeini c/ Royaume-Uni* de 2011 que le dispositif de l'article 56 et l'exception des nécessités locales « ne peut être interprétée aujourd'hui, à la lumière des conditions actuelles, comme limitant la portée de la notion de « juridiction » au sens de l'article 1 »⁸⁷⁶, ce qui indique une évolution tendant à la disparition de cette restriction.

⁸⁷¹ Cour EDH, 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. n° 66289/01, voir point 57 pour le contexte.

⁸⁷² Cour EDH, 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. n° 66289/01.

⁸⁷³ *Ibidem*, voir point 62.

⁸⁷⁴ Cour EDH, 27 avril 1995, *Piermont c/ France*, req. n° 15773/89 et 15774/89, point 59.

⁸⁷⁵ Cour EDH, 19 septembre 2006, *Quark Fishing LTD c/ Royaume-Uni*, req. n° 15305/06.

⁸⁷⁶ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, point 140.

Quel que soit le cas de figure, restriction du territoire *stricto sensu* d'un État ou extension volontaire de l'application de la Convention EDH à des territoires hors de l'espace géographique européen, la Cour EDH semble veiller à ce que les obligations conventionnelles soient bien respectées. Dans le premier cas de figure afin de ne pas laisser de « zones de non-droit », dans le second pour avoir une approche uniforme dans l'application de la Convention EDH. S'ajoute à cette idée *in abstracto*, une vision plus concrète pour désigner l'État réellement responsable de la violation et plus à même d'exécuter ensuite l'arrêt de la Cour EDH.

B. L'approche *in concreto* du territoire

L'approche concrète est fondée sur l'existence de circonstances exceptionnelles qui affectent le territoire d'un État. Ce dernier n'est plus maître des événements qui s'y déroulent pour différentes raisons mais notamment parce qu'un autre État a pris possession du territoire sans que cela n'entraîne une reconnaissance internationale de modification des frontières. Ainsi, un recours individuel est parfois formé à l'encontre de l'État qui exerce effectivement une certaine autorité sur le territoire, seul ou avec l'État auquel le territoire appartient. L'approche concrète a pour but de reconnaître la responsabilité de l'État qui exerce un pouvoir même s'il faut qu'un lien juridictionnel existe (1), afin d'admettre cette idée de juridiction-pouvoir (2).

1. L'existence d'un lien juridictionnel

La notion de juridiction est synonyme de territoire géographique pour la Cour EDH mais elle dépasse cette première analyse car la notion peut être entendue comme un « pouvoir » permettant de prendre concrètement en compte des situations territoriales moins classiques. C'est ainsi le cas lorsqu'un État partie à la Convention EDH exerce une influence sur un territoire d'un autre État partie, territoire qui ne lui appartenant pas. Normalement, « *l'État souverain ne va être considéré comme responsable que des actes qui sont suffisamment liés à lui, à sa souveraineté, pour qu'il ait à répondre de leurs*

conséquences »⁸⁷⁷. L'exercice de la souveraineté par un État permettra de caractériser l'imputabilité nécessaire pour établir une éventuelle responsabilité de cet État sur le territoire d'un autre, qui se manifeste par un acte étatique unilatéral, un agissement ou une abstention. Pour la Cour EDH, les notions d'imputabilité et de juridiction semblent être synonymes. Il semble toutefois que lorsque les questions d'imputabilité sont développées, elles concernent plus précisément la possibilité de rattacher une violation à des agents de l'État⁸⁷⁸. « *En refusant de retenir une lecture réductrice de la « juridiction extraterritoriale » de l'État - en dissociant par exemple juridiction et imputabilité [...] la Cour de Strasbourg confirme, si besoin était, les limites de la doctrine de la territorialisation de la juridiction de l'État* »⁸⁷⁹.

La doctrine de la territorialisation de la juridiction mentionnée par l'auteur renvoie à la jurisprudence *Banković c/ Belgique* de 2001⁸⁸⁰, dans laquelle la Cour EDH réfute tout lien juridictionnel pour des bombardements réalisés par l'OTAN en Serbie, considérant que les événements ne pouvaient être imputables aux États défendeurs désignés par les victimes. Néanmoins, dans une affaire similaire⁸⁸¹, la Cour EDH reconnaît l'existence d'un lien juridictionnel, car les victimes ont saisi des juridictions italiennes. Cette reconnaissance est logique puisque cela permet aux requérants de contester le comportement des juridictions italiennes et non les événements ayant eu lieu en Serbie, avant son adhésion au Conseil de l'Europe. De plus, il faut préciser que dans les considérations de la Cour EDH relatives au lien juridictionnel, les événements se déroulent en dehors du territoire des États parties. « *Même si le caractère extraterritorial des faits éventuellement à l'origine de l'action peut avoir des conséquences sur l'applicabilité de l'article 6 et sur le résultat final de la procédure, il ne peut en aucun cas en avoir sur la compétence razione loci et razione personae de l'État en question. En raison de l'existence d'une procédure civile devant les juridictions nationales, l'État est tenu de par l'article 1 de la Convention de garantir dans le cadre de cette procédure le respect des droits protégés par l'article 6* »⁸⁸². La solution semble cohérente mais la compétence de la Cour EDH dépend alors des actions que vont engager les individus.

⁸⁷⁷ B. STERN, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 1998, mis à jour en mars 2009, § 2 - Règles d'imputation à l'État, sujet de droit international.

⁸⁷⁸ Voir par exemple Cour EDH, 3 juin 2003, *Pantea c/ Roumanie*, req. n° 33343/96, point 177.

⁸⁷⁹ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, p. 1936.

⁸⁸⁰ Cour EDH, Gde chbr., 12 décembre 2001, *Banković c/ Belgique e. a.*, req. n° 52207/99.

⁸⁸¹ Cour EDH, Gde chbr., 14 décembre 2006, *Markovic e. a. c/ Italie*, req. n° 1398/03.

⁸⁸² *Ibidem*, point 54.

Cette imputabilité, autrement dit la juridiction de l'État partie, sera caractérisée de façon différente si la violation alléguée a lieu sur le territoire d'un État partie à la Convention EDH ou en dehors du territoire couvert par la Convention EDH mais dans les deux cas, la Cour EDH admet tout d'abord qu'un État peut être responsable d'agissements sur le territoire d'un autre État dans des circonstances exceptionnelles⁸⁸³. Dans ce dernier cas, c'est le critère du lien juridictionnel qui semble être retenu, même s'il faut souligner que la jurisprudence de la Cour EDH sur cette question est assez fluctuante. En effet, ce lien juridictionnel est établi au cas par cas⁸⁸⁴.

2. La juridiction-pouvoir au sens de la Cour EDH

La notion de juridiction-pouvoir comprend les violations commises sur le territoire d'un État mais par un autre État partie, car ce dernier est présent *de facto*, par exemple avec une présence militaire. Ainsi, ce cas est différent du cas de l'extraterritorialité entendue comme la responsabilité d'un État partie pour des faits hors de son territoire mais également hors du territoire couvert par la Convention EDH. De façon générale, « *la responsabilité de l'État peut se trouver engagée à raison d'actes ou d'évènements se produisant en dehors des frontières de celui-ci* »⁸⁸⁵. Il s'agit normalement de circonstances exceptionnelles permettant de rechercher la responsabilité d'un État occupant, même si l'État auquel appartient le territoire n'est pas exonéré de toute responsabilité. « *En outre, la Cour rappelle que, si elle a souligné la prépondérance du principe territorial dans l'application de la Convention [...] elle a aussi reconnu que la notion de « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention ne se circonscrit pas nécessairement au seul territoire national des Hautes parties contractantes* »⁸⁸⁶. La Cour EDH a pris soin de prendre en compte la réalité des violations, notamment pour en assurer la réparation en retenant également la responsabilité des États contrôlant un territoire qui n'est pas le leur. L'idée étant d'assurer un effet utile à la Convention EDH⁸⁸⁷, ce qui implique de concevoir la notion de juridiction également comme

⁸⁸³ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, préc., point 149.

⁸⁸⁴ *Ibidem*, point 150. Même si l'affaire concerne l'Irak, donc un État qui n'est pas partie à la Convention EDH, il y a caractérisation du lien juridictionnel.

⁸⁸⁵ Cour EDH, Gde chbr., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89, (décision sur la recevabilité), point 87.

⁸⁸⁶ Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2004, *Ilaşcu c/ Moldova et Russie*, préc., point 314.

⁸⁸⁷ Comm. EDH, Ass. plén., 4 mars 1991, *Chrysostomos, Papacryostomou et Loizidou c/ Turquie*, req. n°

un pouvoir.

Deux cas de figure peuvent alors se présenter : soit le requérant ne désigne que l'État qui a le pouvoir sur le territoire, soit à la fois cet État et celui juridiquement responsable du territoire ce qui peut entraîner la responsabilité des deux États pour des motifs différents⁸⁸⁸. C'est le requérant qui est alors maître de l'examen auquel la Cour EDH va procéder, ce qui peut paraître parfois artificiel. Un juge soulève ce paradoxe dans une opinion concordante⁸⁸⁹, pour une affaire relative au Haut-Karabagh qui ne visait que l'Azerbaïdjan « *lorsqu'un requérant introduit sa requête contre tous les États qu'il tient pour responsables, la Cour a la possibilité d'examiner l'étendue de la responsabilité de chacun d'eux. [...] En l'espèce, privée de la possibilité d'examiner la responsabilité de l'Arménie à raison des violations alléguées, la Cour a attribué la pleine responsabilité à l'Azerbaïdjan* ». Dans les deux cas, la Cour EDH utilise des critères précis pour contrôler la « juridiction » de l'État qui contrôle le territoire. La Cour EDH a d'ailleurs évolué quant au degré d'intensité du contrôle exigé. Les premières affaires concernent la partie nord de Chypre occupée, dans un premier temps, par des troupes militaires turques. La Commission EDH estimait alors qu'il fallait s'intéresser au pouvoir de l'État, à l'autorité qu'il exerce avec la présence de militaires turcs⁸⁹⁰. La Cour EDH vient ensuite affiner le critère en évoquant un « *contrôle militaire et économique global* »⁸⁹¹ pour ne finalement retenir qu'une « *influence décisive* »⁸⁹². Cet assouplissement progressif a pu faire l'objet de critiques, notamment pour les juges de la Cour EDH dans des opinions séparées⁸⁹³ et semble s'adapter aux situations factuelles, suivant l'évolution de Chypre nord. Enfin, toujours au sujet du Haut-Karabagh mais dans une affaire ne visant que l'Arménie, la Cour EDH estime que le contrôle « *dépend avant tout de l'ampleur de la présence militaire de l'État sur place, mais d'autres indicateurs, tels que*

15299/89, le texte n'est pas officiellement traduit, la Commission utilise les termes « *practical purpose* ».

⁸⁸⁸ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, préc. Le requérant vise la Belgique pour l'extradition et la Grèce pour le traitement des étrangers. Voir également Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c/ Chypre et Russie*, req. n° 25965/04. Le requérant vise les deux États qui sont sanctionnés pour absence d'enquête dans le cadre d'un réseau de prostitution.

⁸⁸⁹ Opinion concordante du juge Yudkivska dans Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, préc.

⁸⁹⁰ Comm. EDH, 26 mai 1975, *Chypre c/ Turquie*, req. n° 6780/74 et 6950/75.

⁸⁹¹ Cour EDH, 12 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, req. n° 25781/94, point 71. Dans l'affaire Cour EDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89 la Cour évoquait simplement un « *contrôle global* », voir le point 56.

⁸⁹² Cour EDH, 8 juillet 2004, *Ilaşcu c/ Moldova et Russie*, préc., point 392.

⁸⁹³ Voir par exemple l'opinion dissidente de la juge GYULUMYAN sous l'affaire Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Chiragov e. a. c/ Arménie*, req. n° 13216/05.

le soutien économique et politique éventuellement apporté, peuvent aussi avoir leur importance »⁸⁹⁴. Une opinion concordante souligne que la Cour EDH procède à une modification de la preuve à apporter pour qualifier le contrôle effectif en faveur du haut degré d'intégration⁸⁹⁵. Un autre juge remet en cause les facteurs permettant de conclure au pouvoir⁸⁹⁶, au sens de la juridiction, en relevant, dans l'arrêt *Al Skeini c/ Royaume-Uni* de 2011⁸⁹⁷, que le nombre de militaires présent est important, alors qu'il passe ici au second plan. La différence peut s'expliquer, puisque les faits de l'affaire *Al Skeini* se déroulent hors du territoire géographique européen, en Irak, emportant l'exigence de paramètres plus stricts pour que la Cour EDH reconnaisse sa compétence. Alors que lorsque la violation en cause a lieu sur le territoire européen, il semble que la Cour EDH fasse plutôt appel à un faisceau d'indices. Dans l'affaire *Chiragov c/ Arménie* de 2015, c'est « *l'appui militaire, politique, financier et autre que leur apporte l'Arménie* »⁸⁹⁸ qui va être décisif. Cette position de la Cour EDH reste conforme au droit international public qui estime que la présence d'une puissance occupante n'implique pas un transfert de souveraineté mais une répartition des compétences entre puissance occupante et État occupé⁸⁹⁹.

Une fois la jurisprudence de la Cour EDH en matière de territoire des États membres du Conseil de l'Europe analysée, il faut s'intéresser à l'approche du territoire par l'Union européenne, notamment pour savoir s'il existe une conception similaire des restrictions déclarées par les États membres de l'Union ou des extensions du territoire en dehors de l'Europe continentale. La confrontation des deux territoires permettant ensuite de constater ou non une base commune.

⁸⁹⁴ Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Chiragov c/ Arménie*, préc., point 169.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, opinion concordante du juge Motoc.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, points 34 et s.

⁸⁹⁷ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, point 140.

⁸⁹⁸ Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Chiragov c/ Arménie*, *op. cit.*, point 186.

⁸⁹⁹ M. FLORY, « Souveraineté », *Répertoire de droit international*, Dalloz, juillet 2016, point 21.

§2. La base territoriale de l'Union européenne

La question de la dimension territoriale est plus simple à envisager du côté du Conseil de l'Europe que du côté de l'Union européenne. Même si l'on « assiste à une certaine dépolitisation, ou même une « désétatisation » des frontières internes de l'Union, frontières qui ne séparent plus des États antagoniques [...] mais des États ouverts à la coopération »⁹⁰⁰, le territoire de l'Union est plus complexe à saisir pour deux raisons principalement. En premier lieu, les dépendances territoriales en dehors du continent européen ne sont pas systématiquement soumises au droit de l'Union et en second lieu, le territoire des États membres sur le continent européen ne relève pas entièrement du droit de l'Union en raison de l'existence d'*opt-out*. Il faut également préciser que le continent européen n'est pas une donnée définitivement délimitée, même géographiquement⁹⁰¹. En dehors du territoire *stricto sensu* de l'Union (A), certaines politiques initialement prévues pour contraindre les États membres ont trouvé des applications en dehors de leur territoire (B).

A. La détermination du territoire de l'Union *stricto sensu*

Une approche simple serait d'estimer que le droit de l'Union s'applique sur le territoire que chaque État membre possède mais cette affirmation ne reflète pas la réalité. Toutefois, plusieurs mécanismes impliquent une application variable du droit de l'Union européenne, qu'il faut clarifier afin d'envisager le territoire du système, sur lequel s'applique la protection des droits fondamentaux. En premier lieu, des méthodes de différenciations dans l'application des normes de l'Union sont prévues dans les traités (1). En second lieu, le territoire géographique de l'Union dépend de celui de ses États membres (2).

⁹⁰⁰ C. BLUMANN, Rapport introductif général, *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 7.

⁹⁰¹ Dans sa thèse, L. LEBON, *La territorialité et l'Union européenne : approches de droit public, op. cit.*, relève d'ailleurs la question d'un député européen : « La Commission pourrait-elle indiquer à quelle région géographique l'Arménie, membre du Conseil de l'Europe, est associée aux fins des travaux de l'Union européenne ? À ma connaissance, l'Arménie est considérée comme faisant partie de l'Europe, mais selon d'autres sources, elle ferait partie de l'Asie du sud-ouest », questions parlementaires du 11 mai 2001, question écrite E-1405 posée par Robert Sturdy « Classification géographique de l'Arménie », p. 96. Voir également C. DIDERON, « Une vision de l'Europe », *Annales de géographie*, 2010, n° 673, p. 211 : « L'absence de définition officielle de l'Europe est un problème pour l'Union européenne, notamment dans la gestion des candidatures d'adhésion [...] le terme « européen » n'est nulle part défini, ce qui laisse place à toutes les interprétations comme l'a montré la candidature du Maroc dans les années 1990 ».

1. La méthode de différenciation dans l'Union européenne et ses conséquences territoriales

Il y a deux catégories de distinction dans l'application des normes de l'Union. D'une part, les normes de l'Union ne s'appliquent pas de la même façon dans les territoires et les dépendances des États membres. D'autre part, sur le territoire plus immédiat de l'Union, dans l'Europe continentale, il existe également une géométrie variable⁹⁰², c'est-à-dire que les États membres peuvent déroger à certains pans de règles de l'Union européenne. Ces dérogations impliquent d'opérer une distinction selon la politique en cause et selon l'État membre concerné. Cette géométrie variable rend plus opaque la nomenclature normative de l'Union mais pour certains « *la différenciation est consubstantielle à la construction communautaire* »⁹⁰³. Cette différenciation est d'ailleurs approfondie avec le traité de Lisbonne qui remet en avant, à l'article 20 TUE, la procédure de coopération renforcée en assouplissant les conditions de son utilisation⁹⁰⁴. La coopération renforcée permet à neuf États membres⁹⁰⁵, au minimum, de s'allier pour avancer plus rapidement tout en laissant une porte ouverte afin que les autres les rejoignent. L'objectif est de dépasser d'éventuels blocages persistants pour que l'Union européenne puisse finaliser un projet qu'il semble nécessaire de traiter, comme la création d'un brevet unitaire européen⁹⁰⁶, de règles relatives

⁹⁰² Voir J. BAUCHY, F. CORNETTE, S. COUTTS *et alii*, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice : un droit à géométrie variable ? », *RTDE*, 2012, n° 4, p. 839.

⁹⁰³ S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, spéc. p. 36. Voir également la thèse de C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁹⁰⁴ Articles 20 TUE et s. concernant les premières utilisations des coopérations renforcées, voir notamment : A.-S. LAMBLIN-GOURDIN, « Les coopérations renforcées au secours du brevet unique européen », *RUE*, n° 557, avril 2012, p. 254 ; O. TAMBOU, « Le brevet européen à effet unitaire : un brevet tant attendu », *Europe*, n° 4, avril 2013 ; O. BUSTIN, « Vers la création du brevet européen à effet unitaire », *Dalloz actualité*, 21 janvier 2013 ; J.-C. GALLOUX, « Le brevet européen à effet unitaire : un volapük juridique intégré ? », *D.*, 2013, p. 520. M. SALORD, « L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce », *AJ fam.*, 2011, p. 97 et F. SICARD, « La fiscalité européenne sur la voie des coopérations renforcées ? », *ADUE*, 2013, p. 203.

⁹⁰⁵ J. P. JACQUÉ, « Coopérations renforcées », *RTDE*, 2010, n° 4, p. 819.

⁹⁰⁶ Règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, *JOUE* n° L 361, 31 décembre 2012, p. 1 ; Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *JOUE* n° L 183, 8 juillet 2016, p. 1 et Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *JOUE* n° L 183, 8 juillet 2016, p. 30.

à la loi applicable à un divorce, aux régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré⁹⁰⁷ ou encore de la mise en place du parquet européen⁹⁰⁸.

L'ajout de nouvelles matières dans le traité de Maastricht, avec la création d'une structure en piliers, n'a pas emporté la conviction de tous les États membres. C'est par des déclarations et des protocoles annexés aux traités que certains États ont signifié leur volonté d'écarter des normes de l'Union venant de nouveaux domaines. Cette contestation est maintenue dans le traité de Lisbonne avec, par exemple, le protocole n° 15 qui organise l'absence de participation du Royaume-Uni à la zone euro. D'autres protocoles concernent le Danemark au sujet du système européen des banques centrales notamment ⁹⁰⁹. Une déclaration annexée au traité de Lisbonne rappelle enfin que la Charte des droits fondamentaux ne doit pas étendre les compétences de l'Union européenne. Parmi les États membres de l'Union européenne, ce sont les mêmes États qui revendiquent des dérogations même si les raisons ne sont pas nécessairement identiques. Pour le Danemark, il s'agit surtout d'inclure les citoyens dans les décisions, tandis que le Royaume-Uni a une approche bien particulière de la souveraineté qui s'oppose en pratique à un transfert de compétence trop important en faveur de l'Union européenne. Ceci s'est confirmé par l'activation de l'article 50 TUE pour se retirer de l'Union. Cette opposition se reflète particulièrement en matière de libre circulation des personnes et d'abolition des contrôles internes⁹¹⁰. Une mécanique spéciale a donc été instaurée pour permettre à ces États de ne pas participer aux évolutions de l'Union concernant les matières de l'ELSJ sous la forme d'un *opt-out* ⁹¹¹. La reconnaissance de la valeur contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a également entraîné une série de différenciations par le protocole n° 30 en faveur du Royaume-Uni et de la Pologne concernant la protection des droits sociaux⁹¹². Ces

⁹⁰⁷ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JOUE* n° L 343, 29 décembre 2010, p. 10.

⁹⁰⁸ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, *JOUE* n° L 283, 31 octobre 2017, p. 1.

⁹⁰⁹ Protocole n° 16 sur certaines dispositions relatives au Danemark.

⁹¹⁰ A. WEYEMBERGH et V. RICCI, « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, Éd. de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2009, spéc. p. 260.

⁹¹¹ Le 1er décembre 2014, le Royaume-Uni a opéré un *opt-out* général pour ensuite sélectionner des *opt-in* dans l'ELSJ. Le Royaume-Uni est donc sorti de toutes les réglementations relatives à l'ancien troisième pilier et a indiqué vouloir participer à 35 mesures de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Voir le communiqué de presse du Conseil du 1er décembre 2014, ST 15687/14.

⁹¹² La Pologne a désiré s'associer au protocole britannique par crainte d'une remise en cause de sa législation

deux États ont obtenu que le protocole mentionne l'absence de justiciabilité du titre IV de la Charte, qui sont principalement des droits sociaux, sauf en cas de droit national identique. Ces précisions ont été reçues comme des outils d'interprétation du droit interne mais pas comme une réelle limitation dans l'application de la Charte⁹¹³.

Enfin, comme le souligne un auteur, la « *différenciation est présente en droit communautaire sous divers aspects, on la retrouve dans les traités, les textes de droit dérivé, la jurisprudence de la Cour de justice* »⁹¹⁴. La juridiction a d'ailleurs une approche évolutive de la question de territoire, « *la Cour de justice évoque la notion de « territoire de la Communauté » depuis les années 1960. Progressivement, elle utilisera la notion de « territoire communautaire », dont la doctrine a pu démontrer toute la « pesanteur conceptuelle ». L'idée de territoire communautaire est très présente dans des arrêts relatifs à la matière concurrentielle, plus précisément dans le domaine des ententes, dans lesquels la Cour de justice évoquera le « principe de territorialité* »⁹¹⁵.

La détermination du territoire de l'Union européenne se fait au travers de l'application du droit de l'Union, application conditionnée par les différents régimes de différenciation qui impliquent que le territoire de l'Union soit difficile à cerner. C'est d'autant plus le cas que ce territoire ne se limite pas à l'espace géographique européen mais comprend des territoires éloignés.

2. La possibilité d'une extension territoriale : les PTOM et les RUP

Si l'on considère que « *le territoire communautaire est, grossièrement, la somme de territoires nationaux* »⁹¹⁶, il faut préciser ce « grossièrement » car deux régimes distincts peuvent s'appliquer aux territoires nationaux éloignés. En effet, « *la question du champ d'application territorial d'un traité peut se révéler délicate. Elle renvoie, tout d'abord, au*

en matière de moralité publique et de son droit de la famille, voir A. WEYEMBERGH et V. RICCI, « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », *op. cit.*, spéc. p. 263.

⁹¹³ Voir à ce sujet O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *JDE*, 2012, n° 4, p. 114.

⁹¹⁴ I. VESTRIS, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 10.

⁹¹⁵ L. LEBON, *La territorialité de l'Union européenne : approches de droit public*, *op. cit.*, p. 121

⁹¹⁶ H. GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, spéc. p. 13.

droit interne afin de déterminer l'étendue du territoire des États parties, le traité pouvant, de surcroît, ne pas s'appliquer à la totalité de leur territoire »⁹¹⁷. C'est précisément le cas de l'Union européenne. L'article 52 TUE liste les États membres auxquels le traité s'applique et renvoie, dans un second temps, à l'article 355 TFUE pour le champ d'application territorial plus détaillé. L'intérêt de la distinction tient à l'applicabilité des actes de l'Union et ainsi à l'obligation de protection des droits fondamentaux. « *Dès lors que le champ d'application territorial de l'Union est fondé sur le renvoi au droit des États, toute extension territoriale étatique, toute transformation interne d'un État, entraîne corrélativement une extension territoriale de l'Union Européenne* »⁹¹⁸. Ainsi, pour appréhender le territoire de l'Union, sur lequel le droit de l'Union s'applique, il faut s'intéresser à la dimension territoriale de chacun des États membres de l'Union européenne. Celle-ci est assez évidente pour les portions de territoires situées directement sur le continent européen mais il est plus complexe de déterminer de quelle manière le droit de l'Union s'applique aux territoires d'outre-mer ou aux dépendances des États membres. Cette problématique est apparue avec les élargissements successifs de l'Union, qui ont emporté la nécessité d'adopter une politique régionale. Le tournant date de l'adhésion du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark, qui a entraîné un renforcement de la politique régionale avec la création du Fonds européen de développement régional (FEDER) en 1975⁹¹⁹, supposé corriger les déséquilibres régionaux⁹²⁰, puis l'inscription de la cohésion économique et sociale dans le droit primaire par l'Acte unique européen⁹²¹. Pour permettre une approche globale de ces territoires et systématiser la question pour de nouveaux États entrants, deux façons d'aborder ces territoires ont été définies dans le droit de l'Union, à savoir les pays et territoires d'outre-mer (PTOM) dont le régime est précisé à l'article 198 TFUE, et les régions ultra-périphériques (RUP), pour lesquelles l'article 349 TFUE précise la possibilité d'adopter des mesures spécifiques.

Les PTOM ne font pas partie de l'Union mais y sont associés⁹²². Actuellement, il

⁹¹⁷ I. VESTRIS, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 59.

⁹¹⁸ L. LEBON, *La territorialité et l'Union européenne : approches de droit public*, op. cit., p. 79.

⁹¹⁹ Règlement n° 724/75 du Conseil, du 18 mars 1975, portant création d'un Fonds européen de développement régional, *JOCEE* n° L 73, 21 mars 1975, p. 1.

⁹²⁰ I. VESTRIS, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, op. cit., p. 141.

⁹²¹ *Ibidem*, p. 34. La cohésion économique, sociale et territoriale est encadrée par les articles 174 TFUE et s.

⁹²² Voir notamment le rapport n° 2301 de l'Assemblée nationale du 10 février 2010 sur l'avenir entre l'Union européenne et les pays et territoires d'outre-mer présenté par les députés Annick Girardin et Hervé Gaymard.

s'agit de territoires liés à quatre États membres : la France⁹²³, le Danemark⁹²⁴, les Pays-Bas⁹²⁵ et le Royaume-Uni⁹²⁶ qui seront également affectés par le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Le droit de l'Union européenne a un certain impact sur le développement économique et social de ces territoires en raison du régime d'association prévu. Une préférence commerciale est ainsi accordée aux produits venant des PTOM. Ces derniers bénéficient d'un régime spécial précisé à l'article 198 TFUE. Il s'agit de territoires non européens entretenant des relations particulières avec les États membres, qui sont le « *résultat d'un fait (historique)* »⁹²⁷. Les ressortissants de ces territoires sont des citoyens de l'Union et peuvent donc librement circuler à ce titre⁹²⁸. Les RUP font partie intégrante de l'Union européenne et les actes des institutions s'y appliquent, sauf lorsque des mesures spécifiques sont prévues, ce qui est notamment le cas depuis la communication de la Commission européenne de 2008 « *un atout pour l'Europe* »⁹²⁹. Concrètement, il s'agit de neuf régions éloignées appartenant à trois États membres : la France (Martinique, Guadeloupe, Guyane, Réunion, Mayotte et Saint-Martin) ; l'Espagne (les Iles Canaries) et le Portugal (Madère et les Açores). Il y a un « *principe d'identité en droit communautaire* »⁹³⁰ appliqué aux territoires d'outre-mer qui implique que le droit de l'Union européenne s'y applique avec quelques adaptations. Au titre des adaptations, l'Union a rapidement adopté un programme d'options inhérentes à l'éloignement et à l'insularité des départements français d'outre-mer (POSEIDOM)⁹³¹ permettant une approche spécifique⁹³². Dans le cadre de ce

⁹²³ Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Terre Australe et antarctiques françaises, Wallis et Futuna, Saint-Pierre et Miquelon, Saint-Barthélemy.

⁹²⁴ Groenland.

⁹²⁵ Aruba et les Antilles néerlandaises.

⁹²⁶ Les îles Turques et Caïcos, les îles Vierges britanniques, les îles Caïmans, les îles Falkland, la Géorgie du Sud et les îles Sandwich du Sud, Anguilla, les Bermudes, Montserrat, Pitcairn, Saint Hélène, les territoires britanniques de l'Océan Indien et de l'Antarctique britannique.

⁹²⁷ T. M'SAÏDIÉ, *Les pays et territoires d'outre-mer dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 5.

⁹²⁸ *Ibidem*, pp. 115 et s. ou encore D. PERROT, « Le « régime spécial d'association » des PTOM : entre extériorité et intériorité », in *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, I. BOSSE-PLATIÈRE et C. RAPOPORT (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, spéc. p. 438 : « *Le champ d'application personnel du droit de l'Union est donc limité par son champ d'application territorial* » mais les citoyens des PTOM sont quasiment tous des nationaux de l'État membre, donc « *le champ d'application personnel du droit de l'Union contribue à subvertir un peu plus les limites issues du champ d'application territorial* ». Voir également CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, aff. C-300/04, *Rec.* p. I-8055.

⁹²⁹ Communication de la Commission du 17 octobre 2008, « Les Régions ultrapériphériques : un atout pour l'Europe », COM(2008) 642 final.

⁹³⁰ T. M'SAÏDIÉ, *Les pays et territoires d'outre-mer dans l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. p. 12.

⁹³¹ Décision 89/687/CEE du Conseil, du 22 décembre 1989, instituant un programme d'options spécifiques à l'éloignement et à l'insularité des départements français d'outre-mer, *JOCE* n° L 399, 30 décembre 1989, p. 39.

⁹³² C.-M. GEURTS, « Les DOM et l'approche globale communautaire des régions ultrapériphériques », in

programme, il y a par exemple la possibilité d'adopter des accords commerciaux régionaux⁹³³. Finalement, le territoire de l'Union se trouve agrandi par ces PTOM et RUP qui correspondent le plus souvent aux déclarations d'extension du territoire au sens de l'article 56 de la Convention EDH. Il y a donc une cohérence pour appliquer le droit européen, au sens large, aux territoires éloignés appartenant aux États en commun des deux organisations, ce qui implique qu'il y a une mise en œuvre du droit de l'Union, au sens de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, qui s'y applique par conséquent.

Malgré la différenciation qui est opérée par l'Union européenne pour ces deux types de territoires, il faut souligner que la Cour EDH ne les distinguera probablement pas en cas d'adhésion de l'Union à la Convention EDH, ce qui impliquera que les actes visant les RUP ou les actes d'association avec les PTOM seront également justiciables devant la Cour EDH en tant que relevant de la « juridiction » de l'Union. L'Union européenne pourra tenter d'émettre des réserves au moment de la ratification, même si la Cour EDH a toujours refusé les dérogations territoriales pour les États. La distinction entre RUP et PTOM concerne le territoire interne de l'Union qui permet de poser les « *limites de l'Union européenne par rapport aux États non membres (pays tiers), ces limites déterminant le domaine d'exercice des compétences des institutions* »⁹³⁴. En revanche, la question du futur régime des *opt-out* devant la Cour EDH peut se poser et il est difficile d'y apporter une réponse claire. La base territoriale du système est ainsi obscurcie par l'application du droit de l'Union en dehors du territoire européen.

L'outre-mer et l'Europe communautaire. Quelle insertion ? Pour quel développement ?, E. JOS et D. PERROT (dir.), Economica, Paris, 1994, spéc. p. 381.

⁹³³ Pour plus de détails sur la prise en compte des DOM français, voir l'arrêt fondateur pour leur statut : CJCE, 10 octobre 1978, *Hansen*, aff. 148/77, *Rec.* p. 1787 et I. VESTRIS, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 86 et s. Voir également, au sujet du déclin des apports financiers : J. CRUSOL, « L'intégration DOM-CEE : Bilan d'étape à la veille de 1993 », *op. cit.*, spéc. p. 42.

⁹³⁴ L. DUBOUIS, « Conclusions », *Les frontières de l'Union européenne*, C. BLUMANN (dir.), spéc. p. 281.

B. La dimension externe des politiques internes et leur impact en matière de droits fondamentaux

Sans prétendre à l'exhaustivité, il est intéressant de remarquer que certaines règles de l'Union, pensées pour s'appliquer au territoire de l'Union, produisent des effets hors du territoire de l'Union et peuvent, à ce titre, affecter les droits fondamentaux. Ces politiques seraient alors susceptibles d'être appréciés par la Cour EDH. Parmi elles figurent, d'une part, les règles du marché intérieur, de la politique environnement ou encore relatives à la protection des données personnelles regroupées sous l'idée de politiques internes (1) et, d'autre part, des matières plus récentes notamment relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (2).

1. Les applications externes de certaines règles relatives aux politiques internes

De façon générale, la création d'un marché intérieur n'a pas, dans un premier temps, été réglementée pour son éventuel impact à l'extérieur de l'Union, même si l'idée était évidemment d'offrir un concurrent de poids sur le marché mondial. Cette vision a rapidement évolué, comme par exemple en matière de libre circulation des capitaux. La directive du 24 juin 1988⁹³⁵ pose comme objectif à atteindre un alignement du traitement entre la circulation des capitaux à l'intérieur de l'Union et la circulation de l'Union vers ou en provenance de l'extérieur⁹³⁶. Le droit de la concurrence offre une autre illustration de l'extraterritorialité autant qu'il est porteur de contentieux sur le terrain du droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention EDH. Il a déjà fait l'objet de plusieurs études concernant son éventuelle extraterritorialité en droit américain, études qui se sont ensuite intéressées au droit de la concurrence de l'Union⁹³⁷, du fait de l'importance croissante de sa politique dans ce domaine. Même si cette politique « *relève a priori d'un objectif strictement interne* »⁹³⁸, car

⁹³⁵ Directive 88/361 du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, *JOCE* n° L 178, 8 juillet 1988, p. 5.

⁹³⁶ J. MOLINIER, « La dimension externe du marché financier unique », *La dimension externe du marché unique européen*, J. MOLINIER (dir.), Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1994, spéc. p. 40.

⁹³⁷ E. FRIEDEL-SOUCHU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, LGDJ, Paris, 1994 ; N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 9 juillet 2015, n° 28, p. 1343.

⁹³⁸ S. POILLOT-PERUZZETO, « La prise en compte de la dimension externe du marché unifié dans la définition et l'application de la politique de concurrence à l'intérieur du marché commun », *La dimension externe du marché unique européen*, *op. cit.*, spéc. p. 92.

elle a pour but d'assurer une concurrence saine dans le marché intérieur, ses effets peuvent avoir un impact sur des entreprises implantées hors du territoire de l'Union. Cette extraterritorialité est d'ailleurs en partie prise en compte et organisée à travers un accord international conclu entre l'Union européenne et les États-Unis⁹³⁹. L'accord permet ainsi de notifier à l'autre partie des mesures d'application du droit de la concurrence qui l'affecterait. L'extraterritorialité en droit de la concurrence s'exprime à travers la possibilité de sanctionner des entreprises qui ne sont pas installées dans l'Union européenne mais dont le fonctionnement produit des effets sur le marché intérieur. L'affaire *Pâtes de bois* de 1988⁹⁴⁰ concrétise cette faculté avec la sanction d'entreprises canadiennes qui ont affecté le marché commun par leur comportement anticoncurrentiel⁹⁴¹.

D'autres politiques internes de l'Union européenne, plus récentes, peuvent poser des questions d'extraterritorialité. C'est le cas de la politique de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement, fondée sur l'article 191 TFUE, en matière de responsabilité qui permettrait de sanctionner une entreprise, si celle-ci exerce une activité dangereuse sur le territoire de l'Union ou « *encore que le critère du contrôle permette de faire remonter la responsabilité de la filiale de droit local à la maison-mère* »⁹⁴². Le droit de l'Union en matière environnementale viendrait donc à s'appliquer en dehors du territoire du droit de l'Union. C'est également le cas pour la protection des données personnelles. Le règlement du 27 avril 2016, comme la directive du 24 avril 1995 auparavant⁹⁴³, a un effet extraterritorial puisqu'il limite la possibilité de transférer des données personnelles vers des États n'assurant pas une protection adéquate. Cela implique que « *le responsable de traitement extra-européen ne*

⁹³⁹ Accord entre l'Union européenne et les États-Unis du 23 septembre 1991 sur l'application du droit de la concurrence, *JOCE* n° L 95, 27 avril 1995, p. 47.

⁹⁴⁰ CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö e. a. c/ Commission*, aff. jtes 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85, *Rec.* p. 5193.

⁹⁴¹ Pour la théorie des effets, voir : H. ASCENSIO, « Étude : l'extraterritorialité comme instrument », 10 décembre 2010, disponible sur www.diplomatie.gouv.fr et B. STERN, « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres... », *AFDI*, 1992, p. 252. Cette application en fonction des effets est également appelée « théorie de la localisation du comportement », voir J.-P. RIEL, « L'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence et les entreprises canadiennes », *Revue générale de droit*, 1989, p. 693.

⁹⁴² H. ASCENSIO, « Étude : l'extraterritorialité comme instrument », 10 décembre 2010, disponible sur www.diplomatie.gouv.fr.

⁹⁴³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31. La directive est abrogée et remplacée par le règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOUE* n° L 119, 4 mai 2016, p. 1.

devra pas seulement se soumettre aux obligations prévues par les instruments ayant autorisé le transfert (Safe Harbour, clauses contractuelles ou règles d'entreprises), mais aussi à l'ensemble des obligations découlant du règlement »⁹⁴⁴. Cet aspect est d'ailleurs confirmé par la Cour de justice dans ses arrêts *Google Spain* de 2014⁹⁴⁵ et *Schrems* de 2015⁹⁴⁶ qui s'intéressent à la même directive de 1995. Dans l'arrêt *Google*, le rattachement peut être facilement trouvé par le lien de connexité des activités de la filiale Google Spain avec la société mère *Google Inc*⁹⁴⁷.

Ainsi, les règles relatives au bon fonctionnement du marché intérieur, environnementales ou qui concernent les données personnelles, peuvent avoir un impact à l'extérieur du territoire de l'Union européenne et un effet sur le respect des droits fondamentaux entendu au sens européen. C'est encore plus le cas des règles de l'ELSJ.

2. Les applications externes des règles de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

Du côté de l'ELSJ, la prise en compte d'une dimension externe est plus logique puisque le but est d'assurer une libre circulation des personnes dans l'Union par l'effacement des frontières internes, objectif qui a pour corollaire le renforcement des frontières externes. Cela implique de mener *a minima* une politique avec les États voisins : « *le développement d'une dimension externe de l'ELSJ est de nature à permettre le bon fonctionnement de la dimension interne, les deux dimensions étant étroitement liées* »⁹⁴⁸ et « *il apparaît que la dimension externe de l'ELSJ se construit de manière directe comme indirecte : elle résulte tant des politiques menées par l'UE avec des États tiers (action directe) que des conséquences sur les États tiers de politiques strictement internes (action indirecte)* »⁹⁴⁹. C'est ce second aspect qui est le plus pertinent. En effet, si l'on met de côté les objectifs que

⁹⁴⁴ Voir le rapport du Conseil d'État, « Le numérique et les droits fondamentaux », 2014, disponible sur www.ladocumentationfrancaise.fr, spéc. p. 249.

⁹⁴⁵ CJUE, Gde chbr., 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

⁹⁴⁶ CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

⁹⁴⁷ N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, n° 28, 9 juillet 2015, p. 23.

⁹⁴⁸ P. BERTHELET, Y. EL BOUSTANI, L. FÉRIEL *et alii*, « Le volet externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : instruments et réalisations », *RTDE*, 2014, n° 3, p. 667.

⁹⁴⁹ E. BONIFAY, M. COLLARD, A. DA FONSECA *et alii*, « Le cadre et les principes présidant au développement de la dimension externe de l'ELSJ », *RTDE*, 2014, n° 3, p. 655.

l'ELSJ partage avec d'autres politiques, comme la sécurité dans la PESC, les matières propres à l'ELSJ connaissent une dimension externe.

Ainsi, en matière de politique d'asile, l'Union a mis en place des programmes de protection régionaux (PPR) en partenariat avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Ces PPR « *constituent un arsenal de mesures en vue d'améliorer la capacité de protection des pays tiers* »⁹⁵⁰. D'autres moyens sont utilisés par l'Union européenne pour établir des relations avec les États tiers, comme l'adoption d'accords bilatéraux pour l'entraide judiciaire ou encore la mise en place d'une politique européenne de voisinage⁹⁵¹. Un avis du Comité économique et social européen (CESE), rendu sur demande de la présidence italienne du Conseil en juin 2014 conformément à l'article 304 TFUE, insiste sur l'aspect externe de l'ELSJ, en soulignant la nécessité de cette dimension pour la politique européenne d'immigration : « *L'UE doit cesser de considérer la politique d'immigration comme une affaire quasi exclusivement intérieure. Certains de nos échecs en la matière découlent de cette perception erronée* »⁹⁵². Le CESE relève notamment qu'une des premières étapes de ce visage externe est matérialisée par l'approche globale sur la question des migrations mise en place par le Conseil européen en 2005⁹⁵³. Il pointe également le manque de valeur contraignante des programmes de mobilité car il s'agit de *soft law*, comme des déclarations conjointes. Le CESE suggère ainsi de les transformer en accords internationaux. Dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale, le mandat d'arrêt européen propose une autre illustration d'impact externe d'une politique interne relative à l'ELSJ mettant en cause les droits fondamentaux. C'est le cas lorsque les États membres de l'Union ont signé des conventions d'extradition avec des États tiers pratiquant la peine de mort et qu'ils réclament le transfert d'une personne par le biais du mandat d'arrêt européen pour ensuite l'extrader⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ P. BERTHELET, Y. EL BOUSTANI, L. FÉRIEL *et alii*, « Le volet externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : instruments et réalisations », *op. cit.*

⁹⁵¹ Communication de la Commission, « Une stratégie relative à la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », COM(2005) 491 final.

⁹⁵² Avis du Comité économique et social européen, « Politique européenne d'immigration et relations avec les pays tiers » (avis exploratoire), *JOUE* n° C 451, 16 décembre 2014, p. 1.

⁹⁵³ Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 décembre 2005.

⁹⁵⁴ Voir E. BONIFAY, M. COLLARD, A. DA FONSECA *et alii*, « Le cadre et les principes présidant au développement de la dimension externe de l'ELSJ », *RTDE*, 2014, n° 3, p. 655. L'article propose cette illustration : Crim. 7 février 2007, n° 07- 80.162, D. 2007. 799, obs. C. GIRAULT pour le cas d'un iranien en France réclaté par le Portugal pour purger une peine pour lequel la question de l'extradition vers l'Iran pourrait se poser à l'issue de sa peine. La Cour de cassation indique que le juge doit demander des informations complémentaires sur l'éventuelle extradition avant de procéder au transfert.

L'ELSJ est une matière encore nouvelle pour la Cour de justice, qui n'en a la pleine maîtrise que depuis le traité de Lisbonne. Il semble ainsi que la juridiction fasse encore preuve de retenue dans l'externalisation de l'ELSJ⁹⁵⁵. Il n'est donc pas « *exclu que le juge de l'Union fera preuve d'activisme à l'avenir* »⁹⁵⁶. C'est déjà le cas pour le versant interne de l'ELSJ avec l'affaire *Aranyosi et Căldăraru* de 2016 pour le mandat d'arrêt européen ou encore l'arrêt *N. S.* de 2011 pour la politique d'asile⁹⁵⁷. Ces deux arrêts illustrent la possibilité de limiter l'application automatique de la législation européenne au bénéfice de la protection des droits fondamentaux. Ainsi, même si les États se font une « confiance mutuelle » ils doivent tout de même observer les systèmes des États membres pour lesquels ils exécutent un mandat d'arrêt européen ou un « transfert Dublin », en s'intéressant aux éventuelles défaillances systémiques de l'État⁹⁵⁸. La Cour de justice pourrait étendre cette jurisprudence aux aspects externes de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Au sein de l'Union européenne, le territoire est déterminé par le champ d'application territorial des règles de l'Union. L'analyse de ce champ permet de délimiter le territoire de l'Union, même si ce travail est rendu plus complexe par la différenciation, qui permet à des États membres de ne pas appliquer certaines règles. Les règles internes de l'Union peuvent également s'imposer à l'extérieur de l'Union. Du côté du Conseil de l'Europe, les États ont souhaité préciser le contour de leur territoire, en excluant ou incluant certaines portions. Pour le système européen de protection des droits fondamentaux, en considérant l'assise territoriale des États membres de l'Union européenne, la démarche de prise en compte des territoires éloignés est la même. Cela implique que des règles applicables à des territoires d'outre-mer peuvent être comprises dans ce système qui se superpose aux deux ordres juridiques européens et qu'ils doivent ainsi respecter les droits fondamentaux. L'approche du territoire géographique européen au sein des deux ordres juridiques ne semble pas présenter un obstacle insurmontable pour l'émergence d'un système, même si la correspondance entre les territoires éloignés n'est pas identique ou que l'Union européenne admet une différenciation dans l'application de ses règles. En revanche, l'application

⁹⁵⁵ *Ibidem*.

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 et CJUE, 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. C-411/10, *Rec.* p. I-13905.

⁹⁵⁸ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, préc., point 89.

extraterritoriale, en dehors de l'Europe continentale et des territoires associés aux États membres, peut s'avérer plus complexe.

Section 2 : Les potentialités extraterritoriales du système européen de protection des droits fondamentaux

Avant d'analyser l'importance de la dimension extraterritoriale du système européen des droits fondamentaux, il est nécessaire de préciser la notion d'extraterritorialité. Pour cela il faut partir de la définition de territorialité, « *la territorialité représente à la fois un « cadre », une « limite » : en ce sens, la territorialité recouvre l'identification du champ d'application territorial des compétences ; mais on relève également un lien, un « point de rattachement » entre le territoire et le droit qui va s'appliquer sur ce territoire* »⁹⁵⁹. La territorialité du droit n'est autre que le cadre dans lequel les normes d'un État peuvent s'appliquer. Ce cadre correspond normalement au territoire de l'État ou le territoire couvert par l'organisation internationale. « *Les mutations de nos sociétés, et en particulier de nos ordres juridiques, conduisent à penser le territoire autrement : à la fragmentation et à la séparation des territoires souverains succèdent leur superposition et leur interpénétration. Le principe de territorialité du droit ne peut qu'en être affecté* »⁹⁶⁰. L'extraterritorialité se produit ainsi lorsque le droit s'applique en dehors de ce cadre⁹⁶¹. Il faut néanmoins un lien de rattachement entre l'État et le fait, ce qui se produit dans trois cas : le droit de l'État est mis en œuvre par une autorité extérieure ; la norme interne comprend des éléments extérieurs au territoire ou encore la norme produit des effets juridiques à l'extérieur du territoire⁹⁶². Ces règles sont normalement applicables aux États, car ce lien de rattachement correspond au territoire, la population ou la souveraineté de cet État mais la solution peut être transposée aux organisations internationales à travers leurs États membres⁹⁶³. L'idée de territorialité s'entend également au niveau juridictionnel comme le ressort d'une juridiction, c'est-à-dire les limites de sa compétence territoriale. L'idée même de l'extraterritorialité s'est installée

⁹⁵⁹ L. LEBON, *La territorialité et l'Union européenne : approches de droit public*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁶⁰ J.-M. SAUVÉ, « La territorialité du droit », in *Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ?*, Rencontres inter-réseaux du Collège de France, notamment disponible sur www.conseil-etat.fr.

⁹⁶¹ G. GRISEL, *Application extraterritoriale du droit international des droits de l'homme*, Helbing Lochtenhahn, Bâle, 2010, p. 17.

⁹⁶² B. STERN, « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres... », *op. cit.*

⁹⁶³ *Ibidem*, p. 263.

avec la mondialisation des échanges économiques mais se déplace vers la possibilité d'imposer un modèle en matière de droits fondamentaux⁹⁶⁴, notamment avec la Convention EDH (§1) ou encore dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union (§2).

§1. L'extraterritorialité dans la Convention EDH

La jurisprudence de la Cour EDH relative au dépassement du cadre purement territorial par la notion de « juridiction » évoque toujours l'existence de « circonstances exceptionnelles ». Celles-ci vont justifier un dépassement de l'espace géographique européen, pour des violations qui ont lieu sur des territoires n'appartenant pas aux États parties. La Cour EDH impose l'idée d'un ordre public européen qui doit être respecté sur le territoire continental européen mais également par les États parties lorsqu'ils agissent en dehors de ce territoire, ce qui étend considérablement le champ d'application territorial du système. Les actions en dehors de ce territoire peuvent être la conséquence de relations diplomatiques classiques (A) ou des relations internationales conflictuelles (B).

A. L'extraterritorialité dans les relations internationales pacifiques

Dans le cadre des relations diplomatiques « classiques », il faut distinguer les actions menées en dehors du territoire par des agents ou bâtiments d'un État partie (1), des effets des actes d'un État en dehors de son territoire, comme en cas d'extraditions ou d'expulsions d'une personne vers un État tiers (2).

1. L'exercice extraterritorial du pouvoir étatique par des agents ou sur des bâtiments

Plusieurs cas de figure peuvent se présenter, « dès l'instant où un État, par le biais de ses agents opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 251.

qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, il est maintenant admis par la Cour que les droits découlant de la Convention peuvent être « fractionnés et adaptés »⁹⁶⁵. La Cour précise ainsi que « l'élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes en question »⁹⁶⁶.

Ainsi, la responsabilité d'un État hors de son territoire peut être retenue en raison de son activité diplomatique. Cette solution a été évoquée dès 1965 au sujet de l'action d'un consulat allemand au Maroc, même si aucune violation n'avait été retenue en l'espèce⁹⁶⁷. Ensuite, des agents peuvent procéder à l'arrestation d'un individu en dehors du territoire couvert par la Convention EDH mais si ceux-ci agissent au nom d'un État partie, ce dernier sera tenu pour responsable des actions de ses agents⁹⁶⁸. C'est le cas de l'affaire *Öcalan c/ Turquie* de 2005⁹⁶⁹, tranchée par la Cour EDH. Dès la décision de recevabilité, la juridiction des droits de l'homme retient la juridiction de la Turquie en raison de l'autorité exercée par ses agents lors d'une arrestation dans la zone internationale de l'aéroport de Nairobi au Kenya. Inversement, certains cas excluent la juridiction d'un État partie. Ainsi, dans l'affaire *Drozd et Janousek c/ France et Espagne* de 1992⁹⁷⁰, le fait qu'il s'agisse de magistrats français ou espagnols qui siègent dans les tribunaux à Andorre n'emporte pas la reconnaissance de la juridiction de l'un de ces États car les magistrats n'agissent pas en leur nom. Également, lorsqu'une convention bilatérale liant un État tiers, l'Algérie, et un État partie, la France, est rompue unilatéralement par l'État tiers il n'est pas possible de reconnaître la juridiction de l'État partie⁹⁷¹, il en serait autrement si c'est l'État partie à la Convention EDH qui met fin à la pratique.

⁹⁶⁵ Cour EDH, Gde chbr., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c/ Italie*, req. n° 27765/09, point 74. Voir également Cour EDH, 20 novembre 2014, *Jaloud c/ Pays-Bas*, préc., point 154 et Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, préc., voir le point 109 qui concerne l'argument du gouvernement qui estime qu'on ne peut pas fractionner et le point 137 dans lequel la Cour EDH admet au contraire que le fractionnement est possible.

⁹⁶⁶ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, préc., point 136.

⁹⁶⁷ Comm. EDH, Ass. plén., 25 septembre 1965, *X c/ Allemagne*, req. n° 1611/62.

⁹⁶⁸ Comm. EDH, Ass. plén., 7 octobre 1980, *Freda c/ Italie*, req. n° 8916/80 au sujet d'un meurtrier arrêté par des agents italiens au Costa Rica, la juridiction de l'Italie est retenue. Voir également Comm. EDH, 2 octobre 1989, *Reinette c/ France*, req. n° 14009/88 et Comm. EDH, Ass. plén., 24 juin 1996, *Sanchez Ramirez c/ France*, req. n° 28780/95 au sujet d'arrestations à Saint Vincent, pour la première affaire, et au Soudan pour la seconde, par des autorités françaises.

⁹⁶⁹ Cour EDH, Gde chbr., 12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, req. n° 46221/99, points 91 et suivants.

⁹⁷⁰ Cour EDH, Ass. plén., 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, req. n° 12747/87.

⁹⁷¹ Cour EDH, 14 mai 2002, *Gentilhomme Schaff-Behadji et Zerouki c/ France*, req. n° 48205/99, 48207/99 et 48209/99. Il s'agissait en l'espèce de la possibilité pour des binationaux d'étudier dans des écoles françaises. L'Algérie met fin à cette pratique sur son territoire, la juridiction française n'est donc pas retenue.

Des navires, considérés ici comme des bâtiments, battant le pavillon d'un État partie peuvent emporter la juridiction de cet État et donc sa potentielle responsabilité en cas de violation de la Convention EDH. Deux affaires sont emblématiques de cette réalité, les arrêts *Medvedyev c/ France* de 2016⁹⁷² et *Hirsi Jamaa c/ Italie* de 2012⁹⁷³. Dans l'affaire française, il était plus précisément question d'un navire qui battait pavillon cambodgien mais sous l'autorité de militaires français qui l'avaient arrêté au large des îles du Cap-Vert. La Cour EDH retient le contrôle absolu et exclusif des autorités françaises⁹⁷⁴, pour admettre la juridiction française et apprécier les conditions de détention des passagers du bateau. Dans l'affaire italienne, il s'agit de navires militaires battant pavillon italien agissant en haute mer, ce qui implique de toute façon la juridiction exclusive du pavillon⁹⁷⁵. En l'espèce, les militaires italiens ont raccompagné des Somaliens et Érythréens, fuyant leurs pays respectifs, vers la Libye avec qui l'Italie avait conclu un accord bilatéral. La pratique est évidemment contraire au principe de non-refoulement des demandeurs d'asile et la Cour EDH retient la responsabilité de l'Italie et la violation de l'article 4 du protocole n° 4 qui prohibe toute expulsion collective.

L'exercice du pouvoir par des agents de l'État ou dans des bâtiments de l'État implique que cet État reconnaisse sa responsabilité en cas de dommage et relève des relations internationales classiques. Dans ce cadre toujours, la question de l'effet d'une décision dans un État partie à la Convention EDH peut aussi impliquer sa responsabilité comme en cas d'extradition ou d'expulsion.

2. L'effet extraterritorial des décisions d'extradition ou d'expulsion

Le cas de figure des extraditions ou des expulsions correspond à une autre réalité, à savoir la possibilité pour la Cour EDH d'apprécier les décisions prises par les autorités d'un État partie, sur le territoire de cet État partie mais qui auront un effet en dehors du territoire

⁹⁷² Cour EDH, Gde chbr., 29 mars 2010, *Medvedyev e. a. c/ France*, req. n° 3394/03.

⁹⁷³ Cour EDH, Gde chbr., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c/ Italie*, préc.

⁹⁷⁴ Voir notamment E. LAMBERT ABDELGAWAD et S. TOUZÉ, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2010, spéc. p. 696.

⁹⁷⁵ Voir P. BOISSON, « Navigation maritime », *Répertoire de droit international*, spéc. Art. 1 – Compétence exclusive de l'État du pavillon, janvier 2007 mis à jour en mars 2011.

du Conseil de l'Europe. Il s'agit plus précisément des extraditions⁹⁷⁶, dans le cadre d'infractions commises par des personnes, ou d'expulsions⁹⁷⁷ et donc de droit des étrangers. La Cour EDH l'indique elle-même, « *selon la jurisprudence constante de la Cour, l'expulsion ou l'extradition par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on procède à son éloignement vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à cette disposition* »⁹⁷⁸.

Chronologiquement, la question s'est d'abord posée pour les extraditions et exclusivement sous l'angle de l'article 3 de la Convention EDH, qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants. C'est l'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni* de 1989⁹⁷⁹ qui marque le début de cette forme d'extraterritorialité dans l'application de la Convention EDH. Non seulement le traitement inhumain ou dégradant est hypothétique mais serait concrètement commis par des États tiers qui ne sont pas soumis à la Convention EDH. La Cour EDH tient un raisonnement différent, il relève de la responsabilité de l'État de s'assurer que la Convention EDH ne sera pas violée en cas d'extradition. Cela oblige l'État partie à prendre en compte tous les paramètres disponibles avant de prendre une décision d'extradition. Ainsi, dans l'affaire *Soering*, le risque de traitement inhumain et dégradant était lié à la possibilité pour les États-Unis de prononcer une peine de mort. Cet État a dû donner des assurances au Royaume-Uni en s'obligeant à ne pas appliquer cette peine. Le requérant a ainsi pu être extradé et jugé. Depuis, lorsque l'État s'est diplomatiquement engagé à ne pas

⁹⁷⁶ L'extradition se définit comme une « *procédure par laquelle un État souverain, l'État requis, accepte de livrer un individu se trouvant sur son territoire à un autre État, l'État requérant, pour permettre à ce dernier de juger l'individu dont il s'agit ou, s'il a déjà été jugé et condamné, de lui faire exécuter sa peine* », R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1 : Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Cujas, Paris, 1997, 7^e éd.

⁹⁷⁷ L'expulsion est la « *décision par laquelle l'autorité publique met fin au séjour d'un étranger résidant régulièrement en France, lui ordonne de quitter le territoire et de ne plus y réparaître sous peine de poursuites pénales* », N. GUIMEZANES, « *Expulsion* », *Répertoire de droit international*, Dalloz, janvier 2009, mis à jour en avril 2018. L'expulsion diffère du refoulement car le séjour est irrégulier dans le cas du refoulement et régulier en cas d'expulsion. La Cour EDH utilise les deux termes indistinctement. Voir par exemple dans Cour EDH, Gde chbr, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c/ Italie*, req. n° 27765/09 : au sujet d'un bateau arrêté en mer territoriale maltaise par les autorités italiennes et ramené en Libye : « *Les requérants se plaignent de ce que leur refoulement les a exposés au risque de subir des tortures ou des traitements inhumains et dégradants en Libye* », point 89 et plus loin « *Les requérants affirment avoir fait l'objet d'une expulsion collective dépourvue de toute base légale* », point 159.

⁹⁷⁸ Cour EDH, 25 avril 2013, *Savridin Dzhurayev c/ Russie*, req. n° 71386/10, point 148.

⁹⁷⁹ Cour EDH, Ass. plén., 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, req. n° 14038/88.

appliquer la peine de mort, le risque de violation de l'article 3 de la Convention EDH n'est plus constaté⁹⁸⁰. En dehors des considérations relatives à la peine de mort, pour que l'extradition soit considérée comme une violation de la Convention EDH, il faut que le requérant prouve la potentialité des mauvais traitements⁹⁸¹. La Cour EDH a progressivement admis la possibilité de violation extraterritoriale pour une extradition à d'autres articles, notamment au sujet des conditions de détention⁹⁸² ou relativement à la question du procès équitable prévu à l'article 6 de la Convention EDH⁹⁸³. En matière d'expulsion ou de refoulement, il est intéressant de noter que la Cour EDH intervient souvent comme dernière chance pour les demandeurs d'asile de ne pas être expulsé, sachant que l'asile est un domaine en partie régi par le droit de l'Union européenne. Les règles de l'Union concernent surtout les conditions de l'attribution de l'asile plus que celles relatives à l'expulsion. Mais cela implique que pour une même affaire les trois strates de juges pourraient statuer. Le juge national après le rejet d'une demande d'asile qui poserait une question préjudicielle à la Cour de justice, puis la Cour EDH sur la question précise de la violation de la Convention EDH en cas de renvoi. Le texte de la Convention EDH ne prévoit pas explicitement de protection en matière de droit des étrangers, sauf l'interdiction d'expulsion collective de l'article 4 du protocole n° 7, néanmoins l'État partie doit protéger toute personne sous sa juridiction quelle que soit sa nationalité. Pour les individus, la Cour EDH agit comme dernière possibilité de se maintenir sur le territoire.

Les relations internationales classiques, pacifiques, peuvent impliquer la responsabilité de l'État pour ses actes ou décisions lorsque ces normes nationales s'appliquent ou produisent des effets sur un autre territoire. En temps de guerre, les États peuvent également engager des opérations militaires en dehors de leurs territoires. Ces opérations peuvent entraîner des conséquences importantes sur la protection des droits

⁹⁸⁰ Voir notamment Cour EDH, 14 décembre 2000, *Nivette c/ France*, req. n° 44190/98 ou Cour EDH, 9 mai 2006, *Salem c/ Portugal*, req. n° 26844/04 pour une extradition vers l'Inde ou Cour EDH, 18 septembre 2006, *Youb Saoudi c/ Espagne*, req. n° 22871/06 pour extradition vers l'Algérie.

⁹⁸¹ Par exemple pour des cas de reconnaissance voir Cour EDH, 7 juin 2007, *Garabaïev c/ Russie*, req. n° 38411/02, Cour EDH, 25 avril 2013, *Savridin Dzhurayev c/ Russie*, préc. ou Cour EDH, 4 septembre 2014, *Trabelso c/ Belgique*, req. n° 140/10 ; les rejets ne sont pas trop fréquents, voir par exemple : Cour EDH, Gde chbr., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, req. n° 59450/00 ou Cour EDH, 27 février 2014, *Zarmayev c/ Belgique*, req. n° 35/10. Les rejets ne sont pas trop fréquents, voir par exemple : Cour EDH, Gde chbr., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, préc. ou Cour EDH, 27 février 2014, *Zarmayev c/ Belgique*, préc.

⁹⁸² Cour EDH, Gde chbr., 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, req. n° 22414/93 et Cour EDH, 21 juin 2011, *Adamov c/ Suisse*, req. n° 3052/06.

⁹⁸³ Cour EDH, 17 janvier 2012, *Othman c/ Royaume-Uni*, req. n° 8139/09.

fondamentaux et sont souvent menées sous l'égide d'organisations internationales avec la coopération de plusieurs États.

B. L'extraterritorialité dans les relations internationales conflictuelles

En droit international public, les États sont limités dans leurs actions en dehors de leurs territoires en raison du principe de non-ingérence, conséquence du principe d'égalité souveraine. Les Nations Unies peuvent cependant envoyer des forces militaires dans le cadre des opérations de maintien de la paix, sur le fondement de l'article 42 de la Charte des Nations Unies. Ces opérations sont alors menées par le Conseil de sécurité mais s'appuient sur des militaires envoyés par différents États qui peuvent participer plus ou moins intensément à l'opération. La question d'une violation des droits fondamentaux par ces militaires et de leur responsabilité lorsqu'ils sont envoyés par un État partie se pose alors. La Cour EDH a été saisie de cette problématique, rejetant dans un premier temps la responsabilité des États parties (1), sa jurisprudence a ensuite évolué vers une possible mise en cause (2). Cette prise en compte étend considérablement le champ d'application de la Convention EDH et *a fortiori* celui du système européen de protection des droits fondamentaux. Le débat est intéressant pour l'Union européenne dont les opérations militaires tendent à remplacer celles menées auparavant par les Nations Unies, comme par exemple au Kosovo.

1. La Cour EDH face aux opérations militaires extraterritoriales

La particularité des actions militaires en dehors de l'espace géographique européen a été explicitée par la Cour EDH dans son arrêt *Al-Skeini c/ Royaume-Uni* de 2011⁹⁸⁴. « Dès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'État contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. Du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet État engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle. L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la

⁹⁸⁴ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, préc.

Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables »⁹⁸⁵. Cette approche rejoint l'idée d'une prise en compte concrète des violations par les États parties, comme lorsque la Cour EDH cherche à éviter des « zones de non-droit » sur le territoire européen et dépasse l'obligation positive de l'article 1 de la Convention EDH, mentionnée pour une violation sur le territoire européen.

La jurisprudence de la Cour EDH sur la prise en compte d'actions des États parties en dehors du territoire géographique européen est assez fluctuante mais il reste possible d'en dégager des grands principes⁹⁸⁶. La complexité étant de qualifier l'action extérieure menée par les États parties à la Convention EDH afin de déterminer s'ils sont responsables de potentielles violations aux droits fondamentaux. Ces actions extérieures sont principalement des opérations militaires exécutées par les États parties qui sont souvent la conséquence de résolutions émanant du Conseil de sécurité des Nations Unies. Il faut donc que la Cour EDH se positionne par rapport à l'ordre international, à l'instar de ce que la Cour de justice a fait dans l'arrêt *Kadi* de 2008⁹⁸⁷. Deux possibilités semblent alors se dégager soit que la résolution offre une marge de manœuvre aux États qui peuvent devenir responsables de l'action aux yeux de la Cour EDH, soit que la résolution met en place un « organe subsidiaire »⁹⁸⁸ de l'ONU qui sera tenu pour responsable et ne pourra pas être poursuivi devant la Cour EDH.

Les deux options ont été utilisées dans la jurisprudence de la Cour EDH, qui semble évoluer vers une reconnaissance plus facile d'une marge de manœuvre aux États ayant participé à l'opération, lorsqu'ils sont désignés comme responsable d'une violation. Cette tendance se reflète particulièrement dans les affaires relatives à la guerre en Irak, qui « *est à l'origine d'une première extension des principes relatifs à l'exercice de la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention en dehors du territoire des États contractants* »⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, point 138.

⁹⁸⁶ Voire « *d'un raisonnement passablement confus* » selon R. TINIÈRE, au sujet des arrêts *Nada c/ Suisse et Behrami et Behrami c/ France*, « Les « blacks lists » du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2013, n° 3, p. 515.

⁹⁸⁷ CJCE, Gde chbr., 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

⁹⁸⁸ Selon les termes utilisés dans l'arrêt de la Cour EDH, Gde chbr., 2 mai 2007, *Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et n° 78166/01, point 33.

⁹⁸⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, « De l'influence de la guerre d'Irak sur l'application territoriale de la Convention européenne des droits de l'homme et son articulation avec le droit international général et le droit international humanitaire », *RSC*, 2015, n° 1, p. 155.

2. L'évolution jurisprudentielle de la Cour EDH concernant les opérations militaires communes

Deux affaires ont surtout été rejetées dans le sens d'une responsabilité des organes subsidiaires, *Behrami et Behrami c/ France*, *Saramati c/ France*, *Allemagne et Norvège* de 2007 et l'affaire *Banković c/ Belgique* de 2001⁹⁹⁰. Cette dernière concernait le bombardement d'une radio par les forces de l'OTAN en ex-Yougoslavie, avec pour conséquence le décès de certains civils. Les ayants droits vont alors rechercher la responsabilité de l'OTAN en désignant dans la requête devant la Cour EDH les États parties ayant participé à la mission⁹⁹¹. La Cour EDH rejette ici la juridiction des États défendeurs en raison de l'absence de lien juridictionnel entre les requérants et les États membres de l'OTAN⁹⁹². Cette affaire permet à la Cour EDH de rappeler que la Convention EDH a une portée essentiellement régionale et « n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde »⁹⁹³. Pourtant, les arrêts plus récents dont les actions ont lieu principalement en Irak démentent cette approche géographiquement limitée de la Convention EDH. De plus, l'arrêt *Banković c/ Belgique* de 2001 semble être particulier en raison de la désignation de multiples États défendeurs, empêchant d'envisager une réparation concrète. Cette façon de viser les membres d'une organisation a également été un échec systématique pour les requérants tentant de rechercher la responsabilité l'Union européenne⁹⁹⁴. Dans l'affaire *Behrami et Saramati* de 2007, il s'agit d'actions ayant eu lieu au Kosovo. Les affaires sont jointes car elles visent l'administration du territoire par les Nations Unies *via* la MINUK et la KFOR⁹⁹⁵, mais les faits de ces affaires sont différents. Le premier cas concerne des enfants décédés après avoir joué avec des bombes larguées, qui n'avaient pas explosées, posant la question de la protection d'une zone par la KFOR et MINUK tandis que le second a trait à la détention d'un ressortissant albanais par la MINUK. Dans les deux cas, l'organe subsidiaire est désigné comme le potentiel responsable, rendant le recours irrecevable. La Cour tient un raisonnement en plusieurs

⁹⁹⁰ *Ibidem.* et Cour EDH, Gde chbr., 12 décembre 2001, *Banković c/ Belgique e. a.*, req. n° 52207/99.

⁹⁹¹ La Belgique, la République Tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni.

⁹⁹² Cour EDH, Gde chbr., 12 décembre 2001, *Banković c/ Belgique e. a.*, préc., point 82.

⁹⁹³ *Ibid.*, point 80.

⁹⁹⁴ Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

⁹⁹⁵ La Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) a pour objectif la promotion de la sécurité, la stabilité et le respect des droits de l'homme au Kosovo, elle est instituée par la résolution 1244 du 10 juin 1999 du Conseil de sécurité. La Kosovo Force (KFOR) est également mandatée par le Conseil de sécurité, sur fondement de la même résolution, mais sous commandement d'un officier général d'un État membre de l'OTAN.

étapes dont la première consiste à déterminer si les faits litigieux relèvent bien du mandat de ces organes ce qui permet ensuite à la Cour de rejeter la requête pour une irrecevabilité *ratione personae* car l'ONU n'est pas partie à la Convention EDH.

Dans l'arrêt *Al-Jedda c/ Royaume-Uni* de 2011⁹⁹⁶, la Cour revient sur cette approche qui s'appuie sur les résolutions du Conseil de sécurité. « *Au vu de ce qui précède, la Cour estime, à l'instar de la majorité de la Chambre des lords, que le rôle joué par les Nations unies en matière de sécurité en Irak en 2004 était très différent de celui que l'Organisation avait assumé dans ce même domaine au Kosovo en 1999* »⁹⁹⁷. Elle considère ainsi que le Royaume-Uni peut être tenu pour responsable pour des faits ayant eu lieu en Irak car cet État, ainsi que les États-Unis, sont directement désignés par les résolutions comme puissances occupantes. Pourtant, ce sont ensuite les Pays-Bas qui sont tenus responsables d'un contrôle de sécurité qui aboutit au décès d'un irakien. La Cour estime que les troupes néerlandaises « *étaient basées dans une zone du sud-est de l'Irak où les forces de la SFIR se trouvaient sous le commandement d'un officier britannique* »⁹⁹⁸ mais que « *les Pays-Bas avaient néanmoins la responsabilité d'y assurer la sécurité, à l'exclusion d'autres États participants, et ils y conservaient le plein commandement sur leur contingent* »⁹⁹⁹. Une fois la marge de manœuvre en faveur d'un État constatée, la Cour revient sur des considérations plus concrètes de contrôle effectif en prenant en compte le nombre de soldats ou encore d'autres éléments, comme « *par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'État à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région* »¹⁰⁰⁰. Enfin, la Cour EDH utilise parfois l'existence de recours devant les juridictions d'un État partie pour reconnaître la juridiction, même si les actions se sont déroulées hors du territoire couvert par la Convention EDH, rendant pleinement concret l'idée du « lien juridictionnel »¹⁰⁰¹.

La jurisprudence de la Cour EDH en matière d'extraterritorialité est assez classique

⁹⁹⁶ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, req. n° 27021/08.

⁹⁹⁷ *Ibidem*, point 83.

⁹⁹⁸ Cour EDH, Gde chbr., 20 novembre 2014, *Jaloud c/ Pays-Bas*, req. n° 47708/08, point 149.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini c/ Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, point 139.

¹⁰⁰¹ Voir Cour EDH, Gde chbr., 21 novembre 2011, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, req. n° 35763/97 et Cour EDH, Gde chbr., 14 décembre 2006, *Markovic c/ Italie*, req. n° 1398/03. Pour un exemple inverse, où le lien juridictionnel ne suffit pas voir : Cour EDH, 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica c/ Pays-Bas*, req. n° 65542/12.

dans le cadre de relations internationales pacifiques, lorsque des agents exercent le pouvoir étatique à l'extérieur du territoire ou pour des expulsions ou extraditions. Cette jurisprudence est plus originale lorsque la Cour EDH admet la recevabilité d'un recours et la responsabilité d'un État pour des dommages causés lors d'opérations militaires sur le territoire d'un État tiers. Même s'il faut s'assurer que cette jurisprudence se stabilise, lorsque la Cour EDH estime qu'il y a une marge de manœuvre en faveur de l'État, il est probable que les actions menées par l'Union dans le cadre de la PESC subissent le même contrôle à l'avenir.

§2. L'extraterritorialité dans l'Union européenne : le cas de la politique étrangère et de sécurité commune

*« Il faut constater que l'Union européenne est un partenaire pour quasi toutes les entités étatiques ou internationales du monde »*¹⁰⁰². L'Union a en effet développé son action internationale dans le cadre des politiques internes classiques, comme la politique commerciale commune mais surtout avec la PESC, qui, tout en restant fortement intergouvernementale, évolue et tend à prendre plus d'importance dans l'Union et dans les relations mondiales. *« L'action extérieure d'un État ou d'une organisation internationale comprend trois dimensions : la parole diplomatique (des discours, des prises de position et des rencontres politiques), les relations économiques (aide au développement, politique commerciale), la sécurité et la défense. Dans le cadre de l'Union européenne, le traité de Lisbonne continue à isoler ces trois volets : la politique diplomatique relève essentiellement de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ; l'aide économique, issue de l'ancien pilier communautaire, s'intègre dans le TFUE ; la défense s'organise grâce à la politique de sécurité et de défense commune (PSDC). Chaque dimension suit sa logique institutionnelle propre : la PESC demeure intergouvernementale. En son sein, la PSDC contient des potentialités d'intégration »*¹⁰⁰³. Pour envisager les possibilités extraterritoriales de l'Union européenne et la prise en compte de la protection des droits fondamentaux, il faut se concentrer sur les actions visant directement l'extérieur (A) et les organes agissant à l'extérieur (B).

¹⁰⁰² W. VAN DE RIJT, « Une politique externe de l'Union européenne en matière pénale », in *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, p. 172.

¹⁰⁰³ P. MADDALON, « L'action extérieure de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2008, n° 7, dossier 11.

A. La protection des droits fondamentaux dans l'action extérieure de l'Union européenne

« *La diplomatie européenne des droits de l'homme fait appel à des moyens et instruments diversifiés, telles les démarches confidentielles, le dialogue politique, les déclarations, l'assistance économique et financière, l'action humanitaire, les clauses des droits de l'homme et, enfin, le recours à des sanctions* »¹⁰⁰⁴. Les instruments de *hard law* sont plus faciles à étudier dans le cadre de la prise en compte des droits fondamentaux et permettent plus aisément d'imaginer l'imputabilité à l'Union d'un éventuel dommage. Les deux outils les plus significatifs à ce titre sont les « clauses droits de l'homme » des accords externes (1) et les mesures restrictives en tant que sanction (2).

1. Les « clauses droits de l'homme » dans les accords externes de l'Union européenne

L'Union européenne a rapidement développé des relations extérieures dans le cadre de sa politique commerciale commune, relations qui ont ensuite été élargies à d'autres domaines. Dès les premiers accords commerciaux, la question de l'insertion d'une clause relative au respect des droits de l'homme par l'autre partie se pose car « *l'Union européenne ne s'accommode plus en effet de l'instauration de relations exclusivement commerciales avec ses partenaires tiers. Elle persiste à vouloir être perçue mondialement comme une entité de référence en matière de normes et de valeurs* »¹⁰⁰⁵. L'objet étant de promouvoir le respect des droits de l'homme dans les États tiers à travers les accords pris par l'Union européenne. Cette direction extérieure est confirmée par le traité de Maastricht, qui désigne comme politique de l'Union la coopération et le développement de ces États. Néanmoins, la pratique d'insertion de ces clauses existait avant le traité de Maastricht, dès la quatrième convention de Lomé du 15 décembre 1989¹⁰⁰⁶, sur le fondement de la politique commerciale. Avant 1989, l'insertion avait été refusée par les pays d'Afrique, Caraïbes et Pacifique (ACP) car ils

¹⁰⁰⁴ J. AUVRET-FINCK, « Les procédures de sanction internationale en vigueur dans l'ordre interne de l'Union et la défense des droits de l'homme dans le monde », *RTDE*, 2003, n° 1, p. 1.

¹⁰⁰⁵ J. LEBULLENGER et C. FLAESCH-MOUGIN, « Association, partenariat et coopération », *ADUE*, 2012, spéc. p. 950.

¹⁰⁰⁶ Voir le document du travail du Parlement européen sur la clause relative aux droits de l'homme et à la démocratie dans les accords de l'Union européenne du 23 août 2005, PE 362.490v02-00.

estimaient que les clauses étaient « *une atteinte à leur souveraineté et dénonçaient dans le même temps le caractère inapproprié de ces clauses intrinsèquement politiques dans le cadre d'un accord ayant une visée uniquement commerciale* »¹⁰⁰⁷. L'acceptation de la clause fait finalement suite à la ratification par les pays de l'Organisation de l'Unité Africaine de la Charte Africaine des droits fondamentaux en juin 1981.

Ces « clauses des droits de l'homme » sont initialement désignées comme des « clauses fondement »¹⁰⁰⁸ pour ensuite être appelées « clauses élément essentiel »¹⁰⁰⁹. Le changement de vocable correspond à la prise en compte du droit international public. L'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 stipule que la dénonciation d'un accord international n'est pas possible en cas de changement fondamental de circonstances, à moins que les circonstances aient été désignées comme essentielles dans une clause du traité. Désigner la clause relative à la protection des droits de l'homme comme essentielle, ouvre la possibilité pour l'Union de dénoncer l'accord lorsqu'elle estime que l'État tiers ne respecte plus les droits de l'homme¹⁰¹⁰. Cette pratique des « clauses droits de l'homme » rejoint celle plus large de conditionnalité politique¹⁰¹¹. L'idée de la conditionnalité implique que la clause soit accompagnée d'une sanction éventuellement différente de la seule dénonciation de l'accord. En effet, pour que le respect des droits de l'homme soit assuré par l'autre partie, il est plus logique d'envisager des sanctions lorsque des violations sont commises. L'insertion de ces clauses a donc été très progressive : d'abord sous forme générale pour ménager les susceptibilités des États tiers¹⁰¹², puis progressivement vers une systématisation de leur insertion¹⁰¹³, y compris dans le cadre d'accords d'associations qui sont parfois la première étape de l'adhésion d'un État à l'Union européenne.

¹⁰⁰⁷ L. ROBERT, *Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus par la Communauté européenne. Ambitions et réalité*, Coll. des mémoires de l'équipe de droit public, éd. Université Jean Moulin Lyon 3, 2009, n° 8, spéc. p. 7.

¹⁰⁰⁸ Voir J.-F. FLAUSS, « Droits de l'homme et relations extérieures de l'Union européenne », in *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M. J. REFOR (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, spéc. p. 158

¹⁰⁰⁹ J.-F. FLAUSS et C. SCIOTTI, « Les droits de l'homme dans l'Union européenne. Suite et fin », *LPA*, 28 juillet 1999 n° 149, p. 5.

¹⁰¹⁰ M. CANDELA-SORIANO, « L'Union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement : le rôle de la conditionnalité politique », *RTDH*, 2002, n° 52, p. 886.

¹⁰¹¹ *Ibidem*, p. 875.

¹⁰¹² *Ibidem*.

¹⁰¹³ Communication de la Commission du 25 mars 1991 intitulée « Droits de l'homme, démocratie et politique de coopération au développement », SEC(61) 91. Voir également la résolution du Conseil du 28 novembre 1991 relative aux Droits de l'homme, Démocratie et Développement, document de référence en matière de conditionnalité politique.

Il faut d'ailleurs relever que la première application européenne du concept de conditionnalité politique est faite par le Conseil de l'Europe dans les conditions qu'il pose pour qu'un État adhère à cette organisation internationale¹⁰¹⁴.

La Cour de justice a eu l'occasion de statuer sur la validité de ces « clauses droits de l'homme » dans un arrêt *Portugal c/ Conseil* de 1996¹⁰¹⁵. Il s'agissait d'un accord externe de partenariat et de développement entre l'Union européenne et l'Inde, dans lequel le Portugal opposait une erreur de base juridique, notamment au sujet de la clause des droits de l'homme, estimant que l'existence de PGD ne permet pas d'attribuer à l'Union une compétence pour imposer les droits fondamentaux en interne ni en externe¹⁰¹⁶. Pour la Cour, la clause désignée en tant qu'élément essentiel de l'accord a pour but de réaliser les objectifs en matière de « droits de l'homme », désignés ainsi par le traité. Sur un plan plus matériel, la clause en elle-même peut varier. Dans cet accord avec l'Inde, le premier article indiquait que « *le respect des droits de l'homme et des principes démocratiques est la base de la coopération entre les parties contractantes et des dispositions du présent accord et constitue un élément essentiel du présent accord* »¹⁰¹⁷. La volonté de mentionner l'interdiction de la peine de mort en tant que condition de l'accord a compliqué la négociation d'un accord avec la Tanzanie¹⁰¹⁸. À partir de 1995, la Commission européenne établit un modèle de clause à reprendre pour les accords avec des États tiers. Celle-ci renvoie à la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou à l'Acte final d'Helsinki de 1975 et à la Charte de Paris de 1990 de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) dans un contexte plus européen¹⁰¹⁹. Mais en pratique, le contenu des clauses reste variable¹⁰²⁰, avec par exemple une mention expresse aux droits sociaux fondamentaux dans les accords de Cotonou de 2000.

¹⁰¹⁴ Voir les articles 3 et 4 du Statut du Londres du 5 mai 1949.

¹⁰¹⁵ CJCE, 3 décembre 1996, *Portugal c/ Conseil*, aff. C-268/94, *Rec.* p. I-6177.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, point 16.

¹⁰¹⁷ Voir l'annexe de la décision 94/578/CE du Conseil, du 18 juillet 1994, concernant la conclusion de l'accord de coopération entre la Communauté européenne et la république de l'Inde relatif au partenariat et au développement, *JOCE* n° L 223, 27 août 1994, p. 23.

¹⁰¹⁸ C. SCHNEIDER, « Politique européenne de sécurité et de défense 2012-2013 », *ADUE*, 2013, p. 514. Voir également J. AUVRET-FINCK, « La conditionnalité des droits de l'homme dans les accords de l'UE relatifs à la lutte contre la piraterie maritime », in *L'Europe et la lutte contre la piraterie maritime*, C. CHEVALLIER-GOVERS et C. SCHNEIDER (dir.), Pedone, Paris, 2015, p. 245.

¹⁰¹⁹ Voir la communication de la Commission sur la prise en compte des principes démocratiques et des droits de l'homme dans les accords entre la Communauté et les pays tiers, COM(95) 216 final du 23 mai 1995. Voir également M. CANDELA-SORIANO, « L'Union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement : le rôle de la conditionnalité politique », *op. cit.*

¹⁰²⁰ B. DELZANGLES, « Le statut d'État tiers envisagé à travers la protection des droits de l'homme », dans I. BOSSE-PLATIÈRE et C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014.

En revanche, les sanctions qui accompagnent les « clauses droits de l'homme » restent essentiellement politiques¹⁰²¹. Le Conseil « *affirma à diverses reprises que dans le cas de « violation sérieuse et continue des droits fondamentaux », il se réservait la possibilité d'une condamnation politique publique et la possibilité de modifier la mise en œuvre de la coopération* »¹⁰²². Le Parlement européen appelle d'ailleurs régulièrement à l'établissement d'un code de conduite proposant des éléments objectifs pour constater la violation flagrante des droits fondamentaux dans les relations extérieures¹⁰²³. À défaut, les accords sont souvent accompagnés de deux clauses. La première liste les éléments essentiels et la seconde se préoccupe de la procédure à suivre en cas de violation de ces éléments¹⁰²⁴. Plusieurs types de sanctions sont possibles selon la gravité de la violation, pouvant aller de la modification du programme de coopération jusqu'à la suspension de la coopération, en passant par des embargos¹⁰²⁵. La conditionnalité *stricto sensu* s'installe progressivement et prend une importance non négligeable¹⁰²⁶, « *le respect des droits de l'homme occupe une place si importante au sein [des relations extérieures] que l'on a pu parler en doctrine d'une véritable « diplomatie des droits de l'homme* »¹⁰²⁷. Même s'il semble que l'insertion des clauses soit parfois sélective, elle ne figure pas dans les accords asiatiques mais elle est

¹⁰²¹ Une distinction est faite entre les clauses baltes qui prévoient une suspension explicite tandis que les clauses dites bulgares sont plus nuancées. Voir notamment E. TUCNY, *L'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale. La conditionnalité politique*, L'Harmattan, Paris, 2000, spéc. pp. 104-105.

¹⁰²² C. MUSSO, « Les clauses « droits de l'homme » dans la pratique communautaire », *Droits fondamentaux*, n° 1, 2001.

¹⁰²³ Document de travail du 2 mai 1997 rédigé par M. Carnero Gonzalez sur le fonctionnement de la clause relative aux droits de l'homme dans les accords entre la Communauté et les pays tiers transmis à la sous-commission des droits de l'homme du Parlement européen, doc. PE. 333-396.

¹⁰²⁴ Voir par exemple dans les accords de Cotonou signés le 23 juin 2000, tels que révisés le 22 juin 2010, l'article 9 qui liste les éléments essentiels (le titre de l'article est « Éléments essentiels concernant les droits de l'homme, les principes démocratiques et l'État de droit, et élément fondamental concernant la bonne gestion des affaires publiques ») tandis que l'article 96 concerne les mesures à adoptées (l'article est titré « Éléments essentiels – Procédure de consultation et mesures appropriées concernant les droits de l'homme, les principes démocratiques et l'État de droit »).

¹⁰²⁵ J.-F. FLAUSS et C. SCIOTTI, « Les droits de l'homme dans l'Union européenne. Suite et fin », *op. cit.*

¹⁰²⁶ Communication de la Commission européenne du 23 mai 1995 sur la prise en compte du respect des principes démocratiques et des droits de l'homme dans les accords entre la Communauté et les pays tiers, COM(95) 2016. Dans le document de travail du Parlement européen de 1998 il y a une insertion systématique des clauses après cette communication. Cette communication marque un tournant sur le terrain des sanctions avec moins de prudence dans la conditionnalité. Enfin, en pratique il est précisé que les droits de l'homme sont référencés deux fois dans les accords. D'une part, dans la clause élément essentiel déterminant quels droits sont considérés comme essentiels, d'autre part, dans les dispositions finales avec la possibilité d'adopter des mesures appropriées quand la clause est violée.

¹⁰²⁷ E. DECAUX, « La PESC et la diplomatie des droits de l'homme », in A. FENET et A. SINAY-CYTERMANN (dir.), *Union européenne : intégration et coopération*, PUF, Paris, 1995, p. 223.

toujours présente dans des accords avec de plus petits États¹⁰²⁸. À l'inverse, il est possible de constater que la clause est un point de négociation¹⁰²⁹, qui a notamment empêché la conclusion d'un accord de commerce et de coopération en 1996 avec l'Australie qui s'opposait à l'insertion de cette clause. En pratique, même si la clause est insérée, sa mise en œuvre reste politique. Le Parlement européen relève ainsi en 2011 « *que malgré les fréquentes violations de la clause sur les droits de l'homme [...] les gouvernements de ces pays ne sont qu'exceptionnellement sanctionnés ou leur responsabilité n'est pas suffisamment engagée, même en cas de violation grave des droits de l'homme ; considérant que le fait que l'Union se soit abstenue d'utiliser de façon conséquente cet instrument porte préjudice à la crédibilité de l'Union en tant qu'acteur mondial et résolu sur la scène internationale* »¹⁰³⁰. D'ailleurs le Tribunal de l'Union a eu l'occasion de s'intéresser à l'application directe de ces stipulations « clauses droits de l'homme » dans un accord d'association UE-Liban¹⁰³¹. Un requérant avait saisi la justice européenne pour différentes raisons dont un recours en indemnité, estimant avoir subi un préjudice, en l'absence de mesures appropriées pour sanctionner la violation d'un élément essentiel. L'article 86 de l'accord propose en effet une procédure à suivre en cas de non-respect des obligations de l'accord. En rejetant la demande d'indemnisation, le Tribunal de l'Union prend soin de préciser que l'accord, sur la question de l'adoption de mesures appropriées, « *n'est pas suffisamment précis et clair et est nécessairement subordonné, dans son exécution ou ses effets, à l'adoption d'actes ultérieurs par les institutions communautaires compétentes, excluant ainsi qu'il puisse régir directement la situation du requérant* »¹⁰³². La clause n'a donc pas vocation à être revendiquée par des individus ce qui est assez cohérent avec les engagements internationaux, spécifiquement entre une organisation internationale et un État.

¹⁰²⁸ Résolution du Parlement européen sur la clause relative aux Droits de l'homme et à la démocratie dans les accords de l'Union européenne (2005/2057(INI)), *JOUE* n° 290 E, 29 novembre 2006 p. 107 : voir le point F. qui indique que la clause a été insérée dans plus de 50 accords et concerne plus de 120 États tiers. En revanche, ces clauses sont absentes des accords asiatiques.

¹⁰²⁹ Voir le document de travail du Parlement européen sur la clause relative aux droits de l'homme et à la démocratie dans les accords de l'Union européenne du 23 août 2005, PE 362.490v02-00 qui précise que la clause a été invoquée 12 fois entre 1995 et 2005 dans les accords concernant 10 pays ACP, le Niger, la Guinée-Bissau, la République Centrafricaine, le Togo, Haïti, les Comores, la Côte d'Ivoire, les Fidji, le Libéria et le Zimbabwe.

¹⁰³⁰ Considérant X. de la résolution du Parlement européen du 7 juillet 2011 sur les politiques extérieures de l'Union européenne en faveur de la démocratisation, P7_TA-PROV(2011) 0334.

¹⁰³¹ Trib. UE, Ord., 6 septembre 2011, *Mugraby*, aff. T-292/09, *Rec.* p. II-255. L'arrêt a fait l'objet d'un pourvoi dans lequel la Cour confirme la position du Tribunal en précisant que l'adoption de mesures appropriées en cas de violation des éléments essentiels de l'accord est une possibilité et non une obligation : CJUE, Ord., 12 juillet 2012, *Mugraby*, aff. C-581/11 P, ECLI:EU:C:2012:466, points 66 et suivants.

¹⁰³² Trib. UE, Ord., 6 septembre 2011, *Mugraby*, préc., points 67 et s.

A contrario, ce qui est visé *in fine* ce sont les droits fondamentaux d'individus et devrait donc logiquement être justiciable. Cela pourrait également expliquer la préférence pour le vocable « droits de l'homme » par rapport à celui de droits fondamentaux, en renforçant l'idée de l'absence d'opposabilité des premiers¹⁰³³.

Il arrive, comme dans le cas du Zimbabwe, que l'Union adopte une sanction par l'accord existant, en l'occurrence l'accord de Cotonou, et la double de mesures restrictives pour constater la violation aux droits fondamentaux. Parfois, les mesures restrictives interviennent sans que la clause essentielle de l'accord ne soit relevée¹⁰³⁴.

2. Les mesures restrictives et le respect des droits fondamentaux

L'Union européenne peut, dans le cadre de ses relations extérieures, décider d'adopter des mesures restrictives. Depuis le traité de Maastricht, ces sanctions permettent de cibler les États, notamment par le biais d'embargos, et depuis le traité de Lisbonne de restreindre directement des personnes physiques ou morales. Il existe différents types de sanctions individuelles qui vont affecter les droits fondamentaux, comme le gel des fonds, la restriction de circulation ou de vol aérien¹⁰³⁵. Les sanctions sont dites ciblées lorsque le but de la mesure contre la personne privée ou morale est d'atteindre l'État, alors qu'il s'agit de sanctions individuelles pour contraindre directement les personnes, même si cette distinction est de moins en moins évidente¹⁰³⁶. La Cour de justice a eu l'occasion de confirmer que les mesures restrictives relevaient en premier lieu de la PESC, en rejetant l'argument du Parlement européen qui estimait que celles-ci pouvaient relever de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁰³⁷. La juridiction retient, pour les mesures présentées dans cette affaire *Parlement c/ Conseil* de 2012¹⁰³⁸, que l'objectif de lutte contre le terrorisme s'insère dans la PESC. Mais toutes les mesures restrictives ne sont pas adoptées pour lutter contre le terrorisme. Pour avoir une vision complète des mesures et de leur objectif, il faut se rendre sur le site internet

¹⁰³³ Voir Introduction, IV. B.

¹⁰³⁴ C. BEAUCILLON, *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 282.

¹⁰³⁵ C. SCHNEIDER, « Politique étrangère et de sécurité commune », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2017, spéc. art. 3 – Mesures restrictives, § 56.

¹⁰³⁶ D. BURRIEZ, « L'individualisation des sanctions adoptées par l'Union européenne sous forme de mesures restrictives », *RTDE*, 2015, n° 2, p. 301.

¹⁰³⁷ CJUE, Gde chbr., 19 juillet 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472.

¹⁰³⁸ *Ibidem*.

de la Commission européenne, sur la page du Service des instruments de politique étrangère, qui tient une liste régulièrement mise à jour des sanctions fondées sur l'article 215 TFUE. Cette liste contient les mesures restrictives prises dans le cadre de l'action extérieure de l'Union européenne. Dans sa version du 4 août 2017, il y a 36 États visés et une catégorie concerne expressément les groupes terroristes. En dehors des réglementations ciblant les groupes terroristes, il faut rechercher dans chaque mesure sa justification. Par exemple, le Conseil a pris une décision à l'encontre de la Biélorussie et de personnalités biélorusses, mélangeant sanctions contre l'État et sanctions ciblées¹⁰³⁹. Les premiers articles de la décision concernent un embargo sur les armes, les articles suivants prévoient des restrictions de circulation et gels de fonds à l'encontre d'individus listés en annexe de la norme. Les personnes sont sanctionnées pour des violations des droits de l'homme, sans qu'il s'agisse de terrorisme. Dans le contexte du conflit en Ukraine avec la Russie au sujet de la Crimée, des mesures ont également été adoptées car les personnes visées « *compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine* »¹⁰⁴⁰. Généralement, l'objectif affiché est celui de promotion de la démocratie¹⁰⁴¹. Formellement, les mesures sont prises par le Conseil qui adopte dans un premier temps une décision dans le domaine de la PESC, sur le fondement de l'article 29 TUE¹⁰⁴², pouvant ensuite être exécutée par un règlement du Conseil ou directement par les États membres. De la même façon que pour les clauses « droits de l'homme », il n'existait pas de base juridique spécifique pour les sanctions avant le traité de Maastricht, ce qui obligeait les institutions à se fonder sur la politique commerciale commune.

La Cour a la possibilité de contrôler la légalité de la mesure puisque l'article 275 alinéa 2 TFUE lui permet d'être compétente dans ce domaine, contrairement au reste de la PESC. La Cour a positivement accueilli cette compétence, alors que la question est sensible politiquement. « *La mise en œuvre d'un véritable contrôle juridictionnel témoigne du volontarisme du juge européen dans la conciliation nécessaire entre les intérêts supérieurs des États et de l'Union et la protection des droits fondamentaux des individus visés par les*

¹⁰³⁹ Décision 2012/642/PESC du Conseil du 15 octobre 2012, *JOUE* n° L 285, 17 octobre 2012, p. 1.

¹⁰⁴⁰ D. BURRIEZ, « L'individualisation des sanctions adoptées par l'Union européenne sous forme de mesures restrictives », *op. cit.*

¹⁰⁴¹ *Ibidem.*

¹⁰⁴² Comme indiqué dans les lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives, adoptées pour la première fois par le Conseil en 2003 et mises à jour le 15 juin 2012, n° 1747/09 PESC, point 7.

mesures restrictives »¹⁰⁴³. C'est d'ailleurs un contentieux qui s'intensifie au sein des juridictions de l'Union¹⁰⁴⁴. L'affaire *Kadi*¹⁰⁴⁵ a été la plus remarquable dans ce cadre, puisqu'il s'agissait de mesures décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies dont l'exécution a été suspendue par la Cour de justice pour violation des droits de la défense. Mais d'autres mesures ont été annulées ensuite, par exemple pour des carences de motivation¹⁰⁴⁶. En pratique, la Cour de justice opère un contrôle sur la légalité externe (règles de procédure) et sur la légalité interne (respect des normes supérieures et interdiction du détournement de pouvoir) de la mesure adoptée même si la sanction est politique et qu'une certaine marge de manœuvre est reconnue au Conseil. La distinction est parfois subtile, la Cour de justice ne va pas « contrôler l'opportunité de l'imposition des mesures restrictives par l'Union européenne »¹⁰⁴⁷ mais « le droit de l'Union lui impose en revanche de contrôler le bien-fondé de l'inscription de personnes sur les listes de cibles de ces mesures »¹⁰⁴⁸. La protection des droits fondamentaux intervient nécessairement et la question peut être posée de l'adéquation de la mesure avec l'objectif poursuivi. Par exemple, la Cour a validé l'approche du Tribunal qui estimait que la restriction partielle du droit de propriété d'une personne physique se justifiait au regard de l'objectif de maintien de la paix et de sécurité internationale¹⁰⁴⁹. La responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne a été rejetée en l'absence d'illégalité dans le comportement des institutions, sachant de plus que la seule annulation d'un acte n'implique pas automatiquement cette illégalité¹⁰⁵⁰.

L'Union européenne propose une politique de promotion des « droits de l'homme » importante dans son action extérieure. L'insertion automatique de « clauses droits de l'homme » dans les accords avec des États tiers est un signe de la volonté de l'Union de se positionner en acteur international en matière de protection des droits fondamentaux.

¹⁰⁴³ B. BERTRAND, « La particularité du contrôle des mesures restrictives : Les « considérations impérieuses touchant à la sûreté ou à la conduite des relations internationales de l'Union et de ses États membres », *RTDE*, 2015, n° 3, p. 555.

¹⁰⁴⁴ Voir C. SCHNEIDER, « Politique étrangère et de sécurité commune 2014-2015 », *ADUE*, 2015.

¹⁰⁴⁵ CJCE, 3 septembre 2008, Gde chbr., *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

¹⁰⁴⁶ Trib. UE, 17 avril 2013, *TCMFG c/ Conseil*, aff. T-404/11, ECLI:EU:T:2013:194 ou encore Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi E.A. / Conseil*, aff. T-187/11, T-188/11 et T-200/11, ECLI:EU:T:2013:273.

¹⁰⁴⁷ C. BEAUCILLON, *Les mesures restrictives de l'Union européenne, op. cit.*, p. 480.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

¹⁰⁴⁹ CJUE, 7 avril 2016, *Central Bank of Iran c/ Conseil*, aff. C-266/15 P, ECLI:EU:C:2016:208, point 53.

¹⁰⁵⁰ C. BEAUCILLON, *Les mesures restrictives de l'Union européenne, op. cit.*, p. 507. Voir par exemple Trib. UE, 18 septembre 2014, *Georgias c/ Conseil et Commission*, aff. T-168/12, ECLI:EU:T:2014:781 et C. SCHNEIDER, « Politique étrangère et de sécurité commune 2014-2015 », *ADUE*, 2015.

Néanmoins, en cas d'adhésion, les clauses ne sont probablement pas justiciables car elles sanctionnent le non-respect des droits de l'homme par l'État tiers. Il faudrait que cet État adhère à la Convention EDH pour que les violations soient justiciables. Au contraire, les mesures restrictives sont des actes émanant des institutions qui affectent les droits fondamentaux des individus, dans des matières protégées par la Convention EDH comme le droit de propriété ou les droits procéduraux. Les actions menées par l'Union européenne sur des territoires externes par des organes de l'Union peuvent également relever de la Cour EDH, conformément à sa jurisprudence extraterritoriale.

B. Les organes de l'action extérieure de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux

L'action extérieure de l'Union est gérée par deux catégories d'acteurs : les organes permanents de l'Union européenne dont le but est la gestion de cette action extérieure (1) et les missions civiles et opérations militaires temporaires menées au nom de l'Union européenne (2).

1. Les organes de l'Union européenne ayant des agissements externes

Des organes ont été mis en place au sein de l'Union européenne pour faire fonctionner l'action extérieure ou gérer les frontières externes de l'Union. Parmi elles, deux retiennent spécifiquement l'attention : le Service européen pour l'action extérieure et l'agence FRONTEX – Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures devenue Agence européenne de garde-frontières et garde-côtes en 2016 – qui opère aux limites de l'action extérieure. Les actions extérieures de ces deux organes peuvent emporter un questionnement quant à leur justiciabilité, notamment en cas de violation des droits fondamentaux par des agents de l'Union sur un territoire externe.

Le Service européen de l'action extérieure a pour but¹⁰⁵¹, conformément à l'article 27 § 3 TUE, de seconder le Haut représentant de l'Union européenne pour les affaires étrangères

¹⁰⁵¹ Décision 2010/427/UE du Conseil du 26 juillet 2010 fixant l'organisation et le fonctionnement du Service européen pour l'action extérieure, *JOUE* n° L 201, 3 août 2010, p. 30.

et la sécurité commune. La création de ce Service correspond à « *une tendance lourde* »¹⁰⁵² de centralisation de l'administration des relations extérieures de l'Union. L'utilité du Service est mis en avant dans sa première évaluation, notamment le travail sur « *trois axes essentiels de la politique étrangère de l'UE pour les années à venir : le voisinage, pour lequel l'Union peut recourir à l'ensemble de ses instruments ; l'approche globale qui fait de l'Union une des rares organisations internationales capables d'aborder tous les aspects d'une problématique de politique étrangère ; et les questions internationales pour lesquelles le poids cumulé de l'Union et de ses États devrait lui permettre de jouer un rôle moteur* »¹⁰⁵³. Il s'agit d'une organisation autonome, au sens budgétaire, comparable à un ministère des affaires étrangères, « *une structure sans précédent* »¹⁰⁵⁴ qui comprend 139 délégations et fonctionne avec 3400 collaborateurs (environ 1400 à Bruxelles et 2000 dans les délégations)¹⁰⁵⁵. Les délégations sont en quelque sorte les ambassades de l'Union puisqu'elles « *assurent la représentation de l'Union* », selon l'article 221 § 1 TFUE. Un tiers des effectifs du Service européen sont des diplomates provenant des États membres, les deux autres tiers sont composés d'agents provenant des institutions qui avaient auparavant les compétences du Service, à savoir de la Commission européenne et le Conseil¹⁰⁵⁶. Les délégations du Service remplacent ainsi les délégations de la Commission et du Conseil dont la double existence ne se justifiait pas toujours. La décision mettant en place le Service précise que les chefs de délégation reçoivent leurs instructions du Haut représentant et sont responsables de leur bonne exécution au sein des délégations¹⁰⁵⁷. Ce chef de délégation peut conclure des contrats et ester en justice au nom de l'Union européenne. D'ailleurs, au moment de la création du Service, la question se posait de savoir si les délégations de l'Union pourraient « *supplanter les représentations diplomatiques nationales* »¹⁰⁵⁸ notamment

¹⁰⁵² H. FLAVIER, *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, spéc. p. 732.

¹⁰⁵³ I. BOSSE-PLATIÈRE, « Première évaluation et recommandations pour une révision de l'organisation et du fonctionnement du Service européen pour l'action extérieure (SEAE) », *RTDE*, 2014, n° 1, p. 177.

¹⁰⁵⁴ Recommandation du Parlement européen du 13 juin 2013 à la Haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et vice-présidente de la Commission, au Conseil et à la Commission concernant l'examen 2013 de l'organisation et du fonctionnement du SEAE, (P7_TA(2013)0278).

¹⁰⁵⁵ Voir les avant-propos du rapport d'examen du Service européen pour l'action extérieure réalisés par le Haut représentant en 2013, disponibles sur le site du Service : <http://eeas.europa.eu>.

¹⁰⁵⁶ Plus précisément du secrétariat général du Conseil et de la Commission, voir le considérant 11 de la décision 2010/427/UE du Conseil du 26 juillet 2010 fixant l'organisation et le fonctionnement du Service européen pour l'action extérieure, préc.

¹⁰⁵⁷ Article 5 de la décision 2010/427/UE du Conseil du 26 juillet 2010 fixant l'organisation et le fonctionnement du Service européen pour l'action extérieure, préc.

¹⁰⁵⁸ H. FLAVIER, *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de*

lorsque l'on sait que seul trois États au monde (Chine, États-Unis et Russie)¹⁰⁵⁹ accueillent les représentations des États membres actuels de l'Union. Même si la protection consulaire proposée au citoyen européen lui permet de bénéficier des services d'une ambassade ou d'un consulat d'un État membre de l'Union autre que celui de sa nationalité¹⁰⁶⁰, les délégations de l'Union pourraient plus utilement remplir ce rôle, et de façon plus évidente s'occuper de la délivrance de visas courts séjours¹⁰⁶¹, dont la réglementation a été harmonisée par l'Union européenne. Dans une recommandation de 2013 adressée à la Haute représentante, le Parlement européen rejoint cette idée en estimant que les délégations pourraient être amenées à jouer le rôle de protection revenant habituellement à l'État : « *en renforçant le rôle de coordination des délégations, en particulier dans les situations de crise, et en leur permettant d'offrir une protection consulaire aux citoyens des États membres de l'Union européenne qui ne sont pas représentés dans un pays donné* »¹⁰⁶². Le Parlement européen constate, par ailleurs, que la « *grande majorité des délégations de l'Union sont désormais dotées d'un point focal en matière de droits de l'homme* »¹⁰⁶³, sachant que le Service européen fonctionne par secteurs géographiques mais comprend une direction transversale en charge des droits de l'homme¹⁰⁶⁴. Le développement de l'action extraterritoriale multiplie également les possibilités de violations des droits fondamentaux.

Concernant les frontières extérieures de l'Union européenne, une agence de coopération appelée FRONTEX est créée en 2004¹⁰⁶⁵, qui a pour tâche la gestion intégrée des frontières extérieures impliquant la détection de la criminalité transfrontalières et de

l'Union européenne, op. cit., p. 735

¹⁰⁵⁹ Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil du 23 mars 2011 sur la protection consulaire des citoyens de l'Union dans les pays tiers, Bilan et perspectives, COM(2011) 149 final.

¹⁰⁶⁰ Voir l'article 20 § 2 sous c) TFUE.

¹⁰⁶¹ Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, *JOUE* n° L 243, 15 septembre 2009, p. 1.

¹⁰⁶² Recommandation du Parlement européen du 13 juin 2013 à la haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et vice-présidente de la Commission européenne, au Conseil et à la Commission concernant l'examen 2013 de l'organisation et du fonctionnement du SEAE (2012/2253(INI)), point 27.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, point 28.

¹⁰⁶⁴ L. ROBERT, *Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus par la Communauté européenne. Ambitions et réalité, op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁶⁵ Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1 modifié par le règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, *JOUE* n° L 251, 16 septembre 2016, p. 1.

l'immigration illégale. Le 11^e considérant du règlement de 2016 énumère ainsi les pouvoirs de l'Agence : « *L'Agence devrait avoir pour rôle essentiel d'établir une stratégie technique et opérationnelle pour la mise en œuvre de la gestion intégrée des frontières au niveau de l'Union ; de superviser le fonctionnement effectif du contrôle aux frontières extérieures ; d'apporter une assistance technique et opérationnelle accrue aux États membres au moyen d'opérations conjointes et d'interventions rapides aux frontières ; d'assurer l'exécution pratique de mesures dans une situation exigeant une action urgente aux frontières extérieures ; d'apporter une assistance technique et opérationnelle en vue de soutenir les opérations de recherche et de sauvetage de personnes en détresse en mer ; et d'organiser, de coordonner et de mener des opérations de retour et des interventions en matière de retour* ». Le terrain d'action de FRONTEX est à cheval entre l'interne et l'externe, ainsi qu'entre l'action des États membres et de l'Union, puisque le règlement indique qu'il incombe aux institutions de l'Union d'adopter la politique et la législation relatives aux frontières externes, les États membres ayant la responsabilité du contrôle et de la surveillance de ces frontières¹⁰⁶⁶.

L'autonomie de FRONTEX est limitée à des aspects techniques ou de soutien, même si l'Agence est dotée d'une personnalité juridique¹⁰⁶⁷. Le principe est que les États membres sont toujours responsables de leurs gardes-frontières et garde-côtes, ce qui est cohérent avec la répartition des tâches, qui prévoit que les frontières sont surveillées et contrôlées par les États. L'Agence propose différents types de soutien dont des opérations conjointes, initiées par FRONTEX, l'une de ses activités majeures¹⁰⁶⁸. Plusieurs modifications sont intervenues depuis la création de l'Agence, qui empruntent deux directions. La première concerne le respect des droits fondamentaux avec par exemple la création d'un code de conduite ou encore une stratégie en matière de droits fondamentaux¹⁰⁶⁹. La seconde direction, peut-être en contradiction avec la première, mène vers plus d'effectivité pour les équipes

¹⁰⁶⁶ Voir l'article 5 du règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, préc.

¹⁰⁶⁷ A. CUDENNEC, « Sécurité et protection des frontières extérieures de l'Union européenne : le rôle de l'Agence FRONTEX », in C. FLAESCH-MOUGIN (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, spéc. p. 325.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 327.

¹⁰⁶⁹ Article 2 bis du règlement n° 2007/2004 ajouté par le règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 304, 22 novembre 2011.

d'interventions. Ainsi, une réserve de garde-frontières est créée en 2007, appelée « RABIT »¹⁰⁷⁰, dont l'objectif est de lutter contre l'entrée massive d'immigrants illégaux et le règlement de 2016 élargit les pouvoirs de l'Agence dans ce sens.

Les équipes d'intervention sont composées d'agents nationaux correspondant aux profils dégagés par l'Agence en fonction de la demande d'un État membre nécessitant un soutien¹⁰⁷¹. Ainsi, « *lorsque des membres des équipes opèrent dans un État membre hôte, cet État membre est réputé responsable de tout dommage causé par eux au cours de leurs opérations, conformément à son droit national* »¹⁰⁷². En cas de violation des droits fondamentaux, se pose la question de l'imputabilité de celle-ci à un État membre ou à l'Union, débat qui n'est pas explicitement tranché dans la législation de l'Union. Le nouveau règlement, dotant l'Union d'un corps de garde-frontières et de garde-côtes, a pour but de permettre une gestion plus intégrée des frontières extérieures, et d'attribuer plus de compétences à l'Agence. Ainsi, un mécanisme interne a été créé pour recevoir des plaintes concernant la violation de droits fondamentaux¹⁰⁷³. Toutefois, ce mécanisme ne peut aboutir au sein de l'Agence qu'à des sanctions disciplinaires. Si l'affaire nécessite d'autres sanctions, elle est transmise aux autorités nationales. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a déjà relevé, dans une résolution de 2011, l'insuffisant respect des droits fondamentaux par cet organe. Plus concrètement, les difficultés résident dans « *l'absence de clarté en ce qui concerne les responsabilités respectives des États membres de l'Union européenne et de Frontex, et du manque de garanties adéquates du respect des droits fondamentaux et des normes internationales dans le cadre des opérations conjointes* »¹⁰⁷⁴. L'Assemblée propose alors que l'Agence soit mise sous le contrôle démocratique du Parlement européen, ce qui est finalement prévu par le règlement de 2016¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁰ Règlement (CE) n° 863/2007 du 11 juillet 2007, instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, *JOUE* n° L 199, 31 juillet 2007, p. 30.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, article 20 « Composition et déploiement des équipes du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes ».

¹⁰⁷² *Ibidem*, article 42 « Responsabilité civile ». Voir également A. CUDENNEC, « Sécurité et protection des frontières extérieures de l'Union européenne : le rôle de l'Agence FRONTEX », *op. cit.*, p. 330.

¹⁰⁷³ Voir l'article 72 du règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, préc.

¹⁰⁷⁴ Résolution 1821 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 21 juin 2011 sur les interceptions en mer, spéc. point 10

¹⁰⁷⁵ Voir l'article 7 « Responsabilité » : « *L'Agence est responsable devant le Parlement européen et le Conseil conformément au présent règlement* » du règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du

De façon générale, « *la pluralité d'acteurs institutionnels en charge des relations extérieures n'est donc pas un facteur évident de garantie de la visibilité et de la lisibilité de l'action extérieure de l'Union : elle semble même être a priori une source de difficultés et de complications pouvant rendre l'Union moins perceptible par les tiers* »¹⁰⁷⁶. Pourtant, l'Union européenne œuvre pour améliorer cet aspect comme par exemple avec la fusion des délégations de la Commission et du Conseil. Mais en matière de relations extérieures, les acteurs internes restent nombreux : le Haut représentant, le Service européen de l'action extérieure, l'Agence FRONTEX mais aussi le COPS (Comité politique et de sécurité), le CMUE (Comité militaire de l'Union européenne) et l'EMUE (État-major de l'Union européenne).

Les deux organes, Service européen de l'action extérieure et FRONTEX, démontrent l'intensité croissante des relations extérieures de l'Union. Les actions menées par l'Union européenne, opérations militaires et missions civiles, se multiplient également, faisant preuve d'une plus grande implication de l'Union vers l'extérieur et d'une plus importante possibilité de violation des droits fondamentaux.

2. Les missions et opérations externes de l'Union européenne

Toujours dans le cadre des relations extérieures, l'Union adopte des mesures permettant d'envoyer des « agents »¹⁰⁷⁷ dans un État tiers avec une mission bien définie. Cette possibilité relève de la politique européenne de sécurité et de défense (PESD), volet spécifique de la PESC : « *l'Union a finalement élargi son approche diplomatique à la résolution des conflits et des crises en rajoutant une dimension de défense à la PESC* »¹⁰⁷⁸. La PESD consiste essentiellement en une série d'actions appelées « missions de

Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes.

¹⁰⁷⁶ V. CONSTANTINESCO, « Le traité de Lisbonne et la perception extérieure de l'Union européenne », in *Liber Amicorum Darcy. Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruylant, Bruxelles, 2012, spéc. p. 107.

¹⁰⁷⁷ L'expression d'agents est utilisée pour faire référence aux termes employés par la jurisprudence de la Cour EDH mais les missions et opérations de la PSDC permettent d'envoyer de contingents d'hommes venant des États membres qui ne sont pas formellement des agents de l'Union européenne. Les missions et opérations sont dirigées par des hauts gradés militaires.

¹⁰⁷⁸ A. LAMBERT, « Les interventions « militaires » de l'Union européenne dans les Balkans », *Relations internationales*, 2006, n° 125, p. 128.

Petersberg »¹⁰⁷⁹. Le traité de Lisbonne liste ces actions permettant l'utilisation de moyens civils ou militaires à l'article 43 TUE : opérations conjointes en matière de désarmement ; de missions humanitaires et d'évacuation ; de missions de conseil et d'assistance en matière militaire ; de missions de prévention des conflits et de maintien de la paix ; de missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les missions de rétablissement de la paix et des opérations de stabilisation à la fin des conflits. La possibilité de procéder à ces actions est ouverte avec le traité d'Amsterdam mais la première n'interviendra pas avant 2003¹⁰⁸⁰, année de l'adoption d'une Stratégie européenne de sécurité appelée « Une Europe sûre dans un monde meilleur »¹⁰⁸¹. La constatation est simple, « *l'OTAN et les États-Unis ne peuvent plus garantir la sécurité en Europe et [...] les États doivent renforcer leur coopération afin d'affronter les nouvelles menaces* »¹⁰⁸². Ainsi, l'Union a pris le relai de l'ONU en Bosnie-Herzégovine et celui de l'OTAN en Macédoine¹⁰⁸³. Dans un cas, il s'agit de missions de police de l'Union européenne assurant la stabilité du pays et renforçant l'État de droit. Dans l'autre cas, l'opération est militaire et complémentaire à la mission policière. Les militaires assurent ainsi la détention des criminels et le maintien d'un environnement sûr. De façon générale, l'action de l'Union dans ce domaine se fait en complément ou en remplacement d'actions nationales ou internationales¹⁰⁸⁴, comme l'indique l'article 42 § 1 TUE au sujet de la PESD : « *L'Union peut y avoir recours dans des missions en dehors de l'Union afin d'assurer le maintien de la paix, la prévention des conflits et le renforcement de la sécurité internationale conformément aux principes de la charte des Nations unies. L'exécution de ces tâches repose sur les capacités fournies par les États membres* ».

Il y a donc une majorité de missions civiles qui impliquent un soutien policier. En théorie, le terme de mission renvoie à des actions « civiles » tandis que les opérations sont militaires¹⁰⁸⁵ mais il existe des actions mêlant aspects militaires et civils, comme par

¹⁰⁷⁹ Du nom de la déclaration de l'Union de l'Europe occidentale (UEO). En effet, l'Union européenne a en partie succédé à cette organisation qui a vécu de 1954 à 2011.

¹⁰⁸⁰ Voir J. TERCINET, « Les opérations extérieures de l'Union européenne », in *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, C. FLAESCH-MOUGIN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 269 et s.

¹⁰⁸¹ Document non publié, diffusé le 12 décembre 2003, disponible sur www.consilium.europa.eu.

¹⁰⁸² A. LAMBERT, « Les interventions « militaires » de l'Union européenne dans les Balkans », *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁸³ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁴ H. FLAVIER, *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, spéc. p. 652.

¹⁰⁸⁵ C. SCHNEIDER, « La participation des États tiers aux opérations de gestion de crise de l'Union européenne », *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, I. BOSSE-PLATIÈRE et C. RAPOPORT (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, spéc. p. 258.

exemple AMIS II au Soudan et au Darfour¹⁰⁸⁶. En pratique, la distinction entre les opérations militaires et les missions civiles peut être fondée sur l'absence d'armes dans les opérations civiles¹⁰⁸⁷. En matière militaire, les États membres envoient des soldats de leurs contingents pour constituer la force militaire européenne. Ainsi, les militaires « *dépendent hiérarchiquement de leur État d'origine et ont des statuts juridiques variables* »¹⁰⁸⁸. Les missions civiles sont supposées intervenir en tant que transition après les missions militaires et ont pour objectifs le maintien de l'ordre, de l'État de droit, de l'administration civile et la protection civile, mais dans les deux cas les chefs de missions sont des personnalités militaires¹⁰⁸⁹. Force est de constater que les missions envisagées sous le vocable civil couvrent différentes réalités, sont assez nombreuses et fréquentes par rapport aux opérations militaires, même si les deux sont adoptées de la même façon, conformément à l'article 42 § 4 TUE, « *les décisions relatives à la politique de sécurité et de défense commune, y compris celles portant sur le lancement d'une mission visée au présent article, sont adoptées par le Conseil statuant à l'unanimité, sur proposition du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité ou sur initiative d'un État membre* ».

Il est intéressant de noter que la Cour de justice¹⁰⁹⁰ a eu l'occasion de se pencher sur EULEX Kosovo¹⁰⁹¹, l'une des plus importantes missions de l'Union en termes de moyens humains déployés et d'objectifs. La mission doit aider « *les institutions du Kosovo, les autorités judiciaires et les organismes chargés de l'application des lois à progresser sur la voie de la viabilité et de la responsabilisation et à poursuivre la mise sur pied et le renforcement d'un système judiciaire multiethnique indépendant, ainsi que de services de*

¹⁰⁸⁶ Action commune 2005/557/PESC du Conseil du 18 juillet 2005 concernant l'action de soutien civilo-militaire de l'Union européenne à la mission de l'Union africaine dans la région soudanaise du Darfour, *JOUE* n° L 188, 20 juillet 2005, p. 46.

¹⁰⁸⁷ A. FENET (dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 2006, p. 299.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 300.

¹⁰⁸⁹ Voir le premier objectif global été fixé en 2000, lors de la réunion du Conseil européen qui a eu lieu à Santa Maria da Feira (Portugal). L'objectif de maintien de l'ordre est précisé, sur le site du Service extérieur, comme comprenant « *la surveillance, le conseil et la formation de la police locale, la prévention ou l'atténuation des crises et des conflits internes, le rétablissement de la loi et de l'ordre dans les situations qui suivent immédiatement un conflit, ainsi qu'un soutien à la police locale dans la protection des droits de l'homme* ». Dans l'objectif civil global de 2008, deux autres domaines prioritaires pour l'Union européenne sont désignés : la réforme du secteur de la sécurité (RSS) et le désarmement, la démobilisation et la réintégration (DDR).

¹⁰⁹⁰ CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana SpA c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, ECLI:EU:C:2015:753 rendu sur pourvoi de l'arrêt Trib. UE, 4 juin 2013, *Elitaliana SpA c/ Eulex Kosovo*, aff. T-213/12, ECLI:EU:T:2013:292.

¹⁰⁹¹ Action commune 2008/124/PESC du Conseil du 4 février 2008 relative à la mission État de droit menée par l'Union européenne au Kosovo, *JOUE* n° L 42, 16 février 2008, p. 92.

police et des douanes multiethniques, de manière à ce que ces institutions soient libres de toute interférence politique et s'alignent sur les normes reconnues au niveau international et sur les bonnes pratiques européennes »¹⁰⁹². Un acte concernant les dépenses de la mission civile EULEX Kosovo a fait l'objet d'un recours en annulation. En principe, selon l'article 24 § 1 alinéa 2 TUE et l'article 275 alinéa 1 TFUE, la Cour de justice n'est pas compétente pour les actes relevant de la PESC¹⁰⁹³. Par exception, le traité lui donne à l'article 275 alinéa 2 la possibilité d'apprécier les mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales. La Cour de justice a elle-même dégagé une deuxième exception qui concerne la base juridique de l'acte contesté, pour déterminer si le contenu et l'objectif de l'acte relèvent bien de la PESC¹⁰⁹⁴. Ici, il s'agit d'une troisième possibilité, la Cour de justice est compétente par le biais du budget de l'Union qui est exécuté par la Commission européenne (articles 17 TUE et 317 TFUE). La juridiction prend d'ailleurs soin de soulever d'office la question de sa compétence ¹⁰⁹⁵. En l'occurrence, la Commission européenne a délégué son pouvoir d'exécution budgétaire au chef de mission, « *dans le cadre de cette délégation, le chef de la mission Eulex Kosovo est tenu, en tant que délégataire de la Commission, de se conformer aux règles budgétaires du droit de l'Union, en ce compris les règles régissant la passation de marchés publics* »¹⁰⁹⁶. La Cour de justice rappelle ainsi que les actes adoptés par une entité qui a reçu son pouvoir par une délégation de la Commission sont imputables à l'institution délégante. Ainsi, la Commission européenne est responsable de la bonne exécution du budget. En revanche, les dépenses engendrées par une mission militaire ne relèvent pas du budget de l'Union (article 41 § 2 TUE). Pour les missions civiles, il y a une passation de marchés publics¹⁰⁹⁷, qui affecte le budget de l'Union mais les requérants doivent bien cibler la Commission européenne puisque les missions ne sont pas considérées comme des organes ou organismes au sens de l'article 263 TFUE, en raison de la durée limitée de ces actions¹⁰⁹⁸. Il est possible de contester l'exécution du budget par une mission civile, en ciblant la Commission européenne dans le recours. Ainsi, les possibilités de contestation sont très limitées et ne peuvent pas concerner la violation des droits fondamentaux. Des soupçons

¹⁰⁹² *Ibid.*, article 2.

¹⁰⁹³ Voir les conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET sur la compétence de la Cour de justice en matière d'actes PESC sur l'affaire *Rosnet Oil Company OJSC c/ Her Majesty's Treasury*, aff. C-72/15, ECLI:EU:C:2016:381, conclusions du 31 mai 2016.

¹⁰⁹⁴ Voir par exemple CJCE, Gde chbr., 20 mai 2008, *Commission c/ Conseil*, aff. C-91/05, *Rec.* p. I-3651.

¹⁰⁹⁵ CJUE, 12 novembre 2015, aff. C-439/13 P, *Elitaliana SpA c/ Eulex Kosovo*, *op. cit.*, point 37.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, point 63.

¹⁰⁹⁷ V. MICHEL, « Du statut contentieux de la mission Eulex Kosovo », *Europe*, janvier 2016, n° 1, p. 32.

¹⁰⁹⁸ Trib. UE, Ord., 23 avril 2015, *Antonios Chatzianagnostou*, aff. T-383/13, ECLI:EU:T:2015:246, point 27.

de corruption au sein de la mission EULEX Kosovo ont dû être poursuivis devant des juridictions nationales¹⁰⁹⁹, à défaut de compétence de la Cour de justice. La direction stratégique des missions se trouve sous l'autorité du COPS, lui-même sous l'autorité du Haut représentant et les décisions ne sont pas susceptibles de recours car elles relèvent purement de la PESC. Cependant, les actes de la PESC peuvent affecter les droits fondamentaux d'un individu. Les missions de polices et opérations militaires offrent toute une gradation de situations conflictuelles possibles, la question se pose de nouveau « *d'imaginer une responsabilité solidaire des États* »¹¹⁰⁰. À défaut, les agents d'une mission sont susceptibles de porter atteinte aux biens d'un individu qui serait alors démuné de tout recours juridictionnel à moins de saisir les juridictions nationales ou éventuellement la Cour EDH¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁹ Voir par exemple R. SYAL, « Lawyer says Foreign Office told her to ignore EU corruption evidence », *The guardian*, 2 novembre 2017, disponible sur le site theguardian.com.

¹¹⁰⁰ E. DECAUX, « Le territoire des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 78.

¹¹⁰¹ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 155.

Conclusion de Chapitre

La jurisprudence de la Cour EDH en matière d'application extraterritoriale de la Convention EDH implique que les valeurs de la Convention EDH soient imposées en dehors du territoire européen, tel que défini par les États parties. Transposée à l'Union européenne, les conséquences peuvent être importantes puisque l'organisation développe volontairement son action extérieure en incluant la promotion des « droits de l'homme ». D'ailleurs, sa politique de voisinage, qui fonctionne surtout par de la *soft law*, comprend également cette volonté d'appliquer les valeurs européennes. La politique européenne de voisinage rend encore plus complexe la détermination du territoire européen, « *ces États du voisinage entretiennent parfois avec l'Union des liens plus étroits que certains États membres. [...] La distinction entre le dedans et le dehors devient alors très ténue et les frontières qui séparent alors ces États de l'Union ne peuvent plus être considérées comme des barrières infranchissables* »¹¹⁰². La politique de voisinage, ainsi que l'action extérieure de l'Union à travers les accords adoptés ou les actions de défense démontrent que la délimitation du territoire intérieur ou extérieur n'est pas toujours facile à réaliser. « *Les frontières « extérieures » [...] si elles entrent bien dans la définition du territoire de l'Union européenne, ne délimitent pas nécessairement de manière radicale un dedans et un dehors. Certes l'alternative est binaire dès lors qu'elle ne s'articule qu'autour de deux catégories, celle d'État membre et d'État tiers. Mais en vérité, il existe toute une gradation de régimes juridiques ou toute une série de cercles concentriques en fonction du degré de proximité avec l'UE : le presque-État membre lié par un accord d'adhésion, l'État associé, l'État voisin, l'État bénéficiant de préférences commerciales, etc.* »¹¹⁰³. Cette gradation, autant que la jurisprudence extensive de la Cour EDH, peut poser un obstacle pour identifier un territoire commun aux deux ordres juridiques qui serait celui du système. En réalité, l'obstacle est interne aux deux ordres juridiques qui, en matière de protection des droits fondamentaux, ont une vocation plus large que l'Europe continentale. Ainsi, le système peut s'adapter à cette fluctuation du territoire, en raison de ses potentialités extraterritoriales, développées par la Cour EDH, ou de sa géométrie variable pour l'Union européenne. La question du territoire

¹¹⁰² C. BLUMANN, Rapport introductif général, *Les frontières de l'Union européenne*, C. BLUMANN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 10.

¹¹⁰³ S. ROLAND, « La différenciation, nouvelle frontière ? Quelques réflexions sur les fonctions de la différenciation dans le système juridique de l'Union européenne », *Les frontières de l'Union européenne*, C. BLUMANN (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 251.

de l'Union se posera plus nettement en cas d'adhésion à la Convention EDH car les actes de l'Union seront directement justiciables. Mais ils le seront à compter de l'adhésion, car la Cour EDH est limitée *ratione temporis*, la Convention EDH n'a pas d'effet rétroactif. Dans certains cas complexes, en cas de violation continue, il est arrivé que la Cour s'estime compétente pour des faits commis avant l'adhésion¹¹⁰⁴.

L'asymétrie territoriale entre les deux ordres juridiques forme un obstacle à l'identification d'un système européen de protection des droits fondamentaux. Cet obstacle peut être surmonté, d'une part, parce que la définition du territoire est problématique *ab initio*, y compris pour les États concernés, et que, d'autre part, le système ne nécessite pas de s'appuyer sur un territoire précisément délimité. En effet, l'importante application extraterritoriale de la Convention EDH et du droit de l'Union européenne indique que l'espace territorial concerné par le système est discontinu et étendu. En revanche, cette dimension territoriale implique que le système européen de protection des droits fondamentaux peut avoir vocation à s'appliquer sur un très large territoire, véhiculant ainsi des valeurs européennes. Le second obstacle à l'identification du système est la revendication de l'autonomie de chacun des ordres juridiques européens, qui empêche d'envisager une fusion de ces ordres.

¹¹⁰⁴ Voir par exemple : Cour EDH, Gde chbr., 9 avril 2009, *Šilih c/ Slovénie*, req. n° 71463/01 ou Cour EDH, Gde chbr., 18 septembre 2009, *Varnava e. a. c/ Turquie*, req. n° 16064/90 à 16066/90, n° 16068/90 à 16073/90. Voir également H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, n° 90, p. 271.

Chapitre 2. L'importance de l'autonomie pour les deux ordres juridiques européens

Le second obstacle à évaluer concerne la volonté de chacun des ordres de rester autonome. L'autonomie est une notion difficile à cerner, elle se distingue de l'indépendance, qui implique une dimension plus politique, en se rapprochant d'une idée d'auto-détermination¹¹⁰⁵. Au sein du système européen de protection des droits fondamentaux, il s'agit d'une autonomie qui s'affirme à l'encontre de tout élément externe : aucune des deux organisations ne veut être dépendante d'autrui. L'autonomie est opposée à l'autre ordre européen, à l'ordre international mais aussi aux influences étatiques, venant d'États membres ou d'États tiers. Cette autonomie implique le maintien des institutions de chaque ordre en rendant l'option d'une fusion irréalisable. Pourtant, « *n'y a-t-il pas aujourd'hui un risque de double emploi au regard de ces deux organisations ayant toutes les deux comme buts l'unité européenne ?* »¹¹⁰⁶. Le double emploi peut exister lorsque les institutions ou organes de chaque ordre ont les mêmes fonctions, et cela pourrait poser des difficultés sur le terrain de la cohérence du système européen de protection des droits fondamentaux. Maintenir des entités qui adoptent le même type de décision ou qui vont agir par le même type de règles, voire les mêmes règles, brouille l'identification du système.

Avant que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ne soient deux entités pleinement séparées, la première organisation a tenté de chapeauter la construction de la seconde. Le Conseil de l'Europe a voulu se positionner comme une organisation « *centrale au sein de laquelle toutes les autres organisations pourraient en quelque sorte s'insérer et recouper leur action* »¹¹⁰⁷. Le Conseil de l'Europe « *propose de rationaliser les institutions européennes et il lutte en faveur de la création d'une grande zone de libre-échange entre les*

¹¹⁰⁵ C. GREWE, « La normativité de l'autonomie de l'ordre de l'Union européenne ou illustration et défense du « désordre des ordres », in *(Dés)ordres juridiques européens*, S. BESSON et N. LEVRAT (dir.), LGDJ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2012, p. 246.

¹¹⁰⁶ B. WASSENBERG, « Introduction », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), L'Harmattan, Paris, 2016, p. 10.

¹¹⁰⁷ A. ONGONE POMME, « La tentative de mise en place d'un système de "liaison" entre le Conseil de l'Europe et l'Europe des Six mise en perspective à travers le projet de Communauté politique européenne : un échec (1952-1954) », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), *op. cit.*, p. 57 qui cite P. REUTER, *Organisations européennes*, PUF, Paris, 1970, p. 128.

pays de l'OECE »¹¹⁰⁸. Or l'Union européenne s'est bâtie sans concertation directe avec le Conseil de l'Europe. Ainsi, « *pour garder une place dans l'architecture européenne, le Conseil de l'Europe cherche un modus vivendi avec la CEE. Il défend son rôle de protecteur des droits de l'homme et recherche une légitimation en s'orientant de plus en plus vers une coopération avec le bloc de l'Est* »¹¹⁰⁹. Alors que les rôles de chaque organisation européenne semblent clairement répartis dès le départ, leur coexistence handicape le Conseil de l'Europe qui a besoin de repenser constamment sa place dans le paysage européen. Par exemple, « *pour s'affirmer face à la CEE, le Conseil de l'Europe décide ainsi, dès le début des années 1960, de s'investir dans les domaines de la coopération juridique qui ne sont pas (encore) abordés par les Six : droit civil, droit pénal, droit administratif et droit public international* »¹¹¹⁰. Depuis, l'Union européenne a investi ces domaines et semble de nouveau plus efficace dans le mouvement de rapprochement et de coopération entre les États. Mais ce chevauchement découle clairement de la volonté des États membres de chaque organisation, « *on observe une fois de plus que les maîtres des traités que sont les États membres jouent, dans le même temps, la complémentarité et la concurrence des deux systèmes normatifs européens. Les droits de l'Homme servent de lieu de cristallisation de ce double jeu* »¹¹¹¹. Malgré un entrecroisement des domaines dans lesquels les deux organisations interviennent, leurs institutions respectives continuent de revendiquer l'autonomie de leur propre ordre juridique (Section 1). De ce fait, aucune fusion de compétences ou d'institutions n'est programmée. Au contraire l'autonomie des ordres juridiques est organisée (Section 2).

Section 1. La revendication de l'autonomie institutionnelle

Afin de prendre pleinement conscience de la démarche autonome de chaque ordre, il faut commencer par aborder la manière dont ils comprennent cette idée d'autonomie (§1). En effet, l'autonomie n'a pas nécessairement la même portée pour chacune des organisations, ce qui pose la question de savoir comment peuvent se rencontrer deux organisations qui

¹¹⁰⁸ B. WASSENBERG, *Histoire du Conseil de l'Europe*, Éd. du Conseil de l'Europe, 2013, Strasbourg, p. 53.

¹¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 101.

¹¹¹¹ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double "je" des identités européennes », *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), *op. cit.*, p. 31.

revendiquent chacune leur autonomie (§2).

§1. Des approches différentes de l'autonomie dans chaque ordre juridique européen

Pour le Conseil de l'Europe, la revendication de l'autonomie se manifeste par la volonté d'imposer un ordre public européen, principalement élaboré par la Cour EDH, par une revendication limitée (A). De son côté, l'Union européenne assume plus clairement vouloir une autonomie politique, juridique voire économique par rapport aux autres organisations européennes et internationales (B).

A. La revendication limitée de l'autonomie dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe

L'idée d'autonomie s'applique bien à chacune des organisations européennes. « *Le Conseil de l'Europe est un ordre juridique autonome fondé sur des accords et sur une action commune dans le domaine économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif ainsi que dans la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹¹¹². L'ordre public européen est l'expression de l'autonomie de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe (1), autonomie qu'il ne met pas systématiquement en avant comme le fait l'Union européenne, notamment pour des raisons budgétaires (2).

1. L'ordre public européen comme affirmation principale de l'autonomie de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe veut se positionner en tant que « *promoteur d'un ordre public européen des droits de l'Homme* »¹¹¹³. Cette promotion passe par l'adoption de conventions – une activité assez intense puisque qu'il en a été proposé plus de 150 à la signature – mais c'est surtout la Cour EDH qui défend les valeurs de cet ordre public européen. L'autonomie se manifeste par ce biais : c'est au Conseil de l'Europe, notamment par la jurisprudence de la

¹¹¹² Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallient les juges Hajiyev, Pejchal et Dedov sous l'affaire CEDH, Gde chbr., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management c/ Suisse*, req. n° 5809/08.

¹¹¹³ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double “je” des identités européennes », *op. cit.*, p. 31.

Cour EDH, de déterminer ce qui est au cœur de l'ordre public européen. « *Prétendre à l'existence d'un ordre public européen c'est signifier que la souveraineté de l'État doit éventuellement s'incliner devant des valeurs supérieures, impératives et communes* »¹¹¹⁴. L'autonomie se construit alors contre l'État, mais pas nécessairement contre les autres ordres européens ou internationaux, puisque « *l'autonomie de l'ordre public européen ne saurait être assimilée ni à une fermeture sur lui-même ni à une obturation [...] Toute tentative de vivre en autarcie conduirait un système juridique à sa perte* »¹¹¹⁵. L'ordre public européen reste une notion bien distincte du concept d'ordre public au niveau national et ne correspond pas à une branche de l'ordre public international : il s'agit d'une notion autonome¹¹¹⁶. La Cour EDH en confirme rapidement l'existence en élevant la Convention EDH au rang d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen¹¹¹⁷.

En pratique, la notion d'ordre public européen est utilisée pour poursuivre différents objectifs, mais toujours en tant que barrière contre l'ingérence de l'État dans la protection des droits fondamentaux. Premièrement, dans une partie de sa jurisprudence, la Cour EDH revendique l'existence d'un ordre public européen dans le but de délimiter le champ d'application géographique de la Convention EDH. Ainsi, le texte doit être l'instrument constitutionnel applicable sur le territoire européen, et ce sans exclusion¹¹¹⁸ ni extension¹¹¹⁹ de ce dernier. Deuxièmement, la Cour EDH poursuit un objectif de promotion des valeurs communes aux États parties à la Convention EDH. Elle estime que les recours individuels qui lui sont présentés servent à s'intéresser à un litige particulier, mais ont aussi « *pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties à la Convention* »¹¹²⁰. Troisièmement, la notion d'ordre public européen est mobilisée en tant que moyen pour obliger les États à assurer un contrôle de conventionalité qui préserve le principe de l'État de

¹¹¹⁴ C. PICHERAL, « Ordre public européen », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P MARGUÉNAUD *et alii* (dir.), PUF, Paris, 2008, p. 719.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 666.

¹¹¹⁶ Y. LÉCUYER, « Existe-t-il un ordre public européen devant les juridictions nationales ? », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 264.

¹¹¹⁷ Cour EDH, Gde chbr., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89 (décision sur la recevabilité), point 75.

¹¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹¹⁹ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini c/ Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, point 141.

¹¹²⁰ Cour EDH, Gde chbr., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/ Russie*, req. n° 30078/06, point 89.

droit – « *dont l'arbitraire constitue la négation* »¹¹²¹ – en tant qu'il compte parmi les fondements de cet ordre. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe reconnaît que la Cour EDH a su faire du principe de prééminence du droit un élément consubstantiel de la société démocratique et un principe fondateur et structurant de l'ordre public européen¹¹²². Enfin, les juges de la Cour EDH ne manquent pas de rappeler la dimension autonome de l'ordre public européen : « *la Convention n'est ni subordonnée aux règles constitutionnelles nationales, ni aux prétendues règles supérieures du droit international, puisque c'est le droit suprême du continent européen* »¹¹²³. Ils indiquent ainsi que le droit des Nations Unies, et le droit international public général, peuvent être écartés au profit de la Convention EDH en raison de son statut d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen¹¹²⁴.

Cependant, la doctrine reste circonspecte face à l'annonce de cet ordre public européen qui peut apparaître comme « *un artifice ou un abus de langage* »¹¹²⁵. La notion est d'ailleurs peu présente dans la *soft law* des organes du Conseil de l'Europe. L'acception même de la notion peut porter à confusion car l'idée d'ordre public repose parfois sur le respect de la dignité humaine¹¹²⁶, tandis que l'ordre public européen tend à désigner plutôt un ordre politique européen qui concerne les « *conditions d'exercice de la souveraineté démocratique* »¹¹²⁷. Pour confronter cette vision de l'autonomie avec celle retenue par l'Union européenne, il faut préciser que de son côté, cette dernière mentionne rarement un ordre public européen. Lorsque les institutions font usage du terme, c'est pour souligner un rapprochement entre les États membres. Ainsi, la Commission européenne estime dans une proposition, au sujet de l'approche commune des États concernant la consommation de

¹¹²¹ Cour EDH, Gde chbr., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management c/ Suisse*, req. n° 5809/08, point 145.

¹¹²² Voir le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 4 juillet 2007, « L'expression "principle of the Rule of Law" », Doc. 11343.

¹¹²³ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallient les juges Hajiyev, Pejchal et Dedov sous l'affaire Cour EDH, Gde chbr., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management c/ Suisse*, req. n° 5809/08.

¹¹²⁴ Voir F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite »*, P. TAVERNIER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 75.

¹¹²⁵ Y. LÉCUYER, « Vers un ordre politique européen ? », in *Les libertés politiques : socle pour un ordre public européen ?* », C. LAGEOT (dir.), LGDJ, Paris, 2015, p. 177.

¹¹²⁶ Voir par exemple G. GLÉNARD, « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », *RFDA*, 2015, p. 869. L'idée selon laquelle l'ordre juridique serait fondé sur la dignité humaine est discutée : voir B. MATHIEU, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *Dalloz*, 2005, n° 25, p. 1649.

¹¹²⁷ Y. LÉCUYER, « Vers un ordre politique européen ? », *op. cit.*, p. 178.

drogue qu'elle est « *le reflet du développement d'un ordre public européen* »¹¹²⁸. En effet, l'instauration d'un tel ordre aurait pour conséquence de rendre « *plus efficaces les systèmes nationaux d'ordre public* »¹¹²⁹ et permettrait de respecter « *pleinement les valeurs fondamentales de l'Union* »¹¹³⁰. Les institutions et organes de l'Union européenne semblent estimer que l'ordre public européen est en cours de construction, « *le cadre de référence pour les actions de prévention est défini par les dispositions du traité établissant un espace de liberté, de sécurité et de justice, qui ont jeté les bases d'un véritable ordre public européen* »¹¹³¹. La Cour de justice mentionne rarement un tel ordre public¹¹³², tandis que les avocats généraux tentent régulièrement de proposer la reconnaissance de cet ordre et la détermination de ce qu'il inclut¹¹³³. Une acception spécifique de l'idée d'ordre public européen existe en matière de droit international privé¹¹³⁴ et d'arbitrage¹¹³⁵ qui implique simplement l'existence de dispositions impératives.

Finalement, la reconnaissance des valeurs de l'Union européenne dans le droit primaire pose la première pierre d'un ordre public de l'Union européenne, voire « *d'un ordre*

¹¹²⁸ Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant pour 2007-2013 le programme spécifique « Combattre la violence (Daphné), prévenir la consommation de drogue et informer le public » dans le cadre du Programme général « Droits fondamentaux et justice » {SEK(2005) 434}. La formulation disparaît dans le programme définitivement adopté.

¹¹²⁹ Communication de la Commission du 22 mai 2002, « Un projet pour l'Union européenne », COM(2002) 247 final.

¹¹³⁰ *Ibidem*.

¹¹³¹ Avis du Comité des régions sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Prévention de la criminalité dans l'Union européenne », JOUE n° C 43, 18 février 2005.

¹¹³² Voir par exemple : CJCE, Ord., 22 juin 1965, *Acciaierie San Michele c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 9/65, Rec. p. 35.

¹¹³³ Voir les conclusions de l'avocat général Yves BOT du 15 juillet 2010 sur l'affaire *Josemans*, aff. C-137/09, Rec. p. I-13019, point 123 : « *Dans la présente affaire, étant donné que cette mesure constitue non seulement la manifestation pour l'État du droit qui lui est reconnu de préserver son ordre public interne, mais également de son obligation, vis-à-vis des autres États membres, de contribuer à la préservation de l'ordre public européen conformément aux engagements souscrits, celle-ci doit donc être validée au titre des dispositions susmentionnées* ». Voir également les conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET du 4 décembre 2014 sur l'affaire *Gazprom*, aff. C-536/13, ECLI:EU:C:2014:2414, point 173 : « *la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que, en interprétant cette notion, les juridictions des États membres devaient prendre en compte certaines dispositions du droit de l'Union revêtant un caractère à ce point fondamental qu'elles font partie de l'ordre public européen* ».

¹¹³⁴ Livre vert du 14 janvier 2003 sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM(2002) 654 final : « *Traditionnellement chaque État membre dispose de son propre corps de règles d'ordre public international, mais avec la multiplication des dispositions impératives d'origine communautaire on assiste aujourd'hui à la naissance d'un "ordre public européen"* ». Voir également pour la Cour EDH : M.-C. LE BOURSICOT, « La CEDH fait émerger un ordre public européen en matière d'adoption internationale », *Revue juridique Personnes et Famille*, 2007, n° 11, p. 23.

¹¹³⁵ Voir les conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET du 17 mars 2016 sur l'affaire *Genetech Inc.*, aff. C-567/14, ECLI:EU:C:2016:177, points 55 et s.

*public « communautaire » des droits de l'homme, susceptible le cas échéant d'entrer en concurrence avec celui défini par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. D'ailleurs, la concurrence de cet "autre" ordre public européen risque d'être d'autant sérieuse qu'il disposera, quant à lui, d'un véritable législateur et que son application constitue devant le juge national (du moins selon la Cour de Justice) un moyen sujet à un relevé d'office »*¹¹³⁶. Pour l'instant, la concurrence dans la détermination de l'ordre public européen n'est à pas à l'ordre du jour parce que le Conseil de l'Europe et la Cour EDH n'insistent pas sur l'indépendance liée à leur l'autonomie.

2. L'absence d'autonomie financière du Conseil de l'Europe

Une différence importante entre la manière dont le Conseil de l'Europe et l'Union européenne conçoivent l'autonomie de leurs ordres juridiques est que le premier ne semble pas avoir besoin de souligner cette autonomie. Même s'il se considère bien comme générateur de concepts indépendant des États, il existe une « *prédisposition de l'ordre public européen à communiquer avec les ordres juridiques qui l'entourent* »¹¹³⁷. De plus, le Conseil de l'Europe est une organisation internationale de coopération, tandis que l'Union est une organisation d'intégration. Par nature, le potentiel d'indépendance du Conseil de l'Europe est plus limité que celui l'Union européenne, en ce sens qu'il paraît avoir davantage besoin de conciliation avec d'autres entités pour survivre. *A contrario*, l'Union européenne doit par nature intégrer les ordres juridiques nationaux tout en imposant une vision uniforme des concepts qu'elle mobilise. Il en résulte une primauté plus effective de son ordre juridique. L'autonomie joue un rôle important dans ce sens.

De façon très pragmatique, la question de l'autonomie peut se poser sous la forme de l'indépendance budgétaire. Le Conseil de l'Europe a plus de difficulté sur ce terrain, tandis que l'Union européenne soutient financièrement le Conseil de l'Europe, ce qui lui permet d'utiliser ensuite son savoir-faire. Ainsi, dans les années 1990, des programmes conjoints¹¹³⁸

¹¹³⁶ J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT et C. SCIOTTI, « Les droits de l'homme dans l'Union européenne (1ère partie) », *LPA*, 26 juillet 1999, n° 147.

¹¹³⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen : les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 1996-1997-1998) », *CDE*, 2000, n° 5, p. 673.

¹¹³⁸ Par exemple : le programme « PHARE », le programme d'aide communautaire aux pays d'Europe centrale et orientale, règlement n° 3906/89 du Conseil du 18 décembre 1989, relatif à l'aide économique en faveur

sont mis en place, ayant pour but de financer des rapports d'experts ou encore des ateliers et formations notamment en faveur d'États tiers qui bénéficient de la Politique européenne de voisinage de l'Union européenne (PEV)¹¹³⁹ et qui sont membres du Conseil de l'Europe, voire candidats à l'adhésion à l'Union européenne¹¹⁴⁰. Le montant annuel des contributions de l'Union européenne pour les programmes conjoints en 2018 s'élève à 124 millions d'euros, sachant que le budget total du Conseil de l'Europe la même année est de 426 millions d'euros¹¹⁴¹. Cette somme totale représente à peine 1 % du budget de l'Union européenne, qui est de 160 milliards d'euros en 2018, sachant de plus que quatre des cinq plus importants contributeurs au budget du Conseil de l'Europe sont des États membres de l'Union européenne¹¹⁴². La démarche de l'Union reste stratégique, l'organisation « *finance certes en grande partie ces programmes conjoints mais ils lui sont utiles pour avoir accès à « la grande Europe »* »¹¹⁴³. Concrètement, « *les programmes conjoints en faveur de la démocratisation, du respect des droits de l'homme et de la primauté du droit sont élaborés lors d'une réunion annuelle des fonctionnaires de la Commission et du Conseil de l'Europe* »¹¹⁴⁴. Leur mise en œuvre est ensuite supervisée par un groupe de travail tripartite comprenant des représentants du Conseil de l'Europe, de la Commission et de l'État bénéficiaire. Les liens entre les deux organisations sont financièrement intenses, mais sont à sens unique – de l'Union européenne vers Conseil de l'Europe. Cependant, « *une lecture plus optimiste de la situation est de voir dans les programmes conjoints la marque d'un soutien de l'UE aux actions du Conseil de l'Europe* »¹¹⁴⁵.

Les effectifs de la Commission européenne sont bien supérieurs à ceux de l'ensemble

de la République de Hongrie et de la République populaire de Pologne, *JOCE* n° L 375, 23 décembre 1989, p. 11, ; le programme « TACIS », règlement (CE, Euratom) n° 99/2000 du Conseil, du 29 décembre 1999, relatif à la fourniture d'une assistance aux États partenaires d'Europe orientale et d'Asie centrale, *JOCE* n° L 12, 18 janvier 2000, p. 1, ou encore le programme « CARDS », règlement (CE) n° 2666/2000 du Conseil, du 5 décembre 2000, relatif à l'aide à l'Albanie, à la Bosnie-et-Herzégovine, à la Croatie, à la République fédérale de Yougoslavie et à l'ancienne République yougoslave de Macédoine, *JOCE* n° L 306, 7 décembre 2000, p. 1.

¹¹³⁹ Voir P. VERON, « La coopération entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), *op. cit.*, pp. 79 et s.

¹¹⁴⁰ Voir la déclaration conjointe sur la coopération et le partenariat entre le Conseil de l'Europe et la Commission européenne du 3 avril 2001.

¹¹⁴¹ Précisions disponibles sur le site du Conseil de l'Europe : www.coe.int.

¹¹⁴² P.-H. IMBERT, « Le Conseil de l'Europe. 60 ans d'indifférence respectueuse », *AFRI*, 2010, p. 451.

¹¹⁴³ P. VERON, « La coopération entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 71.

¹¹⁴⁵ C. RAPOPORT, « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », *CDE*, 2009, n° 45, p. 72.

du Conseil de l'Europe. Financièrement, la situation du Conseil de l'Europe est délicate car les contributions des États n'augmentent pas à la mesure du développement de ses activités. Finalement, c'est la Cour EDH qui se voit attribuer une partie importante de ce budget, de sorte que l'activité politique du Conseil en pâtit¹¹⁴⁶. « *La vocation générale du Conseil de l'Europe s'est rétrécie comme une peau de chagrin [...] avec ses contradictions internes et limites budgétaires, [il] a dû peu à peu abandonner des pans entiers de ses activités – en matière d'environnement et de patrimoine culturel, de coopération décentralisée ou de sécurité sociale – et se recentrer autour des droits de l'homme, de la coopération juridique et de la démocratie multiculturelle, alors que le mandat de l'Union européenne en venait à couvrir tous les domaines, y compris ceux déjà assumés par le Conseil de l'Europe* »¹¹⁴⁷. La question financière est d'ailleurs un aspect qui est envisagé dans le cadre de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. Puisque l'article 50 de la Convention EDH prévoit que Conseil de l'Europe est l'organisation en charge des frais de fonctionnement de la Cour EDH, l'adhésion de l'Union européenne impliquerait sa participation à cette ligne du budget du Conseil de l'Europe. L'article 8 du projet d'accord d'adhésion de 2013 prévoit que l'Union européenne apporte une contribution annuelle pour les frais de fonctionnement de la Cour EDH qui s'élèveraient à 34 % du montant le plus élevé versé l'année précédente par un État membre participant au budget ordinaire du Conseil de l'Europe. Les explications précisent que les 34 % correspondent à la proportion réservée à la Cour EDH sur le budget global du Conseil de l'Europe.

L'autonomie du Conseil de l'Europe se concentre sur l'ordre public européen, sous la forme d'un ordre politique que l'organisation souhaite imposer à ses États membres. En revanche, l'autonomie de cet ordre juridique devient relative lorsqu'est pris en compte sa qualité d'organisation internationale de coopération et les difficultés budgétaires que le Conseil de l'Europe rencontre. *A contrario*, la qualité d'organisation internationale d'intégration joue en faveur d'une revendication forte de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

¹¹⁴⁶ Recommandation 1812 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 3 octobre 2007 sur la dimension politique du budget et M. AILINCAI, « L'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de la conférence ministérielle d'Interlaken », *CDE*, 2010, n° 3/4, p. 478.

¹¹⁴⁷ E. DECAUX, « L'ordre juridique de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », in *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick DAILLIER*, M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO (dir.), Pedone, Paris, 2012, p. 736.

B. La revendication absolue de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne

L'autonomie de l'ordre juridique est affirmée par chacun des deux ordres juridiques européens, mais avec plus de fermeté du côté de l'Union européenne¹¹⁴⁸. « *Pour la Cour de justice, l'autonomie de contrôle des normes produites par le système européen est une condition de l'existence même d'un ordre juridique européen, et, en ce sens, les arrêts Costa et Kadi ne sont que les deux facettes de la même médaille, à savoir la faculté de définir ultimement la portée des normes d'un système en les émancipant de toute contrainte imposée par une autorité interne (hypothèse Costa) ou par une autorité externe (hypothèse Kadi)* »¹¹⁴⁹. L'autonomie est donc existentielle pour l'Union européenne, pour affirmer son rôle d'intégration et avancer dans la construction européenne, l'organisation doit marquer sa place en se différenciant des États grâce au principe de primauté (1) et des autres organisations internationales en rappelant la spécificité de l'Union européenne (2).

1. L'autonomie par rapport aux États : le principe de primauté

La première manifestation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne par rapport aux États membres de l'organisation s'exprime par le respect du principe de primauté, rapidement affirmé dans l'arrêt *Costa c/ Enel* de 1964¹¹⁵⁰. La question de la primauté prend une tournure particulière en matière de protection des droits fondamentaux. « *La logique de la protection des droits de l'homme doit finalement être conciliée avec celle de l'intégration, qui suppose une interprétation autonome du principe de primauté par la Cour de justice de l'UE* »¹¹⁵¹.

Au cœur de cette logique renouvelée des rapports entre primauté et protection droits

¹¹⁴⁸ Voir V. MICHEL et J.-M. THOUVENIN, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat », *LPA*, 2010, n° 22, p. 11.

¹¹⁴⁹ É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2015, n° 1, p. 78.

¹¹⁵⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

¹¹⁵¹ F. BERRÓD, « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme ? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 73.

fondamentaux se trouve l'arrêt *Melloni* de 2013¹¹⁵². La Cour de justice y souligne l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union par rapport aux ordres constitutionnels nationaux, malgré la formulation de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui indique qu'aucune « *disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres* ». L'arrêt *Melloni* est l'occasion pour la Cour de justice de se prononcer pour la première fois sur l'interprétation de cet article. *A priori*, sa rédaction pourrait laisser penser qu'une disposition plus protectrice venant d'un ordre national ou de la Convention EDH pourrait s'appliquer en écartant la Charte des droits fondamentaux. Or ce n'est pas l'interprétation qu'en a donné la Cour de justice. En l'espèce, la question portait sur des dispositions relatives au mandat d'arrêt européen¹¹⁵³, sur des aspects réunissant les conditions d'une harmonisation exhaustive, ce qui a influencé la réponse de la Cour de justice. Celle-ci estime que la protection revendiquée en l'espèce, issue de la Constitution espagnole, doit être écartée au profit de la Charte des droits fondamentaux au nom du principe de primauté de l'Union, pour assurer *in fine* une protection uniforme des droits fondamentaux. La Cour de justice privilégie ainsi une unité de l'Union au détriment de sa diversité¹¹⁵⁴ car « *l'Union n'a de sens que dans la confiance mutuelle entre les États, ce qui implique un ordre juridique autonome appliqué de manière effective* »¹¹⁵⁵. Il est intéressant de relever que l'article 53 de la Charte avait été critiqué par certains comme le fondement d'une potentielle remise en cause de la primauté du droit de l'Union par les constitutions nationales¹¹⁵⁶. La Cour de justice a pris le pli inverse de cette critique en utilisant l'article 53 de la Charte pour, au contraire, asseoir la primauté du droit de l'Union européenne, posant tout de même la question de la cohérence de la démarche avec la substance de l'article¹¹⁵⁷. La Convention EDH comprend un article

¹¹⁵² CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

¹¹⁵³ 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, *JOCE* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

¹¹⁵⁴ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel », *CDE*, 2013, n° 2, p. 293.

¹¹⁵⁵ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double “je” des identités européennes », *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁵⁶ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel », *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 299. *A contrario*, mais sans évoquer ni l'arrêt *Melloni* ni l'article 53 de la Charte, la Cour de

53 similaire mais dont le fonctionnement est en réalité différent car la Cour EDH va statuer par une « *intervention subsidiaire et différée* »¹¹⁵⁸ alors que Cour de justice agit dans l'« *immédiateté de la coopération préjudicielle et la fonction du juge national dans le système de l'Union* »¹¹⁵⁹. Même si l'autonomie n'est pas mentionnée explicitement dans l'arrêt *Melloni* c'est bien au nom de ce concept que la Cour de justice ne conçoit pas que la juridiction nationale espagnole puisse faire intervenir un principe interne sur une notion ayant fait l'objet d'une harmonisation exhaustive.

Le discours sur l'autonomie de l'Union européenne, lorsqu'il concerne la protection des droits fondamentaux, se retrouve également dans les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹⁶⁰. Celles-ci précisent notamment au sujet de l'article 52 § 3 de la Charte, qui concerne le mécanisme de droits correspondants, que ce dernier implique que le législateur de l'Union puisse fixer des limites aux droits de la Charte, tant qu'elles s'apparentent à celles de la Convention EDH mais « *sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne* »¹¹⁶¹. Enfin, dans l'avis 2/13 de la Cour de justice¹¹⁶², le caractère constitutionnel de la nature et de la structure de l'ordre juridique de l'Union européenne est envisagé comme à la base de l'autonomie, en créant une « *autonomie constitutionnelle* »¹¹⁶³. C'est la Cour de justice qui a un rôle prépondérant dans la détermination de l'autonomie, rôle associé à sa qualité d'« *interprète ultime chargé de conférer sa cohérence d'ensemble et son unicité de source aux normes juridiques* »¹¹⁶⁴ qui composent son ordre juridique.

justice a admis la possibilité de favoriser le droit national au détriment du droit de l'Union au nom de la protection de droits fondamentaux inscrits dans la Constitution et reconnus au niveau national. La question de l'affaire ne portait pas sur une harmonisation exhaustive. Voir CJCE, Gde chbr., 5 décembre 2017, *M.A.S.*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, dit « Taricco II ».

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 296. Voir également *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ Voir à ce sujet F. MARTUCCI et D. RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, L. DUBIN et M.-C. RUNAVOT (dir.), Pedone, Paris, 2014, p. 170.

¹¹⁶¹ Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* n° C 303, 14 décembre 2007, p. 17.

¹¹⁶² CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹¹⁶³ I. PERNICE, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue. Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014 », *CDE*, 2015, n° 1, p. 51.

¹¹⁶⁴ É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 78.

Ainsi, « *l'Union européenne rappelle constamment son autonomie : le discours sur l'autonomie est symptomatique d'une volonté d'affirmation de l'Union comme espace novateur d'intégration économique et aujourd'hui politique. C'est pourquoi l'on peut supposer qu'il s'agit, en réalité, d'une maladie infantile du droit de l'Union. [...] l'autonomie de l'Union apparaît comme un discours d'auto-légitimation de l'expérience 'communautaire', qui n'est peut-être plus aussi novatrice aujourd'hui qu'au moment de sa conception* »¹¹⁶⁵. Une maladie pas totalement infantile puisque la Cour de justice semble toujours avoir besoin d'opposer son autonomie à l'encontre d'ordres juridiques internationaux ou européens, à moins de considérer que la construction de l'Union européenne ne fait que débiter.

2. L'autonomie par rapport aux ordres juridiques internationaux : la préservation de la spécificité de l'Union

L'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne ne joue pas seulement contre les ordres juridiques nationaux mais également à l'encontre des ordres juridiques internationaux. D'inspiration internationaliste, l'Union cherche à se distancier de cette origine en soulignant sa spécificité et en encadrant les liens avec le droit international par le respect de son autonomie. Cette évolution se retrouve d'ailleurs dans la formulation de la Cour : l'ordre juridique du droit international décrit dans l'arrêt *Van Gend En Loos* de 1963¹¹⁶⁶ devient « *un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres* »¹¹⁶⁷ avec l'arrêt *Costa* de 1964¹¹⁶⁸.

C'est dans l'arrêt *Kadi* de 2008¹¹⁶⁹ que la Cour de justice affirme avec force l'autonomie de l'Union européenne par rapport à l'ordre juridique international. D'ailleurs

¹¹⁶⁵ F. BERROD, « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme ? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH », *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁶⁶ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend En Loos*, aff. 22/62, *Rec.* p. 3.

¹¹⁶⁷ Voir A. BERRAMDANE, « Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 276.

¹¹⁶⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

¹¹⁶⁹ CJCE, Gde chbr., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

« l'avis 2/13 ne se prive pas de faire référence à l'arrêt *Kadi*, véritable fer de lance de la rhétorique autonomiste »¹¹⁷⁰. En effet, dans l'arrêt *Kadi*, la juridiction de l'Union rappelle que l'accord international en cause, la résolution du Conseil de sécurité, ne doit pas porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et ainsi à l'autonomie du système juridique de l'Union européenne¹¹⁷¹. Cette autonomie comprend la protection des droits fondamentaux en tant que garantie constitutionnelle¹¹⁷². La Cour continue en insistant sur son rôle de gardienne de l'autonomie dont elle possède la compétence exclusive, qui relève des fondements mêmes de l'Union¹¹⁷³. Les développements de l'arrêt *Kadi* sont plus poussés que la jurisprudence précédant l'arrêt, « jamais sans doute la CJCE n'était allée aussi loin dans l'affirmation de l'autonomie existentielle de l'ordre juridique communautaire »¹¹⁷⁴.

Ce contrôle de la Cour de justice se retrouve fréquemment dans les procédures d'avis puisqu'il s'agit de vérifier la compatibilité d'un engagement international de l'Union avec son ordre juridique. La question se pose alors en termes de préservation de cette autonomie. « La remise en cause de l'autonomie du droit de l'UE, et le respect du partage vertical des compétences qui la fonde, constitue donc la ligne rouge de tout engagement international de l'UE »¹¹⁷⁵. Ainsi, dans l'avis 1/91¹¹⁷⁶, la Cour estime qu'un accord qui pourrait permettre à un autre système juridictionnel d'influer sur celui de l'Union européenne représente un danger pour l'autonomie de son ordre juridique¹¹⁷⁷. La démarche est la même dans l'avis 1/09¹¹⁷⁸ ou encore l'avis 1/00¹¹⁷⁹. De plus, dès l'avis 1/75¹¹⁸⁰, la Cour de justice se reconnaît

¹¹⁷⁰ É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 78.

¹¹⁷¹ CJCE, Gde chbr., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, *op. cit.*, point 282. Voir également CJCE, Gde chbr., *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, *Rec. p. I-4635*, point 123.

¹¹⁷² *Ibidem*, point 316.

¹¹⁷³ *Ibid.*, point 282.

¹¹⁷⁴ M. BENLOLO-CARABOT, « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCE*, 2009, p. 380.

¹¹⁷⁵ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double “je” des identités européennes », *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁷⁶ CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91 sur le projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, *Rec. p. I-6079*.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, point 47.

¹¹⁷⁸ CJUE, Ass. plén., 8 mars 2011, avis 1/09 sur le projet d'accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, *Rec. p. I-1137*.

¹¹⁷⁹ CJCE, 18 avril 2002, avis 1/00 sur le projet d'accord portant création d'un espace aérien commun entre la Communauté européenne et les pays tiers, *Rec. p. I-3493*.

¹¹⁸⁰ CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75, *Rec. p. 1355*. Voir également CJCE, 10 mars 1998, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-122/95, *Rec. p. I-973*, CJCE, 12 décembre 2002, *Commission c/ Conseil*, aff. C-281/01, *Rec. p. I-12049* et J. RIDEAU, « Accords internationaux », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, Paris, mars 2011 mis à jour en avril 2014, points 320 et suivants.

le droit de contrôler l'acte de conclusion adopté par les institutions de l'Union, ce qui peut entraîner des conséquences plus graves pour les engagements externes. Face à un accord international, la question pour la Cour de justice est de savoir si celui-ci risque de porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne et, partant, à sa spécificité en tant qu'organisation internationale intégrée. Évidemment, cette problématique est récurrente et s'est donc posée de façon prévisible au sujet du projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH¹¹⁸¹. D'ailleurs, dans l'arrêt *Kadi*, la juridiction de l'Union se différencie de la jurisprudence de la Cour EDH de l'époque au sujet de l'ONU¹¹⁸² – qui a depuis évolué¹¹⁸³ – marquant au passage sa spécificité par rapport à l'ordre juridique de la Convention EDH¹¹⁸⁴. Du côté des juges de la Cour EDH, ceux-ci ont bien conscience de ne pas devoir affecter l'autonomie d'interprétation de la Cour de justice : « *du point de vue du droit international public, le droit des parties contractantes est un "fait" au sens juridique du terme. Il s'ensuit qu'en tout état de cause l'appréciation portée par notre Cour sur la conformité d'un acte de l'UE avec la Convention ne saurait jamais s'analyser en une interprétation authentique des dispositions litigieuses du droit de l'UE* »¹¹⁸⁵. La Cour EDH montre ainsi un certain respect envers l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

L'Union européenne a progressivement créé une « *logique « autonome » de protection des droits de l'homme* »¹¹⁸⁶ qui « *s'est petit à petit développée en marge de la logique instrumentale d'origine, sans toutefois s'y substituer totalement* »¹¹⁸⁷. Cependant, cette autonomie d'interprétation des droits fondamentaux et de leur protection pourrait affecter la spécificité de l'Union européenne. « *L'adhésion à la CEDH et la promotion de la Charte des droits fondamentaux de l'UE constitueraient deux phénomènes finalement moins "neutres" qu'ils n'y paraissent. Ils risquent de banaliser l'ordre juridique de l'Union, en le formatant comme un droit étatique, constitutionnel et non plus comme un droit de*

¹¹⁸¹ Voir T. LOCK, « Walking on a tightrope : The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order », *CMLR*, 2011, n° 4, p. 1029.

¹¹⁸² Cour EDH, Gde chbr., 2 mai 2007, *Behrami et Behrami c/ France* et *Saramati c/ France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et req. n° 78166/01.

¹¹⁸³ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, req. n° 27021/08. La tendance est au contrôle des actes des organisations internationales et à la possibilité de renverser la présomption de protection équivalente lorsqu'elle a été reconnue.

¹¹⁸⁴ M. BENLOLO-CARABOT, « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 380.

¹¹⁸⁵ F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTDE*, 2011, n° 1, p. 27.

¹¹⁸⁶ C. RIZCALLAH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'immuable poids des origines ? », *CDE*, 2015, n° 2/3, p. 400.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*.

l'intégration, remettant en cause, du même coup, ce que d'aucuns pourraient appeler son identité constitutionnelle, son noyau génétique original »¹¹⁸⁸. L'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne et l'autonomie d'interprétation de la Cour de justice peuvent-elles réellement s'effacer en cas de rencontre avec la Convention EDH en particulier et le Conseil de l'Europe en général ? Chaque ordre défend une certaine conception de l'autonomie qui a vocation à être maintenue, et ce même en cas de coopération entre les deux organisations européennes, « *dans les deux cas, il s'agit d'affirmer l'autonomie des corpus juridiques certes fondés sur des traités internationaux, mais qui, au-delà de leur patrimoine génétique interétatique, ont acquis une autonomie qui justifie l'usage d'un vocabulaire constitutionnel* »¹¹⁸⁹.

La vision du concept d'autonomie n'est pas la même dans chaque ordre juridique. Pourtant, les deux acteurs du système européen de protection des droits fondamentaux se rencontrent institutionnellement et matériellement avec comme facteur déterminant leur autonomie.

§2. La rencontre des ordres juridiques européens : un affaiblissement des autonomies

Certes, les deux ordres juridiques européens souhaitent être autonomes par rapport aux États et par rapport aux autres ordres juridiques internationaux – bien que dans une moindre mesure pour le Conseil de l'Europe – mais leur croisement dans la jurisprudence de la Cour de justice et celle de la Cour EDH implique la création d'un « *lien jurisprudentiel volontaire* »¹¹⁹⁰. « *Les deux cours ont donc accepté de perdre une partie de leur autonomie dans l'interprétation du droit qu'elles appliquent mais ont, en contrepartie, renforcé leur autorité par rapport aux acteurs nationaux* »¹¹⁹¹. Finalement, la question est double : il s'agit d'une part de déterminer comment se manifeste la rencontre des autonomies au niveau

¹¹⁸⁸ F. BERROD, « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme ? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 67.

¹¹⁸⁹ D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : “je t'aime, moi non plus” ? », *Pouvoirs*, 2001, n° 1, p. 31.

¹¹⁹⁰ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 41.

¹¹⁹¹ *Ibidem*.

institutionnel (A), d'autre part de savoir si cette rencontre affecte les conceptions de l'autonomie respectivement promues par le Conseil et l'Europe et l'Union européenne (B).

A. L'autonomie institutionnelle dans les ordres juridiques européens

Il existe indubitablement une coopération entre les deux organisations européennes, qui repose sur trois piliers : « *le dialogue politique, la coopération juridique et enfin les projets de coopération* »¹¹⁹². Cette coopération est organisée autour de leur autonomie qui se manifeste par l'existence volontaire de rencontres entre les institutions (1) et par la prise en compte de l'autre ordre juridique dans les normes, dans l'objectif d'un fonctionnement harmonieux qui nécessite de préserver l'autonomie de l'Union européenne (2).

1. Un rapprochement institutionnel volontaire

Dès le début de la construction européenne, des points de contact sont prévus entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, plus particulièrement entre les institutions ayant un rôle similaire. Ainsi, entre le Parlement européen et l'Assemblée parlementaire, des liens sont rapidement noués. D'abord avec un protocole annexé au traité CECA, signé le 18 avril 1951, qui prévoit un rapport annuel du président du Parlement européen à destination de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹¹⁹³, puis par l'installation d'un bureau de liaison du Conseil de l'Europe à Bruxelles à partir de 1975. De 1953 à 1978, les deux assemblées se rencontrent une fois tous les deux ans. Ensuite, les rencontres s'estompent. Dès 2002, elles trouvent cependant une nouvelle dynamique avec le sujet de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Les traités organisent ainsi des rapports circonstanciés entre les deux assemblées européennes. Dans l'optique de les pérenniser, un accord du 28 novembre 2007 est adopté entre les présidents des assemblées pour renforcer leur coopération, notamment en réitérant la possibilité de rencontres régulières¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² P. VERON, « La coopération entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁹³ Voir P. EVANS et P. SILK, *Assemblée parlementaire : Pratique et procédure*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, p. 357. La pratique de ce rapport spécial prend rapidement fin en 1969 et est remplacée par la simple transmission du rapport annuel d'activité du Parlement européen, qui cessera en 1975.

¹¹⁹⁴ Accord sur le renforcement de la coopération entre l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et le Parlement européen du 28 novembre 2007, doc. 11490.

Ensuite, c'est la Commission européenne, en tant qu'institution représentant l'intérêt de l'Union européenne, qui entretient des relations particulières avec le Conseil de l'Europe. Un accord est signé le 16 juin 1987 par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe et le Président de la Commission, complété par un échange de lettres en date du 5 novembre 1996. Ces deux documents prévoient des échanges réguliers d'informations ainsi que la participation de hauts fonctionnaires de chaque organisation aux travaux de leurs homologues et leur consultation systématique dans des domaines d'intérêts mutuels. La Commission européenne est ainsi régulièrement invitée dans les comités d'experts du Conseil de l'Europe ou au Comité des ministres. L'inverse est moins fréquent, l'Union européenne n'accueille pas aussi souvent le Conseil de l'Europe dans les réunions de ses institutions ou organes, voire sa participation est exclue¹¹⁹⁵. En pratique, c'est la Commission européenne qui est présente auprès des organes du Conseil de l'Europe, même si une délégation générale de l'Union est établie à Strasbourg, ce qui « *permet une information sur les travaux du Conseil de l'Europe suffisamment précoce pour favoriser la concertation préalable et dégager une réponse coordonnée des États membres de l'UE au sein du Conseil de l'Europe. Elle favorise ainsi la cohérence du droit élaboré dans les deux enceintes* »¹¹⁹⁶. Enfin, un mémorandum est adopté le 23 mai 2007¹¹⁹⁷, qui fait suite au rapport de Jean-Claude Juncker de 2006¹¹⁹⁸. Ce mémorandum « *ne délimite pas clairement les sphères de compétence et les fonctions de chaque organisation. En revanche il prévoit un dialogue renforcé sur les grandes orientations, un échange régulier d'informations [...] Tous les deux ans depuis 2012, l'Union adopte ses « priorités pour la coopération avec le Conseil de l'Europe », ce qui permet une approche plus coordonnée et transparente dans leur coopération* »¹¹⁹⁹.

Des rencontres sont donc régulièrement organisées entre les deux organisations internationales. Les matières concernées sont surtout celles « *où le Conseil de l'Europe intervient prioritairement, à savoir : le dialogue politique, la démocratie parlementaire, les*

¹¹⁹⁵ J. P. JACQUÉ, « Cohérence ou divergences entre organisations européennes », in *L'Europe dans les relations internationales. Unité et diversité*, SFDI, Pedone, Paris, 1982, p. 85.

¹¹⁹⁶ C. RAPOPORT, « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁹⁷ Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, 23 mai 2007, disponible sur le site du Conseil de l'Europe (www.coe.int).

¹¹⁹⁸ Rapport de Jean-Claude JUNCKER du 11 avril 2006, « Conseil de l'Europe – Union européenne : Une même ambition pour le continent européen ».

¹¹⁹⁹ P. VERON, « La coopération entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 78.

droits de l'Homme, l'identité culturelle et l'éducation »¹²⁰⁰. L'Union européenne vient ainsi utiliser l'expertise du Conseil de l'Europe, qui agit comme référent dans les questions relatives à la démocratie, aux droits de l'homme et à l'État de droit, c'est-à-dire des matières qui ne relèvent théoriquement pas de sa compétence. De plus, la coopération instaurée par le mémorandum implique que l'Union prenne en compte d'autres organes du Conseil de l'Europe, comme le Commissaire aux droits de l'homme mais aussi les organes de contrôle prévus par les conventions du Conseil de l'Europe¹²⁰¹. Néanmoins, le mémorandum reste un outil de base qui ne se suffit pas à lui-même. « *Le nouveau cadre de coopération entre les deux organisations européennes se limite à un document de six pages qui contient principalement des déclarations d'intention sur les objectifs et les principes de la coopération* »¹²⁰². Le mémorandum de 2007 prévoit sa révision au plus tard en 2013, laquelle n'a pas été réalisée.

Les derniers échos des relations entre les deux organisations datent de 2015 et sont visibles dans des recommandations de l'Assemblée parlementaire, qui reste assez positive sur la possibilité d'une adhésion malgré l'avis 2/13¹²⁰³ et préconise l'intensification des relations entre les organisations¹²⁰⁴. Le président de la Commission européenne, a rappelé en 2016, lors d'une visite au Conseil de l'Europe, la volonté de l'Union européenne de s'engager dans l'adhésion. Les négociations ont ainsi repris entre les États membres de l'Union européenne concernant les règles à prévoir pour s'adapter à l'avis 2/13. Enfin, les juges se rencontrent régulièrement mais de façon informelle depuis les années 70 et plus intensément depuis les années 2000¹²⁰⁵. Pour compléter le tableau, il faut également mentionner une disposition présente dans les traités depuis le début. Il s'agit de l'article 220 TFUE qui prévoit que l'Union « *établit toute coopération utile avec les organes des Nations unies et de leurs institutions spécialisées, le Conseil de l'Europe, l'Organisation pour la*

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 86.

¹²⁰¹ C. RAPOPORT, « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 67.

¹²⁰² B. WASSENBERG, *Histoire du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁰³ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹²⁰⁴ Recommandation 2060 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et la réponse du Comité des ministres, doc. 13873 du 23 septembre 2015.

¹²⁰⁵ L. SCHEECK, « Diplomatic Intrusions, Dialogues, and Frangible Equilibria : The European Court as a Constitutional Actor of the European Union », in *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, J. CHRISTOFFERSEN et M. R. MADSEN (dir.), Oxford University Press, New York, 2011, p. 168.

sécurité et la coopération en Europe et l'Organisation de coopération et de développement économiques ». Du côté du Conseil de l'Europe, la possibilité d'entretenir des relations avec d'autres instances internationales n'a jamais posé de problème. Une modification du statut de Londres avait été envisagée pour viser cette possibilité et finalement jugée non nécessaire par le Comité des ministres¹²⁰⁶. Enfin, l'existence de réunions quadripartites, qui sont supposées se tenir tous les six mois et qui réunissent le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, la présidence du Comité des ministres et les présidents du Conseil de l'Union et de la Commission¹²⁰⁷, n'ont perduré que jusqu'en 2009. Elles se sont ensuite transformées en réunions appelées « *High Level Political Dialogue* », à partir de 2011. Les échanges les plus substantiels se font par le biais du bureau de liaison à Bruxelles et de la délégation de l'Union européenne à Strasbourg¹²⁰⁸.

Cette coopération qui semble plutôt positive peut s'avérer limitée. Par exemple, la création de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union¹²⁰⁹ a été perçue comme un doublon institutionnel et « *une atteinte au rôle exclusif du Conseil de l'Europe dans la protection des droits de l'homme en Europe* »¹²¹⁰. Ainsi, un accord de 2008 concerne spécifiquement la création de l'Agence et insiste sur son champ d'action qui doit être limité aux États membres ou aux États candidats¹²¹¹. Cette limitation joue en faveur du Conseil de l'Europe qui doit rester la source paneuropéenne de référence dans la protection des droits fondamentaux¹²¹². Ces échanges démontrent au moins une volonté de fonctionnement harmonieux.

¹²⁰⁶ P. EVANS et P. SILK, *Assemblée parlementaire : Pratique et procédure*, op. cit., p. 346.

¹²⁰⁷ *Ibidem*, p. 358

¹²⁰⁸ Voir à ce sujet E. DECAUX, « L'ordre juridique de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », in *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier*, M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO (dir.), Pedone, Paris, 2012, p. 740.

¹²⁰⁹ Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* n° L 53, 22 février 2007, p. 1.

¹²¹⁰ B. WASSENBERG, « Introduction », *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), L'Harmattan, Paris, 2016, p. 13.

¹²¹¹ Voir la décision du Conseil du 28 février 2008 sur l'accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe concernant la création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, *JOUE* n° L 186, 15 juillet 2008, p. 6 ; voir également pour l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, la décision 1999/132/CE du Conseil 21 décembre 1998, *JOCE* n° L 44, 18 février 1999, p. 33 et enfin la recommandation 1935 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 5 octobre 2010 sur l'Agence des droits fondamentaux pour éviter la duplication des travaux.

¹²¹² Voir C. RAPOPORT, « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », op. cit., p. 68.

2. Un fonctionnement normatif volontairement harmonieux

Chacune des deux organisations européennes fait référence à l'autre dans son corpus normatif. Ainsi, les conventions du Conseil de l'Europe prévoient des clauses de déconnexion en faveur du droit de l'Union. De son côté, la Commission européenne procède à des évaluations d'impact sur le terrain des droits fondamentaux en mentionnant la Convention EDH dans les préambules des propositions de normes de l'Union européenne.

La clause de déconnexion permet aux États membres de l'Union européenne d'appliquer en priorité le droit de l'Union par rapport à la convention internationale qui la contient. Cette clause est régulièrement incluse dans des accords multilatéraux et les conventions du Conseil de l'Europe¹²¹³, pour assurer l'articulation entre les dispositions internationales et le droit de l'Union. Ce dernier se retrouve ainsi « singularisé » dans les conventions du Conseil de l'Europe¹²¹⁴. La déconnexion prévue est générale, automatique et inconditionnelle : si le droit de l'Union existe, il s'applique¹²¹⁵. Introduites à la fin des années 1980 dans les conventions du Conseil de l'Europe, ces clauses ont évolué jusqu'à l'apparition d'une clause spécifique à compter de la convention télévision transfrontière¹²¹⁶. Depuis la convention de lutte contre le terrorisme de 2005, la clause a été modernisée en excluant toute dérogation qui serait contraire à l'objet ou au but du traité, même si définir ces deux critères n'est pas toujours évident¹²¹⁷. La déconnexion concerne les règles de la convention ainsi que l'éventuel organe de suivi. Parfois, la clause est insérée sur demande de l'Union européenne, comme pour la convention concernant l'assistance administrative

¹²¹³ C. P. ECONOMIDES et A. G. KOLLIPOULOS, « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *RGDIP*, 2006, n° 2, p. 273.

¹²¹⁴ P. DURAND, « La gestion du conflit de normes entre les conventions du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, *op. cit.*, p. 123.

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 127. Voir également C. P. ECONOMIDES et A. G. KOLLIPOULOS, « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *op. cit.*, p. 275.

¹²¹⁶ P. DURAND, « La gestion du conflit de normes entre les conventions du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 119. Par exemple, dans la Convention de 2007, voir l'article 43 § 3 : « *Les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne dans la mesure où il existe des règles de la Communauté ou de l'Union européenne régissant le sujet particulier concerné et applicables au cas d'espèce, sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties* ».

¹²¹⁷ P. DURAND, « La gestion du conflit de normes entre les conventions du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 132.

mutuelle en matière fiscale¹²¹⁸, qui a ensuite été renégociée pour devenir une clause de reconnexion. Ainsi, cette convention qui contenait la première clause de déconnexion ouvre à présent la possibilité de préférer les règles de la Convention du Conseil de l'Europe aux obligations de l'Union européenne¹²¹⁹. Les deux dernières clauses de déconnexion ont été demandées par l'Union européenne lors des négociations d'adhésion. Toutefois, la clause n'apparaît plus depuis la Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels de 2007¹²²⁰. Formellement, aucune procédure de notification n'est prévue en cas de mobilisation de la déconnexion¹²²¹. « *Le conflit n'étant que potentiel, la politique de gestion du conflit bascule vers une simple hiérarchisation au profit du droit de l'UE* »¹²²². Pourquoi prévoir cette dérogation en faveur de l'Union européenne ? Peut-être parce que « *les règles du droit de l'UE seraient réputées plus protectrices ou favorisant une coopération internationale renforcée* »¹²²³. La déconnexion implique une division entre les États membres de l'Union européenne et les États tiers qui seront seuls à assurer l'application du texte, puisque ce sont les États qui surveillent la bonne exécution d'une convention. Ainsi, « *la clause de déconnexion agit comme un avertissement de la spécificité du système juridique de l'Union* »¹²²⁴. In fine, « *la conséquence logique de cette mutation de l'obligation est la préservation de la juridiction de la Cour de justice* »¹²²⁵. Cependant, la situation peut s'avérer dérangeante lorsque la clause de déconnexion concerne un accord international intégré à l'ordre juridique de l'Union car elle fera l'objet d'une « *neutralisation normative* » sans l'intervention d'un acte juridique¹²²⁶. Cette pratique peut alors remettre en cause le droit international « *car elle risque d'affaiblir le droit international en engendrant une fragmentation négative* »¹²²⁷. Finalement, l'insertion de cette clause « *donne l'image d'un ordre juridique communautaire replié sur lui-même et réticent à l'intégration des avancées*

¹²¹⁸ Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale signée le 25 janvier 1988, STE n° 127.

¹²¹⁹ *Ibidem*, p. 136.

¹²²⁰ Voir l'article 43 § 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007, STCE n° 201.

¹²²¹ P. DURAND, « La gestion du conflit de normes entre les conventions du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne », *op. cit.* p. 134.

¹²²² *Ibidem*.

¹²²³ *Ibid.*, p. 133.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. 144.

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 144.

¹²²⁶ C. P. ECONOMIDES et A. G. KOLLIPOULOS, « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *op. cit.*, p. 295.

¹²²⁷ *Ibidem*, p. 300.

normatives du droit international »¹²²⁸. Image intéressante d'une Union européenne qui est réticente vis-à-vis du droit international alors qu'elle lutte contre les replis nationalistes de ses États membres. Enfin, la clause de déconnexion ne fait l'objet d'aucune déclaration publique, ce qui peut créer un problème de sécurité juridique pour les justiciables¹²²⁹. L'équivalent dans l'Union européenne de cette déconnexion se retrouve à l'article 351 TFUE pour les accords conclus avant l'adhésion à l'Union européenne. Toutefois, les États membres sont invités à trouver des solutions pour éviter toute situation d'incompatibilité avec le droit de l'Union.

Du côté de l'Union, il faut mentionner l'effort de la Commission européenne qui réalise des études d'analyse d'impact avant ses propositions de législation. Dans une communication de 2010 sur la stratégie de la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹²³⁰, la Commission prévoit ainsi une prise en compte des droits fondamentaux dès l'évaluation d'impact d'une proposition. Elle indique qu'il « *est nécessaire de promouvoir une « culture des droits fondamentaux » à tous les stades de la procédure, dès les premières étapes de la conception d'une proposition au sein des services de la Commission, au moment de l'analyse d'impact et jusqu'au contrôle de la légalité du texte final d'un projet d'acte* »¹²³¹. La Commission présente une « check-list » dont le but est de vérifier quels droits fondamentaux peuvent être concernés par la mesure et quelles limitations leurs sont apportées. Ces analyses sont ensuite exposées dans un considérant, surnommé « considérant Charte », mais qui mentionne aussi régulièrement la Convention EDH. La Commission fait parfois référence aux deux textes ou à la Charte seulement. La logique de ce choix n'est pas établie, et est rendue encore moins lisible par les ajouts potentiels provenant du Parlement européen pendant la procédure législative¹²³². Cependant, la démarche semble relever davantage de la communication politique que de la volonté de considérer les normes du Conseil de l'Europe¹²³³. Quoiqu'il en soit, elle n'implique pas que la norme en question soit ensuite exempte de tout contrôle juridictionnel relatif à sa

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ R. BRILLAT, « La participation de la Communauté européenne aux conventions du Conseil de l'Europe », *AFDI*, 1991, p. 828.

¹²³⁰ Communication de la Commission, « Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », 19 octobre 2010, COM(2010) 573 final.

¹²³¹ *Ibid.*, point 1.1.

¹²³² Voir R. TINIÈRE, « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : Le discours sans la méthode », *RDLF*, 2013, chron. n°14.

¹²³³ *Ibidem.*

conformité aux droits fondamentaux.

Ces rencontres normatives ne créent pas forcément une harmonie, mais ont le mérite minimal de démontrer que chaque organisation a la volonté de prendre l'autre en compte. Parfois cette prise en compte est concurrentielle, comme par exemple avec la « technique du coucou », qui consiste pour la Commission européenne à reprendre la substance de négociations en cours au Conseil de l'Europe pour proposer une norme à ce sujet¹²³⁴, une technique fort peu appréciée des organisations internationales. En revanche, elle présente l'avantage d'harmoniser la position des États membres de l'Union dans l'enceinte du Conseil de l'Europe¹²³⁵, en préservant ainsi les autonomies des ordres juridiques européens, ou en tout cas celui de l'Union.

B. L'importance de la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne

Le mémorandum d'accord de 2007 ne mentionne le terme « autonomie » qu'une seule fois en précisant que « *le Conseil de l'Europe et l'Union européenne s'emploieront à élaborer des normes communes promouvant ainsi une Europe sans clivages, sans préjudice de leur autonomie décisionnelle* »¹²³⁶. Il faut donc préserver leur autonomie mutuelle, surtout celle de l'Union. Cependant, elle n'est pas nécessairement mise en péril par la rencontre de ces organisations, laquelle pourrait en réalité permettre un renforcement des autonomies (1). De même, les notions clés de chaque ordre resteront autonomes (2).

1. Le renforcement des autonomies par leur rencontre

Les liens entre les deux juges européens sont marqués d'un paradoxe. Ils vont dans le sens d'une volonté de convergence dans la jurisprudence, alors même que les juges marquent régulièrement leur autonomie, comme le fait la Cour de justice à l'encontre de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. L'argument de l'autonomie a également pour objet d'éviter toute mise en place d'une hiérarchie, qui n'apporterait pas de solution en cas de

¹²³⁴ J. P. JACQUÉ, « Cohérence ou divergences entre organisations européennes », *op. cit.*, p. 104.

¹²³⁵ *Ibidem*.

¹²³⁶ Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, 23 mai 2007, disponible sur le site du Conseil de l'Europe (www.coe.int), point 23.

conflit de jurisprudence : « *il n'existe aucune hiérarchie susceptible de remédier aux éventuelles divergences pouvant se manifester entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice* »¹²³⁷. Même en cas d'adhésion, la spécialisation de la Cour EDH dans la protection des droits fondamentaux rend incohérente toute idée de hiérarchie¹²³⁸. « *L'absence de lien organique entre elles mais aussi l'imbrication des deux systèmes européens de protection des droits fondamentaux rendent en effet impossible une appréhension verticale de ces rapports qui jusqu'ici se sont développés sur un mode horizontal. Ceux-ci s'exerceront encore sur un mode coopératif* »¹²³⁹. Au contraire, sauf à estimer que toutes les juridictions suprêmes et constitutionnelles des États parties à la Convention EDH sont hiérarchiquement soumises à la Cour EDH, l'adhésion permettrait un renforcement de l'autonomie de l'Union européenne grâce à un contrôle externe de droits fondamentaux. Loin d'être affaiblie, la Cour de justice se verrait confirmée dans son rôle de juridiction constitutionnelle : « *nous ne comprenons pas pourquoi la Cour de Luxembourg posséderait une immunité particulière [...] Je rappelle par ailleurs que ce contrôle externe ne concerne, exclusivement, que les droits fondamentaux : il ne s'agit donc nullement de subordonner la Cour de Luxembourg pour l'ensemble de son activité à la Cour de Strasbourg !* » [...] *Dès lors, en quoi cela inquiète-t-il tant puisqu'il est reconnu que la Cour de Luxembourg s'attache de plus en plus à appliquer la Convention EDH ? [...] Si le juge communautaire remplit son office – comme on se plaît à le souligner –, la grande masse des requêtes concernant le droit communautaire seront rejetées comme manifestement mal fondées. Dans le cas contraire, les actes communautaires seront justement sanctionnés, et c'est fort heureux car les titulaires des droits, ce sont les individus, et qu'ils tiennent à ce que leurs droits soient préservés quel que soit le détenteur du « pouvoir législatif », État ou Communauté* »¹²⁴⁰. Il faut également rappeler que les institutions et les États membres de l'Union se sont accordés sur l'idée d'une adhésion, ainsi « *une telle conception absolutiste de l'autonomie semblerait exagérément aveugle à la circonstance, elle aussi constitutionnelle,*

¹²³⁷ J. RIDEAU, « Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, S. LECLERC, et M.-J. REDOR (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 101.

¹²³⁸ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., 2015, p. 201.

¹²³⁹ *Ibidem*, p. 202.

¹²⁴⁰ G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, Paris, 2002, p. 10.

que l'article 6 § 2 TUE impose de s'efforcer à l'adhésion »¹²⁴¹. C'est la Cour de justice qui défend avec le plus de ferveur cette autonomie, en tant qu'interprète ultime de l'ordre juridique de l'Union.

Lorsque cette autonomie est envisagée dans le cadre d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, elle a pour but de rappeler que l'organisation ne peut pas être assimilée à un État¹²⁴². Concrètement, la Cour de justice évoque plusieurs axes de protection de cette autonomie dont la question du partage des compétences et le monopole d'interprétation de la Cour de justice pour le droit de l'Union. Cette autonomie devient la raison principale du rejet de l'adhésion, en tout cas pour la Cour de justice « *le cœur de la négociation a donc porté sur la protection de l'autonomie institutionnelle et normative de l'Union. C'est finalement sur la protection prétendument insuffisante de cette autonomie que la Cour de justice donnera un avis négatif* »¹²⁴³. Il est logique dans ce cadre de préserver le pouvoir d'interprétation de la Cour de justice. Cependant, l'autonomie de l'Union peut être assurée, voire renforcée avec une articulation cohérente de celle-ci sous certaines conditions. Dans son aspect procédural, « *le contrôle externe doit demeurer subsidiaire et par conséquent ne pas remplacer le contrôle par la Cour de justice, mais seulement s'y ajouter* »¹²⁴⁴, condition qui peut être remplie par la création du mécanisme d'implication préalable¹²⁴⁵.

En attendant se maintiennent « *deux cours pour une Europe ; plus probablement deux cours pour deux Europes. Le processus d'adhésion conduit alors à catalyser les dynamiques identitaires de chaque organisation plutôt qu'à unifier les standards de protection des droits de l'Homme* »¹²⁴⁶. Finalement, comment serait affectée l'autonomie de l'Union européenne ? Sa spécificité tient à sa forme d'organisation intégrée, ce qui ne concerne pas la Cour EDH. La garantie de l'autonomie passe également par le maintien de

¹²⁴¹ É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 81.

¹²⁴² F. BERROD, « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme ? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH », *op. cit.*, p. 70.

¹²⁴³ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double "je" des identités européennes », *op. cit.*, p. 34.

¹²⁴⁴ É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 82.

¹²⁴⁵ Voir les commentaires sur les dispositions de l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹²⁴⁶ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double "je" des identités européennes », *op. cit.*, p. 43.

la définition indépendante de notions centrales pour chaque ordre juridique.

2. *L'absence de rencontre des notions autonomes de chaque ordre juridique*

Le concept de notions autonomes a été développé d'abord au sein de la Cour EDH, dont le procès équitable a fait l'objet de nombreuses définitions¹²⁴⁷, puis dans l'Union européenne en partant de la coopération judiciaire en matière civile¹²⁴⁸. Dans les deux cas, des notions autonomes existent actuellement dans tous les domaines de l'Union et pour tous les termes de la Convention EDH. Il s'agit d'une définition donnée par le juge qui devra être appliquée ensuite de la même façon au niveau national lorsque sont en jeu des questions de droit européen. Il faut néanmoins préciser que la notion autonome de la Convention EDH a moins vocation à être appliquée au niveau national qu'à jouer sur le terrain de la recevabilité *ratione materiae* de la requête. Par exemple, en matière de procès équitable, seule la Cour EDH peut estimer s'il s'agit d'une contestation à caractère civil ou pénal. Dans les deux organisations, les notions autonomes sont nécessaires pour assurer la cohérence et l'uniformité d'application de leurs droits, mais pas seulement : elles sont aussi pertinentes pour renforcer l'autonomie de l'ordre juridique, notamment dans le choix des notions qui font l'objet d'une interprétation autonome. L'objectif est autant d'empêcher que des définitions nationales divergentes ne remettent en cause l'application du droit européen¹²⁴⁹, que de permettre de préciser des notions parfois vagues issues des traités¹²⁵⁰. Comme son nom l'indique, la notion autonome est évidemment un outil de l'autonomie, utilisée dans le but de « *se détacher de toute influence nationale, de conserver son indépendance* »¹²⁵¹. Néanmoins, du côté de l'Union européenne, les juges nationaux vont appliquer ces notions de façon cohérente avec leurs propres ordres juridiques, ce qui peut tout de même induire des différences et limiter l'application uniforme.

Les juges européens vont dégager leurs notions autonomes dans le contexte de leur

¹²⁴⁷ Voir le colloque organisé par le Sénat sur l'Office du juge du 29 octobre 2006, disponible sur le site du Sénat (www.senat.fr).

¹²⁴⁸ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, p. 21. L'auteur en dénombre 160 en 2013.

¹²⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹²⁵⁰ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, point 126.

¹²⁵¹ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *op. cit.*, p. 51.

propre traité. Ainsi, le terme « juridiction » n'a pas le même sens devant les deux juges qui ont fait des efforts pour éclairer cette notion. Pour la Cour de justice, il s'agit de déterminer quelles entités peuvent la saisir au titre de l'article 267 TFUE. Une juridiction est un organe habilité, voire obligé, d'exercer un renvoi préjudiciel. De son côté, la Cour EDH s'intéresse à la juridiction comme critère du champ d'application territorial de la Convention EDH (conformément à son article 1^{er})¹²⁵², la juridiction traduit ici le contrôle qu'un État partie exerce sur une situation, et ce quel que soit le lieu géographique dans laquelle celle-ci elle se déroule. Ce type de divergences sémantiques contrarie la possibilité de l'émergence d'un *ius commune* s'appuyant par exemple sur les notions autonomes de la Cour EDH¹²⁵³. Dans le même temps, « *le recours aux notions autonomes a permis aux juridictions européennes d'étendre le champ d'application du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne et, par ce biais, de renforcer la protection des droits fondamentaux* »¹²⁵⁴. Parfois, la détermination d'une notion autonome fait l'objet d'un aller-retour entre les juridictions, mais sans pour autant créer un dialogue entre ces dernières¹²⁵⁵. La conjonction de la rencontre de ces notions autonomes et d'un développement de notions communes¹²⁵⁶ serait souhaitable pour harmoniser les définitions au sein du système européen de protection des droits fondamentaux.

Ainsi, même si les notions autonomes ne se rencontrent pas substantiellement, elles convergent vers un même objectif et « *une approche analogue [...] On connaît la recherche systématique par la Cour européenne des droits de l'homme d'un sens propre au contexte de la Convention des concepts usités dans les droits nationaux ; on sait également que la Cour de justice a développé une véritable doctrine du "sens communautaire", en refusant de se laisser enfermer dans les définitions juridiques des droits nationaux des États membres* »¹²⁵⁷.

¹²⁵² Voir par exemple, Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 55721/07.

¹²⁵³ Voir à ce sujet J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence des différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 101.

¹²⁵⁴ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, point 126.

¹²⁵⁵ Voir au sujet de la notion autonome de « violence aveugle », la contribution de S. TURGIS, « Notions autonomes et concurrence des juges », *Colloque : La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question(s)*. La vidéo de l'intervention est disponible : <https://juges-en-europe.sciencesconf.org>.

¹²⁵⁶ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹²⁵⁷ D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" » ?, *Pouvoirs*, 2001, n° 1, p. 31.

L'autonomie sera probablement toujours un paramètre du système européen de protection des droits fondamentaux, en raison de l'importante revendication qui existe dans le discours des institutions des deux ordres. L'autonomie, cette fois du système, est d'ailleurs un critère qui permet de le qualifier de système, accompagné de la pluralité et de la stabilité. Toutefois, l'autonomie ici envisagée comme obstacle est celle des ordres juridiques européens et non du système. Pour un fonctionnement cohérent de l'ensemble il est nécessaire d'organiser cette autonomie.

Section 2. L'organisation de l'autonomie des ordres juridiques européens

Les raisons de l'existence de deux organisations européennes différentes ont été identifiées : leur dessein n'était initialement pas le même. Le Conseil de l'Europe doit œuvrer pour les droits de l'homme, tandis que l'Union européenne impose la paix entre les États grâce à d'étroites relations économiques. En revanche, le Conseil de l'Europe ayant été créé en premier, c'est l'organisation qui aurait dû être la plus significative, y compris au vu de son objet. C'est l'impression qui se dégage à la base de la construction de l'Union : « *en 1950, le lancement de ce qui deviendra l'Union européenne (UE) a supposé un assentiment du Conseil de l'Europe qui exigeait la garantie que les États fondateurs de l'Union restent dans la grande Europe. L'Union est alors vue comme un sous-ensemble d'États parties au Conseil de l'Europe désirant réaliser entre eux une intégration économique et politique plus poussée, que n'offrait pas le cadre du Conseil de l'Europe* »¹²⁵⁸. Pourtant, c'est l'Union européenne qui va s'imposer au détriment du Conseil de l'Europe. Or à présent que l'Union a une logique autonome de protection des droits fondamentaux, il y a une certaine incohérence à l'existence parallèle des deux organisations européennes agissant dans ce même domaine. Cette incohérence peut se constater tant dans le contentieux européen (§1) qu'en dehors de celui-ci avec la prise en compte des États tiers au système, qui peuvent être néanmoins membres du Conseil de l'Europe (§2).

¹²⁵⁸ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double “je” des identités européennes », *op. cit.*, p. 29.

§1. L'expression de l'incohérence contentieuse : la multiplication des voies de droit

Certes, les juges européens ont montré leur capacité et leur volonté pour que leurs jurisprudences convergent harmonieusement. Cependant, la complexité du système des voies de droit devant ces juges participe à la constatation d'une certaine incohérence. Évidemment, chaque ordre juridique organise ses propres voies de droit au nom de son autonomie. Cette organisation peut paraître de prime abord bénéfique au justiciable, qui semble pouvoir s'adresser à ces juges supranationaux, mais peut également être envisagée comme une superposition contentieuse qui obscurcit le paysage juridictionnel européen. Pour pleinement comprendre ce paysage juridictionnel, l'étude des voies de droit existantes permet de constater leur éventuelle concurrence, ou en tout cas leur existence parallèle (A). Celle-ci serait accentuée avec l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH en raison de la création de nouveaux mécanismes, selon le projet d'accord d'adhésion de 2013, qui a cependant été rejeté par la Cour de justice dans son avis 2/13 (B).

A. L'existence de voies de droit parallèles protégeant les droits fondamentaux

Au nom de l'autonomie de chaque ordre, des voies de droit peuvent se superposer sans être ordonnées. L'incohérence contentieuse se révèle en étudiant le renvoi préjudiciel prévu par l'Union européenne, qui peut porter sur la protection des droits fondamentaux (1), et l'avis consultatif de la Cour EDH prévu par le protocole n° 16 (2), qui révèle un mécanisme ressemblant fortement au renvoi préjudiciel.

1. L'accès au renvoi préjudiciel pour la protection des droits fondamentaux

Le renvoi préjudiciel, encadré par l'article 267 TFUE, permet au juge national de saisir la Cour de justice pour une question d'interprétation ou de validité des normes de l'Union. De façon générale, un renvoi préjudiciel est un « *mécanisme imposant qu'un problème juridique particulier soit d'abord résolu par la juridiction normalement compétente, avant que la juridiction saisie d'un litige – dont la solution dépendra de celle*

donnée à ce problème particulier – puisse statuer au fond »¹²⁵⁹. C'est la voie de droit la plus fréquemment mobilisée devant la Cour de justice et celle qui, au fil des questions qui lui ont été posées par les juges nationaux, a permis de structurer sa jurisprudence relative à la nature de l'ordre juridique de l'Union. Ce renvoi préjudiciel a même été qualifié de « *révolution silencieuse* »¹²⁶⁰ car « *il est douteux que les responsables de cette innovation aient eu conscience des conséquences qu'elle devait avoir pour le développement du droit communautaire* »¹²⁶¹. Cet outil, inspiré des renvois italiens et allemands devant les juridictions constitutionnelles nationales¹²⁶², permet au juge national d'endosser le rôle de juge de droit commun de l'Union européenne. La Cour de justice se positionne alors en juridiction chapeautant l'application du droit de l'Union lorsque les juges nationaux le souhaitent. La Cour de justice a elle-même qualifié ce renvoi de « *clef de voute du système juridictionnel* »¹²⁶³, système instauré pour « *garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie* »¹²⁶⁴ de l'ordre juridique de l'Union.

En matière de droits fondamentaux, les questions que reçoit la Cour de justice intègrent parfois la Convention EDH. Cela lui fait endosser le rôle d'interprète du texte, même si elle va le plus souvent déplacer la question en utilisant des fondements juridiques propres à l'Union, comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En 1984, le projet Spinelli proposait que la Cour de justice puisse être compétente pour la protection des droits fondamentaux et plaidait également pour un élargissement des voies de droit ouvertes aux particuliers, surtout à l'encontre des actes de l'Union¹²⁶⁵. Cette option était également envisagée par la Cour de justice dans un rapport de 1995¹²⁶⁶, en cas de création d'un catalogue de droits fondamentaux propre à l'Union européenne. Cependant, la Charte

¹²⁵⁹ D. SZYMCZAK, « Convention européenne des droits de l'homme et questions préjudicielles », *AJDA*, 2015, p. 268.

¹²⁶⁰ R. DÉHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 2e éd., 1997, p. 30 « La révolution silencieuse de l'article 177 ».

¹²⁶¹ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁶² *Ibid.*, p. 31.

¹²⁶³ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, Projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ECLI:EU:C:2014:2454, point 176.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, point 175.

¹²⁶⁵ Article 43 du projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en annexe du Rapport final du groupe de négociation *ad hoc* du CDDH et de la Commission européenne, 10 juin 2013, doc. 47+1(2013)008rev2.

¹²⁶⁶ Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du traité sur l'Union européenne, mai 1995, disponible sur le site de la Commission (ec.europa.eu).

des droits fondamentaux a été adoptée sans prévoir ce recours. Si l'Union adhère à la Convention EDH, la Cour de justice deviendrait officiellement juge de droit commun de la Convention EDH¹²⁶⁷, impliquant que les juges nationaux pourraient formuler des questions préjudicielles portant directement sur l'interprétation à donner des dispositions de la Convention EDH. En pratique, les juges nationaux ont régulièrement inclus la Convention EDH dans la formulation de leurs questions préjudicielles. Avec la reconnaissance de la valeur contraignante de la Charte, cette pratique est en déclin, les juges nationaux préférant s'appuyer sur la norme de l'Union européenne, voire sur les deux. En cas d'adhésion, les renvois préjudiciels pourraient ne concerner que la Convention EDH et la Charte perdrait de son importance. De plus, l'avis consultatif prévu par le protocole n° 16 qui permet aux « plus hautes juridictions des États parties » d'adresser des questions à la Cour EDH dans le cadre d'une affaire pendante, entre en concurrence directe avec le rôle de fait de la Cour de justice en matière d'interprétation de la Convention EDH. Ce rôle est assumé en raison de la nécessité de répondre aux questions préjudicielles, y compris lorsqu'elles s'appuient sur la Convention EDH. L'avis consultatif est une voie de droit pouvant porter sur le même litige et sur le même texte qu'un renvoi préjudiciel, mais sans les obligations pesant sur les juridictions nationales en vertu du renvoi préjudiciel et ouverte à un nombre de juridictions plus restreint¹²⁶⁸.

En cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, se pose la question de l'épuisement des voies de recours internes et de la prise en compte ou non du renvoi préjudiciel. Cette voie de droit est complexe car elle concerne la relation entre les juges, les parties ne peuvent obliger un juge national à saisir la Cour de justice. Ainsi, il serait difficile de leur reprocher de ne pas avoir opéré de renvoi préjudiciel, ou alors il faudrait pouvoir démontrer que les parties n'ont pas soulevé de question relevant du droit de l'Union et n'ont pas défendu devant le juge la nécessité de procéder à un renvoi. C'est dans ce sens que s'exprime un ancien juge de la Cour EDH : « *une solution pourrait consister à interpréter l'article 35, § 1, de la Convention comme obligeant à tout le moins les requérants à demander aux juridictions internes de poser une question préjudicielle à la CJUE, avec le*

¹²⁶⁷ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 79.

¹²⁶⁸ Voir l'article 1 du protocole n° 16 à la Convention EDH ouverte à la signature le 2 octobre 2013 et entré en vigueur le 1^{er} août 2018, STE n° 214.

*risque cependant de créer une inflation artificielle de demandes « pro forma »*¹²⁶⁹. Cette possibilité irait de pair avec un travail accru pour le juge national, qui devrait motiver chaque refus de renvoi préjudiciel, comme l'y oblige la Cour EDH¹²⁷⁰.

Le renvoi préjudiciel est utile en matière de protection des droits fondamentaux, et les requérants ne manquent pas d'inviter les juges à l'utiliser. Les exemples les plus frappants concernent des normes invalidées en matière de protection des données personnelles¹²⁷¹. La mise en place d'une voie de droit similaire devant la Cour EDH, l'avis consultatif, peut concurrencer le renvoi préjudiciel de l'Union européenne ou, au contraire, manquer de succès à cause du renvoi préjudiciel.

2. L'éventuelle concurrence au renvoi préjudiciel par l'avis consultatif de la Cour EDH

Avec le protocole n° 16, la Cour EDH se dote d'un nouveau mécanisme d'avis consultatif¹²⁷², entré en vigueur le 1^{er} août 2018 à l'égard des dix premiers États ayant ratifié le protocole. Celui-ci a été officiellement créé pour deux raisons : d'une part, pour diminuer le nombre de requêtes pendantes devant la Cour EDH¹²⁷³, d'autre part pour que le principe de subsidiarité soit pleinement appliqué, et ce afin de briser « *le cycle violation-sanction en laissant aux juridictions nationales la possibilité d'intervenir avant qu'une violation ne devienne définitive* »¹²⁷⁴. La possibilité de cet avis a été évoquée dès 2005 dans un rapport adopté à la suite du sommet de Varsovie¹²⁷⁵, mais il a fallu attendre 2013 pour que la

¹²⁶⁹ F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *op. cit.*, p. 27.

¹²⁷⁰ Voir notamment Cour EDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten c/ Belgique*, req. n° 3989/07 et n° 38353/07 et pour un constat de violation de l'article 6 de la Convention EDH, Cour EDH, 21 juillet 2015, *Schipani c/ Italie*, req. n° 38369/09.

¹²⁷¹ Voir les arrêts CJUE, Gde chbr., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 et CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

¹²⁷² L'option avait été envisagée par la doctrine : voir W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Aspects de la mise en œuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international – la convention européenne », *Le progrès du droit des gens (volume 1), Mélanges Fernand Dehousse*, Nathan, Paris, 1979, p. 200.

¹²⁷³ Voir le point 26 du rapport explicatif au protocole n° 16 : même si les requêtes individuelles ne sont pas empêchées par l'existence d'un avis dans leur procédure. Voir également M.-C. RUNAVOT, « Le protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, p. 71.

¹²⁷⁴ J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 195.

¹²⁷⁵ Voir le rapport explicatif du protocole n° 16, rapport du Comité des Ministres du Groupe des Sages, mis en place dans le cadre du Plan d'Action adopté lors du Troisième Sommet des Chefs d'État et de Gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe (Varsovie, 16-17 mai 2005).

proposition ne se concrétise. L'objectif principal est de rapprocher les juridictions internes de la Cour EDH pour « *instaurer un dialogue juridictionnel direct* »¹²⁷⁶. L'avis peut également renforcer le rôle constitutionnel de la Cour EDH qui avancera des positions de principes par le biais de sa Grande chambre exclusivement¹²⁷⁷. La Cour EDH pourra décider de refuser de donner un avis, se ménageant *a priori* la possibilité de se concentrer sur les questions les plus sensibles¹²⁷⁸. Le protocole précise ainsi que l'avis ne peut porter que sur l'interprétation et l'application des droits et libertés de la Convention EDH et de ses protocoles, « *il ne s'agit donc pas de saisir la Cour sur des cas de violations isolées, mais sur un contentieux systémique* »¹²⁷⁹. De plus, même s'il aura des « *effets au moins persuasifs en raison des risques de requêtes individuelles* »¹²⁸⁰, l'avis se présente comme consultatif et optionnel. Il se distingue ainsi du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE, lequel est obligatoire pour les juridictions de dernier ressort ou lorsqu'est en question la validité d'un acte du droit de l'Union.

Il s'agit d'un avis que seules les « plus hautes juridictions » des Hautes parties contractantes pourront demander à la Cour EDH dans le cadre d'une affaire pendante. Chaque État signataire, car le protocole n'oblige pas les 47 États parties à adhérer, désigne les juridictions qui auront accès à cet avis par une déclaration déposée au moment de la ratification. Pour la France, les plus hautes juridictions sont logiquement la Cour de cassation et le Conseil d'État, auxquelles s'ajoute le Conseil constitutionnel¹²⁸¹. Pour les premières, ce rôle viendra se cumuler à celui de filtre pour la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). S'il désengorge la Cour EDH, il risque néanmoins de charger les hautes juridictions. L'avis ressemble fortement au renvoi préjudiciel de l'Union et a été créé soit en suivant ce modèle de réussite, soit pour le concurrencer. Justement, la QPC avait pu être envisagée par la Cour de cassation française comme un outil concurrentiel au renvoi préjudiciel¹²⁸²,

¹²⁷⁶ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 144.

¹²⁷⁷ *Ibidem*, p. 83. Les opinions séparées sont toujours possibles, p. 143.

¹²⁷⁸ Un collège de cinq juges de la Grande chambre pourra accepter ou refuser la demande d'avis (motivation en cas de refus). Voir D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 143.

¹²⁷⁹ J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 195.

¹²⁸⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Cour européenne des droits de l'Homme, cour éminente des droits de l'Homme dans la construction européenne – Quelques réflexions sur les protocoles n° 15 et n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 10 mars 2014, n° 49.

¹²⁸¹ Première demande d'avis le 5 octobre 2018 : C.Cass, 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19053.

¹²⁸² C. Cass, 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, pourvoi n° 10-40002.

donnant lieu à une clarification par la Cour de justice¹²⁸³. Celle-ci pose des conditions pour assurer une coexistence harmonieuse entre les voies de droit disponibles tout en rappelant la primauté du renvoi préjudiciel¹²⁸⁴. Évidemment, la Cour de justice veut s'assurer que la création de nouvelles voies de droit ne l'empêche pas de statuer sur la question de droit de l'Union et surtout que le conflit ne soit pas réservé à une autre juridiction¹²⁸⁵. La différence entre l'avis consultatif du protocole n° 16 et la QPC est que la loi nationale peut être abrogée dans le cas de la QPC, de sorte que la Cour de justice peut ne jamais être saisie, alors que l'avis ne peut pas directement mener à une abrogation et peut tout à fait précéder ou succéder à un renvoi préjudiciel. L'avis 2/13 prend en compte le protocole n° 16, même si celui-ci n'est alors pas ratifié, en tant que « *risque éventuel d'atteinte* » à l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE¹²⁸⁶ qui « *doit être évalué et, le cas échéant, purgé* »¹²⁸⁷.

À la question de la coexistence entre les deux voies de droit européennes¹²⁸⁸, s'ajoute celle de déterminer si la Cour de justice pourrait faire partie des plus hautes juridictions pouvant saisir pour avis la Cour EDH en cas d'adhésion de l'Union à la Convention EDH et au protocole n° 16. *A priori*, la Cour de justice ne pourrait pas saisir la Cour EDH lorsqu'elle étudie un renvoi préjudiciel car aucune affaire n'est alors directement pendante devant la juridiction de l'Union¹²⁸⁹. L'option pourrait être limitée aux recours directs devant la Cour de justice. Cette voie pourrait en tout cas être opportune pour anticiper tout contentieux devant la Cour EDH et éviter ainsi d'entrer dans des considérations relatives à la codéfense,

¹²⁸³ CJUE, Gde chbr., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, *Rec.* p. I-5667.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, point 57 : « *les juridictions nationales 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 de constitutionnalité, 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* ». Le Conseil constitutionnel confirme la position de la Cour de justice dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard des jeux en ligne*, 15^e considérant.

¹²⁸⁵ H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, n° 4, p. 659.

¹²⁸⁶ H. LABAYLE et F. 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 ? », *RFDA*, 2015, n° 1, p. 3.

¹²⁸⁷ *Ibid.*

¹²⁸⁸ L. CLÉMENT-WILZ, « Le renvoi préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé ? », *RAE*, 2015, n° 1, p. 69.

¹²⁸⁹ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 146.

« dans un esprit de subsidiarité, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait utiliser la procédure de demande d'avis consultatif afin de prévenir d'éventuels contentieux devant la CEDH sur l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme »¹²⁹⁰.
Finalement, avec l'adhésion et cet avis, la Cour de justice pourrait rester maîtresse de ses décisions en matière de droits fondamentaux, alors qu'en l'absence d'adhésion, l'effet serait exactement celui qu'elle souhaite éviter. Par exemple, le juge national pourrait préférer saisir pour avis la Cour EDH plutôt que la Cour de justice, ce qui la couperait du contentieux en question. Alors qu'en cas d'adhésion, le juge national pourrait procéder à un renvoi préjudiciel car il saurait que cela permettrait de couvrir les questions de l'Union et que la Cour de justice pourrait à son tour demander l'avis de la Cour EDH si nécessaire. À défaut de ses connexions, les juges nationaux pourraient éviter la Cour de justice dont la saisine serait dépendante de leur bonne volonté, ce qui serait particulièrement problématique en cas de mise en cause d'une loi de transposition par rapport à la protection des droits fondamentaux – hypothèse soulevée par la Cour de justice dans l'arrêt *Melki* de 2010¹²⁹¹. En revanche, et cet aspect joue en faveur de l'Union européenne, aucune obligation ne pèse sur les hautes juridictions pour formuler une demande d'avis, contrairement au renvoi préjudiciel de l'Union européenne.

Les deux voies de droit, renvoi préjudiciel et avis consultatif, offrent des possibilités de protection des droits fondamentaux aux justiciables. Cependant, en l'absence de fusion entre les institutions, il existe un risque de concurrence entre les deux. Enfin, le projet d'accord d'adhésion de 2013 avait prévu la création d'autres voies de droit, afin de garantir l'autonomie de l'Union, le mécanisme d'implication préalable, qui finaliseraient le schéma juridictionnel actuel en créant un renvoi préjudiciel de la Cour de justice vers la Cour EDH¹²⁹², et la procédure de codéfense. Cette dernière n'est pas une voie de droit *per se* mais une condition de déclenchement de l'implication préalable et implique une décision de la

¹²⁹⁰ *Ibidem*.

¹²⁹¹ CJUE, Gde chbr., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, ECLI:EU:C:2010:206, point 54 : « Il convient, par ailleurs, de souligner que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union ».

¹²⁹² Proposé très tôt par la doctrine : voir W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Aspects de la mise en œuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international – la convention européenne », *op. cit.*, p. 202.

Grande chambre de la Cour EDH.

B. Les deux mécanismes juridictionnels du projet d'accord d'adhésion

En l'absence de fusion des institutions européennes, des mécanismes sont prévus pour assurer l'autonomie de chaque ordre, mais surtout celui de l'Union, en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Deux outils sont plus particulièrement décrits pour organiser la présence de l'Union devant la Cour EDH, outils parfois vécus comme « *deux entorses à l'égalité de traitement* »¹²⁹³ avec les États parties à la Convention EDH. L'implication préalable a « *vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où l'Union européenne est codéfendeur et que la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne, mise en cause indirectement devant la Cour européenne à travers la contestation de l'acte national de mise en œuvre avec les droits garantis par la Convention européenne* »¹²⁹⁴. Chronologiquement, la codéfense, qui est un mécanisme permettant à l'Union d'être présente en défense pour un recours à l'encontre d'un État membre ou à ce dernier de devenir codéfendeur aux côtés de l'Union¹²⁹⁵, est enclenchée en premier (1) et peut entraîner la mise en œuvre de l'implication préalable (2).

1. Le mécanisme de codéfense et l'autonomie de l'Union

En partant du projet d'accord d'adhésion de 2013 rejeté par la Cour de justice, il est possible de dessiner les contours de la codéfense et d'en comprendre le concept. L'idée est de permettre à la fois une défense cohérente lorsqu'un acte de l'Union est en cause directement ou indirectement, en impliquant l'Union et ses États membres, et d'assurer *in fine* une exécution pertinente de la décision. C'est d'ailleurs le thème qui a fait l'objet de nombreuses observations¹²⁹⁶, sans doute parce qu'il s'agit d'un mécanisme juridique

¹²⁹³ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double “je” des identités européennes », *op. cit.*, p. 48.

¹²⁹⁴ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 129.

¹²⁹⁵ Voir l'article 3 du projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹²⁹⁶ D. MEYER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : un processus achevé ? », Actes de la XV^e édition des journées juridiques franco-roumaines, *Le droit comparé face à l'harmonisation des droits*, 16-18 juin 2011, p. 153, J. CORTÉS MARTÍN, « Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur

complexe. « *Simple en principe, le texte de l'accord provisoire est finalement peu clair. La seule certitude des parties à la négociation est que sa mise en œuvre doit demeurer exceptionnelle* »¹²⁹⁷. Deux cas de figure avaient plus précisément été envisagés à l'article 3 du projet d'accord d'adhésion. Le premier concerne une requête qui vise un État, à laquelle l'Union européenne peut demander la codéfense – ou la Cour EDH la suggérer – lorsque le droit dérivé est en cause. Le second cas repose sur le schéma inverse, c'est l'Union européenne qui est directement visée par la requête mais la supposée violation est la conséquence du droit primaire, ce qui implique que seuls les États membres peuvent modifier le texte à l'unanimité. Dans les deux cas, il faut surveiller les recours individuels pour déclencher cette codéfense, ce qui impliquerait une meilleure publicité des notifications des recours et donc « *une réorganisation du travail du greffe de la Cour EDH* »¹²⁹⁸. L'exécution de l'arrêt se ferait ensuite solidairement et des règles internes à l'Union européenne devraient préciser qui a compétence pour réparer la violation constatée, ce qui n'est pas toujours facile à déterminer, la violation peut être attribuée à un acte national d'exécution mais une intervention de l'Union pourrait être nécessaire si l'acte national est conforme au droit de l'Union¹²⁹⁹. La Cour de justice critique, dans son avis 2/13¹³⁰⁰, la possibilité pour la Cour EDH de prendre une décision désolidarisant État membre et Union européenne, en ne désignant qu'un seul des deux comme responsable. Dans ce cas, qui semble peu probable, la répartition des compétences pourrait être affectée¹³⁰¹. En cas de codéfense, l'aspect négatif est le poids qui pèse sur les épaules du demandeur qui doit faire face à des parties qui ont doublement les moyens de se défendre, « *la désignation d'un codéfendeur constituera une charge supplémentaire pour le requérant dans la constitution et la défense de sa requête* »¹³⁰². De plus, dans des cas de double responsabilité possible pour une même violation – avec la responsabilité territoriale d'un État et la responsabilité d'un État qui exerce sa puissance sur ce territoire qui n'est pas le sien – c'est au défendeur de faire

pertinent : le mécanisme du codéfendeur », *RDUE*, 2011, n° 4, p. 615.

¹²⁹⁷ F. BERROD, « La protection de l'autonomie de l'Union européenne est-elle une condition essentielle de son adhésion à la CEDH ? », Actes de la XV^e édition des journées juridiques franco-roumaines, *Le droit comparé face à l'harmonisation des droits*, 16-18 juin 2011, p. 125.

¹²⁹⁸ *Ibidem*.

¹²⁹⁹ F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *op. cit.*, p. 27.

¹³⁰⁰ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹³⁰¹ *Ibidem*, point 229

¹³⁰² D. MEYER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : un processus achevé ? », *op. cit.*, p. 159.

un choix qui ne sera ensuite pas « rattrapé » par la Cour EDH, contrairement à ce cas de figure de codéfense spécifique pour l'Union européenne.

La contestation de la Cour de justice, dans son avis 2/13, visait spécifiquement le pouvoir de la Grande chambre de la Cour EDH d'accepter ou non cette codéfense lorsqu'elle est saisie de la question ou lorsqu'elle décide de s'en saisir. Pour la Cour de justice, pouvoir déterminer s'il est pertinent que les États membres et l'Union soient associés ou non dans une affaire affecterait la répartition des compétences et « *le principe d'autonomie du droit de l'UE* »¹³⁰³ qui « *confère à la CJUE le monopole d'interprétation du droit de l'Union en général et des dispositions relatives au partage des compétences entre l'Union et ses États membres en particulier* »¹³⁰⁴. Sans la modifier évidemment, la Cour de justice estime que la Cour EDH pourrait interpréter différemment la répartition des compétences, dont la sauvegarde a également été prévue à l'article 2 du protocole n° 8 annexé au traité de Lisbonne¹³⁰⁵. Néanmoins, les arguments allant dans ce sens ne sont pas convaincants : d'une part, l'Union européenne pourrait certainement déposer des observations pour donner son point de vue sur la pertinence d'une codéfense ; d'autre part, défendre le cas d'une violation individuelle ne devrait pas vouloir dire que le principe de répartition des compétences serait affecté¹³⁰⁶. Dans le pire des cas, si une codéfense est refusée alors qu'elle paraît légitime, l'exécution de la décision de la Cour EDH pourrait toujours être réalisée par les parties pertinentes, qui n'y seront certes pas tenues par la Convention EDH, mais potentiellement par le principe de coopération loyale de l'Union européenne¹³⁰⁷. La Cour de justice semble craindre un empiètement sur son pouvoir d'interprétation pour déterminer la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, ce qui démontre finalement une faiblesse de sa part.

Une autre question qui n'a pas été réglée dans le projet d'accord d'adhésion, car elle relève des règles internes à l'Union européenne, est celle de la représentation de l'Union

¹³⁰³ F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *op. cit.*

¹³⁰⁴ *Ibidem.*

¹³⁰⁵ Protocole n° 8 annexé au traité de Lisbonne, relatif à l'article 6 § 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.

¹³⁰⁶ C'était également le cas dans l'avis 1/91 de la CJCE, 14 décembre 1991, *Rec.* p. I-6079, pour la création d'une juridiction unifiée des brevets mais il faut rappeler que depuis le traité de Lisbonne procède à une plus claire répartition des compétences entre l'Union et ses États membres.

¹³⁰⁷ Article 4 § 3 TUE.

européenne devant la Cour EDH. *A priori*, la Commission européenne se chargera de défendre l'Union européenne car c'est à chaque fois l'institution « *qui assume ce rôle : tel est en effet le cas pour les recours en responsabilité, la défense des intérêts civils de la Communauté, la conclusion des accords de commerce, le fonctionnement journalier de l'Organisation mondiale du commerce, les litiges engagés devant les organes contentieux de celle-ci, enfin l'établissement de missions communautaires dans les pays tiers* »¹³⁰⁸. Il est tout à fait envisageable que le projet d'accord d'adhésion soit modifié sur la question de la codéfense mais en la maintenant pour s'assurer que quelqu'un réponde toujours d'une violation de la Convention EDH¹³⁰⁹ tout « *en laissant finalement à l'Union et à ses membres le soin de déterminer la ligne de démarcation de leurs compétences respectives* »¹³¹⁰. Cette correction irait dans le sens d'une autonomie soulignée de l'Union européenne.

À défaut de codéfense, en dehors ou avec une adhésion de l'Union à la Convention EDH, l'Union peut toujours présenter des observations en tant que tierce intervenante. Cette option est rarement utilisée par l'Union européenne, un des seuls exemples existants est l'arrêt *Bosphorus* de 2005¹³¹¹. Étonnamment, l'Union européenne s'abstient d'utiliser cette possibilité y compris dans des affaires qui auraient mérité un positionnement de l'Union¹³¹², comme pour l'arrêt *Michaud c/ France* de 2012¹³¹³ ou l'arrêt *M.S.S. c/ Belgique et Grèce* de 2011¹³¹⁴. Pour ce dernier, la Cour de justice connaissait une affaire similaire pendante et aurait donc pu tester son opinion ou influencer la décision de la Cour EDH. L'avantage de l'adhésion serait de forcer l'Union européenne à se positionner. Les explications annexées au projet d'accord d'adhésion estiment même que la tierce intervention est « *la manière la plus appropriée d'impliquer l'UE dans une affaire* ».

Dans tous les cas, lorsque le droit de l'Union est mis en cause devant la Cour EDH,

¹³⁰⁸ P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux », *RMCUE*, 2003, p. 151.

¹³⁰⁹ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double "je" des identités européennes », *op. cit.*, pp. 35-36.

¹³¹⁰ *Ibid.* Voir également F. MARTUCCI et D. RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 185 qui suggèrent de prendre comme modèle l'article 6 de l'annexe IX de la Convention sur le droit de la mer qui prévoit que les États membres d'une organisation internationale peuvent indiquer à la Convention à qui incombe la responsabilité. À défaut d'indication, les États membres d'une organisation internationale et celle-ci sont responsables conjointement et solidairement.

¹³¹¹ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, req. n° 45036/98, point 9.

¹³¹² F. MARTUCCI et D. RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 182.

¹³¹³ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11.

¹³¹⁴ Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

il faut trouver une façon d'associer la Cour de justice avant toute décision. Celle-ci est prévue, à condition que la codéfense soit déclenchée au préalable. Il s'agit d'une voie de droit instituée entre la Cour EDH et la Cour de justice sous l'appellation de « mécanisme d'implication préalable ».

2. Une énième voie de droit : le mécanisme d'implication préalable

Cette voie de droit, aussi connue en tant que « mécanisme Timmermans », car le juge de la Cour de justice a été le premier à proposer cette idée dans une audition devant le Parlement européen le 18 mars 2010, est un autre outil pour assurer le respect de l'autonomie de l'Union européenne. Il s'agirait de permettre à la Cour EDH de renvoyer un litige qui lui a été soumis, qui concerne le droit de l'Union, à l'appréciation de la Cour de justice lorsque celle-ci n'a pas eu l'occasion de se prononcer. L'implication préalable de la Cour de justice peut être demandée une fois que la Cour EDH est saisie, et la codéfense enclenchée¹³¹⁵, même s'il aurait été intéressant de ne pas limiter l'implication préalable à l'existence d'une codéfense. La voie de droit doit exister car « *il est hautement souhaitable que la CJUE puisse se prononcer sur la conformité des actes de l'UE aux droits fondamentaux avant que notre Cour ne soit appelée à en contrôler la conventionalité* »¹³¹⁶. Cet outil permettrait également de respecter le principe de subsidiarité¹³¹⁷ en donnant l'occasion à la Cour de justice de corriger une violation, rendant le recours individuel devant la Cour EDH potentiellement caduque. Néanmoins, le projet d'accord d'adhésion n'encadre pas cette possibilité qui relève des règles internes de l'Union européenne. Elle est seulement évoquée à son article 3 § 6. Les explications annexées au projet d'accord apportent quelques précisions, dont l'idée que l'implication préalable porterait sur l'interprétation du droit primaire et la validité du droit dérivé. La Cour de justice s'en est saisi pour estimer « *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* »¹³¹⁸, ce qui porte atteinte aux compétences de l'Union et aux attributions de la Cour¹³¹⁹. La Cour de justice semble sévère ici car l'accord d'adhésion ne détermine pas le

¹³¹⁵ Voir le point 66 des explications du projet d'accord d'adhésion.

¹³¹⁶ F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *op. cit.*, p. 27.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 243.

¹³¹⁹ *Ibid.*, point 247.

fonctionnement de l'implication préalable. De plus, les explications ne sont probablement que des suggestions, l'idée même de l'implication étant de sauvegarder les compétences de la Cour de justice¹³²⁰. *In fine*, l'Union européenne doit préciser elle-même les règles de cette implication, dont celles qui tiennent à son déclenchement, hormis la condition d'être dans une situation de codéfense. Il est probable que l'institution compétente soit la Commission européenne puisqu'elle devrait également représenter l'Union devant la Cour EDH¹³²¹. La Cour EDH devra surseoir à statuer pour que la Cour de justice puisse rapidement prendre une décision. Cette possibilité d'un renvoi préjudiciel entre les deux juridictions était très tôt envisagée par la doctrine¹³²², et son instauration peut rester pertinente même en dehors de toute adhésion.

La multiplication des voies de droit semble complexifier le paysage contentieux européen mais a le mérite de le compléter. Afin de ne pas pénaliser les justiciables, il est nécessaire que les juridictions se dépêchent de statuer, « *l'une des conditions du succès de cette procédure est que la CJUE se prononce le plus rapidement possible* »¹³²³, peut-être de façon similaire à ce qui est prévu par les règles relatives à la procédure préjudicielle d'urgence. Des affaires concernant les actes nationaux mettant en œuvre le droit de l'Union ne vont pas disparaître et la Cour EDH peut soit décider de renverser la présomption de protection équivalente, soit décider qu'elle ne doit pas s'appliquer, ce qui implique dans les deux cas un contrôle sur les actes de l'Union. Au sens de la Cour de justice, l'implication préalable « *aurait dû être accompagnée d'une démarche d'information systématique et complète par la Cour EDH, pour que la CJUE, et elle seulement, détermine si oui ou non elle s'est déjà prononcée sur la question de la compatibilité du droit primaire ou du droit dérivé par rapport au droits protégés par la CEDH* »¹³²⁴. Pourtant, l'autonomie d'interprétation de la Cour de justice est bien prise en compte, « *la Cour de justice de l'Union gagne dans ce mécanisme un statut spécifique ; elle n'est pas tout à fait traitée comme les cours suprêmes des États membres. Aucune n'est en effet protégée de la sorte. La négociation*

¹³²⁰ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 132

¹³²¹ Voir T. LOCK, « Walking on a tightrope : The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order », *op. cit.*, p. 1049.

¹³²² Voir G. COHEN-JONATHAN, « La convention européenne des droits de l'homme et la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 168. L'auteur estime néanmoins que la procédure « *risque d'apparaître comme politiquement inadéquate et techniquement assez lourde* ».

¹³²³ *Ibidem*.

¹³²⁴ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double "je" des identités européennes », *op. cit.*, p. 38.

a donné ici tout son sens à l'idée que, pour l'application de la CEDH, l'UE n'est pas réductible à la réalité juridique d'un État »¹³²⁵. Le mécanisme souligne ainsi la spécificité de l'ordre juridique de l'Union mais « à trop vouloir se protéger, l'Union contribue à fragiliser son propre système contentieux »¹³²⁶. L'implication préalable signifierait qu'il y a eu un « défaut » dans le parcours contentieux de la norme, que la Cour de justice n'a pas été saisie par renvoi préjudiciel, ce qui emporte la question de savoir si garantir la saisine de la Cour de justice n'est pas « par essence un problème interne à l'Union, bien plus qu'un déterminant des négociations d'adhésion »¹³²⁷. Une solution serait donc de renforcer le recours au renvoi préjudiciel¹³²⁸. Dans le cas des recours directs devant la Cour EDH, l'implication préalable devrait intervenir si le requérant n'a pas pu former un recours en annulation contre un acte du droit de l'Union ou a été déclaré irrecevable, ce qui est fort probable. Peut-être que la volonté de pouvoir statuer avant la Cour EDH incitera la Cour de justice à revoir sa jurisprudence restrictive par rapport aux recours en annulation¹³²⁹. De plus, l'idée de l'implication préalable nécessitera probablement une révision des traités¹³³⁰ pour inclure cette nouvelle voie de droit, même si certains plaident pour « une procédure souple qui permette à la CJUE de se prononcer, sur saisine de la Commission »¹³³¹. Une fois saisie, la Cour de justice pourra se prononcer sur la conventionalité de l'acte en question.

La valeur qu'aurait la position de la Cour de justice reste aussi à déterminer. Deux

¹³²⁵ *Ibidem*.

¹³²⁶ F. BERROD, « La protection de l'autonomie de l'Union européenne est-elle une condition essentielle de son adhésion à la CEDH ? », *op. cit.*, p. 130.

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ J. P. JACQUÉ, « The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *CMLR*, 2011, n° 4, p. 1019. Voir également CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, aff. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811.

¹³²⁹ Voir à ce sujet notamment : P. NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *RTDE*, 1994, p. 171 ; G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *CDE*, 1995, p. 535 ; P. GILLIAUX, « L'arrêt *Union de pequenos agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, 2003, p. 177 ; R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'*aggiornamento* n'aura pas lieu... », *RTDE*, 2003, p. 23 ; K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers », *CDE*, 2009, p. 711 ; D. WAELBROECK et T. BOMBOIS, « Des requérants « privilégiés » et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE*, 2014, n° 1, p. 21. et L. COUTRON, « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *AJDA*, 2014, p. 548.

¹³³⁰ Voir F. MARTUCCI et D. RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?*, *op. cit.*, p. 188.

¹³³¹ F. BERROD, « La protection de l'autonomie de l'Union européenne est-elle une condition essentielle de son adhésion à la CEDH ? », *op. cit.*, p. 130.

options sont possibles, soit elle serait constitutive d'un avis simple, qui ne serait donc pas juridiquement contraignant, soit il s'agirait d'un avis conforme et devrait alors être suivi par la Cour EDH et par les États membres de l'Union européenne. Le devenir du recours individuel devant la Cour EDH en cas de constatation de violation par la Cour de justice pendant l'implication préalable n'est pas non plus précisé. Il semble que le recours individuel devienne caduc et que la Cour de justice bénéficie alors d'un « *privilège procédural : si la CJUE annule l'acte pour non conformité aux droits fondamentaux, l'individu n'est plus victime au sens de la CEDH, ce qui aboutit en fait à priver l'individu et au bout du compte la Cour EDH d'un contrôle supplémentaire, alors même que celle-ci a été à l'initiative de la protection de l'autonomie de l'Union* »¹³³². L'implication préalable apparaît comme bénéfique pour l'Union européenne, moins pour les individus.

Même si les motifs invoqués par la Cour de justice dans son avis 2/13 sont nombreux, la question de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union est centrale. Pourtant, « *l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union réclamée par la Cour de justice ne peut pas être la raison pour refuser un tel contrôle externe ; cette autonomie ne pourrait pas être plus forte, vis-à-vis de la Convention, que celle des ordres juridiques nationaux des États membres* »¹³³³. Toutefois, l'autonomie est ce qui pourrait justifier que la Cour de justice s'éloigne de la Convention EDH en cas de droits correspondants reconnus dans la Charte. En effet, l'article 52 § 3 de la Charte sert à mettre en cohérence les deux textes mais la Cour de justice pourrait apporter une interprétation différente d'un droit si l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne est en jeu¹³³⁴.

La conception contentieuse de l'autonomie entraîne l'existence de multiples voies de droit, qui peuvent se concurrencer. Elles permettent probablement une meilleure protection des droits fondamentaux mais risquent d'obscurcir le paysage contentieux européen. L'incohérence du maintien des deux autonomies se constate également dans un cadre non contentieux.

¹³³² *Ibid.*, p. 127.

¹³³³ I. PERNICE, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue. Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014 », *op. cit.*, p. 47.

¹³³⁴ Voir à ce sujet : CJUE, Gde chbr., 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/1 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, point 47.

§2. L'expression non contentieuse de l'autonomie : la position des États tiers et l'insertion de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union

Deux points différents sont abordés pour souligner l'incohérence du discours sur l'autonomie lorsque sont évoqués les rapports entre les deux ordres juridiques européens – et ce en dehors de tout contentieux. D'une part, l'autonomie de l'ordre juridique affirmée au sein du Conseil de l'Europe pourrait aboutir à affaiblir la position de ceux de ses membres qui sont des États tiers à l'Union européenne (A). D'autre part, du point de vue de l'Union, insérer la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union ferait perdre tout l'intérêt d'une autonomie, puisque la Convention EDH ferait partie du droit de l'Union (B).

A. La préservation de l'autonomie hors du système : la place des États tiers

Le Conseil de l'Europe compte 47 États membres dont 20, une fois le Royaume-Uni sorti de l'Union, ne sont pas des États membres de l'Union européenne : « *plus de la moitié des membres est désormais membre de l'UE, l'autre moitié entretenant avec l'Union des liens juridiques de plus en plus étroits, parfois avec le projet d'y adhérer* »¹³³⁵. Ces États tiers ont des positionnements différents vis-à-vis de l'Union : ils peuvent parfois être intéressés par l'organisation en tant que candidats ou bénéficiaires de la politique européenne de voisinage (1). D'autres États n'ont aucune considération envers l'Union européenne et n'apprécient pas nécessairement que l'Union soit présente au sein du Conseil de l'Europe, que ce soit indirectement par le biais de ses États membres ou directement dans le cadre de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH (2).

1. La coopération utilitariste de l'Union envers les États tiers intéressés

La politique européenne de voisinage (PEV) de l'Union européenne concerne 15 États en tout mais seulement 5 États membres du Conseil de l'Europe, à savoir l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Géorgie, la Moldova et l'Ukraine. L'objectif de cette PEV est d'entretenir des liens plus étroits avec ces États voisins de l'Union européenne par le biais de plans d'actions bilatéraux. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a d'ailleurs proposé de

¹³³⁵ C. RAPOPORT, « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 52.

servir de base pour créer une coopération multilatérale et de donner à l'Assemblée parlementaire un « rôle moteur », mais sans succès¹³³⁶. Les plans d'actions bilatéraux contiennent des mesures pour soutenir et accompagner les réformes économiques et démocratiques des États en cause, sans que le but soit nécessairement d'aboutir au statut de candidat. Comme le rappelle l'Assemblée parlementaire, cela correspond au rôle du Conseil de l'Europe, elle « signale que le Conseil de l'Europe sait depuis longtemps assister dans leurs efforts les États ayant pris l'engagement de mettre en place des systèmes démocratiques durables »¹³³⁷. Au stade de son élaboration, cette politique se fait sans l'aide du Conseil de l'Europe, ce qui « traduit bien cette réalité révélatrice de l'attachement de l'UE à son autonomie décisionnelle »¹³³⁸. En revanche, lorsque la PEV est mise en œuvre, l'Union européenne s'appuie sur le Conseil de l'Europe car « la coopération avec le Conseil de l'Europe présente alors plus d'atouts que de dangers »¹³³⁹. Néanmoins, le rôle du Conseil de l'Europe n'est pas mis en avant alors que ses normes sont visées dans les plans d'action : « la conditionnalité politique, qui est une des caractéristiques principales de la PEV, se trouve renforcée par l'insertion, dans les plans d'action, d'obligations de respect effectif des arrêts CEDH, des normes et des recommandations du Conseil de l'Europe »¹³⁴⁰. De plus, la Commission européenne est chargée de collecter des informations sur la bonne mise en œuvre des conventions du Conseil de l'Europe¹³⁴¹. Dans sa recommandation de 2005¹³⁴², l'Assemblée parlementaire estime que le Conseil de l'Europe doit également développer des relations avec les États faisant l'objet de la PEV qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe, particulièrement pour les États du sud de la Méditerranée et du Proche-Orient. Pour cela, l'Assemblée indique qu'un « statut d'observateur rénové ou d'un statut spécial de membre associé »¹³⁴³ pourrait être envisagé. Mais la PEV a échoué à remplir son rôle initial de « créer un espace de stabilité et de prospérité partagée avec ses voisins »¹³⁴⁴, ce qui implique de repenser son fonctionnement. Il est peu probable que le rôle du Conseil de

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 63.

¹³³⁷ Recommandation 1724 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 6 octobre 2005, « Le Conseil de l'Europe et la politique européenne de voisinage de l'Union européenne ».

¹³³⁸ C. RAPOPORT, « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 58.

¹³³⁹ *Ibidem.*

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 67.

¹³⁴² Recommandation 1724 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 6 octobre 2005, « Le Conseil de l'Europe et la politique européenne de voisinage de l'Union européenne ».

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ M.-C. CADILHAC, « L'action extérieure de l'Union européenne. Réforme de la politique de voisinage : premier bilan de la consultation publique », *RTDE*, 2016, n° 1, p. 127.

l'Europe soit souligné ou renforcé lors du renouveau de la PEV. Les futurs candidats à l'adhésion à l'Union européenne s'appuient sur les programmes du Conseil de l'Europe pour satisfaire les conditions permettant de devenir membre de l'Union européenne¹³⁴⁵. Il y a donc une utilisation orientée du Conseil de l'Europe par certains États tiers dans l'objectif de se rapprocher de l'Union européenne, démontrant une mise en commun de fait des deux organisations européennes.

Dans le cadre d'une potentielle adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, sont également ciblés les États membres du Conseil de l'Europe qui sont liés par des accords importants avec l'Union européenne, comme ceux qui portent sur l'espace Schengen ou l'Espace économique européen, ce qui est le cas de la Suisse ou de la Norvège par exemple. Les explications du projet d'accord d'adhésion prennent en compte ces États, sans les associer aux mécanismes privilégiés prévus pour l'Union européenne. En effet, ces explications indiquent simplement que l'Union européenne peut déposer des observations, dans le cadre de la tierce intervention, lorsque ces accords sont en jeu¹³⁴⁶. Il est précisé que « *la question de la demande de l'UE d'être autorisée à intervenir dans ces affaires sera traitée dans des mémorandums d'accord séparés entre l'UE et les États concernés, à leur demande* »¹³⁴⁷.

Enfin, la possibilité plus large d'une adhésion de l'Union européenne au Conseil de l'Europe a pu se poser mais celle-ci pourrait être « *un facteur de mutation du Conseil de l'Europe. D'une enceinte multilatérale, celui-ci deviendrait une enceinte regroupant deux blocs bien identifiés, l'un composé de l'UE et de ses États membres, l'autre des États non membres de l'UE. Le Conseil de l'Europe deviendrait l'enceinte de gestion de ce clivage, constituant à la fois le lieu de son exacerbation et de son dépassement* »¹³⁴⁸. Mais même sans adhérer au Conseil de l'Europe, des clivages auront également lieu en cas d'adhésion *a minima* à la Convention EDH en raison de la participation de l'Union européenne, certes ponctuelle, aux organes du Conseil de l'Europe.

¹³⁴⁵ Voir P. VERON, « La coopération entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 88.

¹³⁴⁶ Comme par exemple dans l'affaire Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/02.

¹³⁴⁷ Point 46 des explications du projet d'accord. Voir également à ce sujet J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 195.

¹³⁴⁸ C. RAPOPORT, « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 80.

2. La participation de l'Union au Conseil de l'Europe et l'autonomie des États tiers

Le Conseil de l'Europe compte une large majorité d'États membres de l'Union européenne parmi ses propres membres. Cela implique de prendre en considération l'organisation, « *sans pourtant lui laisser trop de privilèges, qui seraient immédiatement fustigés par les États tiers à l'Union et parties au Conseil de l'Europe* »¹³⁴⁹. Ainsi, l'Union européenne apparaît explicitement dans quelques conventions, qu'elle est invitée à ratifier soit directement soit après une invitation du Comité des ministres. Un statut d'observateur est même prévu pour l'Union européenne au Comité permanent instauré par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, même si le Comité n'émet que des recommandations et possède des pouvoirs très limités.

En cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, les liens entre l'Union et le Conseil de l'Europe se formaliseraient en raison de la participation des organes du Conseil de l'Europe au fonctionnement de la Cour EDH. Ainsi, un juge de la Cour EDH représenterait l'Union européenne. Celui-ci serait désigné par l'Assemblée parlementaire comme les autres juges. Pour cela, une délégation de l'Union serait composée de 18 représentants, ce qui équivaut à la représentation des États les plus importants démographiquement¹³⁵⁰. Il avait été un temps envisagé que ce juge ne siège qu'aux affaires concernant l'Union européenne¹³⁵¹, mais cette option semble contraire au fonctionnement habituel de la Cour EDH qui implique l'indépendance des juges, qui ne sont donc pas supposés siéger exclusivement lorsque leur État d'appartenance est désigné par un requérant mais pour toutes les affaires. L'Union serait également amenée à siéger au Comité des ministres, lorsque celui-ci endosse son rôle dans le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour EDH. Cette fonction n'est pour l'instant pas spécialement distincte des autres fonctions mais en cas d'adhésion de l'Union, le Comité des ministres serait obligé de bien différencier ses rôles et de préciser les règles de vote, « *le premier projet prévoyait que les décisions pourraient être acquises si elles étaient approuvées par une majorité de parties non membres de l'Union. Cette formule était difficilement acceptable par l'Union puisqu'elle avait pour*

¹³⁴⁹ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double “je” des identités européennes », *op. cit.*, p. 36.

¹³⁵⁰ Voir T. LOCK, « Walking on a tightrope : The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order », *op. cit.*, p. 1009.

¹³⁵¹ Voir J. P. JACQUÉ, « The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *op. cit.*, p. 1009.

effet de neutraliser sa participation et qu'elle pouvait constituer un dangereux précédent »¹³⁵². La représentation de l'Union au sein du Comité des ministres pourrait entraîner une domination des débats si l'organisation prévoit de faire bloc avec ses États membres. Les États tiers souhaitent que, lorsque l'Union européenne est présente pour des affaires qui concernent les États tiers, il n'y ait aucune obligation pour l'Union et ses États membres d'adopter une position coordonnée¹³⁵³. À l'inverse, cela signifie bien que l'Union pourrait prévoir une position coordonnée lorsque sont en cause des affaires la concernant. Finalement, les règles prévues sont assez complexes et diffèrent selon le type de décision envisagée – résolution finale, demande d'interprétation, etc. « *Dans les affaires mettant en cause l'Union, un accord a été trouvé sur le fait que pour les résolutions finales du Comité des ministres qui mettent fin à l'affaire parce que l'arrêt a été exécuté, une très large majorité soit nécessaire, raison pour laquelle ces résolutions seront adoptées à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité et des quatre cinquièmes des votants. Par contre, les résolutions demandant à la Cour l'interprétation d'un arrêt ou initiant une procédure en manquement seront adoptées par une minorité d'un quart des représentants. Pour une demande d'informations ou des questions de procédure, un cinquième des représentants suffira. Cette solution évite de singulariser l'Union, et permet aussi d'éviter qu'un vote en bloc de celle-ci et de ses États membres puisse paralyser le système* »¹³⁵⁴.

De plus, toujours en cas d'adhésion, les États tiers pourraient poursuivre l'Union européenne au titre de l'article 33 de la Convention EDH qui prévoit un recours « interétatique ». Celui-ci serait modifié, selon le projet d'accord d'adhésion, en « Affaire entre les parties » afin de permettre les recours contre et par l'Union européenne. L'idée d'un État tiers qui estime que des actes de l'Union européenne ne sont pas conformes aux droits fondamentaux s'oppose à l'autonomie revendiquée par l'Union européenne mais reste cohérente avec l'esprit de la Convention EDH : les « *États parties sont les dépositaires et les gardiens d'un patrimoine commun bénéficiant d'une garantie collective* »¹³⁵⁵.

¹³⁵² J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 195.

¹³⁵³ Voir T. LOCK, « Walking on a tightrope : The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order », *op. cit.*, p. 1010.

¹³⁵⁴ J. P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 195.

¹³⁵⁵ H. LABAYLE et F. 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 ? », *op. cit.*, p. 3.

Même sans adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, l'influence de l'Union se ressent dans le Conseil de l'Europe. « *La « valeur ajoutée » du Conseil de l'Europe pourrait être cette composition élargie, pour un partenariat sur un pied d'égalité, mais la Russie fait surtout sentir sa puissance de nuisance [...] Ainsi, non seulement les États membres de l'Union européenne constituent le “noyau dur” de l'intégration européenne, avec ses éléments les plus riches, les plus puissants et les plus engagés, mais le Conseil de l'Europe est de plus en plus dépassé par leur dynamisme, réduit désormais à un rôle quelque peu périphérique comme une sphère d'influence extérieure, dans une Europe à sphères concentriques* »¹³⁵⁶. Finalement, l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne semble moins importante lorsqu'il s'agit d'influencer les États tiers à l'Union. Enfin, cette autonomie est relative lorsque l'insertion de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union est envisagée concrètement, voire inexistante pour l'ordre juridique de la Convention EDH.

B. Une autonomie affaiblie par l'insertion de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union européenne

Pour être adoptés par l'Union, les accords internationaux doivent respecter l'autonomie de son ordre juridique¹³⁵⁷. Tout accord international intégré à l'ordre juridique de l'Union européenne en fait pleinement partie, tout en y occupant une place particulière. Selon la jurisprudence, ils sont inférieurs au droit primaire mais supérieurs au droit dérivé¹³⁵⁸. C'est également le sort qui devrait être réservé à la Convention EDH, ce qui signifie qu'elle peut être invoquée à l'encontre d'autres normes de droit dérivé (1) mais pas de droit primaire. Cela est étonnant au vu du contenu de la Convention EDH dont les droits fondamentaux sont par essence des normes du niveau du droit primaire (2).

¹³⁵⁶ E. DECAUX, « L'ordre juridique de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 736.

¹³⁵⁷ Voir la prise de position de l'avocat général Julian KOKOTT, 13 juin 2014, ECLI:EU:C:2014:2475, dans l'avis 2/13, point 159.

¹³⁵⁸ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 75. Voir également J. RIDEAU, « Accords internationaux », *op. cit.*, point 591 : « *La doctrine a parfois fondé la supériorité des accords sur le droit dérivé sur la disposition selon laquelle les accords lient les institutions et les États membres (actuel art. 216-2 TFUE). La jurisprudence varie entre les silences et des citations de cette disposition. Le principe a été affirmé de manière particulièrement nette dans l'affaire Intertanko* ».

1. La Convention EDH opposable au droit dérivé de l'Union européenne

Une fois intégrés, les accords internationaux font pleinement partie de l'ordre juridique de l'Union mais reçoivent un traitement quelque peu différent¹³⁵⁹. « *Par principe, l'invocabilité du droit conventionnel est subordonnée à son effet direct lorsqu'un requérant s'en prévaut devant la Cour de justice à une fin autre qu'interprétative* »¹³⁶⁰. Le juge de l'Union estime que les accords doivent répondre aux conditions de l'effet direct qu'il vérifie en trois étapes¹³⁶¹. Tout d'abord, il faut déterminer si l'Union est bien liée par l'accord, ensuite que l'accord n'exclut pas son applicabilité directe par sa nature, son économie ou ses termes et enfin que la disposition invoquée répond aux critères techniques de l'applicabilité directe, c'est-à-dire qu'elle comporte une obligation claire, précise et inconditionnelle. Appliqué à la Convention EDH, l'effet direct est déjà constaté par les États parties au texte. Les requérants pourraient donc s'appuyer sur la Convention EDH dans leur demande de renvoi préjudiciel, ce qui est déjà le cas, mais également pour des recours en annulation, voire des recours en responsabilité contre l'Union européenne. De façon plus originale, les institutions pourraient également invoquer les dispositions de la Convention EDH pour demander l'annulation d'un acte, ou encore comme fondement d'un recours en manquement. En pratique, le contentieux des accords internationaux porte plus fréquemment sur des questions d'annulation des accords de conclusion, sur la compétence de l'Union pour adopter l'accord ou encore sur la base juridique de son adoption que sur l'annulation d'actes de droit dérivé contraires à des accords internationaux. Les exemples sont ainsi rares, la Convention d'Aarhus¹³⁶² et les accords OMC ont déjà été invoqués mais sans succès en raison de l'absence de dispositions claires, précises et inconditionnelles¹³⁶³. La Cour de justice ouvre tout de même la possibilité de contourner cette condition si l'acte de droit dérivé met directement en œuvre une

¹³⁵⁹ Voir A. BERRAMDANE, « Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 280.

¹³⁶⁰ J. F. DELILE, « L'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité des actes de l'Union européenne. État des lieux à l'occasion des arrêts *Verniging Milieudéfensie* et *Stichting Natuur en Milieu* », *CDE*, 2005, n° 1, p. 158.

¹³⁶¹ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, aff. jtes 21/72 à 24/72, *Rec.* p. 1219. Voir également CJUE, Gde chbr., 16 juillet 2015, *Commission c/ Rusal Armenal*, aff. C-21/14 P, ECLI:EU:C:2015:494, point 37.

¹³⁶² Voir CJUE, 16 juillet 2015, *ClientEarth*, aff. C-612/13 P, ECLI:EU:C:2015:486 ou CJUE, Gde chbr., 13 janvier 2015, *Conseil et Commission c/ Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network europe*, aff. C-404/12 P, ECLI:EU:C:2015:5.

¹³⁶³ Voir CJUE, Gde chbr., 16 juillet 2015, *Commission c/ Rusal Armenal*, aff. C-21/14 P, préc.

disposition de la convention¹³⁶⁴.

La Cour de justice a un droit d'interprétation lorsque l'accord est applicable, notamment afin d'assurer une application uniforme des accords internationaux¹³⁶⁵. C'est ici l'autonomie des accords internationaux qui peut être mis en cause par l'interprétation de la Cour de justice. Il faut imaginer la possibilité que la Cour de justice se retrouve face à une question qui n'a pas encore été tranchée par la Cour EDH sur le texte de la Convention EDH et qu'elle soit obligée de statuer. Pour la Cour de justice, l'avis consultatif prévu par le protocole n° 16 aurait alors une utilité particulière. De plus, la juridiction de l'Union peut également interpréter les décisions des organes institués par des accords internationaux¹³⁶⁶, ce qui impliquerait l'interprétation des arrêts de la Cour EDH. Ensuite, en cas d'interprétation novatrice ou différente, cela peut poser des difficultés aux États tiers à l'Union européenne mais parties à la Convention EDH¹³⁶⁷. Ainsi, la Cour a précisé « *qu'elle respectait l'autonomie de la volonté des parties et [...] le pouvoir des institutions de conclure des accords liant les États et les institutions, les mesures d'exécution de ces accords incombant selon les cas aux institutions ou aux États qui, en assurant le respect des engagements découlant d'un accord conclu par les institutions, remplissent une obligation non seulement par rapport aux pays tiers concernés mais également et surtout par rapport à la Communauté qui assume la responsabilité de la bonne exécution de l'accord* »¹³⁶⁸. Pour aller plus loin dans ce rôle interprétatif, la Cour de justice a sanctionné l'Irlande pour avoir soumis un différend entre certains États membres concernant le droit de la mer au Tribunal sur le droit de la mer prévu par la Convention des Nations Unies et non à la Cour de justice¹³⁶⁹. Cette sanction intervient car la Cour de justice considère que le contentieux relevait de la compétence de l'Union. Un tel cas de figure ne paraît pas probable dans le cas de la Convention EDH car les droits fondamentaux en tant que tels ne relèvent pas de la compétence de l'Union européenne.

¹³⁶⁴ Voir CJUE, Gde chbr., 13 janvier 2015, *Conseil et Commission c/ Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network europe*, préc., point 48 ou encore Voir CJUE, 16 juillet 2015, *Commission c/ Rusal Armenal*, préc., point 46.

¹³⁶⁵ CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman II*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449.

¹³⁶⁶ J. RIDEAU, « Accords internationaux », *op. cit.*, point 493.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ CJCE, Gde chbr., 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, *Rec.* p. I.4635, points 94, 120, et 121.s

La Convention EDH serait considérée comme un accord mixte¹³⁷⁰, ce qui signifie que le sujet de l'accord concerne des compétences des États et de l'Union et les questions relatives à cette nature portent sur la possibilité pour la Cour de justice d'interpréter la totalité de l'accord¹³⁷¹. En l'occurrence, les États membres sont formellement impliqués par le traité et matériellement, la Cour de justice va interpréter le texte, ce qu'elle doit déjà faire en partie en raison du mécanisme des droits correspondants prévu à l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux. La revendication de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union serait alors beaucoup moins utile. En cas d'insertion dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la Convention EDH serait considérée comme inférieure au droit primaire, comprenant la Charte des droits fondamentaux.

2. La Convention EDH soumise au droit primaire de l'Union européenne

L'accord international intégré à l'ordre juridique de l'Union reste soumis au droit primaire. En théorie, l'affirmation est cohérente. D'une part, c'est le droit primaire qui permet la conclusion d'accords internationaux, et d'autre part, les dispositions des traités ne sont pas supposées être révisées trop facilement du fait de leur statut de normes suprêmes. En revanche, appliqué à la Convention EDH, cela signifie que les droits fondamentaux qu'elle protège seraient inférieurs aux droits fondamentaux de la Charte, laquelle renvoie à la Convention EDH. Le constat vaut pour les PGD¹³⁷², même si leur place hiérarchique n'est pas toujours facile à déterminer. *A priori*, les PGD reconnaissant des droits fondamentaux ont une valeur de droit primaire et sont donc équivalents aux traités, alors qu'ils prennent leur source dans la Convention EDH. Si le texte est intégré dans l'ordre juridique de l'Union, il faudrait donc considérer qu'un instrument à valeur de droit primaire, le PGD, est supérieur à une norme de laquelle il tire sa source. La même incohérence juridique vaut pour la Charte des droits fondamentaux qui prévoit à l'article 52 § 3 un mécanisme des droits correspondants. Selon les explications du *Praesidium*, les droits reconnus dans la Charte ayant un équivalent dans la Convention EDH ont le même sens et la même portée que leurs « correspondants » protégés par la Convention telle qu'interprétée par la Cour EDH. De nouveau, sur le terrain d'une hiérarchie des normes formelle, reconnaître que le sens d'une

¹³⁷⁰ E. NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1.

¹³⁷¹ J. RIDEAU, « Accords internationaux », *op. cit.*

¹³⁷² *Ibidem* et CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c/ Conseil, aff. C-122/95, *Rec.* p. I-973.

disposition de droit primaire dépend de celle d'une norme inférieure démontre un certain désordre normatif.

Il y a un non-sens à estimer que la Convention EDH est un accord international classique qui s'insère dans l'ordre juridique de l'Union comme les autres accords. « *La place qu'occupera la Convention européenne au sein de l'ordre juridique de l'Union en cas d'adhésion n'est donc pas facile à déterminer* »¹³⁷³. Le plus logique serait de considérer le contenu de l'accord et non plus son seul statut d'accord international, « *lorsque la Cour est amenée à trancher une contradiction entre deux normes dans un conflit où sont en cause, d'une manière ou d'une autre, des droits fondamentaux, la hiérarchie utilisée suppose une approche en termes de contenu de la norme et non plus de « contenant* »¹³⁷⁴. Une autre théorie propose de reconnaître des « normes-reflet »¹³⁷⁵, c'est-à-dire de normes qui reprennent la substance d'une autre. Cette approche se manifeste particulièrement dans le cas de rapports de systèmes. En effet, le « *constat d'un reflet normatif permet d'adopter un mode de raisonnement original et de lever certaines incertitudes quant aux rapports entre ces systèmes* ». À titre de comparaison, le problème se pose de façon similaire entre une directive et sa loi de transposition identique. Les deux normes ont le même contenu mais pas la même place hiérarchique, ce qui correspond bien à un reflet et non un simple doublon. Pragmatique, cette approche propose de ne considérer qu'une seule norme puisque la substance des deux est la même, ce qui peut fonctionner pour les normes équivalentes de la Charte et de la Convention EDH mais plus difficilement pour celles qui n'ont pas été désignées comme équivalentes et les nombreuses dispositions novatrices de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Pourtant, il avait été envisagé un temps de limiter la portée de l'adhésion à l'intégration formelle de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union européenne¹³⁷⁶. Cela aurait empêché la Cour EDH de procéder à un contrôle des actes de l'Union, mais permis des recours directs devant la Cour de justice fondés sur la Convention EDH, assurant éventuellement une place plus grande à la protection des droits fondamentaux dans l'Union.

¹³⁷³ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁷⁴ E. NOVIC, « La Cour de justice des Communautés européennes face aux carences de l'ordre juridique international », *CDE*, 2009, n° 3/4, p. 390.

¹³⁷⁵ F. BRUNET, « La norme-reflet – Réflexions sur les rapports spéculaires entre normes juridiques », *RFDA*, 2017, p. 85.

¹³⁷⁶ Voir F. MARTUCCI et D. RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 191.

Néanmoins, avec la reconnaissance de la valeur contraignante de la Charte, cette option semble insuffisante et inutile.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH impliquerait l'intégration de cette dernière dans l'ordre juridique de l'Union. La revendication de l'autonomie aurait alors moins d'intérêt pour l'Union européenne. Toutefois, cela ne permettrait pas nécessairement de constater une plus grande cohérence de cet ensemble normatif, notamment en raison du statut d'accord international dont bénéficierait la Convention EDH, qui la placerait alors en dessous du droit primaire de l'Union européenne mais au dessus du droit dérivé.

Ainsi, l'organisation de l'autonomie des deux ordres juridiques met en avant certaines incohérences et brouille la vision d'ensemble du système. En effet, le paysage contentieux européens pourrait devenir encore plus complexe qu'il ne l'est déjà et les considérations non contentieuses révèlent des difficultés d'ordre juridique. Par exemple, l'insertion de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union pose des questions en termes de hiérarchie des normes au sein de cet ordre. L'autonomie est à la fois un obstacle et un paramètre du système européen de protection des droits fondamentaux, en tant que donnée incontournable.

Conclusion de Chapitre

Le concept d'autonomie a une résonance plus importante dans l'ordre juridique de l'Union que dans celui du Conseil de l'Europe. Même si ce constat n'implique pas nécessairement une réflexion hiérarchique, il faut tout de même constater que le Conseil de l'Europe peine à se construire une identité forte face à l'Union européenne. Il y a bien deux organisations en cause, « *pourtant le Conseil de l'Europe reste un forum quand l'UE devient un acteur du droit international* »¹³⁷⁷. Ses actions sont moins visibles, par exemple pour les décisions du Comité EDS, qui ne font pas l'objet de commentaires aussi développés que ceux de la Cour EDH, mais également pour les ratifications des conventions qui sont moins fréquentes et qui paraissent moins contraignantes lorsqu'elles comportent une clause de déconnexion. « *Le Conseil de l'Europe qui s'est longtemps perçu comme l'âme de l'Europe, en est réduit à un rôle marginal, comme une sorte d'agence spécialisée en matière de coopération juridique, les "conventions et accords européens" constituant des instruments privilégiés de codification régionale, à l'échelle de tout le continent* »¹³⁷⁸. Il faut prendre en compte la nature différente des deux organisations, l'une vouée à l'intégration et l'autre à la coopération, ce qui affecte les pouvoirs qu'ont les institutions de chaque organisation. La cohésion est moins forte au sein du Conseil de l'Europe, « *l'Assemblée est souvent divisée et le Comité des ministres ne suit pas toujours les recommandations à l'Assemblée* »¹³⁷⁹, tandis que les institutions de l'Union ont mis en place une procédure de trilogue afin de définir des compromis sur les législations à adopter.

Le déséquilibre entre les deux organisations passe également par une prise en compte asymétrique de l'autre. « *Le Conseil de l'Europe entretient une certaine méfiance et beaucoup d'intérêt envers l'UE, en atteste le nombre important de références dont il dispose sur celle-ci et sur les relations entre les deux organisations, alors que la documentation relative au Conseil de l'Europe et aux relations entre les deux organisations est beaucoup moins fournie au sein de l'UE, qui s'intéresse très peu aux activités du Conseil de*

¹³⁷⁷ P. DURAND, « La gestion du conflit de normes entre les conventions du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 150.

¹³⁷⁸ E. DECAUX, « L'ordre juridique de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », *op. cit.*, p. 736.

¹³⁷⁹ B. WASSENBERG, « Les relations entre Conseil de l'Europe et l'Union européenne : entre concurrence et coopération de 1949 à nos jours », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, *op. cit.*, p. 21.

l'Europe »¹³⁸⁰. Est-ce à dire que le système européen de protection des droits fondamentaux n'existe pas car l'autonomie de l'Union européenne est si importante que toute idée même de superposition est impossible ? Une autre option serait de considérer que le système devrait avoir pour vocation d'absorber le Conseil de l'Europe en se concentrant alors sur les États européens au sens de l'Union européenne, comprenant peut-être ceux qui font l'objet de la PEV. Une voie encore différente serait d'estimer que le système européen peut préserver l'autonomie de l'Union, en la prenant en compte comme paramètre et renforcer l'influence du Conseil de l'Europe. Malgré cette vision pessimiste des relations entre les deux organisations, il ne faut pas oublier qu'elles partagent un même objectif européen : « *une sorte de foi commune en une coopération harmonieuse, fondée sur de solides fondements de défiance réciproque non assumée* »¹³⁸¹. Finalement, « *l'autonomie des ordres juridiques se conjugue désormais avec leur interdépendance* »¹³⁸² et la direction partagée par les deux organisations européennes permet probablement de lever les obstacles à un rapprochement de chaque organisation dans le sens d'un système européen de protection des droits fondamentaux.

¹³⁸⁰ T. COURCELLE, « Le Conseil de l'Europe et ses limites. L'organisation paneuropéenne en pleine crise identitaire », *Hérodote*, 2005, n° 118, p. 52.

¹³⁸¹ F. BERROD, « Une Europe, deux Cours ou le double "je" des identités européennes », *op. cit.*, p. 29.

¹³⁸² C. GREWE, « Repenser les fondements des rapports de système », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 551.

Conclusion de Titre

Avec la démarche d'identification du système européen de protection des droits fondamentaux, s'est révélée l'existence d'obstacles qui pourraient handicaper la vision d'ensemble. En premier lieu, la question de la délimitation du territoire européen pose en réalité celle du champ d'application des droits fondamentaux européens. En effet, en application de la jurisprudence extensive de la Cour EDH, même si celle-ci reste fluctuante, de nombreuses actions en dehors de l'espace géographique européen pourraient être prises en compte. Le développement des relations extérieures de l'Union s'accompagnerait d'un contrôle du respect des droits fondamentaux et *in fine* d'une exportation des valeurs européennes. Le phénomène de « *développement des situations d'application extraterritoriale de certaines normes* »¹³⁸³ correspond à une globalisation du droit. Ces signes de « *déterritorialisation* » du droit doivent être compensés par l'observation de ce que le droit global, en vérité, construit ses propres territorialisations »¹³⁸⁴. En revanche, cela impliquerait une potentielle charge supplémentaire importante concernant le volume d'affaires pour la Cour EDH.

Dans un second temps, les velléités d'autonomie de chacun des ordres gênent la possibilité d'une cohésion d'ensemble. Cette autonomie, entendue comme l'exigence de s'auto-déterminer, entraîne le rejet de l'autre Europe, spécifiquement du côté de l'Union européenne. C'est en tout cas le message véhiculé par la Cour de justice dans son avis 2/13. Ainsi, « *s'il n'y pas une Europe des droits de l'homme, c'est peut-être parce qu'il y en a deux qui ne font que cumuler leurs limites et leur absence de volonté* »¹³⁸⁵.

Cependant, ces obstacles peuvent être dépassés. L'assise géographique incertaine peut être affinée au fur et à mesure de décisions prises par les juges. De plus, cette incertitude existe déjà pour chacun des ordres juridiques, voire pour les États. Par conséquent, il s'agit d'un paramètre du système plus que d'un handicap. Ensuite, l'autonomie est un critère pour déterminer qu'il existe un système, aux côtés des critères de pluralité et de stabilité. L'obstacle existe car ce n'est pas l'autonomie du système qui est revendiquée mais celle de

¹³⁸³ J.-B. AUBY, « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique ? », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 275.

¹³⁸⁴ *Ibidem*.

¹³⁸⁵ P.-H. IMBERT, « Le Conseil de l'Europe. 60 ans d'indifférence respectueuse », *AFRI*, 2010, p. 451.

chacun des ordres juridiques, semblant empêcher toute réunion. Cette autonomie peut être incluse, voire valorisée, à condition d'admettre qu'elle ne doit pas s'opposer à l'ordre juridique européen mais éventuellement se réaliser contre les ordres juridiques internationaux ou nationaux.

Conclusion de Partie

L'identification du système européen de protection des droits fondamentaux est une première étape utile, qui a pour objectif, d'une part, de démontrer que ce système existe et, d'autre part, d'en distinguer les contours. Les deux acteurs européens du système, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, sont devenus des organisations incontournables, même si le Conseil de l'Europe paraît être plus faible que l'Union européenne. C'est par le biais de la protection des droits fondamentaux que les deux organisations européennes s'imposent dans le paysage européen. L'émergence du système est visible par la connexion existante entre les deux organisations, sur un niveau institutionnel, juridictionnel ou encore matériel. Les juges européens se retrouvent ainsi dans une situation innovante et paradoxale : ils font face à des circonstances de fait qui nécessitent de prendre en compte l'existence de l'autre organisation ce qui les obligent à trouver des solutions.

L'absence d'organisation politique de ces rapports inter-organisationnels entraîne deux conséquences. D'une part, chacun des ordres a sa propre conception de son autonomie. Cependant, cette autonomie peut être considérée comme un paramètre dans le système, ce dernier ayant l'avantage d'être une construction mouvante, pouvant s'appuyer sur des entités autonomes. D'autre part, la dimension territoriale du système est incertaine mais, de nouveau, la structure permet de s'habituer à cet obstacle. Le territoire incertain et l'autonomie deviennent des éléments, des paramètres du système européen de protection des droits fondamentaux. Ainsi, son identification repose principalement sur la connexion établie entre les deux ordres juridiques européens.

Une fois le système européen de protection des droits fondamentaux identifié, il est possible de se concentrer sur les effets de celui-ci qui se révèlent au niveau des ordres juridiques nationaux et européens.

Partie 2. Les effets du système européen de protection des droits fondamentaux sur les différents ordres juridiques

L'identification du système européen de protection des droits fondamentaux permet de mieux cerner les acteurs qui font fonctionner le système, comprenant principalement l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Ces deux organisations européennes sont ainsi les piliers fondateurs du système qui se superpose à leurs ordres juridiques. Le système emporte ensuite des conséquences sur les ordres juridiques européens dans une sorte de mouvement circulaire.

L'Union européenne et le Conseil de l'Europe ne sont cependant pas les seuls piliers fondateurs du système. Un troisième acteur d'importance est également impliqué. Il s'agit des États membres communs aux deux organisations européennes et de leurs ordres juridiques nationaux. Ces derniers ne sont pas les initiateurs du système, ou indirectement par l'adoption des traités fondateurs et par l'absence d'organisation des rapports inter-organisationnel, mais ils en subissent les conséquences.

Le système européen de protection des droits fondamentaux a ainsi des effets sur les ordres juridiques de chacun des acteurs, au niveau national (Titre 1) et au niveau européen (Titre 2).

TITRE 1. LES EFFETS DU SYSTEME SUR L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

L'ordre juridique national, comme les ordres juridiques européens, est à la fois une donnée du système et un bénéficiaire de celui-ci. Le système européen de protection des droits fondamentaux affecte l'ordre juridique national par le croisement de deux principes qui irriguent les ordres juridiques européens. Autrement dit, les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont deux éléments essentiels dans chacun des ordres juridiques européens, ce qui les place au cœur du système. En tant que tel ils ont ensuite des effets, dans leur considération croisée, sur les ordres juridiques nationaux.

La subsidiarité et la proportionnalité sont désignées en tant que principes juridiques dans le cadre de cette étude car elles semblent fondamentales pour instaurer une méthode de raisonnement commune. La notion de principe peut être ambivalente, renvoyant à des questions de morale ou de logique, mais sert ici à désigner des propositions essentielles au système.

La subsidiarité et la proportionnalité sont souvent associées, alors que leur signification et leur application est assez éloignée. Par exemple, la Commission européenne a institué fin 2017 une « *task force subsidiarité, proportionnalité et « faire moins de manière plus efficace* »¹³⁸⁶ qui a rendu un rapport final sur ces questions en juillet 2018. L'un des objectifs de cette *task force* est de déterminer des actions permettant de « re-déléguer » certaines politiques au niveau des États membres de l'Union ou encore de trouver des manières de simplifier la législation de l'Union. Les deux principes, de subsidiarité et de proportionnalité, sont ainsi liés dans une même direction, celle de l'amélioration de la législation de l'Union européenne.

¹³⁸⁶ Voir à ce sujet le communiqué de presse de la Commission européenne, du 10 juillet 2018, IP/18/4393. La *task force* est composée de trois membres de parlements nationaux (Autriche, Bulgarie et Estonie) et de trois représentants du Comité européen des régions.

Dans le cadre du système européen de protection des droits fondamentaux, les deux principes sont à distinguer car leurs effets ne sont pas les mêmes. Le principe de subsidiarité est un élément plus utile pour les ordres juridiques nationaux (Chapitre 1) que le principe de proportionnalité qui semble mieux maîtrisé par les ordres juridiques européens, échappant aux juges nationaux (Chapitre 2).

Chapitre 1. La subsidiarité : un principe au profit des autorités nationales

Comme d'autres notions européennes¹³⁸⁷, le principe de subsidiarité est une notion polysémique, qui ne fait pas l'objet d'une définition unique autonome. En effet, le terme de subsidiarité peut recouvrir plusieurs réalités d'un ordre juridique à l'autre, voire au sein d'un même ordre, « *la doctrine est unanime pour observer, que suivant l'approche adoptée, la subsidiarité peut signifier une chose et son contraire* »¹³⁸⁸. La principale difficulté tient à l'origine plus politique du principe – voire issu de la philosophie politique¹³⁸⁹ ou philosophie sociale¹³⁹⁰ – que juridique. La subsidiarité s'exprime en premier dans la pratique religieuse, pour organiser les rapports entre l'Église catholique et les églises locales¹³⁹¹, avec des mentions dans la pensée grecque¹³⁹². Cette circonstance brouille la compréhension du principe, « *la subsidiarité n'est pas un principe cartésien et le juriste français ne s'y retrouve pas* »¹³⁹³. Pourtant, l'idée de subsidiarité est au cœur de la décentralisation et du fédéralisme¹³⁹⁴, qui sont des phénomènes juridiques. Malgré sa polysémie et son origine politique, c'est un principe omniprésent, « *le succès de la notion de subsidiarité réside dans l'ambiguïté et dans l'équivoque qu'elle fait naître* »¹³⁹⁵. Le principe se retrouve même mentionné dans les constitutions allemande (article 23 de la Loi fondamentale) et française (article 88-6), par exemple pour l'organisation des rapports entre l'État et l'Union européenne. Ainsi, le principe de subsidiarité participe « *à l'élaboration du droit ; il n'est pas un principe constitutionnel mais plutôt un principe supra-constitutionnel* »¹³⁹⁶.

Dans le cadre européen, « *la subsidiarité est invoquée tantôt pour justifier la*

¹³⁸⁷ Voir *supra*, par exemple dans le Chapitre 1 avec le terme de « compétences ».

¹³⁸⁸ S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998, n° 1 et 2, p. 48.

¹³⁸⁹ V. MICHEL, « La subsidiarité », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 613.

¹³⁹⁰ F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in *Le principe de subsidiarité*, F. DELPÉRÉE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 22.

¹³⁹¹ *Ibidem*, pp. 8 et s.

¹³⁹² J.-B. DONORIO, « La subsidiarité à la mode européenne », *LPA*, 23 juin 1995, n° 75, p. 28.

¹³⁹³ G. DRAGO, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDC*, 1994, p. 585.

¹³⁹⁴ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, Paris, 1997, pp. 31 et s.

¹³⁹⁵ S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*

¹³⁹⁶ K. LENARTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *CDE*, 1994, p. 10.

préservation des pluralismes nationaux, tantôt pour légitimer un renforcement de la construction communautaire ou l'édification d'une grande Europe des droits de l'homme »¹³⁹⁷. Ainsi, le même principe soutient deux mouvements, à savoir une préservation des compétences nationales et à l'inverse, un accroissement des pouvoirs des institutions et juridictions européennes. Ces deux mouvements sont illustrés par les deux organisations européennes, Union européenne et Conseil de l'Europe, dans leurs relations avec les ordres juridiques nationaux. La subsidiarité semble y être employée dans deux directions différentes : ascendante pour l'Union européenne, descendante pour le Conseil de l'Europe. Cependant, l'analyse dans chacun des ordres juridiques européens de l'approche retenue permet de constater l'existence de points de rapprochement. En effet, dans les deux cas, les autorités nationales ont une responsabilité importante au sein du système européen de protection des droits fondamentaux, ce qui nécessite des règles d'articulation. Ainsi, le principe de subsidiarité se décline sous différentes formes, « *principe d'articulation, principe technique de répartition des compétences ou règle de distribution des rôles et des attributions dans le cadre de la mise en œuvre effective des droits fondamentaux* »¹³⁹⁸. C'est un principe primordial, la subsidiarité s'applique à tous les domaines mais occupe une place particulièrement importante en matière de protection des droits fondamentaux. Il faut alors s'intéresser à la compréhension que donne chaque ordre juridique européen de ce principe de subsidiarité souple¹³⁹⁹, élastique et réversible¹⁴⁰⁰ dans le système européen de protection des droits fondamentaux, qui peut être qualifiée de double subsidiarité (Section 1) pour ensuite analyser les outils de contrôle à dispositions, comprenant l'équivalence de protection pour veiller au respect du principe de subsidiarité (Section 2).

¹³⁹⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n° 1 et 2, p. 28.

¹³⁹⁸ S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 60.

¹³⁹⁹ G. VANDERSANDEN, « Considérations sur le principe de subsidiarité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 197.

¹⁴⁰⁰ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Journées juridiques franco-polonaises, Mare & Martin, Paris, 2013 p. 174.

Section 1 : La double subsidiarité du système européen de protection des droits fondamentaux

Dans ses origines latines, la subsidiarité s'inscrit parfaitement dans le cadre du droit international car la notion implique l'idée « *de non-intervention ou de non-ingérence (la subsidiarité stricto sensu ou « subsidiarité négative ») et de capacité d'intervention en cas de défaillance (le principe de suppléance ou « subsidiarité positive »)* »¹⁴⁰¹. Ainsi exprimé, le principe de subsidiarité est un outil logique pour organiser les rapports entre des ordres juridiques et pour justifier une action commune au niveau européen ou au contraire maintenir, voire encourager des initiatives locales ou nationales¹⁴⁰².

Au cœur de l'idée de subsidiarité se trouvent deux pouvoirs qui, pour s'entendre, doivent être articulés. La subsidiarité se comprend alors de deux façons : d'un côté, le pouvoir national doit intervenir en premier. Telle est l'approche du Conseil de l'Europe, laquelle peut être qualifiée de subsidiarité-complémentarité¹⁴⁰³ ou de subsidiarité-descendante. Pour expliciter l'image, il faut s'imaginer que le niveau européen se situe en haut, car supranational, et le niveau national en bas. Les niveaux s'articulent par le biais de la subsidiarité, même si la question est parfois envisagée de façon horizontale. Dans ce cas, la notion s'inscrit « *dans une perspective fondamentalement linéaire et fonctionne selon un schéma séquentiel, pour ainsi dire mécanisé : la défaillance ou la carence d'un système de protection, celui qui vient en première ligne, déclenche la mise en œuvre d'un autre système de protection, celui qui le suit en ordre immédiatement subsidiaire. La subsidiarité véhicule ainsi l'idée de prépondérance. [...] En d'autres termes, la subsidiarité suppose un étagement formel, donc un cloisonnement, entre les droits fondamentaux, selon l'ordre juridique auquel ils se rattachent* »¹⁴⁰⁴. Présentée ainsi, l'image linéaire rejoint celle verticale dans l'idée

¹⁴⁰¹ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 16. L'auteur précise les origines latines : « *les subsidia désignaient des troupes de réserve et le terme subsidium l'idée de secours ou d'appui* ».

¹⁴⁰² Voir notamment S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 60, pour qui la subsidiarité n'est pas une particularité européenne mais fonctionne pour toutes les conventions internationales et la mise en œuvre internationale de la responsabilité de l'État.

¹⁴⁰³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁴⁰⁴ M. VERDUSSEN, « Interactions normatives et jurisprudentielles dans la protection des droits fondamentaux en Belgique : subsidiarité et circularité », in *La conciliation des droits et libertés dans les*

d'un effet domino pour le déclenchement des niveaux. Ce n'est que si le premier niveau n'est pas pertinent qu'il faut envisager le niveau suivant dans une sorte de réaction en chaîne. De l'autre côté, l'Union européenne envisage le principe comme désignant le pouvoir le plus à même d'agir ainsi que pour justifier son action. Il s'agit d'une subsidiarité-concurrence¹⁴⁰⁵ que l'on pourrait qualifier de subsidiarité-ascendante. Ainsi, le même terme ne s'entend pas exactement de la même façon dans chacun des deux ordres juridiques européens (§1), ce qui peut complexifier le travail du juge national, qui agit comme réceptacle de chacune des acceptions (§2). Enfin, le principe peut aussi être considéré comme neutre : « *dénué d'une tendance préférentielle au centralisme ou décentralisme* »¹⁴⁰⁶. La subsidiarité a alors un double sens et c'est dans ce cadre que se rejoignent les deux organisations européennes dans leur conception de la subsidiarité.

§1. La subsidiarité au sens de chacun des ordres juridiques européens

La notion même de subsidiarité présente des réalités différentes mais les deux ordres juridiques européens ont en commun un phénomène de formalisation du principe. Initialement implicite, les États ont souhaité l'inscrire explicitement dans les textes fondateurs de chaque ordre. Cette institutionnalisation démontre que le principe de subsidiarité tend à devenir « *une règle fondatrice de l'ordonnement constitutionnel dans son ensemble* »¹⁴⁰⁷, une règle qui peut être qualifiée de constitutionnelle. Cette formalisation souligne la volonté de donner plus d'importance aux autorités nationales, car celles-ci sont plus à même de comprendre les besoins nationaux. Mais ce phénomène a aussi pu être rattaché à des considérations de légitimité démocratique¹⁴⁰⁸, notamment car l'idée est de garantir que « *la décision collective soit prise en respectant le plus possible la volonté de*

ordres juridiques européens, L. POTVIN-SOLIS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 496.

¹⁴⁰⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁴⁰⁶ G. VANDERSANDEN, « Considérations sur le principe de subsidiarité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 197-198.

¹⁴⁰⁷ Y. GAUDEMET, « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », in *Mélanges Paul Amssele*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 316.

¹⁴⁰⁸ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 91. C. FASONE, « Competing Concepts of Subsidiarity in the Early Warning System », in *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, M. CARTABIA, N. LUPO et A. SIMONCINI (dir.), Il Mulino, Bologne, 2013, p. 160, l'auteur mentionne la théorie de McCormick selon laquelle le déficit démocratique serait en réalité un déficit de subsidiarité.

l'individu »¹⁴⁰⁹. Pour le Conseil de l'Europe, la subsidiarité est une nécessité car le droit qui y est créé est incomplet par nature¹⁴¹⁰.

Le principe de subsidiarité est utilisé dans les deux directions, une direction descendante qui favorise l'action nationale et une direction ascendante qui valorise l'action européenne. Les deux ordres juridiques connaissent ces directions ainsi que la neutralité potentielle de la subsidiarité, autrement dit sans tendance préférentielle. Toutefois, il semble que dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, plus particulièrement visible avec la Convention EDH et la jurisprudence de la Cour EDH, l'approche de la subsidiarité soit descendante (A), tandis que l'Union européenne utilise notamment le principe de subsidiarité pour justifier son action (B).

A. La subsidiarité *a priori* descendante dans la Convention EDH

Le principe de subsidiarité se situe clairement au cœur de l'ordre juridique de la Convention EDH même si le texte de la Convention EDH ne contient, pour l'instant, aucune référence au principe. Ainsi, « *la difficulté principale du discours de la subsidiarité dans le système conventionnel tient à son manque de fondement théorique clair* »¹⁴¹¹. Le protocole n° 15 innove en mentionnant directement la subsidiarité (1), alors que la Convention EDH ne contient que des expressions de la subsidiarité, particulièrement dans sa dimension procédurale. Toutefois, la Cour EDH a très rapidement développé une jurisprudence autour du principe (2).

¹⁴⁰⁹ É. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 272.

¹⁴¹⁰ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, PUF, 2^e éd., 2011, Paris, p. 480.

¹⁴¹¹ É. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 271.

1. La subsidiarité textuelle : une innovation

L'inscription textuelle de la subsidiarité est un phénomène contemporain, au centre du protocole n° 15, ouvert à la signature le 24 juin 2013¹⁴¹², qui a pour objet de modifier la Convention EDH sur plusieurs aspects dont l'insertion du principe dans le Préambule de la Convention EDH. Il faut préciser que, selon la Cour EDH, « *le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte. En outre, il offre d'ordinaire une grande utilité pour la détermination de l'« objet » et du « but » de l'instrument à interpréter* »¹⁴¹³. Ce protocole fait suite à la déclaration de Brighton de 2012, dans le cadre de la Conférence pour l'avenir de la Cour EDH, pour rappeler que la Convention EDH « *constitue le fondement et non pas la finalité de la protection des droits de l'homme* »¹⁴¹⁴ et vise « *la garantie de standards essentiels* »¹⁴¹⁵. Avant que le Préambule ne soit modifié, le principe de subsidiarité s'exprimait indirectement dans le texte de la Convention EDH, de façon procédurale, avec la condition d'épuisement des voies de recours interne pour saisir la Cour EDH¹⁴¹⁶, la nécessaire qualité de victime¹⁴¹⁷ ou encore le bref délai entre la décision de dernière instance nationale et la saisine de la Cour EDH. Ce dernier point est d'ailleurs modifié par le protocole n° 15, qui réduit le délai de six à quatre mois. Le protocole change également la conception de la règle du préjudice important, insérée par le protocole n° 14. En principe, des litiges concernant des préjudices faibles peuvent être considérés comme irrecevables à moins que la question ne présente un intérêt important sur le terrain des droits fondamentaux ou qu'elle n'ait pas pu être traitée par des juridictions internes. Cette dernière condition est supprimée par le protocole n° 15, ce qui souligne la direction que souhaitent prendre les États parties, vers plus de confiance envers les juridictions nationales puisque la Cour EDH peut rejeter une requête même si elle n'a apparemment pas eu de réception au niveau national. Cette

¹⁴¹² Protocole n° 15 portant amendement à la Convention EDH, STCE n° 213. Au 30 juillet 2018, 43 États parties sur 47 ont ratifié le protocole. Les quatre restants sont : la Bosnie-Herzégovine, l'Italie, la Grèce et l'Espagne.

¹⁴¹³ Cour EDH, Ass. plén., 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, point 34.

¹⁴¹⁴ J. MASING, « Unité et diversité dans la protection européenne des droits fondamentaux », *RDP*, 2016, n° 2, p. 623.

¹⁴¹⁵ *Ibidem*.

¹⁴¹⁶ Voir à ce sujet : O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in *L'Europe de la subsidiarité*, M. VERDUSSEN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 63 et suivantes.

¹⁴¹⁷ Voir : Cour EDH, Gde chbr., 2 novembre 2010, *Sakhnovski c/ Russie*, req. n° 21272/03, point 83, concernant la qualité de victime : « *Pour déterminer si le requérant conserve ou non cette qualité, la Cour envisage la procédure dans son ensemble, y compris celle qui a suivi la réouverture. Cette approche permet de ménager un équilibre entre le principe de subsidiarité et l'effectivité du mécanisme de la Convention* ».

modification démontre une « *interprétation paradoxale du principe de subsidiarité. Celui-ci peut être interprété comme permettant à la Cour de pallier les défaillances des tribunaux nationaux. Or le protocole n° 15 exclut dorénavant cet aspect de la fonction de la CEDH* »¹⁴¹⁸. L'exclusion du versant ascendant de la subsidiarité n'emporte pas la conviction sur le terrain de la protection des droits fondamentaux car une affaire minime pécuniairement peut ne jamais être traitée par aucune juridiction. En dehors de la recevabilité, le caractère secondaire de la satisfaction équitable¹⁴¹⁹, qui ne doit intervenir qu'en cas d'impossibilité de *restitutio in integrum*, illustre également la subsidiarité du pouvoir de sanction de la Cour EDH. Cette dernière a aussi précisé que le pouvoir d'enquête de la Cour EDH, prévu à l'article 38 de la Convention EDH, ne contredit pas le principe de subsidiarité car il ne remplace pas le contrôle national mais se place dans le cadre du contrôle européen¹⁴²⁰. Le protocole n° 15 a pour objectif de corriger cet aspect purement procédural pour ériger la subsidiarité en « *principe fondateur du système conventionnel* »¹⁴²¹. Il semble d'ailleurs étonnant que le protocole n'ait pas été ratifié rapidement après son adoption en 2013. En tant que protocole d'amendement, il est nécessaire que tous les États parties le ratifient pour qu'il puisse entrer en vigueur. Étant donné qu'il emprunte la voie d'un retour vers plus de subsidiarité-descendante, il aurait dû emporter la conviction de nombreux États.

En revanche, le concept de subsidiarité n'apparaît pas ni dans les autres conventions¹⁴²², ni dans le statut du Conseil de l'Europe. C'est particulièrement frappant en ce qui concerne la Charte sociale européenne car elle est également accompagnée d'un

¹⁴¹⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Cour européenne des droits de l'homme, cour éminente des droits de l'Homme dans la construction européenne – Quelques réflexions sur les protocoles n° 15 et n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 10 mars 2014, n° 49, p. 6.

¹⁴¹⁹ Article 41 de la Convention EDH : « *Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable* ».

¹⁴²⁰ Cour EDH, 12 avril 2005, *Chamaïev e. a. c/ Géorgie et Russie*, req. n° 36378/02, point 500 : « *En effet, la mission d'enquête de la Cour ne substitue pas au contrôle national le contrôle européen institué par la Convention, mais constitue une mesure de procédure dans le cadre de celui-ci. Par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de limites (article 53 de la Convention)* ».

¹⁴²¹ F. SUDRE, « La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2013, p. 1912.

¹⁴²² Même si la Cour EDH a pu mentionner dans un arrêt la subsidiarité dans la Convention d'Oviedo, le terme n'apparaît pas dans le texte même : Cour EDH, Gde chbr., 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, req. n° 46450/11, point 24 : « *L'article 18 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine [...] affirme l'application du principe de subsidiarité en établissant que le paramètre juridique essentiel à prendre en compte est le droit interne de l'État membre concerné* ».

mécanisme de réclamation collective. Il aurait semblé opportun de souligner le caractère subsidiaire de l'action du Comité EDS, spécifiquement dans le domaine sensible des droits sociaux. Le phénomène d'inscription de la subsidiarité est plutôt récent, comme le démontre le protocole n° 16, qui mobilise le principe dès son Préambule¹⁴²³, car l'avis consultatif prévu par ce protocole est un « *outil de consolidation du principe de subsidiarité juridictionnelle* »¹⁴²⁴. En effet, l'opportunité pour les plus hautes juridictions nationales de saisir la Cour EDH, afin d'éclairer un point de droit, a pour objectif d'intensifier le dialogue entre les juges et d'accentuer le rôle constitutionnel de la Cour EDH¹⁴²⁵. *In fine*, le pouvoir interprétatif revient à la Cour EDH qui agit de façon complémentaire même si le caractère facultatif de l'avis consultatif renforce l'idée de subsidiarité¹⁴²⁶. Ainsi, laisser aux juridictions européennes le pouvoir final d'interprétation permet d'assurer une uniformisation dans l'application du droit européen. Cette démarche s'inscrit dans un processus inversé que celui voulu initialement – à savoir une subsidiarité descendante – et fait remonter le pouvoir décisionnel au niveau européen. Néanmoins, le juge des droits de l'homme a développé une jurisprudence soulignant plutôt le phénomène descendant du principe de subsidiarité.

2. La subsidiarité prétorienne : une existence ab initio

Le principe de subsidiarité a été rapidement découvert par la Cour EDH qui considère que « *la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État [...] Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* »¹⁴²⁷. La juridiction estime

¹⁴²³ Protocole n° 16 à la Convention EDH, STCE n° 214, entré en vigueur le 1^{er} août 2018 à la suite des dix premières ratifications (Albanie, Arménie, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Lituanie, Saint-Marin, Slovaquie et Ukraine). Toutefois, il faut préciser que la subsidiarité n'apparaît pas dans les articles du protocole ni dans son avis explicatif.

¹⁴²⁴ M.-C. RUNAVOT, « Le protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n° 1, p. 77. Voir également l'avis de la Cour EDH rendu en Assemblée plénière le 6 mai 2013, disponible sur le site www.echr.coe.int, qui indique que le protocole met en œuvre « *la Convention conformément au principe de subsidiarité* », point 4.

¹⁴²⁵ Voir le rapport explicatif sur le protocole n° 16, disponible sur le site du Conseil de l'Europe (www.coe.int).

¹⁴²⁶ Voir le document de réflexion de la Cour EDH sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, #3853040, disponible sur www.coe.int, point 32 : « *Si la compétence consultative de la Cour était élargie, il devrait, dans un souci de respect du principe de subsidiarité, être facultatif pour les juridictions nationales de demander un avis consultatif* ».

¹⁴²⁷ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, point 10.

que le principe de subsidiarité puise son fondement dans l'article 1, relatif à la juridiction des États, et l'article 19, qui institue la Cour EDH, de la Convention EDH et qu'il est un pilier du texte¹⁴²⁸. Le rôle de la Cour est de contrôler la conformité de mesures nationales avec les exigences de la Convention EDH. Toutefois, traditionnellement, « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* »¹⁴²⁹. Ce dernier point a évolué avec la procédure des arrêts pilotes¹⁴³⁰, dans lesquels la Cour EDH conseille précisément quel type de mesure interne permettrait de corriger la défaillance systémique face aux droits fondamentaux. Cette intrusion vise tant les mesures générales que la réparation individuelle à prévoir. L'objectif que le juge européen présente est de souligner la responsabilité première des États contractants¹⁴³¹. Initialement, la juridiction intervient « *comme juge de la seule sanction conventionnelle, la Cour européenne se doit donc de limiter son contrôle et ne pourra constater que l'absence de conformité de la mesure individuelle interne* »¹⁴³², voire attribuer une satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention EDH¹⁴³³. La procédure des arrêts pilotes illustre au contraire le phénomène ascendant de la subsidiarité, dans lequel le juge européen, qui s'estime alors mieux placé, indique aux autorités nationales quelles actions doivent être menées, entraînant des accusations d'activisme judiciaire¹⁴³⁴. Les arrêts pilotes sont « *une relativisation manifeste de l'exercice plein et entier de compétences*

¹⁴²⁸ Cour EDH, Gde chbr., 15 mars 2012, *Austin e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 39692/09, point 61 : « *À cet égard, la Cour rappelle que dans le cadre du système de la Convention elle est appelée à jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme. Découlant d'une lecture combinée des articles 1 et 19 de la Convention, la subsidiarité est l'un des piliers de la Convention* ».

¹⁴²⁹ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, préc., point 10.

¹⁴³⁰ Cour EDH, Gde chbr., 28 septembre 2005, *Broniowski c/ Pologne*, req. n° 31443/96.

¹⁴³¹ J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, München, 2000, p. 153. Voir également Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens c/ Royaume-Uni*, req. n° 60041/08, point 108 : « *Un autre but important poursuivi par la procédure d'arrêt pilote est d'inciter l'État défendeur à trouver, au niveau national, une solution aux nombreuses affaires individuelles nées du même problème structurel, donnant ainsi effet au principe de subsidiarité qui est à la base du système de la Convention* ».

¹⁴³² S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 78.

¹⁴³³ Voir par exemple : Cour EDH, Gde chbr., 12 mars 2014, *Kuric c/ Slovénie*, req. n° 26826/06, point 141 : « *La Grande Chambre observe à cet égard que, conformément au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation qui en découle, le montant des indemnités accordées au niveau national à d'autres personnes touchées, dans le cadre des mesures générales prises en vertu de l'article 46 de la Convention, relève de l'appréciation de l'État défendeur, pour autant que ce montant soit compatible avec l'arrêt de la Cour ordonnant ces mesures* ».

¹⁴³⁴ S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 83.

théoriquement subsidiaires reconnues aux autorités nationales »¹⁴³⁵.

Une autre façon de percevoir la question est de considérer que la Cour EDH tend à concevoir la subsidiarité comme l'Union européenne, donc à apprécier l'échelon le plus adapté pour corriger la violation du droit, de façon neutre. Ainsi, les assouplissements des règles procédurales de subsidiarité par la Cour EDH ne seraient pas des affaiblissements¹⁴³⁶ mais la possibilité de contrôler la subsidiarité « dans sa « face positive » de suppléance, et ceci au nom de la recherche du « bien commun » ou, si l'on préfère, de l'effectivité des droits protégés par la Convention »¹⁴³⁷. La Cour EDH a d'ailleurs développé dans sa jurisprudence un principe d'effectivité des droits qui peut s'interpréter comme s'opposant directement à la subsidiarité ou au contraire comme constituant un outil à disposition de la Cour EDH permettant de la moduler. Dans tous les cas, en souhaitant inscrire dans le Préambule le principe de subsidiarité, la priorité est donnée à celle-ci en écartant l'effectivité qui « entre en concours avec le principe de la subsidiarité, dont les États parties auront beau jeu de souligner qu'il est, lui, inscrit dans le Préambule et qu'issu d'un protocole d'amendement, il traduit l'intention des parties »¹⁴³⁸. Enfin, le principe de subsidiarité paraît avoir suivi, voire dirigé, l'évolution de la Cour EDH dans sa jurisprudence. Ainsi, il y aurait plusieurs phases de la Cour EDH : « à une première phase de « subsidiarité-préservation » (de la souveraineté des États) semble avoir succédé une phase de « subsidiarité-conquérante », le principe de suppléance étant alors parfois poussé dans ses limites les plus « extrêmes » au nom de l'édification par la Cour de Strasbourg d'un « droit commun des droits de l'homme ». [...] la troisième et dernière période [...] serait donc celle d'un retour à une « subsidiarité-préservation », étant précisé cependant qu'il s'agirait moins cette fois de préserver les États parties, que le système de protection lui-même »¹⁴³⁹.

Adaptée à l'idée de mouvements verticaux, la subsidiarité aurait d'abord été descendante, puis ascendante et comprendrait maintenant les deux aspects, dans le sens

¹⁴³⁵ *Ibid.*, p. 84.

¹⁴³⁶ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 31.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹⁴³⁸ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 242.

¹⁴³⁹ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, pp. 35-36.

d'une certaine neutralité. Cette conception, ajustée en fonction des circonstances et des objectifs à atteindre, se rapproche de celle de l'Union européenne.

B. La subsidiarité *a priori* ascendante dans l'Union européenne

Le principe de subsidiarité au sein de l'Union européenne ne peut pas être abordé de façon identique à la Convention EDH. Son respect s'impose dès l'adoption de normes par les institutions qui ne peuvent légiférer qu'à condition d'être les plus pertinentes pour agir dans le cadre des compétences partagées prévues à l'article 4 TFUE, conformément à l'article 2 § 2 TFUE. La subsidiarité intervient alors comme clé de répartition du pouvoir¹⁴⁴⁰. Ce principe est un « *fil directeur pour le législateur européen lorsqu'il fait œuvre constituante [...] pour les États membres réunis en conférence intergouvernementale* »¹⁴⁴¹. Au niveau de la Convention EDH, il n'existe que des compétences partagées¹⁴⁴², soumises au principe de subsidiarité-descendante, les autorités nationales auront *a priori* toujours le premier mot et plus de pouvoir¹⁴⁴³. Un phénomène est commun aux deux ordres juridiques, celui du besoin des États d'inscrire dans les textes le principe de subsidiarité, témoignant d'une envie de retourner vers plus de pouvoir décisionnaire national. Ainsi, les fondements de la subsidiarité se précisent dans le droit primaire (1) et servent de fondement essentiel au droit dérivé (2).

¹⁴⁴⁰ Voir K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du Traité CE », *CDE*, 1994, p. 8.

¹⁴⁴¹ W. VAN GERVEN, « Les principes de « subsidiarité, proportionnalité et coopération » en droit communautaire européen », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 1284.

¹⁴⁴² J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in *L'Europe de la subsidiarité*, M. VERDUSSEN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 17.

¹⁴⁴³ Voir l'arrêt de la Cour EDH, Gde chbr., 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie*, req. n° 36813/97, point 140, dans lequel la Cour a jugé qu'en vertu de l'article 1^{er} de la Convention, la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention reviennent au premier chef aux autorités nationales et que le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme et J.-M. SAUVÉ, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 1368.

I. Le principe structurel de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union européenne

Même si le terme lui-même n'était pas présent dans les textes *ab initio*, il a toujours été au cœur de la construction de l'Union comme un « *simple principe de bon sens* »¹⁴⁴⁴ et de « *confiance réciproque* »¹⁴⁴⁵. Il faut cependant mentionner un arrêt du Tribunal de l'Union de 1995 qui indique que le principe de subsidiarité n'est applicable qu'à compter de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht et que le principe n'a pas d'effet rétroactif¹⁴⁴⁶. En effet, les traités fondateurs et leurs premières modifications ne contiennent pas de référence expresse à la subsidiarité. C'est l'Acte unique européen qui insère le principe, spécifiquement pour la politique environnementale¹⁴⁴⁷, puis la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux le mentionne dans son Préambule¹⁴⁴⁸. C'est ensuite l'article 5 du traité de Maastricht qui propose une consécration générale et formelle du principe concernant la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres, qui correspond actuellement à l'article 5 § 3 TUE. « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Le principe de subsidiarité est également inscrit dans le Préambule du traité de Lisbonne dans le dernier considérant dédié à l'objectif de la construction d'une union sans cesse plus étroite¹⁴⁴⁹. Toujours couplé avec le principe d'attribution des compétences, celui de subsidiarité sert à légitimer l'action de l'Union européenne ou au contraire à

¹⁴⁴⁴ F. DINTILHAC, « Subsidiarité », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en septembre 2012, voir le point 11, qui cite notamment la communication de la Commission européenne du 27 octobre 1992 à ce sujet.

¹⁴⁴⁵ G. VANDERSANDEN, « Considérations sur le principe de subsidiarité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 197.

¹⁴⁴⁶ TPICE, 21 février 1995, *SPO e. a. c/ Commission*, aff. T-29/92, *Rec.* p. II-289, point 330.

¹⁴⁴⁷ C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCLET*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 439.

¹⁴⁴⁸ J.-B. D'ONORIO, « La subsidiarité à la mode européenne », *LPA*, 23 juin 1995, n° 75, p. 28.

¹⁴⁴⁹ La subsidiarité a été associée à la création d'une union sans cesse plus étroite à compter du traité de Maastricht. Voir le dernier considérant du Préambule du traité de Lisbonne : « *RÉSOLUS à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité* ».

l'empêcher¹⁴⁵⁰. La rédaction de ce principe dans les traités permet de « *présenter comme résolument cumulatives les deux conditions que sont la « défaillance » du niveau englobé et la « plus-value » du niveau englobant* »¹⁴⁵¹. Le principe de subsidiarité est ainsi utilisé au sujet des compétences partagées et complémentaires¹⁴⁵² mais est écarté pour ce qui est des compétences exclusives. Pour les compétences partagées, le principe de subsidiarité « *ne trace pas une frontière rigide entre les compétences des États membres et celles de la Communauté mais permet d'organiser, pour chaque domaine de compétence concurrente, un partage qui peut varier dans le temps suivant les circonstances et les nécessités des objectifs visés* »¹⁴⁵³. La présence du principe dans les traités prend en compte les versants à la fois ascendants et descendants de la subsidiarité¹⁴⁵⁴, même si la formulation vient plutôt accentuer la fonction descendante, en donnant priorité aux États membres. L'article 5 § 3 TUE invite d'ailleurs l'Union européenne à agir en cas d'insuffisance, « *dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante* ». Les États semblent avoir la compétence de droit commun¹⁴⁵⁵, alors qu'ils dépendent de l'absence d'action de l'Union européenne selon l'article 2 § 2 TFUE¹⁴⁵⁶, donc d'une version plutôt ascendante du principe.

En dehors de ces mentions explicites, le concept de subsidiarité est concrétisé dans différents aspects du droit de l'Union européenne présents dans le traité de Lisbonne. Ainsi, « *la directive, le principe de reconnaissance mutuelle, l'article 235 (art. 308), les règles minimales et de minimis, la condition d'affectation du commerce entre les États membres ou*

¹⁴⁵⁰ Il faut d'ailleurs mentionner le projet Spinelli, fondé sur la résolution du Parlement européen du 6 juillet 1982, PE 79.284, qui a été mal accueilli au Conseil car il n'associait pas suffisamment les chefs d'États, qui proposait un fédéralisme européen dans les années 80 et qui avait déjà pris en compte le principe de subsidiarité au sujet des compétences « concurrentes » entre États membres et Union européenne et pour les compétences réservées aux États.

¹⁴⁵¹ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁴⁵² Article 6 TFUE.

¹⁴⁵³ J. MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité », *RMCUE*, 1992, n° 4, p. 197.

¹⁴⁵⁴ M. DELMAS-MARTY, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *RSC*, 2016, p. 447.

¹⁴⁵⁵ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 6e éd., 2016, p. 499.

¹⁴⁵⁶ Article 2 § 2 TFUE : « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne* ».

encore l'exigence d'un effet transnational »¹⁴⁵⁷ sont autant de signes de la subsidiarité dans l'Union. L'article 352 TFUE, qui prévoit que l'Union peut agir même si aucun pouvoir ne lui a été reconnu, lorsque cela semble nécessaire et sous certaines conditions de vote, fait également partie des expressions de la subsidiarité. Cet exemple illustre la subsidiarité en faveur de l'Union européenne, qui peut être qualifiée de subsidiarité-centralisatrice¹⁴⁵⁸ ou ascendante, en même temps que la subsidiarité en faveur des autorités nationales puisque le texte prévoit un contrôle politique des actes émanant de cet article¹⁴⁵⁹. Mais la subsidiarité est aussi présentée comme un « *garde-fou général* »¹⁴⁶⁰, ce qui peut expliquer la vision restrictive de l'accès au recours en annulation pour les personnes physiques ou morales. Ces derniers sont des requérants ordinaires au sens de l'article 263 TFUE et n'ont pas d'accès privilégié au prétoire de la Cour de justice car ils sont supposés s'adresser en premier lieu à leurs juridictions nationales.

Enfin, un accord de 1993 appelé « *Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité* », adopté en application du traité de Maastricht, précise au sujet du principe de subsidiarité que la Commission européenne doit veiller à sa bonne application dans l'exercice de son droit d'initiative législative. En cela, le principe de subsidiarité est envisagé comme un principe structurel de l'Union, voire constitutionnel, qui préside à l'élaboration du droit¹⁴⁶¹, et qui doit servir de code de bonne conduite aux trois institutions politiques¹⁴⁶², qu'elles doivent prendre en compte comme élément de droit primaire qui commande l'adoption du droit dérivé.

2. La subsidiarité : élément essentiel de justification du droit dérivé

La Commission européenne s'est imposée l'obligation de justifier le respect du

¹⁴⁵⁷ F. DINTILHAC, « Subsidiarité », *op. cit.*, § 11.

¹⁴⁵⁸ J.-B. D'ONORIO, « La subsidiarité à la mode européenne », *op. cit.*

¹⁴⁵⁹ Article 352 § 2 TFUE : « *La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article* ».

¹⁴⁶⁰ K. LENARTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁶¹ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », in *L'Europe de la subsidiarité*, M. VERDUSSEN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 137.

¹⁴⁶² C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 6^e éd., 2016, p. 502.

principe de subsidiarité dans les propositions législatives et non-législatives¹⁴⁶³. En effet, « *les services de la Commission prévoient l'insertion systématique d'un considérant « subsidiarité » dans les propositions, en allant ainsi au-delà de la jurisprudence de la Cour, qui considère que celui-ci n'est pas nécessaire si l'ensemble des motifs montrent d'une manière claire et non équivoque que le test de subsidiarité a été effectué* »¹⁴⁶⁴. La Commission européenne a ainsi adopté un document de travail afin de déterminer si la proposition passe le test de subsidiarité¹⁴⁶⁵. Ce test comprend trois étapes : la première consiste à cibler le type de compétence en jeu. Si elle est exclusive, le test n'a pas à être poursuivi puisque le principe de subsidiarité ne doit être respecté que pour les compétences partagées ou complémentaires. Si la proposition affecte ce dernier genre de compétence, il convient au titre de la deuxième étape de justifier l'intérêt pour l'Union à agir. Ainsi, « *les situations qui présentent de l'intérêt pour l'Union mettent en général en jeu des effets transfrontaliers (comme la pollution de l'air) ou des obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. Plus cet intérêt est élevé, moins une action entreprise au niveau des États membres seuls peut être considérée comme suffisante* »¹⁴⁶⁶. La Commission européenne doit justifier l'inefficacité d'une action nationale en illustrant les limites que celle-ci peut rencontrer. La troisième et dernière étape pose la question de la valeur ajoutée d'une action européenne, il faut alors identifier des bénéfices clairs en faveur de l'action européenne. À ce stade, les deux critères de la subsidiarité, à savoir l'insuffisance du niveau étatique et l'amélioration qualitative de l'action européenne¹⁴⁶⁷, sont envisagés. En amont, conformément au protocole n° 2 sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité de Lisbonne, les consultations publiques ainsi que les études d'impact¹⁴⁶⁸, lancées par la Commission, visent, en outre, à recueillir l'avis des parties

¹⁴⁶³ Voir à ce sujet le rapport annuel 2015 de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité du 15 juillet 2016, COM(2016) 469 final, p. 3.

¹⁴⁶⁴ Voir V. ADAM, C. BLUMANN et L. CAPPELLETTI, « Commission européenne », *ADUE*, 2016, p. 454, qui cite la jurisprudence CJCE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-233/94, *Rec.* p. I-2405.

¹⁴⁶⁵ Document de travail de la Commission, SWD(2015)110 final.

¹⁴⁶⁶ Voir V. ADAM, C. BLUMANN et L. CAPPELLETTI, « Commission européenne », *op. cit.*, p. 462, voir l'article 5 du protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

¹⁴⁶⁷ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 2016, 6e éd., p. 499-500.

¹⁴⁶⁸ Voir à ce sujet L. DI DONATO, « Impact Assessment and Control of the Compliance with the Principle of Subsidiarity in the EU », in *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, M. CARTABIA, N. LUPO et A. SIMONCINI (dir.), Il Mulino, Bologne, 2013, p. 119.

intéressées sur l'application du principe de subsidiarité¹⁴⁶⁹.

De façon plus globale, la Commission européenne a adopté en 2002 le programme « Mieux légiférer »¹⁴⁷⁰, suivi d'une communication pour améliorer la réglementation datant du 19 mai 2015¹⁴⁷¹, puis d'un accord interinstitutionnel du 13 avril 2016¹⁴⁷². Ce dernier présente notamment le principe de subsidiarité comme un principe général du droit, au même titre que la légitimité démocratique et le principe de proportionnalité¹⁴⁷³. Pour atteindre l'objectif fixé d'une meilleure législation, la Commission européenne étend la pratique des analyses d'impact, renouvelle ses procédures de consultation et invite surtout les institutions légiférantes et les États membres à participer à ce processus¹⁴⁷⁴. La démarche de la Commission intègre évidemment le principe de subsidiarité en rappelant notamment sa volonté de ne proposer des législations que sur des thématiques importantes¹⁴⁷⁵. La mise en place de la plateforme REFIT¹⁴⁷⁶, le programme pour une réglementation affûtée et performante, permet d'établir un lien entre l'Union et la société civile pour tendre vers une simplification de la législation. La société civile est associée à l'évaluation de la législation existante et à son potentiel réexamen. Si la subsidiarité n'est pas le but premier de cette surveillance, elle en fait partie¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁶⁹ Voir V. ADAM, C. BLUMANN et L. CAPPELLETTI, « Commission européenne », *op. cit.*, p. 435.

¹⁴⁷⁰ Communication de la Commission, du 5 juin 2002, « Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM(2002) 278 final.

¹⁴⁷¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité social européen et au Comité des régions, du 19 mai 2015, « Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE », COM(2015) 215 final.

¹⁴⁷² Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer » du 13 avril 2016, *JOUE* n° L 123, 12 mai 2016, p. 1.

¹⁴⁷³ *Ibidem*, point 2 de l'accord : « *les trois institutions conviennent de respecter les principes généraux du droit de l'Union, tels que la légitimité démocratique, la subsidiarité et la proportionnalité ainsi que la sécurité juridique* ». La qualification de la subsidiarité comme principe général du droit est d'ailleurs critiquable : « *Certains arrêts semblent faire du principe de subsidiarité un « principe général » sans véritablement réussir à convaincre sur la réalité et la pertinence d'une telle qualification. En effet, la transversalité nécessaire à la reconnaissance d'un principe comme principe général du droit semble faire défaut à la subsidiarité ; d'une part, et comme on l'a souligné précédemment, elle ne concerne pas tous les actes de droit dérivé ; d'autre part, il semble difficile d'admettre son invocabilité par les particuliers, même s'il est des principes généraux du droit, à l'image du principe d'équilibre institutionnel, dont l'invocabilité par les particuliers a été exclue* », voir B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, p. 329.

¹⁴⁷⁴ A. ALEMANNI, « Dans quelle mesure le « Mieux légiférer » est-il meilleur ? Une première analyse de l'impact de la nouvelle initiative « Mieux légiférer » sur l'Union européenne », *RDUE*, 2015, n° 4, p. 513.

¹⁴⁷⁵ Le respect du principe de subsidiarité est aussi lié à la critique de la multiplication et de la technicité des décisions de l'Union européenne.

¹⁴⁷⁶ Décision de la Commission du 19 mai 2015 instituant la plateforme REFIT, COM(2015) 3261 final.

¹⁴⁷⁷ Voir par exemple le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 18 novembre 2015, sur l'évaluation REFIT de la directive 91/477/CE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, telle que modifiée par la directive 2008/51/CE du 21 mai 2008,

Le principe de subsidiarité a donc été intégré plus rapidement dans les textes fondateurs de l'Union que dans la Convention EDH et il s'agit d'un élément constamment vérifié par la Commission européenne dans sa démarche législative. Les difficultés à donner une définition unique du principe de subsidiarité, voire à le considérer comme un principe juridique démontrent l'étendue du principe et la complexité pour en saisir les contours, « à bien des égards, ce principe semble donc laisser une grande marge de manœuvre aux autorités chargées de l'interpréter et/ou de l'appliquer »¹⁴⁷⁸. Servant parfois à valoriser l'action nationale, d'autres fois à encourager l'action européenne, la subsidiarité s'exprime dans deux sens tout en étant un principe essentiel des ordres juridiques européens. Elle est ainsi « potentiellement porteuse d'un effet « intégrateur » comme « décentralisateur »¹⁴⁷⁹. Sa neutralité la rend parfois insaisissable et cette polysémie complique le travail des autorités nationales au premier rang desquelles le juge national.

§2. La réception de la double subsidiarité européenne par les ordres juridiques nationaux

Le principe de subsidiarité régit fondamentalement la question de la répartition des compétences dans les deux ordres juridiques européens entre le niveau européen et le niveau national, de façon ascendante ou descendante, il s'agit d'un « vecteur d'efficacité »¹⁴⁸⁰. La subsidiarité est parfois neutre et peut simplement impliquer que le niveau européen ne peut pas agir et que le niveau national doit alors avoir les moyens de remplir la mission conférée par les autorités européennes. Le juge national, ainsi que les autorités nationales, pourront récupérer des pouvoirs qu'ils n'auraient pas en dehors de ce contexte, ce qui paraît être une conséquence positive (A). Néanmoins, ces pouvoirs s'accompagnent de responsabilités. En effet, la bonne application du droit européen se fait sous le contrôle des juges européens (B).

COM(2015) 751 final qui indique le principe de subsidiarité est déjà respecté (point 32).

¹⁴⁷⁸ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 17.

¹⁴⁷⁹ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 90.

¹⁴⁸⁰ J.-M. SAUVÉ, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 1368.

A. Une conséquence positive pour les ordres juridiques nationaux

Clairement, l'office du juge bénéficie du principe de subsidiarité qui imprègne les deux ordres juridiques européens, par une augmentation de son pouvoir. « *C'est l'effet inverse de la subsidiarité : le tribunal interne est certes le juge du droit commun du droit communautaire et de la Convention, mais, s'il en est ainsi, il faut alors le doter de capacités nécessaires pour appliquer ces dispositions d'une manière efficace* »¹⁴⁸¹. Lorsque le juge national est le juge de droit commun du système européen de protection des droits fondamentaux au nom du principe de subsidiarité¹⁴⁸², il a le pouvoir d'écarter des normes nationales ne respectant pas les droits fondamentaux européens. Ce pouvoir est une conséquence du principe de primauté affirmé avec force par la Cour de justice¹⁴⁸³ et de la supériorité des règles internationales sur les règles internes¹⁴⁸⁴. Néanmoins, le préalable nécessaire pour cette augmentation de pouvoir est que le litige en cause se place dans le champ d'application du système (1). Une fois le droit européen applicable, le juge peut être obligé de l'appliquer en soulevant d'office le droit issu du système européen de protection des droits fondamentaux (2).

1. La clé de voûte du pouvoir du juge national : le champ d'application du droit européen

Le champ d'application d'un système axé sur les droits fondamentaux est très large. Du côté de l'Union européenne, la question de ce champ d'application peut être complexe. Il faut tout d'abord que le droit de l'Union soit applicable pour s'intéresser au respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Le principe énoncé à l'article 51 de la Charte est la « *mise en œuvre du droit de l'Union* »¹⁴⁸⁵, formule qui n'est pas aussi claire qu'elle pourrait

¹⁴⁸¹ J. RUDEVSKIS, « L'application du principe de subsidiarité par les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg : une comparaison générale », *Baltic Yearbook of International Law*, 2004, p. 146.

¹⁴⁸² Voir notamment F. SUDRE, « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 824 ou G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolance » des juges », *RSC*, 2005, n° 4, p. 809.

¹⁴⁸³ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629 et CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

¹⁴⁸⁴ Voir l'article 55 de la Constitution française ou encore l'article 94 de la Constitution néerlandaise aux Pays-Bas : « *Les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun* ».

¹⁴⁸⁵ L'avocat général Kokott relève que la version allemande de la Charte parle de « *Durchführung* », ce qui

le paraître car issue d'un compromis entre les États membres¹⁴⁸⁶. En effet, ceux-ci ont accepté l'idée d'un regroupement de droits fondamentaux en un seul texte mais refusent que cela entraîne une extension des compétences de l'Union dans ce domaine. Concrètement, la mise en œuvre du droit de l'Union nécessite un lien de rattachement avec le droit de l'Union¹⁴⁸⁷, ce qui peut être réalisé par l'application directe du droit primaire, des règlements ou les transpositions de directives. L'absence de transposition n'empêche pas pour autant de se placer dans le champ d'application du droit de l'Union pour des réglementations nationales portant sur le sujet de la directive¹⁴⁸⁸. De façon moins directe, une action ou une norme nationale qui déroge aux libertés de circulation relève aussi de la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁴⁸⁹. Enfin, lorsqu'un État agit dans le cadre d'une marge d'appréciation prévue par une réglementation de l'Union, il reste dans le champ d'application du droit de l'Union¹⁴⁹⁰. En revanche, la question peut se poser de savoir si les dispositions de la Charte peuvent être une source pour la mise en œuvre du droit, question qui n'est pas encore tranchée ni soulevée¹⁴⁹¹. Seules les situations purement internes sont exclues¹⁴⁹². Au total, « *les mesures nationales susceptibles d'être rattachées au droit de l'Union sont plus que jamais nombreuses* »¹⁴⁹³. D'ailleurs, l'arrêt *Åkerberg* de 2013¹⁴⁹⁴ illustre bien ce phénomène en considérant que la réglementation nationale qui sanctionne une fraude à la TVA est une mise en œuvre du droit de l'Union européenne, qui réglemente la TVA¹⁴⁹⁵. En revanche, l'arrêt

signifie plutôt « exécution », J. KOKOTT et C. SOBOTTA, « The Charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon », *EUI Working Papers*, n° 6, 2010. Voir également É. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *EJLS*, 2013, n° 1, p. 4.

¹⁴⁸⁶ Voir par exemple à ce sujet F. BURGAUD et C. ROTH, « Charte des droits fondamentaux vs Convention européenne des droits de l'homme : dommages collatéraux en vue », *D.*, 2013, n° 29, p. 1977.

¹⁴⁸⁷ Voir par exemple CJUE, 19 avril 2018, *Consorzio Italian Management*, aff. C-152/17, ECLI:EU:C:2018:264.

¹⁴⁸⁸ CJUE, Gde chbr., 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* p. I-365.

¹⁴⁸⁹ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925.

¹⁴⁹⁰ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905.

¹⁴⁹¹ F. PICOD, « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Condition énigmatique d'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 567.

¹⁴⁹² En théorie en tout cas, la Cour de justice a développé une jurisprudence qui lui permet dans certains cas d'étudier la question posée dans un esprit de coopération entre les juridictions. Voir à ce sujet : CJUE, Gde chbr., 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874.

¹⁴⁹³ D. APPANAH, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : entre cohérence et légitimation. À propos des arrêts *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson* et *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal* rendus par la Cour de justice le 23 février 2013 », *RGDIP*, 2014, n° 1, p. 349.

¹⁴⁹⁴ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, point 19.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*, point 27.

Association de médiation sociale de 2014¹⁴⁹⁶ apporte quelques restrictions en considérant que les principes sociaux contenus dans la Charte doivent être concrétisés par une norme de l'Union pour ensuite être opposables à celle-ci. Cet arrêt se situe ainsi plus sur le terrain de l'invocabilité que sur celui du champ d'application mais réduit tout de même la possibilité d'application de la Charte. L'affaire *Association de médiation sociale* concerne les principes sociaux précisés par une directive, dont l'invocabilité a toujours été limitée¹⁴⁹⁷. En l'espèce, le litige porte sur la désignation d'un délégué du personnel, qui n'est obligatoire en France que pour les entreprises comprenant un certain nombre de salariés, selon l'article L. 2312-1 du Code du travail. Or une association fonctionnant avec une centaine de personnes a refusé cette désignation car la majorité de ces personnes bénéficiaient de contrats aidés, contrats exclus du calcul des seuils selon l'article L. 1111-3 du Code du travail. C'est cette disposition qui est confrontée à l'article 27 de la Charte, concernant l'information et la consultation des travailleurs. La Cour de justice estime alors que cet article n'est pas invocable dans le litige horizontal de l'espèce, opposant un syndicat à un employeur. Cependant, la Cour de justice conclut par la possibilité pour les requérants de saisir le juge administratif pour rechercher la responsabilité de l'État pour réparation du dommage subi¹⁴⁹⁸, qui est la non-conformité de l'article L. 1111-3 du Code du travail avec le droit de l'Union, dont la directive 2002/14 sur l'information et la consultation des travailleurs¹⁴⁹⁹.

Face à ces subtilités, le juge national a la possibilité d'utiliser le renvoi préjudiciel pour éclairer ses éventuels doutes. Ce mécanisme est central dans le système européen de protection des droits fondamentaux. La Cour EDH semble admettre son importance en incitant les juges nationaux à motiver leur refus de poser une question préjudicielle¹⁵⁰⁰, ce qui pourrait favoriser *a contrario* les demandes de renvoi. Au nom du respect du procès équitable, le juge national, lorsqu'il refuse de poser une question préjudicielle à un autre juge

¹⁴⁹⁶ CJUE, Gde chbr., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2. L'affaire a également fait l'objet d'une QPC qui a abouti à une déclaration de conformité à la Constitution, Cons. Cstnel, 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autres*, décision n° 2011-112 QPC.

¹⁴⁹⁷ Voir à ce sujet par exemple L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 39 ; É. DUBOUT, « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ? », *RTDE*, 2010, n° 2, p. 277 ou S. PLATON, « L'invocabilité horizontale des normes du droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *RUE*, 2015, p. 33.

¹⁴⁹⁸ CJUE, Gde chbr., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, préc., point 50.

¹⁴⁹⁹ Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *JOUE* n° L 80, 23 février 2002, p. 29.

¹⁵⁰⁰ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, req. n° 46470/11.

interne ou au juge de l'Union doit le justifier. Cette incitation aboutit *in fine* à une plus grande harmonie dans le système en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. En effet, le principe de subsidiarité s'exprimerait pleinement cette fois-ci dans son versant descendant en permettant à la Cour de justice de statuer sur un acte de l'Union puis dans son versant ascendant pour que la Cour EDH puisse ensuite agir en complément des juridictions nationales ou de celles de l'Union européenne¹⁵⁰¹.

Du côté de la Convention EDH – et plus généralement du Conseil de l'Europe – l'activité ou le litige en cause doit correspondre aux dispositions des conventions et protocoles associés pour relever du champ d'application de ce droit européen. Par exemple, l'article 6 de la Convention EDH concernant le procès équitable s'applique aux contestations sur les droits et obligations de caractère civil ou pour une « *accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». En toute logique, cela exclut le contentieux administratif. La tentation serait alors pour le juge national ou le législateur de placer la situation en dehors du champ d'application en la qualifiant d'administrative. Afin de prévenir ce type de comportement, la Cour EDH a pris soin d'indiquer que les obligations de caractère civil et la matière pénale, toujours dans l'exemple de l'article 6 de la Convention EDH, sont des notions autonomes qui s'imposent aux juges nationaux¹⁵⁰². La Cour EDH a eu tendance à étendre ces notions et à englober certains aspects administratifs, élargissant par conséquent l'office du juge national¹⁵⁰³. Ainsi, sont en cause les normes « *susceptibles d'avoir des répercussions sur un droit de caractère patrimonial et, de manière plus générale, sur l'activité économique du requérant* »¹⁵⁰⁴. Cette tendance est aussi bénéfique pour le juge national car il dispose alors d'outils plus nombreux dans son office pour apprécier une situation « *puisque'il est le gardien des libertés individuelles reconnues au plan européen [...] par le jeu de la primauté-subsidarité, le juge national est ainsi conduit à « enrichir » le droit interne, en en dégageant des potentialités nouvelles que la CEDH incite à révéler* »¹⁵⁰⁵, lui permettant même de

¹⁵⁰¹ G. MARTI, « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ? », *RUE*, 2015, p. 638.

¹⁵⁰² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 552.

¹⁵⁰³ F. SUDRE, « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 827.

¹⁵⁰⁴ S. GUINCHARD, « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mis à jour en avril 2017, § 54.

¹⁵⁰⁵ F. SUDRE, « Droit européen et international des droits de l'homme », PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 194.

dépasser les exigences de la Cour EDH¹⁵⁰⁶. De plus, lorsque le droit de l'Union n'est pas mis en œuvre, il reste l'opportunité d'invoquer la Convention EDH à condition que le litige en cause concerne substantiellement ses dispositions ou protocoles. Finalement, les juges nationaux comprennent l'intérêt du texte et le potentiel élargissement de leur office. En ce sens, « *le juge français a pu « s'approprier » cette Convention et en faire application, soit pour compléter et enrichir la loi nationale lorsqu'elle est incomplète ou lacunaire, soit même pour écarter ou neutraliser la loi interne si celle-ci contient des dispositions non conformes ou incompatibles avec la Convention* »¹⁵⁰⁷.

Le mélange des deux fondements, Charte des droits fondamentaux et Convention EDH, proposé par les juges nationaux dans leurs questions préjudicielles à la Cour de justice prouve leur investissement dans l'application des droits fondamentaux européens¹⁵⁰⁸. De plus, le juge est dans l'obligation, dans la majorité des États membres, de soulever d'office le droit issu du système européen de protection des droits fondamentaux.

2. L'obligation de soulever d'office le droit issu du système européen de protection des droits fondamentaux

Le principe de subsidiarité-descendante nécessite une implication des juges nationaux afin que ceux-ci puissent pleinement jouer leur rôle de juge de droit commun. Dans ce cadre, pouvoir soulever les règles du système européen de protection des droits fondamentaux d'office, et donc en faire des moyens d'ordre public, paraît être une nécessité. Le moyen d'ordre public est « *relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a pour mission de faire respecter si sa décision juridictionnelle n'en tenait pas compte* »¹⁵⁰⁹. En matière de droits fondamentaux, les litiges

¹⁵⁰⁶ Voir par exemple D. COSTA, « L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », *AJDA*, 2002, p. 1394.

¹⁵⁰⁷ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 53.

¹⁵⁰⁸ Voir par exemple CJUE, 27 juin 2018, *Ibrahima Diallo*, aff. C-246/17, ECLI:EU:C:2018:499 : « *Les articles 5, 10 et 31 de la directive [2004/38], lus en combinaison avec les articles 8 et 13 de la convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[], signée à Rome le 4 novembre 1950], 7, 24, 41 et 47 de la [charte des droits fondamentaux] et l'article [21 TFUE], sont-ils compatibles avec une jurisprudence et des dispositions nationales [...] ?* ».

¹⁵⁰⁹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, 1961-196, p. 609, cité par J. FOUCHET, « Plaidoyer pour la reconnaissance du moyen d'ordre public tiré de la violation du droit européen », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2012, p. 1479.

sont nécessairement d'une grande importance puisqu'ils affectent les droits essentiels de chaque homme.

Cette possibilité s'illustre parfaitement dans le cadre des principes d'application de la subsidiarité par la Cour de justice¹⁵¹⁰. Les États membres disposent d'une autonomie institutionnelle, permettant la désignation des services compétents, et procédurale, au sujet des formes et procédures nationales. Cette autonomie est encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité¹⁵¹¹. Globalement, la Cour EDH et la Cour de justice « *ont toujours affirmé leur volonté de respecter l'autonomie procédurale des juges nationaux dans les domaines de compétence qui leur sont propres. À savoir la détermination des faits de l'espèce, l'interprétation du droit interne et l'appréciation de la conformité du droit national* »¹⁵¹². Les possibilités pour un juge de soulever d'office un moyen dépendent d'ailleurs de la conception du rôle du juge selon ses traditions culturelles et sa culture contentieuse¹⁵¹³. En dehors de ces aspects, les jurisprudences des juges européens affectent parfois les procédures nationales. Sur le terrain des moyens d'ordre public tirés du droit de l'Union, c'est surtout le principe d'équivalence procédurale qui est utile¹⁵¹⁴. Cela signifie que les moyens d'ordre public prévus en droit interne doivent être accessibles en cas de contestation relative au droit de l'Union¹⁵¹⁵. Dans un premier temps, la Cour de justice a estimé que le droit de l'Union ne s'opposait évidemment pas à ce qu'un juge national soulève d'office une question de conformité du droit national avec le droit de l'Union¹⁵¹⁶, d'ailleurs « *il paraît inconcevable que le juge français ne censure pas des actes dont il sait pertinemment qu'ils violent les textes de valeur juridique supérieure* »¹⁵¹⁷. C'est dans l'affaire *Van Schijndel* de 1995¹⁵¹⁸, que la Cour développe sa position sur les moyens d'ordre public

¹⁵¹⁰ F. CHALTIEL TERRAL, « Le principe de subsidiarité après Lisbonne », *LPA*, 3 mai 2013, n° 89, p. 4.

¹⁵¹¹ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité. Encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, n° 1, p. 75.

¹⁵¹² J. RUDEVSKIS, « L'application du principe de subsidiarité par les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg : une comparaison générale », *Baltic Yearbook of International Law*, 2004, p. 142.

¹⁵¹³ F. CLAUSEN, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 30. Voir également C. PICHERAL, *L'ordre public européen : Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La Documentation française, Paris, 2001.

¹⁵¹⁴ J.-S. BERGÉ, « La mise à niveau européen de l'office du juge et de l'ordre public national », *Revue des contrats*, 2015, n° 4, p. 960.

¹⁵¹⁵ S. CAZET, « Relevé d'office », *Europe*, 2016, n° 5, p. 13.

¹⁵¹⁶ CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. C-106-77, *Rec.* p. 3757.

¹⁵¹⁷ J. FOUCHET, « Plaidoyer pour la reconnaissance du moyen d'ordre public tiré de la violation du droit européen », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2012, p. 1479.

¹⁵¹⁸ CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.* p. I-4705. La solution est réitérée : CJUE, 26 avril 2017, *Farkas*, aff. C-564/15, ECLI:EU:C:2017:302, point 35.

en droit interne tirés du droit de l'Union européenne. Ainsi, trois solutions sont proposées, adaptées aux modalités du droit national. En effet, « *l'obligation de relever d'office un moyen tiré du droit communautaire ne pouvait pas, sous peine de ruiner l'exigence d'autonomie procédurale, entraîner l'abandon par le juge des règles de procédures nationales* »¹⁵¹⁹. La question des moyens d'ordre public varie également d'une procédure à l'autre en droit interne. Dans les deux premiers cas, lorsque la procédure interne en cause prévoit qu'une disposition de droit interne doit ou dans un deuxième cas peut être soulevée, la disposition analogue du droit de l'Union doit être soulevée d'office. Ainsi, même lorsque ce n'est qu'une faculté pour le juge interne, il se retrouve obligé de soulever le droit de l'Union. La Cour de justice justifie cette obligation en utilisant le principe de coopération loyale prévu dans les traités¹⁵²⁰. C'est une expression de la subsidiarité-descendante : cette jurisprudence oblige le juge national tout en lui attribuant plus de pouvoirs. Autrement dit, le droit de l'Union prévoit une application en priorité par le niveau national, qui élargit l'office du juge interne. En revanche, dans un troisième cas de figure, lorsque la procédure nationale implique une certaine passivité de la part du juge qui ne peut pas soulever de moyens d'office, la Cour s'aligne et n'exige pas de lui, en principe, qu'il relève d'office une incompatibilité avec le droit de l'Union. Ces décisions ont pour objet de garantir l'efficacité du juge national qui est juge de droit commun du droit de l'Union¹⁵²¹. La Cour de justice ne précise pas les normes qui peuvent être soulevées d'office, indiquant simplement qu'il s'agit de normes de rang équivalent aux dispositions internes d'ordre public¹⁵²², laissant supposer qu'il s'agit de toutes les normes de l'Union, y compris des droits fondamentaux.

Du côté de la Cour EDH, qui est plus discrète à ce sujet, la jurisprudence relative à l'épuisement des voies de recours interne sur l'aspect substantiel – qui signifie qu'il faut avoir invoqué au moins en substance le droit fondamental concerné de la Convention EDH ou de ses protocoles – semble contraire à l'exigence d'un relevé d'office. En effet, « *si l'on*

¹⁵¹⁹ L. SERMET, « Bilan de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1997, p. 1010.

¹⁵²⁰ Voir à ce sujet : F. BENOÎT-ROHMER, « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *LPA*, 1996, n° 129, p. 23 et F. CLAUSEN, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵²¹ Pour une application plus récente, voir CJUE, 17 mars 2016, *Abdelhafid Bensada Benallal c/ Belgique*, aff. C-161/15, au sujet du droit d'être entendu en tant que droit de la défense. La Cour de justice laisse la juridiction belge déterminer s'il s'agit d'un moyen d'ordre public interne pour que soit applicable son équivalent en droit de l'Union. Voir S. CAZET, « Relevé d'office », *Europe*, 2016, n° 5, p. 13.

¹⁵²² CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec.* p. I-3055.

contraignait le juge national à relever d'office les manquements étatiques au regard de la Convention, il deviendrait alors inutile d'exiger du requérant qu'il ait lui-même invoqué devant le juge national des arguments tirés de la violation de celle-ci »¹⁵²³. Toutefois, relever d'office des moyens issus de la Convention EDH n'est évidemment pas prohibé, de façon logique car il s'agit de droits fondamentaux dont l'équivalent peut potentiellement être trouvé dans les ordres juridiques nationaux.

En pratique, la plupart des juridictions des États membres soulèvent d'office des moyens tirés du système européen de protection des droits fondamentaux¹⁵²⁴. En France, il faut distinguer selon les deux ordres de juridiction. Concrètement, les juges judiciaires du fond sont obligés de soulever d'office les règles de droit de l'Union sous condition de respecter le principe du dispositif qui implique que le juge ne peut pas sortir des limites du litige et qu'il ne peut se fonder que sur des faits présents dans le débat¹⁵²⁵. La solution est la même pour la Cour de cassation¹⁵²⁶. Cependant, la juridiction française est limitée aux moyens de pur droit mais prend en compte le droit de l'Union européenne¹⁵²⁷ et de la Convention EDH¹⁵²⁸, même lorsqu'il ne s'agit que d'une faculté. Des cas intéressants viennent de la chambre sociale qui utilise le droit social de l'Union européenne, fondé sur l'article 151 TFUE et sur la Charte des droits fondamentaux pour appuyer le droit à la santé

¹⁵²³ F. BENOÎT-ROHMER, « Les modalités d'accès au Conseil d'État pour contester la légalité d'un décret de classement d'un site pittoresque sont-elles conformes aux dispositions de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *D.*, 1993, p. 561.

¹⁵²⁴ J. FOUCHET, « Plaidoyer pour la reconnaissance du moyen d'ordre public tiré de la violation du droit européen », *op. cit.*, p. 1485. Voir pour le juge belge S. VAN DROOGHENBROECK et F. BELLEFLAMME, « L'ordre public procédural », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 355.

¹⁵²⁵ Voir l'étude de la Cour de cassation de 2013, Chapitre 2 - Utilisation de l'ordre public procédural international et européen, disponible sur le site www.courdecassation.fr.

¹⁵²⁶ Ce sont surtout les deux premières chambres civiles et la chambre sociale qui soulèvent d'office des moyens d'ordre public tirés du droit de l'Union européenne. Voir par exemple : C. Cass, chbr. civ. 1, 20 avril 2017, n° pourvoi 16-1698, au sujet d'un règlement européen en droit international privé sur le juge compétent ; C. Cass, chbr. civ. 1, 1er février 2012, n° pourvoi 10-27815, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice pour des contrôles d'identité à la frontière ; C. Cass chbr. civ. 1, 15 juin 2016, n° pourvoi 15-20022 soulevant la directive sur les produits défectueux ; C. Cass, chbr. civ. 2, 30 mars 2017, n° pourvoi 16-10933 à propos du règlement n° 883/2004 sur la sécurité sociale ; C. Cass, chbr. civ. 2, 9 mars 2017, n° pourvoi 16-10851, utilisant l'article 45 TFUE sur la libre circulation des travailleurs. La chambre commerciale est plus discrète mais elle a par exemple soulevé d'office la possibilité de poser une question préjudicielle : C. Cass, chbr. com., 10 février 2009, n° pourvois 07-13448 et 07-13562.

¹⁵²⁷ Il semble que la Cour de cassation ait globalement « fait de la violation du droit de l'Union européenne une question d'ordre public », voir J. FOUCHET, « Plaidoyer pour la reconnaissance du moyen d'ordre public tiré de la violation du droit européen », *op. cit.*, p. 1490.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, qui cite C. Cass civ. 1, 18 mai 2005, n° pourvoi 02-20613.

et au repos¹⁵²⁹. Cet exemple peut d'ailleurs sembler étonnant au vu de la subtilité dans l'application des « principes » sociaux de la Charte¹⁵³⁰, qui ne peuvent être invoqués que pour interpréter des actes de l'Union les mettant en œuvre¹⁵³¹. En revanche, les juges de l'ordre administratif sont plus réticents à soulever d'office des moyens du droit de l'Union européenne et de la Convention EDH¹⁵³². La réticence est confirmée par le Conseil d'État qui a censuré une Cour d'appel administrative qui n'avait pas d'office exclu l'application du droit de l'Union, car la situation n'entraîne pas dans son champ d'application¹⁵³³. Cet arrêt du Conseil d'État propose une sorte d'approche négative du moyen d'ordre public en insistant sur l'obligation du juge d'écarter certains droits. Pour le Conseil d'État, il n'y a pas de raison de différencier le droit international, qui n'a pas à être soulevé d'office, du droit européen des droits fondamentaux.

Le système européen de protection des droits fondamentaux offre ainsi des possibilités aux juges nationaux qui sont désignés, en raison du principe de subsidiarité, comme les juges de droit commun des deux ordres juridiques européens. Néanmoins, cette ouverture s'accompagne d'une certaine supervision des juges européens. Celle-ci peut entraîner la responsabilité de l'État en cas de méconnaissance de l'un ou l'autre des droits même si « *le principe de subsidiarité permet au juge national, juge de droit commun à la fois de la Convention et du droit de l'Union européenne, d'assurer directement la cohérence et l'articulation des deux systèmes* »¹⁵³⁴. Cependant, il ne possède pas toujours les clés pour assurer cette articulation.

¹⁵²⁹ Voir par exemple : C. Cass, chbr. soc., 24 avril 2013, n° 11-28398.

¹⁵³⁰ CJUE, Gde chbr., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

¹⁵³¹ Voir l'article 52 § 5 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵³² Voir par exemple CE, 3 décembre 2014, *M. B.*, n° 367822 qui rejette la possibilité de soulever un moyen tiré du droit de l'Union d'office. Voir également J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (2^e partie) », *RFDA*, 1997, p. 1246, qui cite par exemple pour l'article 8 de la Convention EDH : CE, 18 novembre 1996, *Préfet des Yvelines c/ M. Merabet*, n° 154956. Voir également J. FOUCHET, « *Plaidoyer pour la reconnaissance du moyen d'ordre public tiré de la violation du droit européen* », *op. cit.*, p. 1481 qui cite CE, Ass. plén., 6 décembre 2002, *Maciolak*, n° 239540.

¹⁵³³ CE, 28 juillet 2011, n° 322672 : « *la cour a commis une erreur de droit en ne relevant pas d'office que cette restriction à des investissements directs en provenance d'un pays tiers, comme la principauté de Monaco, n'entraîne pas, du fait des stipulations précitées, dans le champ d'application du paragraphe 1 de l'article 73 B du traité instituant la Communauté européenne* ».

¹⁵³⁴ J.-M. SAUVÉ, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 1368.

B. La supervision des juges européens dans l'application du principe de subsidiarité

En vertu du principe de subsidiarité, les juridictions nationales doivent activement appliquer le droit européen. Toutefois, le principe délimite également les attributions entre les juges européens et nationaux, « *tout cela ressort de ce que l'on appelle également la responsabilité partagée. Cette expression, plus récente et de plus en plus fréquemment utilisée, n'est au fond qu'une autre façon de parler de subsidiarité* »¹⁵³⁵. Cette responsabilité partagée implique que les normes européennes soient lisibles pour le juge national, ce qui n'est pas toujours le cas comme le démontre l'application du principe *ne bis in idem* (1). Si le juge national fait une mauvaise application du droit européen, la responsabilité de l'État peut être retenue (2).

1. L'exemple d'une subsidiarité mal supervisée : le principe *ne bis in idem*

Afin d'illustrer la complexité du mélange des droits fondamentaux européens qui s'imposent au juge national dans le cadre du système européen des droits fondamentaux, il est intéressant de s'attarder sur l'application du principe *ne bis in idem*¹⁵³⁶, qui a pour objectif d'empêcher une personne d'être sanctionnée pénalement deux fois pour les mêmes faits. Le débat porte plus précisément sur la possibilité de cumuler des sanctions administratives, notamment de natures fiscales, avec des sanctions pénales¹⁵³⁷, dans le cadre de procédures mixtes ou parallèles.

La confrontation de la vision entre les deux juges européens démontre que même en prenant en compte explicitement les jurisprudences de l'autre juge, les décisions adoptées ne sont ni évidentes ni claires. La question de fond, sur le sens du principe *ne bis in idem*, est plus précisément de déterminer si la sanction administrative peut être considérée comme de

¹⁵³⁵ G. RAIMONDI, « La relation de la Cour de Strasbourg avec les juges internes », *AJDA*, 2016, p. 2434. L'auteur précise ainsi qu'il s'agit d'une « *mutualisation du contrôle de l'application de la convention européenne des droits de l'homme* ».

¹⁵³⁶ Principe qui utilise comme critère l'identité de parties, d'objet et de cause pour déterminer s'il y a un cumul punitif prohibé.

¹⁵³⁷ Même si le contentieux relatif au principe *ne bis in idem* au sein de l'Union européenne a débuté par le biais de la Convention d'application Schengen donc dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale. Le principe a été ensuite très présent dans le contentieux du droit de la concurrence. Voir A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 146 et suivantes.

nature pénale¹⁵³⁸, ce qui exclut les jurisprudences de la Cour de justice sur l'application du principe *ne bis in idem* dans le cadre de la Convention Schengen, même si la juridiction de l'Union a utilisé ce texte comme première source d'application du principe.

Il faut en premier lieu souligner la démarche des juges nationaux dans leurs questions préjudicielles posées à la Cour de justice au sujet du principe *ne bis in idem*. En effet, ceux-ci incluent, quasi systématiquement, la Convention EDH, en fondant leurs demandes sur l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union¹⁵³⁹ et sur l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention EDH, probablement car les explications du *Praesidium* lient expressément les deux. Toutefois, le processus peut paraître étonnant sachant que le protocole n° 7 n'a pas été ratifié par tous les États parties à la Convention¹⁵⁴⁰, alors que le protocole désigne l'article 4 comme un droit indérogable, ce qui souligne son importance. La Cour de justice a évidemment refusé de statuer uniquement sur le protocole n° 7 lorsque la situation en cause excluait l'application de la Charte¹⁵⁴¹. En dehors des situations purement internes, la Cour de justice préfère utiliser l'article 50 de la Charte en rappelant au préalable que le protocole fait partie des droits fondamentaux de l'Union en tant que PGD. En effet, la Convention EDH « *ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique* »¹⁵⁴². De plus, la Cour EDH a estimé que l'article 4 du protocole n° 7 ne concerne que la question du cumul au sein d'un même État en excluant explicitement la possibilité de l'appliquer aux États membres de l'Union

¹⁵³⁸ Les débats portent donc sur la détermination du « *idem* », en droit international l'appréciation du *ne bis* est unanime, voir M. PUÉCHAVY, « L'arrêt *Zolotoukine c. Russie* », in *Le principe ne bis in idem*, M. PUÉCHAVY (dir.), Anthémis, Bruxelles, 2012, p. 20.

¹⁵³⁹ Le principe *ne bis in idem* avait été reconnu comme principe fondamental du droit : CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse*, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99P, C-251/99 P, C-252/99 P et C-254/99 P, *Rec.* p. I-8375.

¹⁵⁴⁰ Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988, STE n° 117. Il n'a pas été ratifié par l'Allemagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni tandis que 16 États ont émis des réserves comme la France par exemple. Ces États peuvent donc se voir appliquer les principes de la Cour EDH par la Cour de justice à travers l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵⁴¹ CJUE, Ord., 15 avril 2015, *Stefano Burzio*, aff. C-497/15, ECLI:EU:C:2015:475.

¹⁵⁴² CJUE, 5 avril 2017, *Orsi et Baldetti*, aff. jtes C-217/15 et C-350/15, ECLI:EU:C:2017:264, point 15. Pourtant, les explications du *Praesidium* invitent à considérer l'article 50 de la Charte comme correspondant à l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention EDH en précisant que « *sa portée est étendue au niveau de l'Union européenne entre les juridictions des États membres* » (*JOUE* n° C 303, 14 décembre 2007, p. 31). Alors que l'article 4 du protocole n° 7 ne s'applique qu'aux décisions des juridictions au sein d'un même État, dans l'Union européenne le principe s'applique aussi pour des juridictions d'États membres différents. Voir notamment L. MAULET, « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un « dialogue » contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2017, n° 109, p. 109.

européenne¹⁵⁴³. Les deux droits n'ont donc pas la même portée.

C'est dans l'arrêt *Bonda* de 2012¹⁵⁴⁴, suivi de l'affaire *Åkerberg* de 2013¹⁵⁴⁵, que la Cour de justice précise la possibilité de cumuler sanction fiscale et pénale : « *dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier* »¹⁵⁴⁶. La juridiction de l'Union reprend cependant les critères de la Cour EDH pour déterminer si la sanction est de nature pénale. Dès l'arrêt *Engel* de 1976¹⁵⁴⁷, précisé par l'arrêt *Zolouthkine* de 2009¹⁵⁴⁸, trois critères sont dégagés « *à l'aune desquels il faut évaluer si l'infraction pour laquelle un requérant a été jugé ou puni au cours de la seconde procédure était la même (idem) que celle pour laquelle une décision avait été rendue au cours de la première procédure* »¹⁵⁴⁹. Il s'agit de la qualification juridique qui est donnée en droit interne à la sanction, de la nature de l'infraction et de son degré de sévérité. Dans le cas du principe *ne bis in idem*, c'est la Cour de justice qui a initié un dialogue entre les deux juridictions « *car elle a été la première à mobiliser le droit européen des droits de l'homme, et ce même s'il s'agissait de justifier une divergence d'interprétation* »¹⁵⁵⁰ avec la Cour EDH. Ainsi, la Cour de justice a par exemple décidé dans une affaire de rouvrir la procédure orale à la suite de l'arrêt *A. B. et C. c/ Norvège* de 2016, et d'attribuer le cas à la Grande chambre¹⁵⁵¹. La Cour EDH mentionne en effet dans cet arrêt que deux procédures considérées comme pénales n'enfreignent pas le principe *ne bis in idem* à condition de présenter un « *lien matériel et temporel suffisamment étroit* »¹⁵⁵², critère qui n'est pas considéré par la Cour de justice.

¹⁵⁴³ Cour EDH, 20 février 2018, *Krombach c/ France*, req. n° 67521/14, (décision d'irrecevabilité) point 38.

¹⁵⁴⁴ CJUE, Gde chbr., 5 juin 2012, *Bonda*, aff. C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319.

¹⁵⁴⁵ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

¹⁵⁴⁶ *Ibidem*, point 37. Voir également N. CATELAN, « Constitution vs CESDH vs UE : *ne bis in idem* et la répression des opérations d'initiés », *RSC*, 2016, n° 3, p. 467.

¹⁵⁴⁷ Cour EDH, Ass. plén., 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71 et 5354/72. Voir notamment D. RITLÉNG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *op. cit.*, p. 267 et P. OLIVER et T. BOMBOIS, « *Ne bis in idem* » en droit européen : un principe à plusieurs variantes », *JDE*, 2012, n° 193, p. 266.

¹⁵⁴⁸ Cour EDH, Gde chbr., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, req. n° 14939/03.

¹⁵⁴⁹ Cour EDH, Gde chbr., 15 novembre 2016, *A. et B. c/ Norvège*, préc., point 102.

¹⁵⁵⁰ L. MAULET, « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un « dialogue » contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁵¹ CJUE, Gde chbr., 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197.

¹⁵⁵² Cour EDH, Gde chbr., 15 novembre 2016, *A. et B. c/ Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11, point 130.

Les deux juridictions européennes se retrouvent dans l'expression d'une subsidiarité-descendante : « *c'est aux États contractants qu'il revient au premier chef de décider de l'organisation de leur système juridique, y compris de leurs procédures pénales* »¹⁵⁵³ et ce même si le « caractère pénal » est une notion autonome¹⁵⁵⁴. En revanche, le principe de subsidiarité peut ici « *laisser l'impression que le résultat ne doit pas nécessairement être le même aux fins de l'application de l'article 50 de la Charte et de l'article 4 du protocole n° 7* »¹⁵⁵⁵. En effet, d'une part la marge d'appréciation prévue dans le cadre de la Convention EDH implique une différence d'application sur le territoire européen par chaque juge national ; d'autre part, la Cour de justice peut plus facilement imposer ses décisions grâce à la Charte. Le protocole n° 7 n'ayant pas été ratifié par tous les États parties et faisant l'objet de réserves, les solutions de la Cour EDH sont plus fragiles. Pour résumer, le principe *ne bis in idem* de l'article 4 du protocole n° 7, désigné comme correspondant dans les explications du *Praesidium* sur la Charte, paraît prendre une direction différente de celle de l'article 50 de la Charte.

L'application du principe *ne bis in idem* peut aussi poser des difficultés au juge national si les juges européens ne parviennent pas à s'entendre plus explicitement¹⁵⁵⁶. Le risque concret pour le juge national est d'entraîner la responsabilité de son État aux yeux de l'un ou l'autre des ordres juridiques européens en cas de mauvaise application du principe. Il en va d'autant plus ainsi que « *la subsidiarité ne saurait déboucher ni sur un déni de justice, ni non plus sur une trop grande liberté interprétative laissée aux autorités et juridictions des 47 États : l'harmonisation opérée par la jurisprudence de Strasbourg est indispensable. La subsidiarité consiste d'ailleurs parfois, pour un juge national, à anticiper une jurisprudence éventuelle de Strasbourg* »¹⁵⁵⁷. La Cour de justice aussi doit régulièrement anticiper les décisions de la Cour EDH mais le juge national reste le plus exposé à de potentielles sanctions européennes.

¹⁵⁵³ *Ibidem.*, point 120.

¹⁵⁵⁴ Cour EDH, Ass. plén., 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, préc., point 82. Voir également les conclusions de l'avocat général Kokott du 23 juillet 2017, sur l'affaire *UBS*, aff. C-358/16, ECLI:EU:C:2017:606.

¹⁵⁵⁵ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 267.

¹⁵⁵⁶ Voir pour une illustration de la difficulté pour le juge interne : P. PAILLER, « Difficultés de mise en œuvre du principe « *ne bis in idem* » en droit interne », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2018, comm. 55.

¹⁵⁵⁷ J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 1364.

2. La responsabilité des États du fait de l'activité juridictionnelle

Les sanctions possibles sont connues : il s'agit, d'une part, du recours individuel devant la Cour EDH et, d'autre part, du recours en responsabilité devant le juge administratif en cas de violation manifeste du droit de l'Union¹⁵⁵⁸. En outre, la Commission européenne pourrait initier un recours en manquement, ce qui n'est pas évident en matière de droits fondamentaux. La complexité pour le juge national tient notamment au fait qu'il doit respecter la hiérarchie des normes prévues par la Constitution et que celle-ci ne distingue pas en France le droit de la Convention EDH du droit de l'Union, qui sont au même niveau¹⁵⁵⁹. Inversement, la responsabilité de l'État pour le comportement des juges nationaux semble attribuer aux juridictions européennes un « *pouvoir de dernier mot* » *en contradiction avec la dimension pluraliste de l'intégration européenne* »¹⁵⁶⁰. Le juge national est particulièrement encadré et responsable au titre des obligations issues de l'article 6 de la Convention EDH¹⁵⁶¹. Il doit juger dans un délai raisonnable, permettre l'accès à son prétoire, motiver ses décisions et juger de façon indépendante et impartiale.

Pour l'instant, le comportement de la Commission européenne n'est pas de rechercher la faute des États membres pour des manquements à l'encontre des droits fondamentaux exclusivement, ce qui permet de distinguer le rôle de la Cour de justice et de la Cour EDH. Si la Cour de justice vient à statuer sur une potentielle violation des droits fondamentaux par un État, il pourrait y avoir confusion avec la Cour EDH mais la protection de ces droits serait probablement valorisée. En effet, la Commission européenne peut saisir la Cour de justice une seconde fois pour que celle-ci prononce une somme forfaitaire et/ou une astreinte, selon l'article 260 TFUE, contraignant l'État à cesser la violation. Les derniers recours en manquements formulés par la Commission européenne à l'encontre d'États qui ont fait l'objet de débats plus généraux quant à leurs réformes, principalement la Pologne et la

¹⁵⁵⁸ Voir CJCE, 19 novembre 1991, *Francoovich*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357 et CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239. Voir au niveau national par exemple : CE, 18 juin 2008, n° 295831 ; CE, 27 mars 2013, *Phytoservice*, n° 351528 ou encore CE, 21 septembre 2016, *Lactalis*, n° 394360.

¹⁵⁵⁹ M. GUYOMAR et D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, 2009, p. 256.

¹⁵⁶⁰ G. MARTI, « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ? », *RUE*, 2015, p. 638.

¹⁵⁶¹ F. SUDRE, « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 831.

Hongrie, tendent à intégrer les droits fondamentaux de la Charte. Le premier exemple se rapprochant de cette possibilité concerne la législation hongroise sur la brusque mise à la retraite de certains juges¹⁵⁶². La Cour de justice n'a pas utilisé de motifs issus de la Charte ni de la Convention EDH mais s'est contentée de constater l'absence d'égalité de traitement au sens de la directive 2000/78/CE¹⁵⁶³. Depuis, la Commission européenne a pointé du doigt des manquements aux articles 7, 8, 12, 13, 14, 16, 17, et 47 de la Charte des droits fondamentaux mais jamais de façon isolée¹⁵⁶⁴. En effet, la Commission demande à la Cour de justice de constater plusieurs violations au droit primaire, au droit dérivé et aux dispositions de la Charte. Cette nouvelle tendance démontre que rien n'empêche formellement la Commission européenne de poursuivre des manquements à la Charte des droits fondamentaux si ce n'est l'absence de compétence en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne. Cet encadrement a probablement freiné la Commission dans un premier temps, ce qui expliquerait également la création d'un nouveau cadre de l'Union pour renforcer l'État de droit en tant que solution alternative¹⁵⁶⁵. La communication de 2014 à ce sujet propose un mécanisme pour ouvrir un dialogue entre un État membre qui ne respecterait pas les valeurs de l'État de droit et la Commission, à l'instar de celui qui s'est ouvert avec la Pologne le 13 janvier 2016¹⁵⁶⁶. Les questions abordées relèvent en théorie de la compétence du Conseil de l'Europe, si ce n'est que ce dernier ne possède pas de moyens coercitifs pour obliger un État à dialoguer, même si la Commission de Venise peut être utile en tant que soutien constitutionnel¹⁵⁶⁷. La Cour EDH ne semblerait pas non plus compétente

¹⁵⁶² CJUE, 6 novembre 2012, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687.

¹⁵⁶³ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE* n° L 303, 2 décembre 2000, p. 6.

¹⁵⁶⁴ Voir, pour les articles 7 concernant le respect de la vie privée et familiale, 8 sur la protection des données personnelles et 12 sur la liberté de réunion et d'association : *Commission c/ Hongrie*, aff. C-78/18 (affaire pendante à l'encontre de la législation hongroise limitant les donations étrangères à des associations hongroises) ; pour les articles 13 au sujet de la liberté des arts et des sciences, 14 § 3 concernant la liberté de créer des établissements d'enseignement et 16 sur la liberté d'entreprise : *Commission c/ Hongrie*, aff. C-66/18 (affaire pendante à l'encontre d'une législation hongroise limitant l'accès d'entreprises étrangères à l'enseignement en Hongrie) ; pour l'article 17 et le droit de propriété : *Commission c/ Hongrie*, aff. C-235/17 (affaire pendante à l'encontre d'une législation hongroise qui supprime l'usufruit sur les terres productives) et pour l'article 47 sur le droit à un recours effectif : *Commission c/ Pologne*, aff. C-192/18 (affaire pendante à l'encontre de la législation polonaise qui abaisse l'âge de mise à la retraite des juges).

¹⁵⁶⁵ Communication de la Commission du 11 mars 2014, COM(2014) 158 final.

¹⁵⁶⁶ Le dialogue vise un certain nombre de mesures adoptées par le gouvernement polonais en place depuis octobre 2015 (le parti conservateur Droit et justice, dit « PiS »), dont la question de l'indépendance de la justice. En juillet 2017, la Commission a abordé ces débats et envisagé les mesures à prendre dans le cadre du suivi. La Commission a ainsi proposé d'adresser une recommandation au gouvernement ou d'ouvrir une procédure en manquement puis elle a enclenché la procédure de l'article 7 TUE en décembre 2017.

¹⁵⁶⁷ S. GRANATA-MENGHINI, « La Commission de Venise du Conseil de l'Europe : méthodes et perspectives de l'assistance constitutionnelle en Europe », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 55-56, p. 69.

pour les législations polonaises en cause qui affectent la structure même de l'État, à moins de pouvoir également s'accrocher aux questions de non-discrimination. L'Union européenne paraît être plus efficace même si la majeure partie de la discussion instaurée est alors de nature politique.

In fine, si l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH devient effective, la Cour de justice sera également juge de droit commun de la Convention EDH et pourrait engager la responsabilité de l'Union européenne au titre de son activité juridictionnelle¹⁵⁶⁸. De plus, la Cour de justice pourrait être saisie par renvoi préjudiciel sur des questions portant exclusivement sur l'interprétation de la Convention EDH puisque l'accord sera intégré à l'ordre juridique de l'Union car les renvois préjudiciels peuvent porter sur des accords internationaux¹⁵⁶⁹. Il faut mentionner l'attitude de résistance, qui pourrait être celle de la Cour de justice, des juridictions françaises face à la Convention EDH qui « *ont eu pour résultat que les arrêts de condamnation de la France se sont multipliés et que les autorités françaises ont dû en tirer les conséquences* »¹⁵⁷⁰. Les juges français ont cependant abandonné leurs velléités de résistances « *en faisant du principe de subsidiarité une nouvelle interprétation constructive et « internationaliste* »¹⁵⁷¹, tout en s'appropriant les textes européens pour saisir l'opportunité d'ouverture de leur office. Le nouveau débat porte sur des potentielles divergences de jurisprudence entre les deux juridictions européennes d'une part et les conséquences de l'interprétation par l'un des juges européens des normes de l'autre ordre, d'autre part : « *l'interprétation que la Cour de justice donnera de la Convention devra être appliquée par un juge national* »¹⁵⁷² et inversement « *les actes nationaux pris pour l'exécution de normes communautaires ne sont pas soustraits à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹⁵⁷³. Ainsi, le juge grec a pu conditionner le réexamen d'une décision interne après un arrêt de condamnation de la Cour EDH au respect de la jurisprudence de la Cour de justice¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁶⁸ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 80

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 82 et CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449.

¹⁵⁷⁰ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 50.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵⁷² J.-G. HUGLO, « Droits fondamentaux et ordre juridique communautaire », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 60, p. 34.

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ Voir C. YANNAKOPOULOS, « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne. Un « dialogue vivant » des juges hante le droit européen ! », *RTDE*, 2017, n° 1, p. 107.

Il revient toujours au juge national de trancher lorsqu'il y a débat car il est la « véritable plaque tournante de l'application des droits fondamentaux en Europe, puisqu'il peut être amené à tenir compte simultanément de trois jeux de droits fondamentaux : ceux de son système juridique national, ceux du droit communautaire et ceux de la Convention »¹⁵⁷⁵. C'est le cas dans l'arrêt *Conseil national des barreaux* devant le Conseil d'État¹⁵⁷⁶. Le juge administratif utilise la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux, ce qui implique qu'il ne contrôle pas l'acte en question puisqu'il émane d'un ordre juridique censé respecter les droits fondamentaux. La présomption permet d'éviter un contrôle, ce qui paraît conforme au principe de subsidiarité.

Le principe de subsidiarité est primordial dans les deux ordres juridiques européens et son respect doit être contrôlé à ce titre. La double subsidiarité tend en réalité à n'en devenir qu'une seule car les deux ordres juridiques convergent vers la considération « neutre » de la subsidiarité. Cependant, les juges européens ne s'approprient pas pleinement ce contrôle, probablement en raison de sa nature politique de « *principe matriciel de la jurisprudence européenne* »¹⁵⁷⁷.

Section 2. Le contrôle du principe de subsidiarité ou son absence de contrôle par équivalence de protection

L'institutionnalisation du principe de subsidiarité, grâce à son inscription dans les textes, a un impact non négligeable sur le rôle du juge. En effet, le contrôle effectué par le juge devient alors encadré et il perd la liberté liée aux principes dégagés par voie prétorienne puisque la subsidiarité commande de laisser le juge le plus pertinent trancher une question. Néanmoins, pour que le principe de subsidiarité existe il faut que son respect soit, à son tour, contrôlé juridiquement et politiquement au sein des deux ordres juridiques européens (§1). Au contraire, le respect du principe de subsidiarité peut impliquer une absence de contrôle, un retrait du juge, en favorisant la confiance placée dans les autres ordres juridiques, comme le démontre le concept d'équivalence des protections (§2).

¹⁵⁷⁵ J. CALLEWAERT « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination (en marge de l'arrêt *Koua Poirrez*), *RTDH*, 2005, n° 61, p. 165.

¹⁵⁷⁶ CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845.

¹⁵⁷⁷ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour EDH », *RTDH*, n° 76, p. 942.

§1. Les contrôles juridictionnels et politiques du principe de subsidiarité dans le système européen de protection des droits fondamentaux

Du côté de l'Union, une fois le principe de subsidiarité inscrit dans le traité de Maastricht, sa justiciabilité a été débattue doctrinalement¹⁵⁷⁸. Toutefois, le respect du principe est bien contrôlable même si certes certaines difficultés subsistent car « *dans les deux systèmes, le concept de la subsidiarité substantielle est politique plutôt que juridique* »¹⁵⁷⁹. Il s'agit ici de s'attarder sur l'aspect substantiel du principe, de déterminer ce que la subsidiarité implique matériellement. À titre comparatif, du côté de l'Union, la version procédurale de la subsidiarité vise par exemple le principe d'autonomie procédurale et institutionnelle tandis que dans la Convention EDH il s'agit principalement des conditions de recevabilité¹⁵⁸⁰. Le contrôle substantiel de la subsidiarité dans le cadre de la Convention EDH passe par l'examen de la marge nationale d'appréciation¹⁵⁸¹, une fois dépassé le stade de la recevabilité (A). Le contrôle du respect du principe de subsidiarité en substance du côté de l'Union européenne est à la fois juridictionnel et politique (B) mais finalement assez peu exercé.

¹⁵⁷⁸ Voir sur l'idée du contrôle juridique : G. TOTH, « Is subsidiarity Justiciable ? », *ELR*, 1994, p. 168 (qui admet un contrôle mais restreint car politique) et B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, p. 329.

¹⁵⁷⁹ J. RUDEVSKIS, « L'application du principe de subsidiarité par les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg : une comparaison générale », *Baltic Yearbook of International Law*, 2004, p. 155.

¹⁵⁸⁰ Cour EDH, Gde chbr., 2 novembre 2010, *Saknovski c/ Russie*, req. n° 21272/03, point 76 : « *La Cour rappelle d'emblée que le système européen de protection des droits de l'homme se fonde sur le principe de subsidiarité. Les États doivent avoir la possibilité de redresser des violations passées avant qu'elle-même n'examine le grief. Toutefois, « le principe de subsidiarité ne signifie pas qu'il faille renoncer à tout contrôle sur le résultat obtenu du fait de l'utilisation de la voie de recours interne » (Giuseppe Mostacciolo c. Italie (no 2) [GC], no 65102/01, § 81, 29 mars 2006). En outre, il ne faut pas donner au principe de subsidiarité une interprétation qui permette aux États de se soustraire à la juridiction de la Cour* ». 90% des requêtes sont irrecevables, voir le guide pratique sur la recevabilité de la Cour EDH, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

¹⁵⁸¹ Il existe des mécanismes de suivi non juridictionnels pour les conventions du Conseil de l'Europe. Celles-ci ne mentionnent pas le contrôle de subsidiarité. Voir par exemple A. WEBER, *Les mécanismes non contentieux du Conseil de l'Europe*, Pedone, Paris, 2008, 411 p.

A. Le contrôle substantiel de subsidiarité par la Cour EDH : l'articulation avec la marge nationale d'appréciation

L'une des expressions substantielles de la subsidiarité est la marge nationale d'appréciation¹⁵⁸², qui permet d'ajuster le degré de contrôle de la Cour EDH sur les mesures nationales. En effet, « *le principe de subsidiarité a pour corollaire l'existence d'une marge nationale d'appréciation qui, si elle peut être différemment appréciée en fonction du droit ou de la liberté considérée et si elle ne peut servir de prétexte à une violation des droits garantis par la Convention, est, en elle-même, une traduction de la diversité des cultures européennes* »¹⁵⁸³. Il faut en premier lieu clarifier les liens entre les deux concepts parfois confondus (1), avant de cerner les expressions de la marge nationale d'appréciation, ou marge d'appréciation, exprimant la subsidiarité (2).

1. Les liens entre la marge nationale d'appréciation et le principe de subsidiarité

Les deux concepts – marge d'appréciation et subsidiarité – vont figurer dans le Préambule de la Convention EDH, une fois le protocole n° 15 ratifié¹⁵⁸⁴, notamment en raison de la volonté britannique exprimée lors de la déclaration de Brighton de 2012¹⁵⁸⁵. Le Préambule sera formulé ainsi : « *Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention* »¹⁵⁸⁶. Le protocole n° 15 semble indiquer que les deux concepts sont sur un pied d'égalité, tandis que la doctrine estime que la marge nationale d'appréciation est une expression de la subsidiarité. Cette présentation est ambiguë

¹⁵⁸² Voir par exemple H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in *The European System for the Protection of Human Rights*, R. St. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 59.

¹⁵⁸³ J.-M. SAUVÉ, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 1368.

¹⁵⁸⁴ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 24 juin 2013, STCE n° 213. Voir F. SUDRE, « La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2013, p. 1912.

¹⁵⁸⁵ F. TULKENS, « La Cour EDH et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *CDE*, 2012, p. 330.

¹⁵⁸⁶ Article 1 du protocole n° 15.

et peut entraîner une confusion entre les deux notions, qui n'est d'ailleurs pas souhaitable¹⁵⁸⁷, même si celles-ci ne sont évidemment pas sans lien. Pour certains auteurs, « *cette inscription dans le Préambule de la marge d'appréciation – qui pose de manière frontale la question de l'indépendance de la Cour s'agissant de ses méthodes d'interprétation – est au mieux inutile, au pire extrêmement dangereuse* »¹⁵⁸⁸. Pour la Cour EDH, il s'agit de « *ménager un équilibre entre l'interprétation dynamique et évolutive de la Conv. EDH et le principe de subsidiarité* »¹⁵⁸⁹. La marge d'appréciation est définie comme le « *domaine discrétionnaire laissé aux sociétés démocratiques pour décider ce qui est nécessaire* »¹⁵⁹⁰, domaine justifié par la nécessité de prendre en compte les particularités locales et la traduction d'une idéologie en faveur du maintien du pluralisme¹⁵⁹¹.

La marge d'appréciation n'a pas exactement le même champ d'application que le principe de subsidiarité¹⁵⁹², ni la même fonction. Néanmoins, la marge intervient comme paramètre pour la subsidiarité, « *en intégrant ce paramètre de contrôle, le juge européen a répondu à une véritable question de « politique juridique » de savoir si, et à quel point, son propre examen devait être subsidiaire, notamment par rapport à l'intervention des juridictions nationales* »¹⁵⁹³. Le concept peut se présenter comme le versant politique de la subsidiarité sur le terrain substantiel. Ainsi même si ce principe a aussi des implications

¹⁵⁸⁷ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 273 ; B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n° 89, p. 265.

¹⁵⁸⁸ F. TULKENS, « La Cour EDH et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *op. cit.*, p. 332.

¹⁵⁸⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Cour européenne des droits de l'homme, cour éminente des droits de l'Homme dans la construction européenne – Quelques réflexions sur les protocoles n° 15 et n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 10 mars 2014, n° 49, p. 6.

¹⁵⁹⁰ J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 2000, p. 149.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 153 et F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e édition refondue, p. 219 et A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 24, p. 569.

¹⁵⁹² En théorie, la marge d'appréciation ne devrait pas s'appliquer aux articles intangibles, à savoir les articles 2, 3, 4 et 7. Toutefois, il est possible de trouver des applications de la marge d'appréciation aux obligations positives dégagées dans le cadre des articles 2 et 3. Les contours du concept de la marge d'appréciation restent donc incertains. Pour l'article 2 de la Convention EDH, voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 5 juin 2015, *Lambert c/ France*, req. n° 46043/14, point 144. Pour l'article 3 de la Convention EDH, la marge d'appréciation est principalement mentionnée pour des questions relatives aux emprisonnements, voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 24 juin 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, req. n° 10511/10, point 110.

¹⁵⁹³ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 89.

dépassant le strict cadre juridique, la subsidiarité s'exprime tout de même par des mécanismes juridiques. Le principe de subsidiarité dans l'ordre juridique de la Convention EDH et son expression par la marge d'appréciation, ont influencé la création d'un droit commun européen des droits de l'homme lorsque la marge reconnue était faible. Avec une large marge d'appréciation, le droit défendu par la Cour EDH devient modulable selon des considérations parfois subjectives car, comme un auteur a pu le relever, « *on ne peut que souligner l'usage pour le moins inconstant de ce principe par la Cour qui, au gré des affaires, l'ignore superbement (par exemple, en matière de droit au respect de la vie privée et familiale) ou l'invoque opportunément (ainsi, en matière de protection de l'environnement) selon qu'elle entend ou non soumettre la question de politique générale en jeu à sa propre lecture de la Convention* »¹⁵⁹⁴. Au contraire, d'autres auteurs défendent le fait que le principe de subsidiarité est un « *élément permettant à la fois de garantir l'intervention ultime du juge européen en cas de défaillance des autorités nationales et d'encourager la diversité et ainsi la richesse culturelle en Europe* »¹⁵⁹⁵. Dans cette vision, la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales doit être importante. Que ce soit dans un sens restreint ou élargi, la marge d'appréciation crée un droit à géométrie variable¹⁵⁹⁶, notamment quand l'appréciation de l'ampleur de cette marge dépend du contexte national.

L'effet négatif de la confusion entre les deux notions est de réduire le principe de subsidiarité à « *une simple variable d'ajustement du contrôle de la Cour, à la discrétion de cette dernière, alors qu'il devrait être un principe matriciel de la jurisprudence européenne, gouvernant la répartition des compétences entre les États parties et la Cour elle-même* »¹⁵⁹⁷. Au contraire, c'est le concept de marge d'appréciation qui tend à devenir l'expression principale de la subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour EDH.

¹⁵⁹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e édition refondue, p. 221.

¹⁵⁹⁵ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁹⁶ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 2000, p. 384.

¹⁵⁹⁷ F. SUDRE, « La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2013, p. 1912.

2. *L'expression de la marge nationale d'appréciation comme contrôle du principe de subsidiarité*

Le concept de marge d'appréciation est né de la jurisprudence de la Cour EDH, dans les arrêts *Lawless* de 1960 et *Handyside* de 1976¹⁵⁹⁸. Il apparaît comme une nécessité fonctionnelle¹⁵⁹⁹ dès les débuts de l'activité contentieuse de la Cour EDH. Toutefois, cette marge d'appréciation ne paraissait pouvoir être utilisée par la Cour EDH que dans le cadre de l'article 15 de la Convention EDH qui permet aux États parties « *de déroger à certains articles en cas de « danger public menaçant la vie de la nation* », l'appréciation de la menace étant logiquement laissée à l'État¹⁶⁰⁰. Certains auteurs plaident ainsi pour que le concept soit cantonné à l'utilisation de la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention EDH¹⁶⁰¹. Cependant, son usage est ensuite intervenu dans le contrôle de la justification des violations dans les articles le permettant, ainsi que pour l'existence de voies de recours effectif (article 13 de la Convention EDH) et la non-discrimination (article 14 de la Convention EDH) qui se couplent toujours avec un autre article. Ces deux dernières dispositions, lorsqu'elles sont invoquées, fonctionnent fréquemment avec la marge d'appréciation. La Convention EDH propose des justifications dans les seconds paragraphes de certains articles, ce qui aboutit à un contrôle de la Cour EDH en plusieurs étapes¹⁶⁰². Une fois l'ingérence constatée, la juridiction vérifie si la mesure était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique. Lorsqu'elle apprécie la nécessité dans une société démocratique¹⁶⁰³, la Cour s'interroge sur la marge d'appréciation : « *il y a lieu de tenir compte*

¹⁵⁹⁸ Cour EDH, 14 novembre 1960, *Lawless c/ Irlande*, req. n° 332/57 et Cour EDH, Ass. plén., 7 décembre 1976, *Handyside*, req. n° 5493/72. Voir J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère « autonome » des termes et la « marge d'appréciation » des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 1990, p. 207 et R. S. J. MACDONALD, « The Margin of Appreciation », in *The European System for the Protection of Human Rights*, op. cit., p. 84.

¹⁵⁹⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13e éd. refondue, p. 218.

¹⁶⁰⁰ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 2000, p. 377.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 385.

¹⁶⁰² Voir par exemple au sujet de l'article 8 de la Convention EDH : Cour EDH, Gde chbr., 3 novembre 2011, *S.H. C/ Autriche*, req. n° 57813/00, point 94 et s.

¹⁶⁰³ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 16 décembre 2010, *A. B. et C. c/ Irlande*, req. n° 25579/05, point 229 : « *La Cour doit maintenant déterminer si la mesure litigieuse répondait à un besoin social impérieux, et en particulier si elle était « proportionnée » au but légitime poursuivi, eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu, exercice pour lequel l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation* ».

de la marge d'appréciation réservée à l'État lorsqu'il s'agit de contrôler si ces mesures ont bien été prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige »¹⁶⁰⁴, ce qui démontre également une certaine confusion avec le principe de proportionnalité. Ainsi, la marge d'appréciation intervient plutôt après la constatation de la violation du droit garanti par la Convention EDH¹⁶⁰⁵, même s'il est difficile de systématiser cet aspect, la marge d'appréciation ayant parfois été mentionnée au stade de la recevabilité pour rejeter une requête manifestement mal fondée¹⁶⁰⁶. Finalement, il y a une certaine inconstance dans l'utilisation de la marge d'appréciation par la Cour EDH « au sujet des éléments sur lesquels celle-ci se fonde pour invoquer une marge d'appréciation des autorités nationales »¹⁶⁰⁷. La Cour EDH dit elle-même que cela dépend des circonstances, des requêtes et du contexte, ce qui peut rapprocher le contrôle de cette marge du contrôle de proportionnalité qui se réalise *in concreto*.

La marge nationale d'appréciation permet à la Cour EDH de ne pas trancher une question politiquement délicate et nouvelle en estimant qu'il n'existe pas de dénominateur commun entre les États parties pour reconnaître la violation en question¹⁶⁰⁸. La détermination de ce dénominateur commun a pu être critiquée pour sa dimension parfois aléatoire, qui manque de prévisibilité¹⁶⁰⁹. La Cour EDH a par exemple écarté l'absence de consensus européen pour préférer « une tendance internationale continue »¹⁶¹⁰, pour la reconnaissance du changement d'identité pour les transsexuels ayant été opérés chirurgicalement. Le concept de consensus européen manque clairement de lisibilité :

¹⁶⁰⁴ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 376.

¹⁶⁰⁵ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 265.

¹⁶⁰⁶ Voir par exemple Cour EDH, 2 juillet 2013, *Kandyrine de Brito Paiva c/ France*, req. n° 42269/13, point 21.

¹⁶⁰⁷ Voir J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère « autonome » des termes et la « marge d'appréciation » des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 207.

¹⁶⁰⁸ Lorsque le dénominateur commun existe, la marge d'appréciation est réduite. Voir par exemple au sujet de la conservation des données dans un fichier génétique l'arrêt Cour EDH, Gde chbr., 4 décembre 2008, *Marper c/ Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04. En l'absence de dénominateur commun, la marge d'appréciation est large. Voir par exemple l'arrêt Cour EDH, Gde chbr., 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, req. n° 43835/11. Voir à ce sujet, M. AFROUKH, « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : ou quand la subsidiarité permet la coexistence harmonieuse des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *Constitutions*, 2014, p. 483.

¹⁶⁰⁹ Voir par exemple F. SUDRE, « La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2013, p. 1912 et J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 148.

¹⁶¹⁰ Cour EDH, Gde chbr., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, point 85.

« plutôt que de mobiliser un « consensus européen » dont elle ne définit ni les critères ni sa fonction réelle dans l'exercice de son contrôle »¹⁶¹¹, la Cour EDH pourrait se limiter à « affirmer que lorsque sont en jeu de difficiles questions de société, soulevant de délicates interrogations d'ordre moral ou éthique, sur lesquelles les législations nationales soit se partagent, soit n'ont pas encore pris position, elle n'a pas à se substituer au législateur national et qu'il convient, au nom du principe de subsidiarité, de laisser à l'État une marge d'appréciation »¹⁶¹². Néanmoins, le choix de la Cour quant à l'existence d'une marge d'appréciation trahit l'orientation activiste ou retenue de sa jurisprudence, « force est de constater que la notion de marge d'appréciation n'a pas de véritable portée juridique ; elle traduit plutôt l'expression d'une certaine retenue que la juridiction de Strasbourg, en principe, s'impose à elle-même et qu'elle estime devoir porter à la connaissance du grand public, et surtout des États »¹⁶¹³. Ces dernières années, la lecture des arrêts mentionnant la marge nationale d'appréciation tend d'ailleurs à aller dans le sens d'une réserve de la Cour EDH, « la protection des droits fondamentaux est à présent assurée par la Cour en tenant davantage compte des législations étatiques »¹⁶¹⁴. De plus, les arrêts appliquant la marge d'appréciation sont souvent contenus dans des requêtes visant le Royaume-Uni, qui cherche à tenir à distance la Cour EDH¹⁶¹⁵.

Même si l'imbrication entre le principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation n'est pas toujours claire, il est évident que les liens entre les deux sont intenses, la marge d'appréciation exprimant une subsidiarité-descendante. Il est d'ailleurs intéressant de relever que le Comité EDS reprend la doctrine de la marge nationale d'appréciation¹⁶¹⁶. C'est aussi le cas de la Cour de justice qui « reconnaît ainsi une marge d'appréciation aux autorités nationales dans la mise en œuvre des clauses d'ordre public prévues par les

¹⁶¹¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e édition refondue, p. 231.

¹⁶¹² *Ibidem*.

¹⁶¹³ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 383.

¹⁶¹⁴ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 252.

¹⁶¹⁵ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05 ; Cour EDH, Gde chbr., 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, req. n° 13378/05 ; Cour EDH, Gde chbr., 19 février 2009, *A. e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 3455/05 et Cour EDH, Gde chbr., 17 janvier 2017, *Hutchinson c/ Royaume-Uni*, req. n° 57592/08. Voir à ce sujet également P. DUCOULOMBIER, « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : le cas britannique (1) », *RDP*, 2016, n° 1, p. 223.

¹⁶¹⁶ Comité EDS, 18 octobre 2006, *Centre européen des droits des Roms c/ Bulgarie*, réclamation n° 31/2005.

traité »¹⁶¹⁷, s'inspirant de la Cour EDH. De son côté, la juridiction de l'Union est moins active concernant le contrôle du principe de subsidiarité.

B. L'inefficacité du contrôle politique et juridique du principe de subsidiarité dans l'Union européenne

Au moment de l'adoption du traité de Maastricht, la France a, sans succès, proposé la création d'une chambre de la subsidiarité, en tant qu'organe mi-politique mi-juridictionnel avec la participation indirecte des parlements nationaux pour contrôler les projets d'actes législatifs de l'Union¹⁶¹⁸. Ce sont deux contrôles bien distincts qui existent en parallèle. Le contrôle juridique ne s'opère qu'après l'adoption d'un texte (1) tandis que le contrôle politique est à la fois *ex ante* et *ex post* (2).

1. Le faible contrôle juridique du principe de subsidiarité dans l'Union européenne

La question du contrôle du principe de subsidiarité s'analyse différemment selon que l'on considère le versant juridique ou politique. Contrairement à la Cour EDH qui dispose d'outils dans la Convention EDH permettant de contrôler le respect de la subsidiarité procédurale, la Cour de justice utilise moins ce concept dans sa jurisprudence¹⁶¹⁹, que ce soit procéduralement ou substantiellement. Une grande différence existe entre les deux approches juridictionnelles. La Cour EDH vérifie que les autorités nationales ont eu l'occasion d'agir sur la problématique posée tandis que la Cour de justice analyse la législation de l'Union et sa compatibilité avec la subsidiarité, entendue substantiellement, en dehors des domaines de compétence exclusive de l'Union. En conséquence, l'approche est plus politique et la question de la justiciabilité même du principe a pu se poser¹⁶²⁰. Lorsqu'un contrôle est exercé, il s'agit de vérifier si la norme de l'Union a des raisons d'exister

¹⁶¹⁷ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 112 et A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, Paris, 2014, p. 471.

¹⁶¹⁸ Voir C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6e éd., Paris, 2016, p. 506 et J. BARROCHE, « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet*, 2014, n° 3, p. 96.

¹⁶¹⁹ Voir J. RUDEVSKIS, « L'application du principe de subsidiarité par les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg : une comparaison générale », *Baltic Yearbook of International Law*, 2004, p. 139.

¹⁶²⁰ Voir G. TOTH, « Is subsidiarity Justiciable ? », *ELR*, 1994, p. 168 et B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, p. 329.

spécifiquement dans le cadre du recours en annulation ou du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Le travail du juge de l'Union consiste à apprécier l'action du législateur européen¹⁶²¹ et son opportunité, dans le sens du test de subsidiarité précédemment mentionné, même si le critère de la plus-value de l'action par l'Union européenne a tendance à englober les autres analyses¹⁶²². La Cour de justice évoque deux étapes comprenant, selon l'ordre de présentation de la juridiction. Dans un premier temps, la juridiction opère un contrôle de fond pour vérifier « *si le législateur de l'Union pouvait considérer, sur la base d'éléments circonstanciés, que l'objectif poursuivi par l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau de l'Union* »¹⁶²³. Dans un second temps, le contrôle des conditions de forme consiste principalement à vérifier que l'obligation de motivation a été respectée¹⁶²⁴.

En pratique, la Cour de justice utilise plus fréquemment le principe de proportionnalité pour contrôler les législations de l'Union¹⁶²⁵, aucune annulation d'acte n'ayant été constatée sur le terrain de la subsidiarité¹⁶²⁶. L'intensité du contrôle par la Cour de justice a d'ailleurs varié d'un simple contrôle formel de la motivation vers un contrôle de la qualification juridique, en appréciant l'adéquation de l'acte par rapport à l'objectif poursuivi par la législation¹⁶²⁷, pouvant entraîner des confusions avec le principe de proportionnalité. Ces variations ne sont pas constantes, ce qui limite l'efficacité du contrôle de subsidiarité. Les modalités de contrôle « *varient sans raison apparente au gré des espèces. Parfois confondu avec le principe de proportionnalité, parfois assimilé à un contrôle de la preuve quand il n'est pas tout simplement rattaché à un contrôle de la nécessité, le contrôle du principe de subsidiarité apparaît par trop aléatoire pour être réellement pertinent* »¹⁶²⁸. Certains auteurs proposent de « procéduraliser » le principe de subsidiarité en le limitant à

¹⁶²¹ C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCLET*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 458.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, point 114.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, point 122

¹⁶²⁵ Voir par exemple CJUE, Gde chbr., 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08, *Rec.* p. I-4999 ou CJUE, Gde chbr., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

¹⁶²⁶ C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 459. B. BERTRAND indique « *à ce jour, on ne peut recenser aucune censure d'acte fondée sur la subsidiarité* » : B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

¹⁶²⁷ B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

¹⁶²⁸ *Ibid.*

l'existence de motivation dans l'adoption d'actes tout en reconnaissant que cela ne suffirait pas à « prendre le principe au sérieux »¹⁶²⁹. De plus, il semble que le contrôle soit limité aux actes législatifs, excluant les actes réglementaires, comme l'indique le protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui ne vise que les projets d'actes législatifs. Cette limitation pourrait paraître cohérente car la subsidiarité concerne particulièrement la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres. Cependant, les actes réglementaires pourraient être contrôlés au même titre : la compétence d'exécution revient en principe aux États membres et par exception à l'Union européenne – lorsque l'uniformité l'exige¹⁶³⁰ – selon l'article 4 § 3 alinéa 2 TUE. Enfin, le principe ne s'applique pas « à la conclusion d'accords internationaux et plus généralement la conduite des relations économiques avec les pays tiers »¹⁶³¹. Ce n'est donc pas un contrôle que le juge de l'Union utilise fréquemment, démontrant un inconfort face à un principe assez politique, qui guide principalement l'adoption ou non de normes dans l'Union.

Dans l'hypothèse d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, l'avocat général estime, dans sa prise de position liée à l'avis 2/13, que le principe de subsidiarité de l'Union européenne serait respecté grâce à l'intervention du mécanisme d'implication préalable¹⁶³², soit une subsidiarité-descendante en faveur de l'Union européenne et sous contrôle de la Cour de justice. En effet, l'implication préalable permettrait à la Cour de justice d'être saisie par la Cour EDH lorsqu'une question de droit de l'Union n'est pas parvenue à la Cour de justice néanmoins conditionnée par le déclenchement de la codéfense, selon le projet d'accord d'adhésion.

La faiblesse du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité pourrait être compensée par le mécanisme politique de contrôle, toutefois ce dernier reste assez marginal.

¹⁶²⁹ G. A. BERMAN, « Proportionality and subsidiarity », in *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, C. BARNARD et J. SCOTT, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 86 : « in the sense of requiring the institutions to make a reasoned « finding » that the conditions permitting Community action in the fields of concurrent competence are met [...] subsidiarity, as a judicial instrument, will be fundamentally procedural in nature. But those judgements give us little reason to believe that, even as a procedural requirement, subsidiarity is going to be taken very seriously ». Voir également T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 2e éd., p. 185 : « subsidiarity has a greater potential as a procedural ground than as a ground of substance ».

¹⁶³⁰ B. BERTRAND, « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs ; le dualisme des pouvoirs d'exécution », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 21.

¹⁶³¹ *Ibidem*.

¹⁶³² Prise de position de l'avocat général J. KOKOTT du 13 juin 2014 sous l'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, point 124.

2. Le potentiel du contrôle politique de la subsidiarité

Même si les actions entreprises ne sont pas encore nombreuses, c'est au niveau du contrôle politique que le principe de subsidiarité se développe le plus¹⁶³³, ce qui « *pourrait pallier le contrôle juridictionnel hésitant exercé par la Cour de justice* »¹⁶³⁴. En effet, le traité de Lisbonne a innové¹⁶³⁵, en proposant un contrôle par les parlements nationaux ou encore par le Comité des régions, en tant que représentant des collectivités territoriales de l'Union européenne¹⁶³⁶. Les parlements nationaux peuvent inciter¹⁶³⁷, ou le Comité des régions initier un recours en annulation¹⁶³⁸, tendant ainsi vers un contrôle politico-juridictionnel. Sur le plan strictement politique, les parlements nationaux bénéficient du mécanisme d'alerte précoce, avant l'adoption d'un texte¹⁶³⁹. Le premier protocole annexé au traité de Lisbonne est consacré au rôle des parlements nationaux et à leur possibilité d'adresser un avis motivé aux présidents des institutions de l'Union européenne afin de montrer leur désaccord sur l'application du principe de subsidiarité ; il est précisé par le deuxième protocole qui s'intéresse aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les propositions législatives sont transmises par la Commission européenne aux parlements nationaux qui disposent ensuite d'un délai de huit semaines pour rédiger un avis motivé. Chaque chambre parlementaire d'un État membre peut adresser un avis motivé sur la proposition d'acte législatif, préalablement envoyée par la Commission européenne. Cet avis doit contenir au moins deux éléments : une critique portant sur le respect du principe de subsidiarité et une demande de justification. Deux voix sont attribuées aux parlements de

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 26-27.

¹⁶³⁵ F. FINES, « L'association des parlements nationaux au contrôle du principe de subsidiarité », *RUE*, 2012, n° 555, p. 192.

¹⁶³⁶ C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 449.

¹⁶³⁷ En France, la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution française donne néanmoins un effet maximum à cette possibilité. L'article 88-6 alinéa 2 de la Constitution a été modifié de manière à permettre à chaque assemblée de former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice par le gouvernement. Voir B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

¹⁶³⁸ Pour l'instant, aucun contentieux n'est recensé sur le sujet : B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

¹⁶³⁹ A. DA FONSACA, « Principe de subsidiarité et déficit démocratique de l'Union européenne », *Politeia*, 2015, p. 391.

chaque État membre, ce qui permet que les chambres d'un parlement bicaméral disposent d'une voix chacune¹⁶⁴⁰. La Commission européenne est obligée de se justifier lorsqu'un tiers des voix attribuées soutiennent un avis motivé, passant à un quart pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La Commission doit alors étudier les avis motivés et peut ensuite maintenir, modifier ou retirer le projet en motivant sa décision. Si 50 % des voix se sont exprimées, la Commission peut à nouveau maintenir, modifier ou retirer mais en justifiant explicitement la conformité de la proposition au principe de subsidiarité¹⁶⁴¹.

Une illustration de l'utilisation de ce processus concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice avec le projet de création d'un parquet européen¹⁶⁴². L'article 86 § 1 TFUE autorise le législateur à adopter des mesures pour instituer ce parquet et la Commission européenne a émis un projet de règlement le 17 juillet 2013¹⁶⁴³, qui a été contesté par suffisamment de parlements nationaux pour obliger la Commission européenne à se justifier par le biais d'une communication¹⁶⁴⁴. Pour résumer, les parlements nationaux adressaient principalement deux critiques concernant la subsidiarité. La nécessité même d'instituer ce parquet et sa structure trop centralisée au niveau de l'Union européenne¹⁶⁴⁵. La Commission européenne a donc répondu sur le terrain de l'efficacité d'un parquet européen sans remettre en cause son projet même si celui-ci est finalement repensé sous forme de coopération renforcée¹⁶⁴⁶. L'outil peut donc être intéressant mais son utilisation reste limitée

¹⁶⁴⁰ Pour des précisions sur la fréquence des avis motivés voir notamment le rapport annuel 2015 sur la subsidiarité et la proportionnalité, du 15 juillet 2016, COM(2016) 469 final, p. 7.

¹⁶⁴¹ Voir notamment D. FROMAGE, « Le rôle des parlements nationaux en vertu du traité de Lisbonne : l'exemple du contrôle du respect du principe de subsidiarité en Espagne », *RAE*, 2015, n° 3, p. 483.

¹⁶⁴² C'est la deuxième fois que le processus est enclenché. La première fois, il l'a été en 2012 au sujet d'une proposition de norme sur l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services qui a été retirée à la suite du « carton jaune » des parlements nationaux. Voir à ce sujet : P. BACHSCHMIDT, « Mai 2012 : premier « carton jaune » européen », *Constitutions*, 2012, p. 423. Depuis, une autre proposition en matière du droit du travail a été remise en cause, voir J. P. JACQUÉ, « Droit institutionnel de l'Union européenne », *RTDE*, 2017, p. 75.

¹⁶⁴³ Proposition de règlement du Conseil du 17 juillet 2013 portant création du Parquet européen, COM(2013) 534 final.

¹⁶⁴⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole n° 2, COM(2013) 851 final, 27 novembre 2013.

¹⁶⁴⁵ L. KUHL et R. PANAIT, « Les négociations pour un Parquet européen : un organe d'enquête et de poursuite d'enquête et de poursuite européen pour la lutte antifraude dans l'Union européenne, ou un deuxième acteur de coordination judiciaire ? », *RSC*, 2017, p. 41.

¹⁶⁴⁶ Voir le document du Conseil ST 10554 2017 INIT - 2013/0255 (APP) du 30 juin 2017 : « À la suite de l'absence d'unanimité observée au sein du Conseil du 7 février 2017 en ce qui concerne le projet de règlement, du renvoi de ce projet de règlement au Conseil européen par un groupe de 17 États membres le 14 février 2017 et de la discussion ayant abouti à un désaccord au sein du Conseil européen du 9 mars 2017, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont été informés, le 3 avril 2017, du souhait de

et implique que les parlements nationaux communiquent entre eux, ce que le protocole n° 1 prend en compte et désigne comme coopération interparlementaire¹⁶⁴⁷. Cette communication peut avoir un effet positif sur l'intégration de l'Union, voire l'européanisation des parlements nationaux¹⁶⁴⁸, même si l'entente entre les parlements a alors pour objectif de contester un projet d'acte de l'Union européenne. Il faut signaler que si le processus législatif suit son cours, et que le projet n'est pas retiré par la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil sont tenus de se prononcer sur le respect du principe de subsidiarité avant la fin de la première lecture, conformément à l'article 7 § 3 sous a) du protocole n° 2.

En définitive, le contrôle tant politique que juridique du principe de subsidiarité est assez faible dans l'Union européenne. Il pourrait être souhaitable de développer le contrôle *ex ante* par les parlements nationaux, afin de les associer pleinement à la législation de l'Union. Le respect du principe de subsidiarité reste une question sensible et l'absence de contrôle est organisée sous le concept de la présomption de protection équivalente utilisée par les différents juges, nationaux et européens.

16 États membres d'instaurer une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. Conformément à l'article 86, paragraphe 1, troisième alinéa, du TFUE, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée, qui est visée à l'article 20, paragraphe 2, du TUE et à l'article 329, paragraphe 1, du TFUE, a donc été réputée accordée et les dispositions sur la coopération renforcée se sont appliquées à compter du 3 avril 2017. Par la suite, quatre autres États membres ont informé les trois institutions qu'ils souhaitaient participer à la coopération ». Voir ainsi le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, JOUE n° L 283, 31 octobre 2017, p. 1.

¹⁶⁴⁷ Une plateforme pour les échanges inter-parlementaires existe : www.ipex.eu. La question s'est posée de créer un organe spécifique dans l'Union européenne pour les parlements nationaux dans le cadre de la déclaration de Laeken de 2001. Voir à ce sujet : N. LUPO, « National Parliaments in the European Integration Process : Re-Aligning Politics and Policies », in *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, M. CARTABIA, N. LUPO et A. SIMONCINI (dir.), Il Mulino, Bologne, 2013, p. 119. Voir également V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en avril 2017, points 117 et s.

¹⁶⁴⁸ N. LUPO, « National Parliaments in the European Integration Process : Re-Aligning Politics and Policies », in *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, *op. cit.* L'auteur définit l'européanisation comme : « *transformation process of the national institutions, stemming, in a manner more or less explicit and direct, from the fact that the Member State has chosen to take part, or previously intended to take part, first in the European Communities and now in the European Union* ».

§ 2. L'absence de contrôle par la technique de présomption de protection équivalente, expression de la subsidiarité

La présomption de protection équivalente est une expression de la subsidiarité, même si cela paraît moins évident, car elle laisse au juge saisi le soin de trancher un litige qui se présente devant un autre ordre juridique sans que celui-ci ne s'y intéresse en profondeur. Le juge saisi se place en retrait, puisqu'il n'est pas le mieux placé pour apprécier la norme mais il reste compétent pour le litige. Ainsi, la présomption de protection équivalente organise la subsidiarité dans le sens d'une absence de contrôle. C'est ainsi que le maintien de la jurisprudence *Bosphorus*¹⁶⁴⁹, une fois que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH est effective, est parfois envisagée comme permettant de respecter le principe de subsidiarité dans son versant descendant¹⁶⁵⁰. L'ordre juridique d'origine de la norme est estimé plus à même de contrôler la protection des droits fondamentaux, contrôle apparaissant comme équivalent à celui opéré dans l'ordre juridique de réception de la norme. L'équivalence de protection peut se définir comme un « *concept – au sens d'idée – qui sert à relier les différentes jurisprudences issues de plusieurs systèmes juridiques en matière de protection des droits fondamentaux* »¹⁶⁵¹. Elle permet notamment d'éviter à un juge de contrôler le fonctionnement d'un autre ordre juridique en estimant qu'il est équivalent au sien. Deux façons d'aborder l'équivalence existent face à un conflit de normes issues d'ordres juridiques différents, l'anticipation du conflit avec des bases textuelles d'équivalence (A) ou la résolution juridictionnelle du conflit en l'absence de textes (B), toutes deux signes de subsidiarité.

A. L'équivalence textuelle : l'anticipation d'un conflit de normes

Simple coïncidence ou démarche volontaire de distanciation, de subsidiarité-descendante : les deux textes européens de droits fondamentaux – Convention EDH et Charte des droits fondamentaux de l'Union – contiennent en leurs articles 53 respectifs une clause de standard minimum. En effet, ils sont formulés de façon identique, « *en totale*

¹⁶⁴⁹ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus*, req. n° 45036/98.

¹⁶⁵⁰ V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Thèse de doctorat soutenue en 2016, Université Grenoble-Alpes, p. 427.

¹⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 26.

harmonie »¹⁶⁵², en indiquant que les dispositions de ces textes ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits fondamentaux protégés dans les textes nationaux ou internationaux ratifiés par l'État en question. La Charte détaille plus précisément les textes visés (le droit international, les conventions internationales, la Convention EDH, les constitutions des États membres, etc.). Cette clause de subsidiarité-descendante est cohérente dans la logique de rapports de systèmes (1) mais son application peut entraîner un effet contraire de subsidiarité-ascendante, principalement en raison du principe de primauté du droit de l'Union européenne (2).

1. L'expression de la logique de subsidiarité-descendante par la clause de standard minimum

La philosophie derrière les articles 53 de la Convention EDH et de la Charte des droits fondamentaux est celle d'affirmer que les textes européens visent à instaurer un standard minimum de protection des droits fondamentaux. Ce faisant, ils consacrent « *l'autonomie des États dans la détermination d'un niveau de protection supérieur à celui de la C.E.D.H., et, partant, la subsidiarité de celle-ci* »¹⁶⁵³, tout en incitant, en théorie, à dépasser ce standard par des normes nationales ou d'autres conventions internationales plus poussées, voire plus récentes. Ces clauses s'inspirent du principe de faveur connu en droit du travail, pour trancher un conflit de normes, ainsi que d'autres conventions internationales¹⁶⁵⁴. L'article 53 de la Charte est qualifié de « *clause de non-régression, de clause de non-recul, de clause plancher, ou encore de clause de l'instrument de protection des droits de l'homme le plus favorable* »¹⁶⁵⁵. Cet article est envisagé comme créant un « *effet cliquet* »¹⁶⁵⁶, une impossibilité de retourner en arrière en termes de protection. En revanche, la nature de cette clause reste ambiguë¹⁶⁵⁷, « *plutôt qu'une règle de conflit au profit de la*

¹⁶⁵² B. GENEVOIS, « La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *LPA*, 2010, n° 254, p. 17.

¹⁶⁵³ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in *L'Europe de la subsidiarité*, M. VERDUSSEN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 42.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵⁵ B. GENEVOIS, « La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *op. cit.*

¹⁶⁵⁶ D. APPANAH, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : entre cohérence et légitimation. À propos des arrêts *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson* et *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal* rendus par la Cour de justice le 23 février 2013 », *RGDIP*, 2014, n° 1, p. 337.

¹⁶⁵⁷ Aussi ambiguë car issue d'un compromis entre les États membres, voir L. AZOULAI, « Article II-113 », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*

*norme la plus protectrice, y compris externe à l'Union, il a été proposé d'y voir une « règle de reconnaissance » entre systèmes juridiques »*¹⁶⁵⁸. Il y a une idée d'équivalence – ou d'absence d'équivalence – des protections. *A priori*, les normes de l'ordre juridique saisi sont appliquées sauf s'il existe une norme plus protectrice, auquel cas l'équivalence, et avec elle la subsidiarité-descendante, est rompue par l'obligation de préférer les normes venant d'ailleurs.

Du côté de la jurisprudence de la Cour EDH, l'article est rarement invoqué par les requérants. Majoritairement présent dans des décisions d'irrecevabilité, l'article 53 de la Convention EDH a été au mieux mentionné pour rappeler que l'interprétation autonome du « droit à caractère civil » de l'article 6 § 1 de la Convention EDH ne peut restreindre un droit exécutoire en droit interne¹⁶⁵⁹. Cette absence de l'article 53 de la Convention EDH s'explique par « *l'intervention subsidiaire et différée du juge strasbourgeois* »¹⁶⁶⁰. En effet, en saisissant la Cour EDH, le requérant recherche une protection plus importante, il y a peu de chance que le niveau national soit plus protecteur que le niveau européen. La disposition trouve un écho plus important du côté de l'Union car elle a également pour objet d'organiser les rapports entre le droit de l'Union et sa Charte des droits fondamentaux d'un côté et la Convention EDH de l'autre. C'est dans ce cadre que l'article 53 de la Charte a pu être mentionné par la Cour de justice. Ainsi, la juridiction rappelle que l'article 53 de la Charte précise « *qu'aucune disposition de [la Charte] ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits reconnus, notamment, par la CEDH* »¹⁶⁶¹, un avocat général avançant même l'idée d'un « *seuil CEDH* » à ne pas franchir¹⁶⁶². Cette clause devrait permettre d'éviter que les juges nationaux ne se retrouvent dans une situation difficile dans laquelle l'application du droit de l'Union impliquerait une plus faible protection des droits

européenne. Commentaire article par article, L. BURGORGUE-LARSEN, F. PICOD et A. LEVADE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 714.

¹⁶⁵⁸ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2015, n° 2, p. 294.

¹⁶⁵⁹ Cour EDH, 12 juillet 2005, *Okay c/ Turquie, req.* n° 36220/97, point 68.

¹⁶⁶⁰ N. CARIAT, « Le droit de l'Union européenne et les normes nationales de protection des droits fondamentaux. L'article 53 de la Charte ou la tension entre la primauté et la différenciation », *ADUE*, 2013, p. 142. Voir également É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2015, n° 2, p. 296.

¹⁶⁶¹ CJUE, Gde chbr., 16 juillet 2015, *Lanigan*, aff. C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, point 56.

¹⁶⁶² Conclusions de l'avocat général Henrik SAUGMANDSGAARD ØE du 19 juillet 2016, sous l'affaire *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572.

fondamentaux que le niveau garanti par la Convention EDH¹⁶⁶³. L'article 53 de la Charte paraît tendre la main pour que le juge national préfère l'application de la Convention EDH par rapport aux droits fondamentaux de l'Union. Néanmoins, l'article est assez peu revendiqué vis-à-vis de la Convention EDH alors que la disposition semblait avoir pour objectif de faciliter la décision des juges nationaux face à ces deux normes de droits fondamentaux. La question s'est surtout posée de l'équivalence entre le droit national constitutionnel et la Charte des droits fondamentaux. Elle s'est réglée dans l'arrêt *Melloni* de 2013¹⁶⁶⁴ par un rapport de primauté, qui revient à écarter le droit constitutionnel national plus protecteur au profit du droit de l'Union, lorsque le droit de l'Union en question fait l'objet d'une harmonisation exhaustive.

S'il semblait initialement que l'article 53 de la Charte était destiné aux juges nationaux en tant qu'outil de conciliation des ordres juridiques européens et nationaux – tandis que l'article 52 § 3 du même texte et son mécanisme de droits correspondants est un outil à destination de la Cour de justice pour son interprétation de la Charte – l'arrêt *Melloni* met un frein à cette vision.

2. Le retour vers une subsidiarité-ascendante par le principe de primauté

L'arrêt *Melloni* de 2013 est à la fois cohérent avec le principe de primauté du droit de l'Union¹⁶⁶⁵, et potentiellement régressif pour la question de la protection des droits fondamentaux. En effet, la Cour de justice a privilégié « l'unité du droit de l'Union européenne au détriment de la diversité des constitutions nationales »¹⁶⁶⁶. C'est la réglementation du mandat d'arrêt européen qui est questionnée par le Tribunal constitutionnel espagnol¹⁶⁶⁷. En l'espèce, la question concernait les droits de la défense de la personne transférée en cas de condamnation par défaut. Le requérant avait connaissance du

¹⁶⁶³ J.-S. BERGÉ, M. BAZEX, E. BERKANI, *et alii*, « Questionnement sur la place des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire. Chronique n° II », *LPA*, 2002, n° 149, p. 9.

¹⁶⁶⁴ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

¹⁶⁶⁵ Selon les termes de R. MEHDI, « Retour sur l'arrêt *Melloni* : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », disponible sur www.gdr-elsj.eu, article du 29 mars 2013.

¹⁶⁶⁶ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *op. cit.*, p. 293.

¹⁶⁶⁷ Cette réglementation est par ailleurs régulièrement mise en cause par les juridictions constitutionnelles nationales Voir pour le Conseil constitutionnel français CJUE, 30 mai 2013, *F*, aff. C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358.

procès qui se tenait à son encontre en Italie mais n'était pas présent. Les règles italiennes valident une telle condamnation par défaut, tandis que la Constitution espagnole, État d'exécution du mandat, prévoit une protection plus importante en accordant un recours contre les condamnations par défaut, contrairement au droit italien. L'article 4 bis de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen envisage¹⁶⁶⁸, parmi les motifs facultatifs de refus d'exécution du mandat, l'absence de comparution de l'intéressé, sauf s'il a eu connaissance de sa potentielle condamnation, ce qui est le cas pour M. Melloni. L'impossibilité, dans l'État membre qui émet le mandat, de réviser ce procès par défaut ne figure pas parmi les motifs de refus facultatifs envisagés. La Cour de justice énonce que les États membres ne peuvent pas ajouter de motifs de refus facultatifs, que l'article 4 bis est exhaustif¹⁶⁶⁹. Cette exhaustivité peut paraître étonnante dans un domaine pénal qui relève en principe de la compétence des États et dans lequel les États souhaitent en tout cas garder la maîtrise. De plus, le mandat d'arrêt européen remplace l'extradition, une décision politique, par une décision judiciaire. Toutefois, écarter la disposition du droit de l'Union au profit du droit national irait à l'encontre de la primauté du droit de l'Union qui « *est acceptée et acceptable parce qu'il est supposé exister une identité des systèmes relativement à la question des valeurs essentielles* »¹⁶⁷⁰. Ainsi, l'idée d'équivalence apparaît par le biais de la primauté. Les ordres juridiques sont présumés équivalents en termes de protection des droits fondamentaux. L'idée d'équivalence apparaît également par cette clause de standard minimum qui peut pourtant freiner l'équivalence. L'article 53 de la Charte s'écarte au profit de la primauté, ou s'interprète conformément au principe de primauté mais aussi d'unité et d'effectivité du droit de l'Union¹⁶⁷¹. Ces principes sont, selon la Cour de justice, au-dessus des dispositions transitoires de la Charte¹⁶⁷², parmi lesquelles figure l'article 53, « *sacrifiant ainsi la protection des droits fondamentaux sur l'autel de la primauté et de l'unité, le juge de l'Union*

¹⁶⁶⁸ Décision-cadre 2002/584 JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membre modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, *JOUE* n° L 81, 27 mars 2009, p. 24.

¹⁶⁶⁹ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, préc., point 44.

¹⁶⁷⁰ J.-Y. CHÉROT, « Le droit dans un ordre juridique faiblement ordonné. Le cas de l'Union européenne », *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz 2009, pp. 175-184.

¹⁶⁷¹ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, préc., point 60. La conséquence est également la nécessité d'appliquer la Charte lorsqu'elle est applicable face à des garanties constitutionnelles nationales. Voir É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *op. cit.*, p. 299.

¹⁶⁷² CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, préc., points 59 et suivants.

vide ainsi de sa substance l'article 53 de la Charte »¹⁶⁷³. La démarche de la Cour de justice n'est pas admise par tous, « *elle instille de la hiérarchie là où ne devrait prévaloir qu'une prudente empathie réciproque* »¹⁶⁷⁴. L'avis 2/13, rendu en 2014¹⁶⁷⁵, confirme l'analyse de l'arrêt *Melloni*, en ajoutant que le projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH doit assurer la cohérence entre les deux articles 53 puisque celui de la Charte comprend le respect du triptyque primauté, unité et effectivité, ce qui n'est pas le cas de celui de la Convention EDH.

Dans quel cas pourrait alors jouer l'article 53 de la Charte et de la Convention EDH ? De nouveau, la jurisprudence de la Cour EDH ne fournit guère d'exemple. Dans l'Union européenne, il semble peu probable que la disposition fonctionne pour favoriser le droit national, en raison du principe de primauté¹⁶⁷⁶. *A contrario*, lorsqu'aucune solution n'est prévue par le droit de l'Union, l'État reste libre d'appliquer sa réglementation nationale¹⁶⁷⁷. La Cour admet cette probabilité, « *elle reconnaît que l'absence de définition d'un standard commun au sein d'une législation d'harmonisation, octroierait l'opportunité aux États d'invoquer leur propre standard de protection. En envisageant une application concurrente des instruments de protection des droits fondamentaux, la Cour laisse donc toute sa place à la diversité et s'inscrit dès lors dans une démarche d'articulation du pluralisme* »¹⁶⁷⁸. En pratique, la disposition nationale plus protectrice devrait se combiner avec le droit de l'Union et ne pas aboutir à l'écartier : « *il apparaît indispensable de vérifier in concreto, au cas par cas, si et dans quelle mesure l'application d'un standard particulier s'avère compatible avec la lettre et l'économie de la norme qui fonde le rattachement de la situation en cause au droit de l'Union* »¹⁶⁷⁹. De même, l'article 53 de la Charte pourrait jouer en faveur de la Convention EDH mais il y a eu plus souvent des cas où le droit de l'Union vient s'aligner sur

¹⁶⁷³ F. MALHIÈRE, « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP*, 2013, n° 6, p. 1523.

¹⁶⁷⁴ R. MEHDI, « Retour sur l'arrêt *Melloni* : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », *op. cit.*

¹⁶⁷⁵ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 189.

¹⁶⁷⁶ L'avocat général Yves Bot procède à une analyse de l'application de l'article 53 dans ses conclusions du 18 juillet 2017 sur l'arrêt *M.A.S.*, dit « *Taricco II* », aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:564 mais qui ne sont pas reprises dans l'arrêt de la Cour de justice qui n'aborde pas du tout l'article.

¹⁶⁷⁷ CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F.*, aff. C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358.

¹⁶⁷⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. ARNAUD, T. COUSSENS-BARRE, *et alii*, « Chronique de jurisprudence des cours supranationales en matière de droits de l'homme (1ère partie) », *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷⁹ N. CARIAT, « Le droit de l'Union européenne et les normes nationales de protection des droits fondamentaux. L'article 53 de la Charte ou la tension entre la primauté et la différenciation », *op. cit.*, p. 155.

celui de la Convention EDH. Dans le cas de l'affaire *N.S.* de 2011¹⁶⁸⁰, par exemple, nulle mention n'est faite au standard de protection plus important assuré par l'État grâce à la Convention EDH, alors qu'est en cause une disposition non exhaustive. Pour en revenir à l'affaire *Melloni*, le Tribunal constitutionnel espagnol a, après réception de l'arrêt de la Cour de justice, contrôlé, de façon assez pertinente, la conventionnalité de la décision de la Cour de justice. Il conclut que la position correspond à la jurisprudence de la Cour EDH. En procédant ainsi, « *la spécificité et le caractère unique de l'ordre juridique de l'Union européenne sont complètement ignorés* »¹⁶⁸¹. Ainsi, « *en omettant les débats sur la portée de l'article 53 de la Charte et en se référant à sa décision du 13 décembre 2004, qui avait été qualifiée de Solange II à l'espagnole, le tribunal semble implicitement résister à l'arrêt rendu par la Cour de justice* »¹⁶⁸². Pourtant, la Cour de justice suit ce raisonnement « *pour la Cour, dès lors que le standard de protection garanti par la Charte est équivalent à celui offert par la Conv. EDH, il n'y a pas lieu d'appliquer un standard national plus protecteur* »¹⁶⁸³. On peut se demander si, dans l'hypothèse où l'affaire *Melloni* avait d'abord été traitée par la Cour EDH et qu'elle avait estimé qu'il fallait assurer la possibilité de recours, si la Cour de justice n'aurait pas suivi une telle solution, à l'instar de la jurisprudence *N.S.*¹⁶⁸⁴. Concrètement, l'absence de recours contre une décision par défaut semble abaisser le niveau de protection octroyé à un individu¹⁶⁸⁵. Cependant, la Cour EDH a jugé, dans une affaire similaire qui concernait un mandat d'arrêt européen avec la Belgique comme État d'émission et l'Italie comme État d'exécution, que la présomption de protection équivalente existant au bénéfice de l'Union européenne n'était pas renversée par l'absence de recours pour une condamnation par défaut¹⁶⁸⁶.

Cette équivalence prévue textuellement, avec l'exception d'une application externe en cas de meilleure protection, permet de mettre en œuvre le principe de subsidiarité. La

¹⁶⁸⁰ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905.

¹⁶⁸¹ A. PEYRÓ LLOPIS, « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne. La résistance du Tribunal constitutionnel espagnol face à l'arrêt *Melloni* de la CJUE », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 230.

¹⁶⁸² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. ARNAUD, T. COUSSENS-BARRE, *et alii*, « Chronique de jurisprudence des cours supranationales en matière de droits de l'homme (1ère partie) », *LPA*, 2015, n° 53, p. 6.

¹⁶⁸³ B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », *RFDA*, 2016, n° 2, p. 331.

¹⁶⁸⁴ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N.S.*, préc.

¹⁶⁸⁵ Voir H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », disponible sur le site www.gdr-elsj.eu, article du 3 mars 2013 : « *le jeu de la confiance mutuelle conduit ici à un abaissement de sa protection* ».

¹⁶⁸⁶ Cour EDH, 17 avril 2018, *Pirozzi c/ Italie*, req. n° 21055/11, point 71.

clause devrait avoir pour effet de laisser le niveau le plus pertinent octroyer une meilleure protection des droits fondamentaux, dans le sens d'une subsidiarité-descendante. Or la jurisprudence *Melloni* semble mettre de côté cette possibilité ou estimer qu'il ne peut y avoir qu'une subsidiarité-ascendante : seuls les droits fondamentaux de l'Union sont pertinents lorsque sont en jeu des normes exhaustives de l'Union. Ainsi, les juges doivent appliquer un texte qui n'a pas la même dimension, selon les législations de l'Union en cause. En l'absence de texte assurant l'articulation, le juge national a pour rôle de rechercher une cohérence dans le système.

B. L'équivalence prétorienne : la résolution d'un conflit de normes

L'équivalence prétorienne intervient lorsqu'un juge se trouve face à des normes d'un autre ordre juridique et se demande s'il doit appliquer ses propres normes fondamentales et procéder à un contrôle. La subsidiarité s'exprime pleinement avec l'équivalence : le juge, en estimant qu'il y a équivalence de protection, préfère laisser l'autorité pertinente de l'ordre juridique en question statuer sur sa norme. Différents juges se sont retrouvés face à la nécessité de faire appel à une présomption de protection équivalente¹⁶⁸⁷, en raison de la multiplication des interactions entre les ordres juridiques, qu'ils soient nationaux, européens, voire internationaux. Ainsi, « *l'utilisation de l'équivalence en droit international public est la conséquence de l'absence de centralisation du système international ainsi que du principe de l'égalité souveraine entre les États* »¹⁶⁸⁸, et ce malgré l'existence d'une clause de standard minimum, comme les articles 53 de la Charte ou de la Convention EDH. Cette nécessité est accentuée dans le cadre des droits fondamentaux, l'équivalence n'entrant alors pas « *dans un schéma kelsenien de supériorité d'un ordre juridique sur un autre, elle semble traduire plutôt le souhait de donner la priorité aux droits fondamentaux indépendamment de leur source normative* »¹⁶⁸⁹. La présomption sert aux juges quand les rapports entre systèmes « *sont susceptibles de dégénérer non pas simplement en conflits de normes – car les conflits de*

¹⁶⁸⁷ « *La présomption est en droit un raisonnement qui se fonde sur des éléments non prouvés ; elle implique que le juge considère comme établis des éléments qui ne sont pas prouvés. Cette technique postule ainsi une cohérence normative entre les ordres juridiques, en particulier une équivalence matérielle entre les ensembles normatifs en cause. Proche de la fiction juridique, elle exprime nécessairement une forme de confiance mutuelle, partagée entre les ordres juridiques européens* », voir B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁸⁹ F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente », *RFDA*, 2012, n° 2, p. 307.

normes sont en eux-mêmes des phénomènes normaux [...] mais en conflit de normes insolubles »¹⁶⁹⁰. Tous les niveaux peuvent être concernés¹⁶⁹¹, le juge national face aux normes de l'Union européenne ou de la Convention EDH qui reconnaît une équivalence normative (1) et le même juge national qui doit appliquer les normes de la Convention EDH aux règles de l'Union en utilisant alors une équivalence de contrôle (2).

1. L'équivalence normative entre droits nationaux et droits européens

Puisque l'équivalence exprime la subsidiarité, il est cohérent que le premier intéressé soit le juge national. Entre les deux ordres européens, la présomption de protection équivalente normative a été constatée par la Cour EDH vis-à-vis du droit de l'Union européenne dans sa jurisprudence *Bosphorus* de 2005¹⁶⁹², mais rejetée par le Comité EDS¹⁶⁹³. Il faut s'intéresser ici au rapport du juge national en termes d'équivalence face au droit de l'Union européenne d'une part et face aux conventions du Conseil de l'Europe et plus précisément les droits fondamentaux de la Convention EDH d'autre part.

Aux termes des rapports entre le droit national et le droit de l'Union c'est l'arrêt *So lange II* de 1986 qui marque le début de la logique d'équivalence, dans un cadre de subsidiarité¹⁶⁹⁴. La Cour constitutionnelle allemande estime que tant que le droit de l'Union est équivalent au droit national, en termes de protection des droits fondamentaux, la primauté du droit de l'Union peut continuer à s'appliquer au droit dérivé. Au contraire, si le justiciable parvient à démontrer que la protection est inférieure, le droit de l'Union sera écarté. L'équivalence est alors bienveillante, et exprime une subsidiarité-ascendante – admettant que

¹⁶⁹⁰ S. PLATON, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. POTVIN-SOLIS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 469.

¹⁶⁹¹ B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », *RFDA*, 2016, p. 331.

¹⁶⁹² Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus*, req. n° 45036/98.

¹⁶⁹³ Comité EDS, décision sur le bien-fondé, 23 juin 2010, *Confédération générale du travail (CGT) c/ France*, réclamation n° 55/2009 ; Comité EDS, décision sur le bien-fondé, 23 juin 2010, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c. France*, réclamation n° 56/2009, confirmé par la décision sur la recevabilité et le bien-fondé, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés c/ Suède*, réclamation n° 85/2012.

¹⁶⁹⁴ 22 octobre 1986, *BverfGE* 73, 339, voir V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Thèse de doctorat 2016, Université Grenoble-Alpes, p. 26. Voir également la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : *Frontini et Fragn* 18 décembre 1973 et voir F. MALHIÈRE, « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP*, 2013, n° 6, p. 1523.

le niveau européen est compétent – mais c'est au justiciable que revient la difficile tâche de démontrer une insuffisance de protection. Les juridictions constitutionnelles reconnaissent une équivalence qui freine tout contrôle interne, notamment des normes nationales transposant des directives de l'Union européenne. C'est également la démarche du Conseil constitutionnel français qui a pu renoncer à contrôler des lois de transposition en raison d'un contrôle équivalent existant au sein de l'Union européenne et reconnu une obligation constitutionnelle de transposition des directives pour le législateur¹⁶⁹⁵. Le Conseil constitutionnel a dégagé une réserve assez hypothétique pouvant renverser la présomption, laquelle tient au respect de l'identité constitutionnelle¹⁶⁹⁶. Le juge administratif français a également recherché une équivalence entre les règles européennes et les règles constitutionnelles dans l'arrêt *Arcelor* de 2007 afin de respecter les deux contrôles qu'il peut exercer. Dans cette situation, « *la Cour de justice se trouve alors, par l'effet « translatif » de l'équivalence substantielle, érigée en juge indirect de la compatibilité de l'acte administratif attaqué avec la Constitution française : si la directive est invalide, l'acte administratif sera incompatible avec la Constitution française et vice-versa* »¹⁶⁹⁷. L'effet de subsidiarité, dans un mouvement paradoxal, affecte alors la norme nationale puisque la décision du juge de l'Union affectera la norme nationale, que le juge interne a refusé de contrôler.

Au sein même de l'Union européenne, le principe de reconnaissance mutuelle est une expression de la présomption de protection équivalente entre les États membres¹⁶⁹⁸. L'équivalence apparaît également dans la limitation de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Dans ce cadre, l'équivalence est un principe et joue dans le sens inverse. Il faut que l'application du droit de l'Union au sein d'un État se fasse de façon équivalente au droit national. En effet, « *certaines présomptions sont horizontales et concernent les relations entre les États membres de l'Union européenne ; d'autres sont verticales, ascendantes ou descendantes, et s'appliquent aux relations entre l'Union*

¹⁶⁹⁵ Cons. cstit., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* et Cons. cstit., 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information*.

¹⁶⁹⁶ Voir Cons. cstit., 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, considérant 19 : « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ».

¹⁶⁹⁷ S. PLATON, « Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne. L'avenir des jurisprudences *Économie numérique* et *Arcelor* », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCLET*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 889.

¹⁶⁹⁸ B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », *RFDA*, 2016, p. 331.

européenne et les États membres ; à cela s'ajoutent des présomptions que l'on peut qualifier de transversales ou obliques car elles concernent plusieurs ordres juridiques à la fois, le droit national, le droit de l'Union et le droit de la Convention européenne »¹⁶⁹⁹. Enfin, l'application de certaines règles de l'Union, comme le mandat d'arrêt européen ou les règles relatives à l'asile, s'accompagnent d'une présomption de confiance entre les États membres de l'Union, car ils ont tous ratifié la Convention EDH et qu'ils sont supposés respecter ces dispositions.

Sur un autre niveau, l'Union européenne a aussi régulé ses rapports avec le droit onusien par le biais d'une présomption de protection équivalente – dans le sens d'une inéquivalence et donc d'une subsidiarité-descendante – dans l'arrêt *Kadi*¹⁷⁰⁰ de la Cour de justice. Ces différentes présomptions interagissent entre elles alors même qu'elles sont établies par des juges indépendants les uns des autres. Ainsi, « cette intertextualité des présomptions semble témoigner d'un véritable réseau de présomptions, lequel est en outre alimenté par leur forte homogénéité matérielle »¹⁷⁰¹. Cette approche démontre que les juges instaurent des « stratégies jurisprudentielles »¹⁷⁰², des politiques jurisprudentielles afin de « s'approprier des solutions plutôt que les rejeter par principe »¹⁷⁰³. Cette stratégie leur permet d'opérer un contrôle minimal sur le terrain de l'équivalence des protections et de ne pas être obligé de rejeter le recours pour irrecevabilité, en tant qu'il se fait à l'encontre d'une norme d'un autre ordre juridique. Autrement dit, « la subsidiarité a avant tout pour effet de donner la parole à celui qui intervient en dernier lieu »¹⁷⁰⁴.

La présomption de protection équivalente « permet de lisser, de faciliter les rapports entre systèmes en l'absence de « méta-règle » de conflit de normes issues de systèmes différents »¹⁷⁰⁵. C'est une règle d'articulation qui exprime le principe de subsidiarité. En reconnaissant les normes d'un autre ordre juridique équivalent, le juge admet que les

¹⁶⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰⁰ CJUE, Gde chbr., 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

¹⁷⁰¹ B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », *op. cit.*, p. 331.

¹⁷⁰² *Ibidem*.

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAMM, Aix-Marseille, tome II, 2005, p. 391.

¹⁷⁰⁵ S. PLATON, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.*, p. 472.

autorités de cet ordre sont compétentes pour réguler les droits fondamentaux, dans une idée de subsidiarité-ascendante. *A contrario*, lorsque la présomption est renversée, le juge reprend son pouvoir de contrôle pour estimer qu'il est plus à même de décider quelles règles doivent s'appliquer dans son ordre. La présomption est à la fois une renonciation ponctuelle du pouvoir de contrôle du juge et une « *main tendue vers les autres systèmes qui sont « en contact » avec le sien ainsi qu'une volonté de coopération avec les juridictions relevant de ces systèmes* »¹⁷⁰⁶.

À cette équivalence normative, qui implique que le juge saisi recherche à faire correspondre des normes de plusieurs ordres, peut s'ajouter l'équivalence de contrôle, qui implique qu'un juge national par exemple, reconnaisse le contrôle opéré par des juges situés en dehors de son ordre juridique.

2. L'équivalence de contrôle entre les droits européens

Reconnaître des normes comme équivalentes ne signifie pas qu'un juge admette que le contrôle par un autre juge soit équivalent au sien. Ces présomptions d'équivalence de contrôle se sont notamment présentées lorsque le juge national jongle avec les règles issues de plusieurs ordres juridiques comprenant d'autres présomptions, dont les existences multiples sont une caractéristique du système européen de protection des droits fondamentaux. C'est le cas dans l'arrêt *Conseil national des barreaux* du Conseil d'État français, rendu le 10 avril 2008¹⁷⁰⁷. Les enjeux concernent le contrôle de constitutionnalité – qui se transformera en contrôle de conventionnalité – du décret de transposition d'une directive de l'Union européenne sur les blanchiments de capitaux¹⁷⁰⁸. Le maître des requêtes au Conseil d'État indique « *que l'examen des moyens tirés de la méconnaissance de la Convention européenne des droits de l'homme par une directive doit être aligné sur celui des moyens tirés de la violation du droit communautaire originaire ou des principes généraux du droit communautaire* »¹⁷⁰⁹. Le juge administratif contrôle directement la directive face au

¹⁷⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁰⁷ CE, ass., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, Lebon p. 129.

¹⁷⁰⁸ Directive 2001/97 du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *JOUE* n° L 344, 28 décembre 2001, p. 76.

¹⁷⁰⁹ M. GUYOMAR, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. À propos du secret professionnel des avocats », *RFDA*, 2008, n° 3, p. 575.

droit primaire de l'Union en estimant que celui-ci est équivalent au système de la Convention EDH grâce aux PGD de l'Union qui puisent principalement leur source dans la Convention EDH. Autrement dit, le contrôle de conventionnalité tiré de la Convention EDH est équivalent au contrôle de conventionnalité par rapport aux normes de l'Union, qui lui est équivalent au contrôle de constitutionnalité. Ainsi, la présomption d'équivalence « *permet ici au juge de trancher un délicat conflit entre sources juridiques, sans renoncer à l'exercice de son contrôle juridictionnel* »¹⁷¹⁰. C'est « *parce que le niveau de protection dans l'Union est équivalent à celui proposé par la Convention européenne qu'il peut être considéré comme suffisant par rapport à celui assuré par la Constitution nationale* »¹⁷¹¹. En cas de contradiction, le renversement de la présomption impliquerait ici un renvoi préjudiciel pour que la Cour de justice examine la validité de la directive face au droit primaire¹⁷¹². Cette solution rendue en 2008 peut être questionnée en raison de la disparition progressive des PGD du contentieux du droit de l'Union au profit de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Certes, la Charte peut faire office de fondement équivalent à la Convention EDH, notamment grâce au mécanisme des droits correspondants. Toutefois, la Charte offre moins de souplesse que ne le permettent les PGD qui reconnaissent explicitement prendre comme source la Convention EDH. Par la suite, la même directive est remise en cause devant la Cour EDH dans l'arrêt *Michaud* de 2012¹⁷¹³. Cette juridiction procède à un contrôle de la norme nationale en écartant la présomption d'équivalence en raison de la marge d'appréciation que l'État possède en matière de directive. La Cour EDH ne revient d'ailleurs pas sur le délicat contrôle auquel a procédé le Conseil d'État. La juridiction des droits de l'homme affirme simplement au sujet des dispositions du décret que « *le Conseil d'État a constaté qu'elles procédaient d'une exacte transposition de la directive et en a déduit qu'elles n'étaient pas incompatibles avec les droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8 de la Convention* »¹⁷¹⁴. Ce résumé par la Cour EDH lui permet de ne pas statuer sur une équivalence – sachant qu'elle n'applique pas la présomption au profit de l'Union dans cette espèce – tout en validant implicitement l'approche retenue par

¹⁷¹⁰ B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », *op. cit.*

¹⁷¹¹ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2015, n° 2, p. 300.

¹⁷¹² CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-frost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 235. Sachant que dans le contexte de l'espèce une question préjudicielle avait déjà été posée par une juridiction belge : H. LABAYLE et R. MEHDI, « Le Conseil d'État et la protection communautaire des droits fondamentaux », *RFDA*, 2008, n° 4, p. 711.

¹⁷¹³ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11.

¹⁷¹⁴ *Ibidem*, point 46.

le Conseil d'État.

L'utilisation des présomptions de protection équivalente par les différents juges fait découvrir un système en réseau car les présomptions seraient « *plus difficiles à justifier si elles ne devaient fonctionner qu'individuellement, isolément ; leur cohérence vient du fait qu'elles semblent en réalité indissociables* »¹⁷¹⁵. Ces jeux d'interaction prennent différentes directions. Selon les cas, l'équivalence joue en faveur d'un autre ordre juridique, entre la Cour EDH et la Cour de justice, entre le niveau national et l'Union européenne, ou inversement entre la Cour de justice et le niveau national avec le principe d'équivalence face à l'autonomie procédurale des États. Toutes ces directions sont des expressions de la subsidiarité puisque l'idée est de laisser un pouvoir plus pertinent le soin de trancher un litige. La subsidiarité disparaît lorsque la présomption est renversée.

¹⁷¹⁵ B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », *op. cit.*

Conclusion de chapitre

Le principe de subsidiarité se concrétise de multiples façons. La première distinction se fait entre les aspects procéduraux et matériels. Dans son versant procédural, le principe de subsidiarité implique une autonomie institutionnelle et procédurale pour les États membres de l'Union européenne et différentes conditions de recevabilité pour les recours devant la Cour EDH. Du côté substantiel, les implications de la subsidiarité sont moins évidentes. La marge d'appréciation laissée aux États et l'idée d'équivalence entre les ordres juridiques semble en faire partie. Néanmoins, ces aspects peuvent également rejoindre le principe de proportionnalité. Ce dernier principe semble même parfois faire partie du principe de subsidiarité ou de son expression matérielle, la marge d'appréciation¹⁷¹⁶. La subsidiarité est une notion assez floue qui permet d'inclure de nombreux concepts, dont la répercussion concrète n'est pas toujours évidente, en particulier du côté de l'Union européenne. Au niveau national, les utilisations du principe de subsidiarité sont également assez rares, y compris dans des États fédéraux comme les États-Unis ou l'Allemagne¹⁷¹⁷.

Les contours du principe de subsidiarité ne sont ni clairs et ni fermement dessinés, probablement en raison de l'importante dimension politique de la notion. La subsidiarité passe un message plus qu'elle n'impose des critères de fonctionnement. Ainsi, la subsidiarité, qui peut être descendante, ascendante ou neutre est un « *un subtil équilibre à trouver entre des forces centripètes et des forces centrifuges, entre les désirs d'efficacité et d'autonomie, entre la volonté d'assurer une certaine unité, tout en s'efforçant de préserver la diversité* »¹⁷¹⁸. Le principe de subsidiarité est souvent accompagné du principe de proportionnalité, second principe essentiel au système.

¹⁷¹⁶ Exemple de recherche de proportionnalité dans le cadre de la marge d'appréciation : Cour EDH, Gde chbr., 27 octobre 2009, *Bayatyan c/ Arménie*, req. 32459/03.

¹⁷¹⁷ W. VAN GERVEN, « Les principes de « subsidiarité, proportionnalité et coopération » en droit communautaire européen », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 1283.

¹⁷¹⁸ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 17.

Chapitre 2. La proportionnalité : un principe échappant aux juges nationaux

Au contraire de la notion de subsidiarité, la proportionnalité ne semble pas être un terme polysémique. Elle concerne simplement un rapport d'adéquation, de modération¹⁷¹⁹. Ce sont les nombreuses concrétisations de la proportionnalité qui sèment la confusion et c'est la portée du principe qui pose des difficultés au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

Alors que le principe de subsidiarité tire ses origines dans la doctrine ecclésiastique, le principe de proportionnalité est né en droit allemand et suisse¹⁷²⁰, en tant que principe général du droit¹⁷²¹, comme « *réponse à un souci de régulation de la puissance publique dans un esprit libéral* »¹⁷²². C'est principalement le droit allemand qui a contribué à déterminer la substance du principe de proportionnalité et les critères de son contrôle¹⁷²³. Le principe est ensuite arrivé devant les juridictions européennes dans les années 1970. Il se retrouve aujourd'hui dans tous les ordres juridiques, ce qui « *en fait un mécanisme inhérent au raisonnement juridictionnel* »¹⁷²⁴. Il rejoint le principe de subsidiarité en ce qu'il est une méta-règle du système européen de protection des droits fondamentaux. Ainsi, « *la proportionnalité compte incontestablement parmi les principes directeurs d'un ordre juridique et social juste et donc, parmi les fondements de l' « idée de droit » et de l'État de*

¹⁷¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2000, p. 685.

¹⁷²⁰ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6e éd., 2016, p. 510 et A. STONE SWEET et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Yale Faculty Scholarship Series*, 2008, Paper 14 : « *By the early 1970s, the proportionality framework was routinely used in Germany, and was just emerging in the EU under the ECJ's tutelage, but PA was virtually unknown in all of the other High Contracting Parties of the Council of Europe, with the exception of Switzerland* ».

¹⁷²¹ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome II, LGDJ, Paris, 1974, p. 297.

¹⁷²² B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « La proportionnalité », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 624.

¹⁷²³ *Ibidem*, p. 634. La proportionnalité est d'abord mentionnée dans un arrêt de la Cour de Prusse du 14 juin 1882. L'expression « *la police ne doit pas tirer sur les moineaux à coups de canon* » du juriste allemand Fleiner est associée à l'idée de proportionnalité. Voir également L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence administrative française*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 352 : « *Rattaché au principe de l'État de droit (article 20 de la Loi fondamentale), le principe de proportionnalité de valeur constitutionnelle a pour objectif la protection des droits fondamentaux* ».

¹⁷²⁴ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

droit moderne »¹⁷²⁵. La proportionnalité semble être un principe à valeur constitutionnelle.

Le principe s'est d'abord développé en tant que réponse judiciaire face à l'augmentation du pouvoir discrétionnaire de l'administration¹⁷²⁶. En cela, la proportionnalité est l'exigence « *d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'Administration et le but qu'elle vise* »¹⁷²⁷. Par la suite, le principe de proportionnalité s'est étendu à tous les domaines, à tel point que « *l'impératif de proportionnalité est une règle morale de vie et de sagesse et constitue en cela un fondement de notre compréhension du droit et de la justice* »¹⁷²⁸. Le principe apparaît comme une « *règle de bon sens* »¹⁷²⁹. Il a été défini comme signifiant qu'une compétence, au sens de pouvoir, ne peut être exercée que « *lorsque cela est utile et nécessaire pour la réalisation du but pour lequel elle a été conférée et uniquement lorsque le résultat qui peut être atteint par l'exercice de cette compétence n'est pas disproportionné par rapport au désavantage qui résulte de cet exercice pour un autre intérêt digne de protection ou pour un autre champ de compétence* »¹⁷³⁰. Cette idée de nécessité et de protection des intérêts paraît le lier profondément aux droits fondamentaux, à tel point qu'une consubstantialité est évoquée¹⁷³¹. Selon la doctrine, « *la proportionnalité se connecte au monde des valeurs sociales représentatives du monde réel, pour servir d'interface entre la disposition abstraite et le monde concret, elle est l'instrument qui rend capable le juge de produire une décision juste* »¹⁷³².

En revanche, l'idée de la proportionnalité n'est pas entièrement claire ni définie. Cette notion, qui « *se développe dans un contexte de méfiance envers l'intervention publique en même temps qu'elle relégitime les fondements de l'action publique* »¹⁷³³ est ambiguë. La

¹⁷²⁵ M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, Berne, 2016, p. 2.

¹⁷²⁶ Voir T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 2e éd., p. 136.

¹⁷²⁷ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome II, LGDJ, Paris, 1974, p. 298.

¹⁷²⁸ M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, *op. cit.*, p. XI.

¹⁷²⁹ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 298.

¹⁷³⁰ W. VAN GERVEN, « Les principes de « subsidiarité, proportionnalité et coopération » en droit communautaire européen », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 1287.

¹⁷³¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAMM, Aix-Marseille, 2005, p. 77.

¹⁷³² F. SUDRE, « Préface », in P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAMM, Aix-Marseille, 2005, p. 9.

¹⁷³³ B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « La proportionnalité », *op. cit.*, p. 624.

proportionnalité renferme un double sens, à savoir limiter l'intervention publique tout en la rendant plus pertinente. C'est un principe à part entière tout en étant un outil de contrôle¹⁷³⁴, la proportionnalité est un « *caméléon juridique* », un *caméléon dont les formes changeantes rendent son appréhension si malaisée* »¹⁷³⁵. Le principe de proportionnalité fait partie des notions juridiques « *insaisissables, fuyantes, rebelles à la systématisation, qui plongent le juriste dans un abyme de perplexité* »¹⁷³⁶. C'est un principe omniprésent dans le travail du législateur¹⁷³⁷, du juge ou encore du constituant, « *tout juriste aura l'occasion de le croiser au moins une fois dans sa vie, tant il est vrai que le principe de proportionnalité vient largement transcender les ordres juridiques et les champs disciplinaires* »¹⁷³⁸. Le principe est particulièrement visible en droit européen des droits fondamentaux, en tant qu'outil des juges européens. Devant ces juridictions, il peut avoir l'effet inverse du principe de subsidiarité en interceptant le pouvoir national et en le replaçant dans les mains des juges européens.

La notion de proportionnalité est ambivalente car elle est à la fois un principe qui s'impose aux juges (Section 1) et une technique du contrôle du juge dont les critères paraissent incertains (Section 2), sachant que les deux aspects se combinent le plus souvent¹⁷³⁹ et que « *le principe de proportionnalité reste surtout envisagé comme une technique ou un mécanisme contentieux* »¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁴ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289.

¹⁷³⁵ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAMM, Aix-Marseille, 2005, p. 140.

¹⁷³⁶ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 17.

¹⁷³⁷ A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des thèses, Paris, 2014, p. 26.

¹⁷³⁸ D. SZYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. POTVIN-SOLIS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 446.

¹⁷³⁹ *Ibidem*, p. 447.

¹⁷⁴⁰ J.-M SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Conférence du 17 mars 2017, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr>.

Section 1. L'omniprésence du principe de proportionnalité dans les ordres juridiques nationaux et européens

Le principe de proportionnalité est omniprésent car « *la proportionnalité apparaît comme le régulateur de l'équilibre démocratique. C'est elle qui doit dissuader, à la fois, le citoyen d'abuser de ses droits, l'administration d'excéder ses pouvoirs, le législateur d'abîmer les libertés, le juge d'exaspérer son contrôle, le politique d'exacerber ses rancœurs, le professeur d'exagérer ses critiques, le journaliste d'échauffer les esprits [...]* L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité place le juge haut dans la pyramide mais il ne s'y maintiendra que si les autres pouvoirs le soutiennent ou à tout le moins l'acceptent »¹⁷⁴¹. Déterminer les contours de la proportionnalité n'est pas une tâche évidente : l'acceptation du principe se fait *in concreto*¹⁷⁴², et comprend plusieurs réalités qui ne sont pas nécessairement les mêmes d'un juge européen à l'autre : « *il n'existe pas de « principe de proportionnalité » mais, tout au plus, des versions de ce principe, tel que reçu dans un contexte culturel spécifique* »¹⁷⁴³. Ainsi, si des similarités existent entre les deux juges européens, cela implique qu'il y existe bien un rapprochement entre leurs cultures juridiques. Ce rapprochement n'emporte pas pour autant la consécration d'un principe général de droit européen au sens large¹⁷⁴⁴.

Dans l'ordre juridique de l'Union, le principe de proportionnalité est souvent associé, parfois assimilé au principe de subsidiarité. Il faut donc tenter de détacher les deux notions pour envisager la teneur du principe de proportionnalité dans l'Union européenne. Du côté du Conseil de l'Europe, et particulièrement de la Cour EDH, la proportionnalité est dessinée par le juge, ce qui en fait un concept difficile à saisir et nécessite d'envisager ses fondements (§1). Malgré ces difficultés, il est nécessaire de déterminer le champ d'application du

¹⁷⁴¹ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Tome I, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 66.

¹⁷⁴² T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 1 : « whether a measure is proportionate or not depends on the individual case ». Voir également Cour EDH, 8 avril 2014, *National Rail Union c/ Royaume-Uni*, req. n° 31045/10, point 101 : « *Cela ne veut pas dire que les circonstances particulières de chaque cas individuel sont sans importance aux fins de l'analyse qu'elle effectue de la proportionnalité. De fait, elles permettent de se rendre compte des répercussions pratiques de la mesure générale et sont donc pertinentes pour l'appréciation de sa proportionnalité* ».

¹⁷⁴³ A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 13

¹⁷⁴⁴ J.-M SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Conférence du 17 mars 2017, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr> : « *Ces évolutions, bien qu'importantes, ne sauraient néanmoins confirmer, à ce stade, l'émergence d'un principe général de proportionnalité à l'échelle européenne* ».

principe de proportionnalité dans le système européen de protection des droits fondamentaux (§2).

§1. Les fondements de la proportionnalité dans le système européen de protection des droits fondamentaux

Comme le principe de subsidiarité, la proportionnalité est désignée en tant que principe, avant d'être un critère de contrôle, « *c'est-à-dire comme une norme qui s'impose à l'administration indépendamment de tout litige* »¹⁷⁴⁵, même si la distinction entre principe et contrôle est parfois subtile. Si le principe de proportionnalité est très présent dans la jurisprudence des deux juridictions européennes, il joue un rôle en amont, dans la création de normes de l'Union (A) et dans la production de conventions au sein du Conseil de l'Europe (B).

A. Le principe de proportionnalité dans l'Union européenne : un principe de droit primaire

Le principe de proportionnalité occupe une place importante dans le droit de l'Union européenne, il s'impose à la Commission européenne dans ses propositions normatives mais il a été tardivement inscrit dans les textes fondateurs. Cela n'empêche pas la proportionnalité d'être un principe diffus (1), proche du principe de subsidiarité, avec lequel il ne faut toutefois pas la confondre (2).

1. Un principe diffus dans l'ordre juridique de l'Union européenne

Le terme même de proportionnalité n'apparaît dans le droit primaire que depuis le traité de Lisbonne, à l'article 5 § 1 TUE. Toutefois, il était déjà présent par le biais du protocole n° 30 annexé au traité d'Amsterdam. Auparavant, le traité de Maastricht l'utilisait implicitement à l'article 3 B, en limitant l'action de l'Union, qui ne doit pas excéder « *ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité* ». L'idée même de

¹⁷⁴⁵ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 348.

proportionnalité est présente dès le début de la Communauté européenne, d'ailleurs le principe est probablement plus ancien que celui de subsidiarité¹⁷⁴⁶. Le concept de proportionnalité peut ainsi être retrouvé dans les premiers traités, dans le cadre des dispositions relatives au contrôle des ingérences étatiques dans les libertés de circulations¹⁷⁴⁷ ou encore au sujet de la politique agricole commune, pour laquelle le législateur de l'Union est limité à la poursuite des objectifs du traité, ce qui exprime une forme de proportionnalité. L'article 352 TFUE, la clause de flexibilité qui est soumise à des conditions strictes pour son utilisation, invite l'Union à agir lorsque cela est nécessaire. Enfin, la Charte des droits fondamentaux comprend deux renvois à la proportionnalité, le premier à l'article 49, spécifiquement sur le principe de légalité des peines et des délits qui dispose que « *l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction* ». Le second, l'article 52, qui se situe dans les dispositions transitoires, propose une application générale du principe de proportionnalité en cas de limitation des droits. Ainsi, le juge doit vérifier, pour chaque limitation apportée à un droit, si celle-ci est prévue par la loi, respecte le contenu essentiel dudit droit et le principe de proportionnalité car la limitation doit être nécessaire et répondre à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union. Cette formulation – qui n'est pas évidente au premier abord s'agissant du contenu essentiel du droit – décline précisément deux étapes de la proportionnalité, l'adéquation et la nécessité. Ce découpage est rarement présenté comme tel mais plutôt sous forme de triptyque avec la proportionnalité *stricto sensu*. Enfin, le juge de l'Union a reconnu l'équivalence des différents contrôles de proportionnalité présents dans les traités, « *un examen de la restriction représentée par la réglementation nationale en cause au principal au titre de l'article 56 TFUE couvre également les éventuelles restrictions de l'exercice des droits et des libertés prévus aux articles 15 à 17 de la Charte de sorte qu'un examen séparé à ce titre n'est pas nécessaire* »¹⁷⁴⁸. Ainsi, même si les objectifs du principe de proportionnalité sont multiples, le principe « *a pour but de réaliser un contrôle de conformité avec les objectifs du Traité* »¹⁷⁴⁹, ce qui peut justifier son approche unique devant le juge. C'est d'ailleurs devant le juge que peuvent être constatées les premières traces explicites de proportionnalité. D'abord, en matière de politique agricole

¹⁷⁴⁶ V. ADAM, C. BLUMANN et L. CAPPELLETTI, « Commission européenne », *ADUE*, 2016, p. 462.

¹⁷⁴⁷ C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCLET*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 440.

¹⁷⁴⁸ CJUE, 7 novembre 2013, *Commission c/ Pologne*, aff. C-90/12 P, ECLI:EU:C:2013:724, point 60.

¹⁷⁴⁹ G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne. Une énigme et beaucoup d'attentes », *RTDE*, 1994, n° 3, p. 373.

commune, domaine de prédilection de la proportionnalité¹⁷⁵⁰, le juge de l'Union estime que la proportionnalité est une « exigence découlant de la réglementation agricole communautaire étant jugée comme constituant « un moyen à la fois nécessaire et approprié »¹⁷⁵¹. Rapidement, le principe de proportionnalité est consacré comme principe général du droit¹⁷⁵², ayant comme fondement l'État de droit¹⁷⁵³. Malgré l'évolution des textes, le principe est maintenu comme tel, « la Cour préfère conserver le fondement jurisprudentiel du principe de proportionnalité, et l'applique donc en tant que principe général du droit plutôt qu'en tant que principe textuel consacré par le droit primaire »¹⁷⁵⁴. Le principe de proportionnalité prend ainsi une place importante dans la hiérarchie des normes de l'Union. Du « statut de méthode de raisonnement juridictionnel, le principe de proportionnalité devient une source de droit, insérée dans la hiérarchie des normes communautaires, qui s'impose au juge dans le contrôle de la légalité des actes des institutions »¹⁷⁵⁵. Cette utilisation démontre d'ailleurs la pertinence du maintien des PGD, dont celui de proportionnalité. Le maintien est d'autant plus logique qu'il n'existe pas de principe de proportionnalité autonome dans la Charte, qui ne l'utilise que dans le cadre spécifique des limitations de droit.

Le principe de proportionnalité est souvent accompagné, voire lié, au principe de subsidiarité, comme dans les protocoles annexés au traité de Lisbonne¹⁷⁵⁶. Néanmoins, la proportionnalité semble moins avoir moins comme objectif de réguler l'exercice des compétences entre l'Union européenne et ses États membres – objectif du principe de subsidiarité – que d'avoir un impact sur l'action de l'Union, une fois celle-ci compétente.

¹⁷⁵⁰ A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 26. Voir également D.-A. GALETTA, « Le principe de proportionnalité », in *Traité de droit administratif européen*, J.-B AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 2014, p. 508.

¹⁷⁵¹ CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide c/ Köster*, aff. 25/70, *Rec.* p. 1161, J. MOLINIER, « Principe de proportionnalité », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en mars 2011.

¹⁷⁵² CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125 ; CJCE, 20 février 1979, *Buitoni*, aff. 122/78, *Rec.* p. 677 et CJCE, 11 juillet 1989, *Schräder*, aff. 265/87, *Rec.* p. 2237. Voir également C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6e éd., 2016, p. 510.

¹⁷⁵³ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.* p. 491. Voir T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷⁵⁴ B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, p. 329. Pour un exemple après cet article, voir CJUE, 21 avril 2016, *Khachab*, aff. C-558/14, ECLI:EU:C:2016:285, point 42.

¹⁷⁵⁵ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 17.

¹⁷⁵⁶ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Cela rejoint le quatrième paragraphe de l'article 5 TUE qui ne vise que le principe de proportionnalité – sans la subsidiarité – en disposant que l'action de l'Union ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité. L'article 296 TFUE soutient cette logique en précisant que lorsqu'aucun type d'acte n'est indiqué dans les traités, les institutions font leur choix dans le respect du principe de proportionnalité. Le principe de proportionnalité intervient dans un second temps, une fois qu'il a été estimé pertinent d'adopter une norme par l'Union, conformément au principe de subsidiarité¹⁷⁵⁷.

L'article 5 du protocole n° 2 sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité précise que les projets d'actes législatifs doivent comporter des indications relatives à la subsidiarité et la proportionnalité, ce qui se fait concrètement par le biais d'études d'impact financier ou d'indicateurs qualitatifs voire quantitatifs. Le principe de proportionnalité commande le choix à faire pour qu'une mesure soit adoptée, quelle que soit la compétence concernée. Il faut que la mesure en cause soit effectivement nécessaire, qu'elle remplisse les objectifs qu'elle s'est fixés et qu'elle n'implique pas un coût excessif. Ainsi, « *pour le législateur européen, le principe de proportionnalité représente à la fois un guide d'action dans la mesure où il faut choisir la mesure la mieux appropriée et un frein à son intervention puisque tout excès sera condamné* »¹⁷⁵⁸. Le législateur européen doit démontrer que la mesure est proportionnelle, notamment dès les analyses d'impact où les différentes options de législations sont souvent avancées. Le choix opéré est justifié par le biais du principe de proportionnalité, « *si plusieurs modes d'action sont possibles, l'autorité doit choisir le moins contraignant et le moins onéreux pour le sujet de droit* »¹⁷⁵⁹. La Commission européenne s'est ainsi dotée de lignes directrices sur la question, qui exigent que ses services déterminent « *si les mesures sont conformes au principe de proportionnalité ; si elles dépassent ce qui est nécessaire pour résoudre le problème et atteindre l'objectif de manière satisfaisante ; si l'initiative est limitée aux aspects que les États membres ne peuvent régler de manière satisfaisante par leurs propres moyens et où l'UE peut faire mieux ; si l'action ou le choix de l'instrument est aussi simple que possible, et s'il est compatible avec la réalisation satisfaisante de l'objectif et sa mise en œuvre effective ; si les coûts sont limités au minimum et proportionnés par rapport à l'objectif à atteindre ; s'il existe une solide justification pour*

¹⁷⁵⁷ Voir T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, op. cit., p. 176.

¹⁷⁵⁸ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6e éd., 2016, p. 512.

¹⁷⁵⁹ J. MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité », *RMCUE*, 1992, n° 4, p. 198.

le choix de l'instrument (règlement, directive ou d'autres méthodes réglementaires) ; et si des modalités nationales bien établies et des circonstances spécifiques dans certains États membres sont respectées »¹⁷⁶⁰. Ce sont bien différentes facettes de la proportionnalité qui sont exploitées, même si l'on distingue mal la conformité au principe de proportionnalité d'autres conditions qui y sont listées, comme le choix d'un instrument simple. L'aspect économique de la proportionnalité prend plus d'importance dans le contexte de crise et la proportionnalité devient un outil «*favorisant le développement de nouveaux modèles économiques tout en assurant la protection des consommateurs et en garantissant une fiscalité et des conditions d'emploi équitables* »¹⁷⁶¹, par la recherche des mesures les plus pertinentes. En pratique, les normes de l'Union comportent la même référence générale au principe de proportionnalité, qui mentionne que «*le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs* »¹⁷⁶². Néanmoins, la plupart des réglementations développent le principe de proportionnalité, contrairement à celui de subsidiarité, dans leurs articles ou dans d'autres considérants¹⁷⁶³.

Ainsi, l'objectif de la proportionnalité existe dans les textes même si le principe n'est pas toujours explicitement visé ni expliqué, ce qui tend à démontrer une moins grande stabilité que le principe de subsidiarité. Pourtant, il semble que le principe de proportionnalité représente la réelle innovation institutionnelle européenne en ayant intégré les différents ordres juridiques¹⁷⁶⁴, tandis que la subsidiarité existait aux niveaux nationaux avant la proportionnalité. Il est en tout cas nécessaire de procéder à une nette distinction

¹⁷⁶⁰ Rapport annuel de la Commission européenne sur la subsidiarité et la proportionnalité, 15 juillet 2016, COM(2016) 469 final, et V. ADAM, C. BLUMANN et L. CAPPELLETTI, « Commission », *ADUE*, 2016, p. 462.

¹⁷⁶¹ V. ADAM, C. BLUMANN et L. CAPPELLETTI, « Commission », *ADUE*, 2016, p. 462. Voir la communication de la Commission au Parlement européen du 2 juin 2016, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un agenda européen pour l'économie collaborative », COM(2016) 356 final.

¹⁷⁶² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *JOUE* n° L 119, 4 mai 2016, p. 1, considérant 170.

¹⁷⁶³ *Ibidem*, par exemple le considérant 129 : « *Toute mesure devrait notamment être appropriée, nécessaire et proportionnée en vue de garantir le respect du présent règlement* », mais aussi les articles 9, 23, 35, etc. Pour un autre exemple, voir la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE* n° L 376, 27 décembre 2006, p. 50, considérant 56 : « *les principes de nécessité et de proportionnalité devraient toujours être respectés* » et articles 10, 13, 15, 16, 18, 24 et 31.

¹⁷⁶⁴ A. STONE SWEET et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.* : « *After the consolidation of the ECJ's "constitutional" doctrines of supremacy and direct effect the emergence of proportionality balancing as a master technique of judicial governance is the most important institutional innovation in the history of European legal integration* ».

entre les deux principes – subsidiarité et proportionnalité – qui sont parfois confondus.

2. La confusion non-souhaitable entre la subsidiarité et la proportionnalité

Entre les deux principes de proportionnalité et de subsidiarité, les liens sont évidents : « une action nécessaire au plan communautaire ne peut aller au-delà de ce que justifient l'occasion et l'objet de la mesure »¹⁷⁶⁵. La subsidiarité requiert également un test d'adéquation. Pour certains, le contrôle de proportionnalité est même intégré dans le contrôle de subsidiarité¹⁷⁶⁶, ce qui peut être « assez fâcheux, car on peut se demander s'il n'existerait pas deux principes de proportionnalité, l'un simple composante du principe de subsidiarité et l'autre, principe autonome »¹⁷⁶⁷. Ce dédoublement trouble encore plus la définition du principe de proportionnalité et de son contrôle. Il est d'ailleurs plus aisé de décrire le principe de subsidiarité de façon autonome que celui de proportionnalité dont le contenu est encore plus aléatoire et qui paraît parfois se fondre dans la subsidiarité. Certains éléments permettent toutefois une distinction. Tout d'abord le principe de proportionnalité tire ses origines dans la protection des droits fondamentaux¹⁷⁶⁸, ce qui n'est pas le cas de la subsidiarité qui provient de la pratique religieuse. Plus fondamentalement encore, le principe de proportionnalité peut s'appliquer à l'exercice des compétences exclusives de l'Union¹⁷⁶⁹, contrairement au principe de subsidiarité qui n'interviendra que pour les compétences partagées ou complémentaires. L'idée est de s'assurer que l'intérêt des États membres est pris en compte dans les compétences exclusives¹⁷⁷⁰. En revanche, dans le cadre des compétences partagées, la confusion reste possible, la proportionnalité pouvant être « happée » par la subsidiarité, « l'exercice d'une compétence partagée qui ne respecte pas le principe de subsidiarité est qualifiée ipso facto de non proportionnelle – indépendamment d'une correspondance entre les fins et les moyens – si l'objectif peut être réalisé par les États membres avec une efficacité suffisante, laissant intactes leur liberté et leurs exigences

¹⁷⁶⁵ K. SCHELTER, « La subsidiarité : principe directeur de la future Europe », *RMCUE*, 1991, n° 344, p. 138.

¹⁷⁶⁶ S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998, n° 1 et 2, p. 52.

¹⁷⁶⁷ C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASLET*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 442.

¹⁷⁶⁸ Voir T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 2^e éd., p. 183.

¹⁷⁶⁹ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^e éd., 2016, p. 511.

¹⁷⁷⁰ Voir T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 176.

spécifiques »¹⁷⁷¹. Le principe de proportionnalité est davantage utilisé une fois la compétence déterminée, ce qui semble en faire un principe plus juridique que celui de subsidiarité.

Comme le principe de subsidiarité, le principe de proportionnalité a une double fonction au sein de l'ordre juridique de l'Union. Il légitime une intervention de l'Union et il sert ensuite de fondement pour contrôler la validité de la mesure. En revanche, le principe de proportionnalité intervient tout au long de la chaîne normative à la fois en tant que principe politique et principe juridique¹⁷⁷². Il a pour objet de « *trancher les conflits qui peuvent surgir, à l'occasion d'un exercice de pouvoirs, entre d'un côté la poursuite de l'objectif de l'action et de l'autre l'atteinte à d'autres objectifs dont la légitimité est reconnue par le droit communautaire* »¹⁷⁷³. Enfin, et cela démontre bien la différence entre les deux principes, la proportionnalité concerne « *l'intensité de l'action de l'autorité plutôt que la localisation du niveau de celle-ci* »¹⁷⁷⁴.

La Cour sépare en général les deux contrôles, celui de la proportionnalité paraît plus restreint que le contrôle de subsidiarité lorsqu'il s'agit d'actes de l'Union, pourtant le respect du principe de proportionnalité aboutit plus souvent à une invalidité d'actes¹⁷⁷⁵. Ainsi, « *le contrôle du principe de proportionnalité fait donc l'objet d'une attention soutenue de la Cour de justice, qui contraste dans une certaine mesure avec le contrôle relativement lâche du principe de subsidiarité* »¹⁷⁷⁶. Mais il arrive que la formulation choisie par la Cour participe à la confusion comme dans l'arrêt *British American Tobacco* de 2002¹⁷⁷⁷, qui souligne le respect des « *exigences du principe de subsidiarité en ce qu'elle n'a pas excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif* »¹⁷⁷⁸. En réalité, les deux contrôles se rejoignent sur le

¹⁷⁷¹ G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne. Une énigme et beaucoup d'attentes », *op. cit.*, p. 373.

¹⁷⁷² G. A. BERMAN, « Proportionality and subsidiarity », in *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, C. BARNARD et J. SCOTT (dir.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 75 : « *a standard for determining the appropriateness of proposed legislation and as a standard for determining the validity of legislative measures, that is to say, both as a political and a legal doctrine* ».

¹⁷⁷³ Voir K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du Traité CE », *CDE*, 1994, p. 52.

¹⁷⁷⁴ J. MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité », *op. cit.*, p. 198.

¹⁷⁷⁵ Voir par exemple CJCE, Gde chbr., 6 décembre 2005, *ABNA e. a.*, aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.* p. I-10423 ou CJUE, Gde chbr., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

¹⁷⁷⁶ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 6e éd., 2016, p. 514.

¹⁷⁷⁷ CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.* p. I-11453, points 122 et suivants.

¹⁷⁷⁸ B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du

terrain de la nécessité¹⁷⁷⁹. La mesure est-elle nécessaire dans le cadre de l'action de l'Union ? La question sera tranchée par l'utilisation du principe de subsidiarité. La mesure est-elle nécessaire de façon plus générale, est-il possible d'adopter une norme moins contraignante ? Cette fois-ci, la réponse se fera par le biais du principe de proportionnalité. De plus, la Cour de justice a tendance à étudier la proportionnalité avant la subsidiarité, alors que l'action de l'Union doit être légitime sur le terrain de la subsidiarité avant d'être proportionnelle¹⁷⁸⁰. Le jeu entre proportionnalité et subsidiarité est flagrant devant le juge : la subsidiarité devrait faire l'objet d'un contrôle poussé pour vérifier la racine même de la norme alors que le concept de proportionnalité peut être soumis à plus d'aléa, plus de subjectivité car prenant souvent en compte des circonstances factuelles.

Ainsi, c'est une « *situation paradoxale, car en théorie le contrôle sur le principe de subsidiarité est le plus poussé puisqu'il s'agit d'un contrôle de qualification juridique, mais in concreto le juge semble assez facilement accepter la présence des deux critères de la subsidiarité [insuffisance du niveau étatique et amélioration qualitative de l'action européenne]. En revanche, s'agissant du principe de proportionnalité, le juge se limite au contrôle minimum, mais en réalité, il se livre à des analyses factuelles très poussées pour établir tant la nécessité que l'adéquation d'une mesure* »¹⁷⁸¹.

Les textes font ainsi moins mention du principe de proportionnalité que du principe de subsidiarité, ce qui semble être également le cas de la proportionnalité au sein du Conseil de l'Europe. La présence seulement implicite du principe dans le texte de la Convention EDH n'empêche pas, par exemple, la Cour EDH d'être très active dans le contrôle de cette proportionnalité.

droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

¹⁷⁷⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*

¹⁷⁸¹ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 514.

B. Une proportionnalité implicite au sein du Conseil de l'Europe

Le terme de proportionnalité est très peu apparent dans les textes du Conseil de l'Europe. Il est parfois évoqué dans le cadre d'une question plus générale, dans les conventions de l'organisation et dans la *soft law* de ses organes (1). Il ne l'est jamais indépendamment, c'est-à-dire avec une explication de ce que contient le principe de proportionnalité. De même, la Convention EDH renvoie de nombreuses fois à l'idée de proportionnalité, sans toutefois la viser explicitement (2).

1. Des références éparses au principe de proportionnalité dans les conventions et la soft law du Conseil de l'Europe

Il faut attendre les années 2000 pour que les conventions du Conseil de l'Europe mentionnent directement le principe de proportionnalité. Auparavant, l'exigence de la nécessité est indiquée pour inciter les États à adopter des mesures nécessaires¹⁷⁸², voire appropriées et nécessaires¹⁷⁸³ ou encore adéquates¹⁷⁸⁴. Ce sont les rapports explicatifs qui exploitent le plus souvent le concept de proportionnalité¹⁷⁸⁵. Il faut attendre la Charte

¹⁷⁸² Voir par exemple la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970, STE n° 70, article 9 : « Toutefois, l'État requis de l'exécution pourra prendre les mesures nécessaires en vue d'une part d'un renvoi éventuel du territoire, d'autre part d'une interruption de la prescription conformément à sa législation, y compris le recours à une procédure par défaut ».

¹⁷⁸³ La question de l'adoption de mesures appropriées et nécessaires est mentionnée à l'article 4 de la Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe du 19 septembre 1979 (STE n° 104) ou encore la durée strictement nécessaire de transit d'un condamné en détention, voir l'article 16 de la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées 21 mars 1983 (STE n° 112). L'article 26 de la même Convention prévoit que « l'exercice des droits et les dispositions de protection contenus dans la présente Convention ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁷⁸⁴ L'adéquation est visée : « Ces mesures doivent être adéquates, c'est-à-dire conformes au principe de proportionnalité », au sujet de discrimination et violation des droits d'autrui dans le rapport explicatif, voir l'article 4 Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 1er novembre 1995, STE n° 157.

¹⁷⁸⁵ Voir le rapport explicatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) sur l'article 7 : « les mesures de sécurité doivent être appropriées, c'est-à-dire adaptées aux fonctions spécifiques du fichier et proportionnées aux risques encourus ». La proportionnalité est référencée dans différents points du rapport explicatif de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, STE n° 164. Elle se retrouve dans l'explication relative à l'article 4 indiquant que « l'intervention doit répondre aux critères de pertinence et de proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens mis en œuvre » (point 33). Les explications sous l'article 16 indiquent que le critère de proportionnalité risque/bénéfice est utilisé (point 111). Enfin, les

européenne de l'autonomie locale de 1985¹⁷⁸⁶, pour trouver une référence explicite à la proportionnalité, concernant le cadre spécial des relations entre le gouvernement central et les collectivités territoriales. Le principe de proportionnalité se retrouve ensuite dans la Convention européenne sur la télévision transfrontière de 1989¹⁷⁸⁷. Le rapport explicatif de cette Convention désigne le principe de proportionnalité en même temps que celui de sécurité juridique et d'accessibilité puis l'associe à celui de transparence¹⁷⁸⁸. Le rapport explicatif accompagnant la Convention européenne sur la nationalité de 1997¹⁷⁸⁹, pousse plus loin le raisonnement autour de la proportionnalité, laquelle doit alors être envisagée par les États parties en tant que critères fondamentaux exprimant la prééminence du droit. De façon plus générale, le principe de proportionnalité est désigné comme élément que les États doivent intégrer dans leur droit interne¹⁷⁹⁰.

Peu à peu, le principe de proportionnalité s'installe comme une évidence dans les textes du Conseil de l'Europe. Ainsi, « *l'établissement, la mise en œuvre et l'application de l'incrimination [...] devraient en outre être subordonnés au principe de proportionnalité eu égard aux buts légitimes poursuivis et à leur nécessité dans une société démocratique, et devraient exclure toute forme d'arbitraire, de traitement discriminatoire ou raciste* »¹⁷⁹¹. Le principe est même inscrit dans le Préambule de quelques conventions¹⁷⁹² ou en tant que

critères de nécessité et de proportionnalité sont associés sous l'article 25 avec l'ajout de la subsidiarité sous l'article 26.

¹⁷⁸⁶ Charte européenne sur l'autonomie locale du 15 octobre 1985 (STE n° 122) : au sujet du contrôle administratif qui peut porter sur les collectivités locales (article 8) et sur leur ressources financières (article 9). Le rapport explicatif indique que le texte de l'article 8 « *tire son inspiration du principe de proportionnalité* ».

¹⁷⁸⁷ Convention européenne sur la télévision transfrontière du 20 avril 1989 (STE n° 132). En revanche, la proportionnalité n'est pas présente dans la directive « Télévision sans frontière », directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCEE* n° L 298, 17 octobre 1989, p. 23.

¹⁷⁸⁸ Rapport explicatif de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, points 182 et 329.

¹⁷⁸⁹ Convention européenne sur la nationalité, 6 novembre 1997 (STE n° 166), point 110.

¹⁷⁹⁰ Article 15 § 1 de la Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 (STE n° 185) : « *Chaque Partie veille à ce que l'instauration, la mise en œuvre et l'application des pouvoirs et procédures prévus dans la présente section soient soumises aux conditions et sauvegardes prévues par son droit interne [...] et qui doit intégrer le principe de la proportionnalité* ». Le point 146 du rapport explicatif précise que « *chaque partie doit appliquer ce principe conformément aux autres principes pertinents de son droit interne. Selon ces principes les pouvoirs ou procédures doivent être proportionnels à la nature et aux circonstances de l'infraction* ». Le rapport indique également que l'article 21 est un exemple clair du principe de proportionnalité. La même formulation existe dans le rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2007 (STE n° 196), point 151.

¹⁷⁹¹ Article 12 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2007 (STE n° 196).

¹⁷⁹² Préambule de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les

« *principe directeur* » aux côtés des droits de l'homme, de la légalité et de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel¹⁷⁹³.

De façon plus classique, la proportionnalité est évoquée dans ces différents textes comme élément que la Cour EDH contrôle pour déterminer les éléments objectifs d'une différence de traitement¹⁷⁹⁴. Enfin, la question des sanctions constitue un terrain particulièrement favorable à la proportionnalité et pour lesquelles l'approche est d'ailleurs commune au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Les deux estiment que les sanctions doivent être effectives, dissuasives et proportionnées¹⁷⁹⁵. Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants utilise également la proportionnalité dans ce sens, au sujet des sanctions¹⁷⁹⁶ ou de l'utilisation de la

infractions similaires menaçant la santé publique, 28 octobre 2011 (STCE n° 211) : « *Considérant que le but de la présente Convention est de prévenir et de combattre les menaces qui pèsent sur la santé publique, la mise en œuvre des dispositions de la Convention relatives au droit pénal matériel devra être effectuée en tenant compte de ce but, ainsi que du principe de proportionnalité* » ; préambule de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, 25 mars 2015 (STCE n° 216) : « *Considérant que le but de la présente Convention est de prévenir et de combattre le trafic d'organes humains et que la mise en œuvre des dispositions de la Convention relatives au droit pénal matériel devrait être effectuée en tenant compte de ce but, ainsi que du principe de proportionnalité* ».

¹⁷⁹³ Article 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la manipulation de compétitions sportives 18 septembre 2014 (STCE n° 215).

¹⁷⁹⁴ La proportionnalité est associée au principe de discrimination et toujours accompagnée du même arrêt de la Cour EDH dans les rapports explicatifs : Cour EDH, Ass. plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/91. Voir ainsi le point 55 du rapport explicatif sur la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 1er août 2011 (STCE n° 210) ; le point 23 du rapport explicatif sur la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique du 28 octobre 2011 (STCE n° 211). Cette association est également utilisée par le Comité EDS qui préfère se référer aux arrêts de la Cour EDH, Ass. plén., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74 et Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 8777/79. Voir Comité EDS, 9 septembre 2009, *CFDT c/ France*, réclamation n° 50/2008, point 38.

¹⁷⁹⁵ Article 5 de la Convention européenne sur la protection des services juridiques à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel du 21 janvier 2001 (STE n° 178) ; article 13 de la Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 (STE n° 185) ou encore article 23 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005 (STE n° 197). Voir par exemple CJUE, 26 septembre 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588, point 50 : « *sanctions qui ont un caractère effectif, proportionné et dissuasif* ».

¹⁷⁹⁶ Voir le 24^e rapport général du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 21 janvier 2015, « Les mineurs privés de liberté en vertu de la législation pénale », point 126 : « *Les sanctions disciplinaires, lorsqu'elles sont appliquées, devraient se fonder sur le principe de proportionnalité et être imposées selon les procédures et règles disciplinaires en vigueur et non prendre la forme de punitions non officielles* ».

force¹⁷⁹⁷. Le même principe commande les régimes de détentions¹⁷⁹⁸ : « *le principe général de proportionnalité, appliqué couramment dans les systèmes juridiques nationaux et reconnu par la Cour européenne des Droits de l'Homme, exige que l'on établisse un équilibre entre les besoins de l'enquête et les restrictions à imposer, ces dernières risquant d'avoir des conséquences très néfastes pour le détenu concerné* »¹⁷⁹⁹.

La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) met en avant le principe de proportionnalité comme tempérament, par exemple dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. ECRI « *recommande vivement aux autorités de veiller à ce qu'elles respectent strictement le principe de proportionnalité quand elles entreprennent des activités qui entravent les droits et libertés fondamentales* »¹⁸⁰⁰. De son côté, le Comité EDS adopte une démarche en deux temps, d'abord en soulignant l'adéquation d'une mesure à son objectif et sa nécessité¹⁸⁰¹, puis en se penchant sur la question de la nécessité dans une société

¹⁷⁹⁷ Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, « Moyens de contention dans les établissements psychiatriques pour adultes », rapport du 21 mars 2017, point 1.2 : « *les moyens de contention devraient toujours être appliqués conformément aux principes de légalité, de nécessité, de proportionnalité et de responsabilité* » ; extrait du 20e rapport général 26 octobre 2010, « Principes généraux », point 69 : « *Le CPT considère que l'utilisation d'armes à impulsions électriques devrait être soumise aux principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité, d'avertissement préalable (lorsque cela s'avère possible) et de précaution. Ces principes impliquent, entre autres, que les fonctionnaires qui se voient délivrer de telles armes doivent recevoir une formation adéquate à leur utilisation* » ; extrait du 13e rapport, 10 septembre 2009, « L'éloignement des étrangers par voie aérienne », point 33 : « *Le CPT se félicite que, dans certains pays, l'utilisation de la force et des moyens de contrainte lors des procédures d'éloignement fasse l'objet d'un examen détaillé, sous l'angle des principes de légalité, de proportionnalité et d'opportunité* ».

¹⁷⁹⁸ Rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sur la visite de 2003, 1er août 2003, au sujet du Centre pénitentiaire de Luxembourg, point 86 : « *Le principe de proportionnalité demande à ce qu'un équilibre soit trouvé entre les exigences de la cause et la mise en œuvre du régime cellulaire strict, qui est une mesure pouvant avoir des conséquences très néfastes pour la personne concernée* ». Cette formulation est régulièrement reprise dans les rapports des années 90, voir par exemple le rapport du 23 octobre 1992 sur les visites de 1991 en prisons : « *Le principe de proportionnalité demande à ce qu'un équilibre soit trouvé entre les exigences de la cause et la mise en œuvre du régime d'isolement, qui est une mesure pouvant avoir des conséquences très néfastes pour la personne concernée* ».

¹⁷⁹⁹ Rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants de la visite en Suisse de 2001, 9 août 2001, partie sur les établissements pénitentiaires, point 100.

¹⁸⁰⁰ Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), rapport sur la Turquie, 4 octobre 2016, point 82 ; voir aussi ECRI, rapport sur l'Islande, 21 février 2012, point 13 : « *Comme le dénoncent les ONG, il suffit d'être condamné plus d'une fois pour une infraction mineure sanctionnée par une amende, comme un excès de vitesse, pour voir disparaître ses chances d'obtenir la nationalité islandaise. Aux yeux de l'ECRI, il s'agit d'une mesure trop sévère, contraire au principe de proportionnalité* ».

¹⁸⁰¹ Comité EDS, 19 mars 2013, Comité européen d'action spécialisée pour l'enfant et la famille dans leur milieu de vie c/ France, réclamation n° 82/2012, point 32 : « *Le Comité analyse la mesure litigieuse comme une restriction à l'exercice du droit prévu par l'article 16. Il lui revient, par conséquent, de décider si cette mesure est prévue par la loi, si elle poursuit l'un des buts mentionnés à l'article G, et si elle est proportionnée à l'atteinte de ce but pour être considérée comme nécessaire dans une société* ».

démocratique¹⁸⁰². Le principe de proportionnalité permet même au Comité EDS de venir contrôler les expulsions par les États membres de l'Union européenne à l'encontre de citoyens européens. Dans une affaire de 2012, *Forum européen des Roms et des gens du voyage c/ France*, le Comité EDS estime que la France ne respecte pas « le principe de proportionnalité exigée par la Charte » – sachant que la Charte sociale européenne n'en fait pas mention explicitement – car pour que la mesure d'expulsion du citoyen européen soit acceptable il faut que « la prise en charge des personnes en cause par le système d'assistance sociale soit excessive, voire déraisonnable »¹⁸⁰³.

Le principe de proportionnalité est régulièrement utilisé dans les mesures de *soft law* des organes du Conseil de l'Europe. Il l'est principalement en tant qu'élément que les États membres doivent contrôler. Il ne l'est jamais pour en définir les contours ni pour expliciter le principe, même s'il a été souligné que celui-ci est une exigence née « du principe de la prééminence du droit »¹⁸⁰⁴. Le principe de proportionnalité est alors désigné aux côtés de la sécurité juridique, de la prévisibilité, de la clarté et de l'égalité de traitement. Ainsi, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ne manque pas de rappeler aux États membres qu'ils doivent mesurer la proportionnalité de leur action notamment dans le cadre de l'état d'urgence, pour que « les décisions de mise en œuvre et de renouvellement d'un tel régime puissent être évaluées et contrôlées en fonction de leur opportunité, de leur nécessité et de leur proportionnalité aux finalités qu'elles sont censées poursuivre »¹⁸⁰⁵. Au sujet de la lutte contre le terrorisme, l'Assemblée parlementaire demande au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de suivre les mesures nationales, dans leur proportionnalité et nécessité,

démocratique » ; Comité EDS, 23 mars 2017, *Confédération générale grecque du travail c/ Grèce*, réclamation n° 111/2014, point 87 : « Lorsqu'ils transposent des mesures restrictives dans le droit national, les textes juridiques doivent assurer une proportionnalité entre les buts poursuivis et leurs conséquences négatives sur l'exercice des droits sociaux ».

¹⁸⁰² Comité EDS, 25 juin 2010, *Centre on Housing rights and evictions c/ Italie*, réclamation n° 58/2009, point 127 : « Le Comité considère que les autorités italiennes n'ont pas démontré que les « mesures de sécurité » contestées respectaient le principe de proportionnalité et étaient nécessaires dans une société démocratique [...] la collecte par les autorités italiennes de données personnelles concernant les Roms et les Sintis (notamment la prise d'empreintes digitales) allait au-delà des exigences de sécurité publique et n'a pas été exploité à leur avantage ».

¹⁸⁰³ Comité EDS, 24 janvier 2012, *Forum européen des Roms et des gens du voyage c/ France*, récl. coll. n° 64/2011, points 65 et 66 : « À la lumière de ce qui précède, le Comité conclut que les décisions administratives [...] n'ont pas respecté le principe de proportionnalité, et ont présenté un caractère discriminatoire dès lors qu'elles ciblaient la communauté rom ».

¹⁸⁰⁴ Résolution 1950 du 28 juin 2013 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Séparer la responsabilité politique de la responsabilité pénale », point 3.

¹⁸⁰⁵ Résolution 2154 du 10 mars 2017 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Garantir l'accès des détenus à un avocat », point 9.

et d'envisager potentiellement le déclenchement de l'enquête de l'article 52 de la Convention EDH¹⁸⁰⁶. Il s'agit d'un outil de surveillance de bonne application de la Convention EDH, utilisé par le Secrétaire général qui peut se saisir et enquêter dans un État partie. Les deux principes, subsidiarité et proportionnalité, sont d'ailleurs liés lorsque la question de la situation des droits de l'homme en Europe est abordée. Ils sont tous les deux « *nécessaires pour parvenir à une bonne gouvernance, ce qui est essentiel pour renforcer la démocratie* »¹⁸⁰⁷. Le principe de proportionnalité est rappelé sur des sujets assez différents, par exemple concernant la biométrie¹⁸⁰⁸, mais aussi sur l'étude des cas individuels des demandeurs d'asile pour mettre « *fin à la détention systématique des demandeurs d'asile déboutés* »¹⁸⁰⁹, ce qui se rapproche de la conception du Comité EDS au sujet de l'expulsion des citoyens européens et de la directive 2004/38 de l'Union européenne¹⁸¹⁰. Enfin, dans une recommandation du Comité des ministres relative à la protection juridique des majeurs incapables, le principe de proportionnalité est développé dans ses différents aspects¹⁸¹¹ : la mesure de protection doit être nécessaire, proportionnelle et limitée dans ses conséquences.

Finalement, le principe de proportionnalité est de plus en plus apparent, sans jamais être défini. Il est parfois mentionné comme principe général que les États doivent connaître dans leur droit interne ou encore associé à d'autres principes, comme celui de la sécurité

¹⁸⁰⁶ Résolution 2090 du 27 janvier 2016 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Combattre le terrorisme international tout en protégeant les normes et les valeurs du Conseil de l'Europe ». Voir par exemple le communiqué de presse du Secrétaire général du 16 décembre 2015, DC 187(2015) : « *En vertu de l'article 52 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Secrétaire Général peut lancer une enquête sur la manière dont le droit interne d'un État membre assure l'application effective de la Convention. Les enquêtes au titre de l'article 52 sont rares. C'est la première fois que le Secrétaire Général Jagland recourt à cette mesure.* »

¹⁸⁰⁷ Résolution 1547 du 18 avril 2007 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Situation des droits de l'homme et de la démocratie en Europe », point 62.

¹⁸⁰⁸ Résolution 1797 du 11 mars 2011 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La nécessité de mener une réflexion mondiale sur les implications de la biométrie pour les droits de l'homme », point 4, les États sont incités « *à promouvoir le principe de proportionnalité en matière d'utilisation de données biométriques, notamment : en limitant au strict nécessaire l'évaluation, le traitement et le stockage de ces données, en d'autres termes, en limitant ces processus aux cas où le gain en termes de sécurité ou de protection de la santé publique ou des droits d'autrui serait plus important qu'une éventuelle ingérence dans les droits de l'homme, et si le recours à d'autres techniques moins intrusives est insuffisant* ».

¹⁸⁰⁹ Résolution 2174 du 28 juin 2017 au sujet des « Répercussions sur les droits de l'homme de la réponse européenne aux migrations de transit en Méditerranée », point 13.

¹⁸¹⁰ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOUE n° L 158, 30 avril 2004, p. 77.

¹⁸¹¹ Recommandation n° R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 23 février 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, voir le principe n° 6.

juridique. Cette association peut d'ailleurs paraître paradoxale, car le principe de proportionnalité peut avoir l'effet inverse de la sécurité juridique, en raison de son application *in concreto* qui permet difficilement d'anticiper la réponse qui sera apportée par le juge. Le même phénomène d'existence du principe, sans définition de son contenu, se constate dans la Convention EDH et la jurisprudence de la Cour EDH¹⁸¹².

2. La multiplication des références au principe de proportionnalité dans la Convention EDH et la jurisprudence de la Cour EDH

Le principe de proportionnalité n'est jamais désigné comme tel dans la Convention EDH. En revanche, on peut retrouver son esprit, dans l'idée du test de nécessité, dans l'article 15 au sujet de la dérogation aux articles de la Convention EDH, conditionnée par « *la stricte mesure où la situation l'exige* ». Pour une version plus pure de la proportionnalité, dans le sens d'une adéquation, l'article 18 de la Convention EDH avance que les restrictions apportées aux droits fondamentaux de la Convention « *ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues* », donc qu'elles doivent atteindre l'objectif fixé. La proportionnalité n'est pas mentionnée explicitement mais l'article semble « *sensibiliser les acteurs institutionnels de la Convention par la solennité de son libellé au caractère inévitable de l'application de la proportionnalité* »¹⁸¹³.

Pour les droits substantiels, la proportionnalité se manifeste dès l'article 2 § 2 lorsqu'il est indiqué que le recours à la force est légitime à condition qu'il soit « *absolument nécessaire* ». Puis l'idée de proportionnalité est présente dans les articles 8 à 11 de la Convention EDH. Ceux-ci incluent une approche commune pour justifier une ingérence étatique, qui présuppose la nécessité de la mesure dans une société démocratique. Les autres droits de la Convention EDH ne prennent pas en compte le principe de proportionnalité dans leur formulation, ce qui n'empêche pas la Cour EDH de leur appliquer.

Ainsi, la Cour EDH développe le concept de proportionnalité dès ses premiers arrêts.

¹⁸¹² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17 : « *le droit pétri de proportionnalité renonce très largement, nous l'avons vu, à tout projet instituant d'ordonnement* ».

¹⁸¹³ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 32.

Dans l'affaire *Linguistique belge* de 1968¹⁸¹⁴, la Cour EDH indique, au sujet de l'interdiction de discrimination, qu'« une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹⁸¹⁵. La Cour EDH ajoute ainsi le test de proportionnalité après la justification d'une différence de traitement. Dans l'arrêt *Handyside* de 1976¹⁸¹⁶, le principe de proportionnalité est présenté comme corollaire au but légitime poursuivi, dans le cadre de la liberté d'expression. Selon les termes de l'arrêt, « ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Il en découle notamment que toute « formalité », « condition », « restriction » ou « sanction » imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi »¹⁸¹⁷. L'article 1 du protocole n° 1, relatif au droit de propriété, donne lieu à un autre type de contrôle de proportionnalité qui se concentre sur une atteinte excessive « au droit de propriété en raison d'une « charge spéciale et exorbitante »¹⁸¹⁸. La Cour EDH, dans sa jurisprudence, semble considérer que le principe de proportionnalité est inhérent à l'ordre juridique de la Convention EDH, comme une « règle d'or »¹⁸¹⁹. Le principe peut prendre des « formes diverses : il est d'ordinaire un simple mécanisme contentieux permettant au juge d'arbitrer entre des principes juridiques concurrents ; il est parfois aussi érigé en véritable principe général »¹⁸²⁰. Globalement, la Cour EDH ne systématise pas ce principe qui se retrouve toujours dans le cadre d'un contrôle concret. La proportionnalité est par nature un principe à géométrie variable, dont l'appréciation s'exerce systématiquement *in concreto*¹⁸²¹. Pourtant, il est intéressant de relever que la Cour EDH fait référence à la proportionnalité en tant que « principe général », ce qui est rare. « La Cour rappelle le principe général selon

¹⁸¹⁴ Cour EDH, Ass. plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64.

¹⁸¹⁵ *Ibidem*, point 10.

¹⁸¹⁶ Cour EDH, Ass. plén., 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. n° 5493/72.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, point 48.

¹⁸¹⁸ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 49, p. 26.

¹⁸¹⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 33.

¹⁸²⁰ J.-M SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Conférence du 17 mars 2017, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr>.

¹⁸²¹ Voir H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 141 et P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 63.

lequel il lui faut examiner l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants »¹⁸²². Enfin, le Comité des ministres renforce l'obligation de prise en compte du principe de proportionnalité dans son activité de suivi d'exécution des arrêts de la Cour EDH¹⁸²³.

Le principe de proportionnalité prend ainsi une place primordiale dans l'ordre juridique de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe même si son contenu exact reste flou. Cette place implique une lourde obligation à la charge des autorités nationales qui doivent œuvrer pour la bonne application de ce principe de proportionnalité au sens européen.

§2. La détermination du champ d'application de la proportionnalité européenne

Le principe de proportionnalité doit être respecté par les institutions de l'Union mais également par les autorités nationales – et le juge national – dans l'adoption de normes ou dans leur comportement en général. Il faut préciser le degré d'intensité du contrôle sur les différentes normes auxquelles le principe de proportionnalité au sens européen s'applique (A) en prenant en compte la marge d'appréciation qui bénéficie aux autorités nationales (B).

A. L'application du principe de proportionnalité à l'encontre de normes européennes ou étatiques

Le champ d'application du principe de proportionnalité est large. Il s'applique à toutes les normes étatiques et européennes. Très peu de normes nationales peuvent éviter un contrôle de proportionnalité, soit au titre des droits fondamentaux nationaux, soit en vertu de la Convention EDH, soit encore dans le cadre du droit de l'Union en tant que principe général du droit. La proportionnalité s'applique en droit de l'Union européenne par strate : sur la législation de l'Union européenne, sur les dérogations envisagées par les États membres aux libertés de circulation ou encore par le biais de la Charte des droits

¹⁸²² Cour EDH, Gde chbr., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien c/ Suisse*, req. n° 16354/06, point 67.

¹⁸²³ Voir par exemple le document de suivi du Comité des ministres du 26 octobre 2016 sur l'affaire *Yordanova e. a. c/ Bulgarie*, req. n° 25446/06 (arrêt du 24 avril 2012), qui indique qu'il faut « garantir un examen de proportionnalité des décisions d'éviction ».

fondamentaux de l'Union. Dans les trois cas, les droits fondamentaux peuvent être concernés. Concrètement, le contrôle de proportionnalité est plus dense sur les mesures étatiques (1) que sur les normes européennes¹⁸²⁴ (2).

1. Des mesures étatiques intensivement contrôlées

« *Le test de proportionnalité est en pratique l'étape la plus importante pour déterminer si le droit de l'Union s'oppose à une mesure nationale* »¹⁸²⁵. Cette affirmation est également avérée pour la Cour EDH. Ce qui réunit ces deux juridictions européennes c'est la place primordiale que prend le contrôle de proportionnalité dans leur approche générale des mesures étatiques.

Devant la Cour EDH, le contrôle de proportionnalité se fait par différentes expressions qui dépendent de l'article de la Convention EDH en cause. La même approche est adoptée pour les articles 8 à 11 car ils prévoient un encadrement précis afin de justifier une ingérence nationale. La Cour vérifie la proportionnalité de la mesure lorsqu'elle se pose la question de savoir si l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique. Au contraire du principe de subsidiarité, qui ne semble pas pouvoir produire d'effets sur les articles intangibles, les applications de chaque article peuvent être soumises à un contrôle de proportionnalité. Ainsi, pour l'article 2 de la Convention EDH qui concerne le droit à la vie, la Cour EDH mentionne un « *principe de stricte proportionnalité, qui est inhérent à l'article 2* »¹⁸²⁶, par exemple au titre de l'obligation positive de l'État de mettre en place un cadre juridique pour l'utilisation d'armes par les autorités habilitées. Le principe de proportionnalité est appliqué aux obligations positives depuis l'arrêt *Rees c/ Royaume-Uni* de 1986, au même titre que pour les obligations négatives¹⁸²⁷. Pour la Cour EDH les principes à appliquer sont comparables entre obligation négative et positive, et la juridiction précise, au sujet de l'article 1 du protocole n° 1, que « *dans les deux cas, il faut avoir égard*

¹⁸²⁴ F. G. JACOBS, « Recent developments in the Principle of proportionality in European Community Law », in *The principle of proportionality in the laws of Europe*, E. ELLIS (dir.), Hart Publishing, Oxford, Portland, 1999, p. 21.

¹⁸²⁵ D. MARTIN, « Droit d'établissement », *ADUE*, 2013, p. 562.

¹⁸²⁶ Cour EDH, Gde chbr., 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c/ Italie*, req. n° 23458/02, point 209.

¹⁸²⁷ Cour EDH, Ass. plén., 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81 et P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 447.

au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »¹⁸²⁸. Sur le terrain de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, la Cour EDH a pu procéder à un examen rigoureux d'un isolement en détention, sur « *sa justification, la nécessité des mesures prises et leur proportionnalité par rapport aux autres restrictions possibles* »¹⁸²⁹. La proportionnalité est rarement mentionnée dans les quelques arrêts relatifs à l'article 4 portant sur l'esclavagisme ou le travail forcé. À ce dernier égard, la Cour EDH applique le contrôle de proportionnalité au sujet de l'obligation faite aux militaires formés par l'armée dans leur métier – en l'espèce pour un médecin – de rester en activité un certain temps dans l'armée. En l'occurrence, la Cour EDH considère que la possibilité de racheter ces années de service obligatoire n'enfreint pas le principe de proportionnalité¹⁸³⁰, mais conclut que la somme prévue pour le rachat est disproportionnée. En revanche, l'article 7 « pas de peine sans loi », ne se prête pas au contrôle de proportionnalité pour lequel la faible jurisprudence concerne surtout l'interprétation de la notion de loi ou de peine. En dehors des articles intangibles, l'article 5 de la Convention EDH prévoit, en matière de détention, qu'un « *équilibre soit ménagé entre la nécessité dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de l'obligation dont il s'agit, et l'importance du droit à la liberté* »¹⁸³¹. Dans le cas du procès équitable de l'article 6 de la Convention EDH, le contrôle de proportionnalité permet de déterminer si l'ingérence « *poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹⁸³².

Dans tous les cas, la systématisation est complexe car le contrôle de proportionnalité est par nature contextualisé. C'est un contrôle *in concreto*, « *de fait, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne obéit à une démarche casuistique qui, là comme ailleurs, témoigne de la réticence de la Cour à se laisser enfermer dans des constructions théoriques préétablies* »¹⁸³³. La démarche empreintée par la Cour EDH n'est

¹⁸²⁸ Cour EDH, Gde chbr., 16 mai 2015, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06 et F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289 qui estime que la Cour procède à un contrôle plus restreint de proportionnalité face à des obligations positives.

¹⁸²⁹ Cour EDH, Gde chbr., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, req. n° 59450/00, point 136.

¹⁸³⁰ Cour EDH, 4 juin 2015, *Chitos c/ Grèce*, req. n° 51637/12, point 100 : « *La Cour estime dès lors que le principe même du rachat des années de service restantes ne soulève pas de problème au regard du principe de proportionnalité* ».

¹⁸³¹ Cour EDH, Gde chbr., 29 janvier 2008, *Saadi c/ Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, point 70.

¹⁸³² Cour EDH, Gde chbr., 10 mai 2001, *Z. e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 29392/95, point 92.

¹⁸³³ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il

pas uniformisée et il est difficile d'anticiper quels seront les critères de proportionnalité qu'elle mettra en avant dans une affaire. « *L'on observe que le degré de conceptualisation et de systématisation dont la proportionnalité a fait l'objet est « inversement proportionnel » à l'extension quelle a prise dans le droit conventionnel. Pas un secteur de celui-ci qui n'échappe, à l'heure actuelle, au schème de raisonnement proportionnaliste ; paradoxalement cependant, ce dernier demeure, en l'absence de véritable Leading Case non tautologique, particulièrement opaque et sujet à controverses en termes de contenu, de méthode et de limites* »¹⁸³⁴. Il manque donc un arrêt de principe, un « leading case », définissant et délimitant précisément la proportionnalité.

Du côté de l'Union européenne, les mesures étatiques sont soumises au contrôle de proportionnalité pour différents motifs. Dans un premier temps, lorsqu'un État adopte une mesure qui restreint les libertés de circulation pour assurer le respect des droits fondamentaux, le juge de l'Union opère un contrôle sur ces normes, dont celui de proportionnalité¹⁸³⁵. Ainsi, lorsque surgit « *un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation, le principe de proportionnalité permet leur conciliation selon les faits de chaque espèce* »¹⁸³⁶. Dans un deuxième temps, les normes nationales adoptées dans le champ d'application du droit dérivé sont contrôlées sur le terrain de la proportionnalité¹⁸³⁷. Ainsi, en matière de discrimination au travail, faisant l'objet d'une directive¹⁸³⁸, la démarche de la Cour de justice rejoint celle de la Cour EDH, lorsque la première constate l'absence de discrimination car la différence opérée poursuit un but légitime et que la caractéristique de distinction constitue une exigence professionnelle essentielle, déterminante et proportionnelle¹⁸³⁹. De même, les mesures de transposition d'une directive « *doivent être*

question ? », *op. cit.*

¹⁸³⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁸³⁵ CJCE, Gde chbr., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767, point 94 : « *l'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité* » ; voir également CJUE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary*, aff. C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386, point 64.

¹⁸³⁶ A. GARDE et S. MAHÉ, « L'affaire *Viking* : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement ? », *RMCEU*, 2009, n° 525, p. 97.

¹⁸³⁷ Voir ainsi au sujet du contrôle de proportionnalité sur des mesures de politique sociale d'un État : CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, points 79 et suivants.

¹⁸³⁸ Voir la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE* n° L 303, 2 décembre 2000, p. 16.

¹⁸³⁹ Voir CJUE, Gde chbr., 14 mars 2017, *Bougnaoui*, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204, point 35, ce qui

aptes à réaliser les objectifs visés par cette réglementation et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre »¹⁸⁴⁰. Le principe de proportionnalité peut agir sur une notion très étatique, qu'il revient aux autorités nationales de déterminer, conformément au principe de subsidiarité, comme l'ordre public. Ainsi, en matière de limitation de droit de séjour, la directive 2004/38/CE permet que l'État oppose le respect de son ordre public au séjour d'un citoyen européen, sous réserve toutefois d'une décision proportionnée¹⁸⁴¹. C'est également le cas dans le Code frontière Schengen. En effet, lorsque les États décident d'une réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures, la Commission peut « émettre un avis si elle a des doutes sur la nécessité et la proportionnalité »¹⁸⁴² de la mesure nationale. Dans un troisième temps, le respect du droit primaire de l'Union implique celui du principe de proportionnalité en tant que PGD, notamment au regard du droit de la concurrence¹⁸⁴³, et par rapport à l'article 52 de la Charte qui prévoit les limitations aux droits fondamentaux ¹⁸⁴⁴. La Cour de justice souligne alors « *l'effet utile* » du principe de proportionnalité¹⁸⁴⁵.

La jurisprudence européenne confirme l'omniprésence de l'application du principe de proportionnalité aux mesures étatiques. Les mesures européennes sont également soumises au respect de la proportionnalité mais l'intensité du contrôle est plus faible.

2. La relative souplesse du contrôle de proportionnalité sur les mesures européennes

Logiquement, la question du contrôle de proportionnalité sur les normes européennes se pose davantage pour les normes de l'Union européenne puisque les conventions du Conseil de l'Europe n'ont pas vocation à être contrôlées en raison de l'absence de normes supérieures. Il faut donc envisager le contrôle de proportionnalité des normes de l'Union par

correspond à l'article 4 § 1 de la directive 2000/78/CE, préc. Voir également CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, aff. C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371, point 57.

¹⁸⁴⁰ CJUE, 21 avril 2016, *Khachab*, aff. C-558/14, ECLI:EU:C:2016:285, point 42.

¹⁸⁴¹ Voir les articles 27 et 28 de la directive 2004/38/CE, préc.

¹⁸⁴² Y. PASCOUAU, « Crise des réfugiés » et contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, mars 2016, dossier n° 4. Ce droit de regard a été intégré par le biais d'une modification en 2013 pour « *poser des exigences précises, de nécessité et de proportionnalité, encadrant la décision des États d'avoir recours aux contrôles frontaliers* ».

¹⁸⁴³ CJUE, 11 septembre 2014, *MasterCard e. a. c/ Commission*, aff. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, point 89.

¹⁸⁴⁴ CJUE, Gde chbr., 13 juin 2017, *Florescu e. a.*, aff. C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, point 53.

¹⁸⁴⁵ CJUE, 28 juillet 2016, *JZ*, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610, point 42.

la Cour de justice et se pencher sur le regard porté par la Cour EDH sur ce contrôle de proportionnalité, notamment dans le cadre du contentieux commun relatif aux mesures restrictives.

L'intensité du contrôle de proportionnalité de la Cour de justice varie en fonction de la provenance de la norme. En effet, lorsque la juridiction de l'Union s'intéresse au travail du législateur européen, c'est principalement en censurant la disproportion sous la forme de « *l'erreur manifeste d'appréciation* »¹⁸⁴⁶. C'est le cas lorsque le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'adoption de la norme¹⁸⁴⁷, ce qui est le plus fréquent. L'une des raisons de cette faible intensité de contrôle est que le juge de l'Union ne souhaite pas empiéter sur les compétences des autres institutions¹⁸⁴⁸. La Cour le reconnaît, au sujet de la détermination de l'acuité visuelle pour conduire des véhicules à moteur, en jugeant que « *le législateur de l'Union dispose d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle de la Cour doit se limiter à examiner si l'exercice de ce pouvoir d'appréciation n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si ledit législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation* »¹⁸⁴⁹. De même, en matière de politique agricole commune, la Cour de justice admet un large pouvoir d'appréciation, tout en soulignant la nécessité pour le législateur de prendre en compte des critères objectifs et d' « *examiner si les objectifs poursuivis par la mesure retenue sont de nature à justifier des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs économiques* »¹⁸⁵⁰. Enfin, en matière de transport aérien, la Cour de justice a pu relever le large pouvoir normatif du législateur européen, impliquant un contrôle limité de la Cour. Aux termes de ce contrôle, « *seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée [...] par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre peut affecter la légalité d'une telle mesure* »¹⁸⁵¹. Il semble donc que le contrôle de proportionnalité existe mais soit réduit à son aspect *stricto sensu*, qui concerne l'équilibre « *entre le bénéfice de cette règle (de qualité de la protection et/ou d'identité constitutionnelle)*

¹⁸⁴⁶ Voir C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6e éd., Paris, 2016, p. 508, voir par exemple CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, point 52.

¹⁸⁴⁷ J. MOLINIER, « Principe de proportionnalité », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en mars 2011, point 132.

¹⁸⁴⁸ A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, Paris, 2014, p. 26.

¹⁸⁴⁹ CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, point 52.

¹⁸⁵⁰ CJUE, 17 octobre 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, point 49.

¹⁸⁵¹ CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.* p. I-3727, point 62.

d'une part, et le principe d'unité du droit de l'Union d'autre part »¹⁸⁵². L'un des critères de détermination de la marge tient à la complexité de l'affaire, ce qui implique que la Cour de justice ne peut se substituer à l'appréciation du législateur¹⁸⁵³.

Lorsque le pouvoir d'appréciation du législateur n'est pas mentionné, comme dans les domaines relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour de justice semble avoir une approche qui ressemble à celle adoptée face à des mesures nationales. Ainsi, au sujet de la rétention d'étrangers, elle adopte une formule classique selon laquelle « *les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés* »¹⁸⁵⁴. Le TFUE vient lui-même limiter le contrôle de proportionnalité dans le cadre de l'ELSJ avec son article 276 qui exclut la compétence de la Cour pour vérifier la proportionnalité des opérations menées par la police. Enfin, dans toutes les matières de droit de l'Union, selon le protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, les projets législatifs doivent faire en sorte que les charges qui incombent aux opérateurs économiques soient les moins élevées possible pour respecter le principe de proportionnalité. Cet aspect de mise en balance est parfois largement interprété par la Cour de justice, notamment en matière de santé publique, lorsqu'elle estime implicitement qu'une norme ne viole pas cet équilibre, reconnaissant que « *la santé publique constitue un intérêt supérieur par rapport aux intérêts économiques des producteurs* »¹⁸⁵⁵. Au titre des normes non législatives de l'Union, la Cour de justice apprécie également la proportionnalité des amendes de la Commission dans le cadre de la politique de concurrence, sachant que sa compétence est limitée, pour un pourvoi, à la disproportion pour considérer que le Tribunal de l'Union a commis une erreur de droit¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵² É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2015, n° 2, p. 315.

¹⁸⁵³ J. MOLINIER, « Principe de proportionnalité », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en mars 2011, point 132 et CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, *Rec. p.* I-2405, point 55.

¹⁸⁵⁴ CJUE, Gde chbr., 15 février 2016, *N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, point 54 ou encore CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, point 58.

¹⁸⁵⁵ C. KADDOUS, « Politique commerciale commune », *ADUE*, 2016, p. 699.

¹⁸⁵⁶ CJUE, 26 janvier 2017, *Villeroy et Boch c/ Commission*, aff. C-644/13 P, ECLI:EU:C:2017:59, point 73.

Dans sa jurisprudence, la Cour EDH mentionne régulièrement les règles du droit de l'Union. Elle l'utilise dans sa partie « En fait » qui développe tous les aspects de l'affaire, ou bien de concert avec la réglementation nationale et des aspects de droit comparé lorsque cela est pertinent. Dans ce cadre, la Cour EDH utilise la jurisprudence de la Cour de justice et les règles du droit de l'Union pour consolider sa position. Par exemple, au sujet de la rétention de mineurs étrangers¹⁸⁵⁷, elle cite l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur les droits de l'enfant puis la prise en compte du principe de proportionnalité dans les directives 2008/115/CE, relative au retour¹⁸⁵⁸, et 2013/33/UE, établissant des normes minimales pour l'accueil des personnes demandant une protection internationale¹⁸⁵⁹. De la même façon, la Cour EDH reprend les développements de la Cour de justice de l'arrêt *Digital Rights Ireland*¹⁸⁶⁰. Dans cette affaire, la Cour de justice invalide une directive concernant l'exploitation de données personnelles sur le fondement du principe de proportionnalité, ce que la Cour EDH comprend bien en indiquant que la Cour de justice « *a estimé que, si l'ingérence répondait à un objectif d'intérêt général, à savoir contribuer à la lutte contre les infractions graves et le terrorisme et ainsi, en fin de compte, à la sécurité publique, elle ne satisfaisait pas toutefois à l'exigence de proportionnalité* »¹⁸⁶¹. Toujours en matière de protection des données personnelles, un arrêt, de la Grande chambre de la Cour EDH de 2017¹⁸⁶², reprend la jurisprudence de la Cour de justice pour conclure à l'absence de disproportion au sujet de la publication des données fiscales en Finlande. Cependant, les références de la Cour EDH à la jurisprudence de la Cour de justice sur le contrôle de proportionnalité de mesures européennes restent rares.

Une thématique commune concernant la proportionnalité est celle des mesures restrictives¹⁸⁶³, adoptées dans le cadre de la PESC sur le fondement de l'article 215 TFUE, qui sont régulièrement contestées devant le Tribunal de l'Union, au titre du recours en

¹⁸⁵⁷ Cour EDH, 12 juillet 2016, *A. B. e. a. c/ France*, req. n° 11593/12, points 70 et suivants.

¹⁸⁵⁸ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOUE* n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98.

¹⁸⁵⁹ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 137.

¹⁸⁶⁰ CJUE, Gde chbr., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

¹⁸⁶¹ Cour EDH, Gde chbr., 4 décembre 2015, *Zakharov c/ Russie*, req. n° 47143/06, point 147.

¹⁸⁶² Cour EDH, Gde chbr., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c/ Finlande*, req. n° 931/13, points 70 et suivants.

¹⁸⁶³ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 49, p. 26.

annulation. De telles mesures étant fréquemment adoptées par des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies puis exécutées par les États, leur conformité à la Convention EDH peut être étudiée par la Cour EDH à l'égard d'États non membres de l'Union comme la Suisse. Pour la Cour EDH, la proportionnalité des mesures restrictives, qu'elle qualifie de régime de sanctions, implique une approche *stricto sensu* qui met en opposition les intérêts de l'intéressé au droit à la protection de sa vie privée et familiale et les objectifs légitimes de l'État, à savoir la protection de la sécurité nationale et de la sécurité juridique¹⁸⁶⁴. De même, la Cour EDH estime que le droit d'accès à un tribunal n'est pas garanti par le système des Nations Unies¹⁸⁶⁵. Même s'il existe des mesures restrictives autonomes, adoptées par l'Union européenne seule, il est possible que le fondement d'une mesure étatique d'un État membre de l'Union et d'un État tiers soit *in fine* la résolution du Conseil de sécurité. Dans ce cas, le contrôle mené par le juge de l'Union sur l'acte général est de faible intensité¹⁸⁶⁶ : « *s'agissant du contrôle juridictionnel du respect du principe de proportionnalité, il convient de reconnaître un large pouvoir d'appréciation au législateur de l'Union dans des domaines qui impliquent de la part de ce dernier des choix de nature politique, économique et sociale et dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Dès lors, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure adoptée dans ces domaines, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure* »¹⁸⁶⁷. Après un ajustement de la dimension du contrôle pouvant être apporté à ces mesures d'applications de résolution des Nations Unies dans l'arrêt *Kadi* de 2008¹⁸⁶⁸, le Tribunal contrôle la proportionnalité des mesures restrictives. Il analyse la nécessité de la mesure en étudiant la possibilité d'adopter des mesures restrictives moins contraignantes¹⁸⁶⁹ ou encore en précisant les critères pour mesurer la proportionnalité par rapport à la restriction du droit de propriété¹⁸⁷⁰. Une certaine systématisation est proposée par le Tribunal. Celui-ci

¹⁸⁶⁴ Cour EDH, Gde chbr., 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08, point 198.

¹⁸⁶⁵ Cour EDH, Gde chbr., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management c/ Suisse*, req. n° 5808/08, point 153.

¹⁸⁶⁶ CJUE, Gde chbr., 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, point 146 : « *seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure adoptée dans ces domaines, au regard de l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure* ».

¹⁸⁶⁷ Trib. UE, 30 novembre 2016, *Rotenberg c/ Conseil*, aff. T-720/14, ECLI:EU:T:2016:689, point 179.

¹⁸⁶⁸ CJCE, Gde chbr., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec. p.* I-6351. Voir B. BERTRAND, « La particularité du contrôle juridictionnel des mesures restrictives », *RTDE*, 2015, n° 3, p. 555.

¹⁸⁶⁹ Trib. UE, 15 juin 2017, *Kiselev c/ Conseil*, aff. T-262/15, ECLI:EU:T:2017:392, point 85 ou encore Trib. UE, 8 septembre 2015, *Ministry of Energy of Iran c/ Conseil*, aff. T-564/12, ECLI:EU:T:2015:599, point 113.

¹⁸⁷⁰ Trib. UE, 5 octobre 2017, *Mabrouk c/ Conseil*, aff. T-175/15, ECLI:EU:T:2017:694, point 231.

considère que « *les inconvénients générés par les mesures restrictives ne sont pas démesurés par rapport aux objectifs poursuivis, compte tenu, d'une part, du fait que ces mesures présentent, par leur nature, un caractère temporaire et réversible et ne portent, dès lors, pas atteinte au « contenu essentiel » du droit de propriété* »¹⁸⁷¹. Dans un arrêt de 2017, le Tribunal de l'Union s'intéresse au respect de la liberté d'expression d'un journaliste russe faisant l'objet d'une mesure restrictive. Le Tribunal suit la démarche habituelle de la Cour EDH tout en soulevant qu'en l'occurrence l'atteinte à la liberté d'expression ne viendrait pas de l'État mais de la mesure restrictive de l'Union. *In fine*, le Tribunal constate que la restriction n'est pas disproportionnée¹⁸⁷² au contraire de la Cour EDH qui conclut plus souvent à une disproportion¹⁸⁷³. En pratique, il serait opportun que la Cour EDH procède à un contrôle des mesures restrictives, y compris de l'Union européenne, notamment pour assurer une approche commune de l'application des résolutions des Nations Unies sur le territoire des 47 États parties. Néanmoins, sans adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, la question ne peut se poser en vertu du principe de présomption de protection équivalente¹⁸⁷⁴, et le projet d'adhésion rejeté par la Cour de justice dans son avis 2/13 prévoyait l'exclusion des mesures issues de la PESC.

En matière de proportionnalité, le juge européen opère un contrôle assez restreint des mesures européennes, et cela concerne plus particulièrement le juge de l'Union européenne. Le contrôle des mesures étatiques se présente sous un jour différent, notamment en ce qu'il induit des questions de répartition des pouvoirs, presque de fédéralisme¹⁸⁷⁵. Néanmoins, les mesures étatiques peuvent bénéficier d'une marge d'appréciation avec laquelle le contrôle de proportionnalité fonctionne.

¹⁸⁷¹ Trib. UE, 15 septembre 2016, *Yanukovych c/ Conseil*, aff. T-348/14, ECLI:EU:T:2016:508, point 169.

¹⁸⁷² Trib. UE, 15 juin 2017, *Kiselev c/ Conseil*, aff. T-262/15, *précit.*, point 112.

¹⁸⁷³ Cour EDH, Gde chbr., 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08, point 198.

¹⁸⁷⁴ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

¹⁸⁷⁵ Voir G. A. BERMANN, « Proportionality and subsidiarity », in *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 76 : « *When the Court examines a Community measure by reference to proportionality, it is advancing the rule of law and accountability at the Community level [...] By contrast, deployment of proportionality against national measures inevitably raises issues, or at least concerns, of federalism* ».

B. La question de la marge nationale d'appréciation : l'application de la proportionnalité par le juge national

La marge d'appréciation permet aux autorités nationales, et au juge national, de récupérer un pouvoir qui est *a priori* sous contrôle des autorités européennes. En effet, si celles-ci accordent une marge d'appréciation, c'est que le comportement national en question se place en amont dans le champ d'application de ces droits européens. Le concept de marge d'appréciation paraît de prime abord paradoxal. Il présente un aspect positif en tant que mise en application de l'idée de subsidiarité substantielle mais aussi contraignant car l'existence de cette marge et sa dimension est laissée aux mains des autorités européennes, souvent des juges européens¹⁸⁷⁶. Ainsi, « *le contrôle de proportionnalité consiste à déterminer si le respect des droits est assuré malgré l'usage du pouvoir discrétionnaire de l'État* »¹⁸⁷⁷. Dans le cadre de l'étude de la proportionnalité, la marge d'appréciation – marge de manœuvre accordé à l'autorité nationale – peut être restreinte par un contrôle de proportionnalité de la mesure nationale (1). L'idée de marge d'appréciation revient aussi à laisser parfois le juge national apprécier le contrôle de proportionnalité¹⁸⁷⁸, dans son aspect *in concreto* (2). Si des exemples existent dans les deux cas devant les deux juridictions européennes, le premier aspect est plus présent devant la Cour EDH alors que la question de l'application par le juge national est plus visible pour la Cour de justice en raison de l'existence du renvoi préjudiciel.

1. La marge d'appréciation soumise au contrôle de proportionnalité

Il semble que les deux concepts, marge d'appréciation et principe de proportionnalité, soient fortement liés par leur nature. En effet, « *le principe de proportionnalité, qui traduit une exigence d'adéquation entre un objectif légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre, se situe donc au cœur du contrôle de la marge d'appréciation* »¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷⁶ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁸⁷⁷ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 49, p. 26.

¹⁸⁷⁸ A. STONE SWEET et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », 2008, *Yale Faculty Scholarship Series*, Paper 14 : « *The Luxembourg and Strasbourg courts commanded other national courts to deploy PA and announced that they would supervise how national judges actually do so* ».

¹⁸⁷⁹ F. SUDRE, « Le contrôle de la marge d'appréciation », in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), PUF, Paris, 8e éd., 2017, p. 85.

La marge d'appréciation est un concept très présent dans la jurisprudence de la Cour EDH. Elle est l'expression substantielle du principe de subsidiarité¹⁸⁸⁰, et se mesure normalement en fonction du contexte étatique et européen de la problématique donnée. Le principe de proportionnalité intervient également dans le cadre de la marge d'appréciation en dernière étape du travail du juge. En ce sens, la Cour EDH considère que « *la marge d'appréciation reconnue aux États contractants [...] va de pair avec un contrôle européen [...] En exerçant ce contrôle, la Cour doit rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient en principe et sont proportionnées* »¹⁸⁸¹. Les deux notions sont ainsi associées dans une logique continue de limitation de l'action étatique. Le lien serait issu du fondement commun du concept de marge d'appréciation et de la proportionnalité, à savoir le critère de nécessité dans une société démocratique¹⁸⁸², socle du contrôle de la Cour EDH. Ce fondement, la nécessité dans une société démocratique, témoigne d'une certaine relativité de la norme et d'une application circonstanciée¹⁸⁸³. Néanmoins, ce contrôle ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de droits intangibles, qui sont pourtant susceptibles d'être affectés par les deux notions. Ce fondement sert surtout à estimer s'il existe une marge d'appréciation puis s'il faut un contrôle de proportionnalité et de quelle intensité, « *pour apprécier la proportionnalité des mesures litigieuses, il faut tenir compte de la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales et du principe de subsidiarité* »¹⁸⁸⁴. La proportionnalité peut alors être perçue comme correcteur ou comme restreignant la marge d'appréciation¹⁸⁸⁵.

Le fait que le contrôle de proportionnalité succède à la constatation d'une marge d'appréciation n'est pas évident. Ainsi, selon un auteur, « *la proportionnalité et la marge d'appréciation représentent les deux extrémités qui se trouvent à l'opposé sur la ligne d'obligatorité de la norme. Le déplacement du curseur de l'un se répercute automatiquement sur l'autre et exprime la variation de l'intensité de son rapport* »¹⁸⁸⁶. Pour

¹⁸⁸⁰ Certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas d'aspect substantiel du principe de subsidiarité, voir par exemple : T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 69.

¹⁸⁸¹ Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Bayatyan c/ Arménie*, req. n° 23459/03, point 121.

¹⁸⁸² T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, op. cit., p. 70.

¹⁸⁸³ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 404.

¹⁸⁸⁴ Opinion dissidente commune aux juges Villiger, Mahoney et Kjølbros sous Cour EDH, Gde chbr., 24 mai 2016, *Biao c/ Danemark*, req. n° 38590/10, point 25.

¹⁸⁸⁵ T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, op. cit., p. 70.

¹⁸⁸⁶ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 141.

d'autres, la marge d'appréciation « surplombe » le contrôle de proportionnalité dont l'intensité dépend du degré de marge d'appréciation laissé en l'espèce. Le « *contrôle de proportionnalité de la Cour EDH est donc un contrôle à géométrie variable, « indexé » à la marge nationale d'appréciation qui vient en moduler l'ampleur* »¹⁸⁸⁷. Dans ce cadre, il semble même que la recherche d'un dénominateur commun, propre à la détermination de la marge d'appréciation, fasse partie des critères du contrôle de proportionnalité¹⁸⁸⁸. Ainsi, « *l'examen des moyens mobilisés ou non par l'État, au regard de ses motifs d'action ou d'inaction, s'effectue à titre principal au prisme de la proportionnalité, dont on a pu à juste titre écrire qu'elle était « au cœur du contrôle de la marge d'appréciation »* »¹⁸⁸⁹.

L'appréciation de la proportionnalité de la mesure, y compris lorsqu'une marge d'appréciation existe, est aussi considérée une « *souape de sécurité* »¹⁸⁹⁰. En cela, la proportionnalité vient limiter la subsidiarité initialement reconnue. Le juge des droits de l'homme donne dans un premier temps plein effet au concept de subsidiarité en reconnaissant une marge d'appréciation puis inverse la vapeur en soumettant l'ingérence à un contrôle de proportionnalité, parfois intense. En effet, quelle que soit l'étendue de la marge d'appréciation, la Cour EDH procède à contrôle de proportionnalité. En cas de marge étroite, lorsque l'État doit se conformer au standard européen, la Cour EDH contrôle au moins l'adéquation et la nécessité de la mesure¹⁸⁹¹. Lorsque la marge d'appréciation est large, la Cour EDH a plutôt tendance à rechercher un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹⁸⁹² et un juste équilibre. Le contrôle de proportionnalité est donc toujours présent lorsqu'une marge d'appréciation est constatée, qu'elle soit étroite ou large. Enfin, les relations entre les deux notions restent soumises à un aléa circonstanciel,

¹⁸⁸⁷ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289.

¹⁸⁸⁸ F. SUDRE, « La mystification du « consensus européen », *JCP G*, 2015, n° 50, doct. 1369.

¹⁸⁸⁹ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 106.

¹⁸⁹⁰ P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 83.

¹⁸⁹¹ Voir par exemple au sujet d'une différence de traitement fondée sur le sexe et pour déterminer la comparabilité des situations : Cour EDH, Gde chbr., 19 février 2013, *X c/ Autriche*, req. n° 19010/07, point 98 : « *non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus ayant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit* ».

¹⁸⁹² Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, préc., point 149 et Cour EDH, 18 novembre 2010, *Consorts Richet et Le Ber c/ France*, req. n° 18990/07, point 114.

« *le jeu du couple marge nationale d'appréciation/proportionnalité stricto sensu, étroitement ancré dans les circonstances de l'espèce, échappe par nature à toute systématisation* »¹⁸⁹³. Évidemment, il peut y avoir un contrôle de proportionnalité de l'ingérence en l'absence de marge d'appréciation¹⁸⁹⁴. Inversement, à la lecture des arrêts de la Cour EDH, le cycle semble se répéter : n'y aurait-il pas une marge d'appréciation laissée à l'État dans le contrôle de la proportionnalité qui accompagne la reconnaissance d'une marge d'appréciation ? En effet, si la première étape est de reconnaître une marge d'appréciation en fonction du contexte de l'affaire, la deuxième étape revient à contrôler la proportionnalité de l'ingérence malgré la marge d'appréciation. En troisième étape, la Cour EDH semble reconnaître une marge d'appréciation pour l'État dans la considération de la proportionnalité, notamment lorsqu'il faut procéder à une conciliation entre droits fondamentaux¹⁸⁹⁵ ou entre intérêts privé et public¹⁸⁹⁶.

La Cour de justice se sert moins systématiquement d'une marge d'appréciation. Cependant, elle reconnaît l'idée, notamment désignée par un large pouvoir d'appréciation au profit des autorités nationales, qui leur permet de juger de la nécessité de la mesure interne dans le cadre de la proportionnalité¹⁸⁹⁷. Parallèlement à la marge d'appréciation laissée au législateur européen, les États jouissent également d'une marge de manœuvre dans certains domaines, comme au sujet de la protection de la santé publique. Le niveau de protection de celle-ci « *pouvant varier d'un État membre à l'autre, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation* »¹⁸⁹⁸. C'est logiquement le cas pour la politique sociale, pour laquelle les États ont plus d'autonomie de décision. Néanmoins, la Cour de justice a pu estimer disproportionné, en raison de l'absence de nécessité, le fait pour un État de laisser trop de marge d'appréciation à ses autorités nationales pour l'autorisation de licenciements

¹⁸⁹³ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289.

¹⁸⁹⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, 12 juillet 2016, *A. M. e. a. c/ France*, req. n° 24857/12, points 90 et suivants pour le contrôle de proportionnalité, toutefois, au sujet d'une violation de l'article 3 de la Convention EDH donc *a priori* sans marge d'appréciation. Voir également Cour EDH, 12 juillet 2016, *A. B. e. a. c/ France*, req. n° 11593/12, points 149 et suivants pour le contrôle de proportionnalité, en l'espèce au sujet de l'article 8 de la Convention EDH.

¹⁸⁹⁵ Cour EDH, Gde chbr., 12 juin 2014, *Fernandez c/ Espagne*, req. n° 56030/07, point 123.

¹⁸⁹⁶ *Ibidem*, point 125.

¹⁸⁹⁷ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec. p. I-5659*, point 93 : « *En conséquence, les autorités nationales, compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires* ».

¹⁸⁹⁸ CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. C-159/12, ECLI:EU:2013:791, point 59.

collectifs 1899. En outre, cette marge d'appréciation, au moment d'une transposition de directive, voire aussi pour l'application d'un règlement¹⁹⁰⁰, reste surveillée par la Cour de justice¹⁹⁰¹. La doctrine de la marge d'appréciation appliquée par la Cour de justice est comprise comme une importation de la jurisprudence de la Cour EDH¹⁹⁰². En revanche, pour l'attribution du contrôle de proportionnalité aux juridictions nationales, c'est la jurisprudence de la Cour de justice qui est plus prolifique, en raison de la nature particulière du renvoi préjudiciel. Cette approche pourrait se développer devant la Cour EDH avec l'avis consultatif prévu par le protocole n° 16.

L'existence d'une marge nationale d'appréciation, expression de la subsidiarité-descendante substantielle, s'accompagne ainsi d'un contrôle de proportionnalité sur les actes nationaux réalisés. L'autre possibilité, qui éclaire le champ d'application de la proportionnalité, est son attribution, sa délégation, des juges européens vers les juges nationaux.

2. L'attribution du contrôle de proportionnalité aux autorités nationales : la création d'une marge d'appréciation

Le principe de proportionnalité est une notion qui tend à être contrôlée par tous les juges, nationaux et européens. La Cour EDH a déjà pris pour exemple un droit interne qui utilisait les mêmes notions que sa propre jurisprudence. Ainsi, elle a relevé que « *le droit autrichien accorde au parquet une certaine marge d'appréciation – qui repose sur le principe de proportionnalité* »¹⁹⁰³. La Cour EDH insiste néanmoins sur son pouvoir en la matière en précisant que « *le critère de proportionnalité employé par la Cour suprême n'est pas le même que celui appliqué par la Cour* »¹⁹⁰⁴, sous-entendant que la proportionnalité est une notion autonome. Du côté de l'Union européenne, dans le cadre du phénomène de débordement, de *spill-over*¹⁹⁰⁵, le principe général du droit consacrant le principe de

¹⁸⁹⁹ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, points 92 et 100.

¹⁹⁰⁰ CJUE, 30 mars 2017, *Lingurár*, aff. C-315/16, ECLI:EU:C:2017:244, points 18 et 19.

¹⁹⁰¹ CJUE, 7 mars 2013, *Painer*, aff. C-145/10, ECLI:EU:2013:138, point 106 « *la marge d'appréciation dont jouissent les États membres ne saurait être utilisée de manière à compromettre l'objectif principal de la directive* ».

¹⁹⁰² A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 471.

¹⁹⁰³ Cour EDH, 17 janvier 2017, *J. e. a. c/ Autriche*, req. n° 58216/12, point 117.

¹⁹⁰⁴ Cour EDH, Gde chbr., 24 mai 2016, *Biao c/ Danemark*, req. n° 38950/10, point 130.

¹⁹⁰⁵ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence administrative*

proportionnalité s'applique devant de nombreuses juridictions¹⁹⁰⁶. Le modèle européen est *a priori* l'exemple à suivre : « *principal acteur de mise en œuvre de la proportionnalité, la Cour EDH devient à travers son raisonnement un modèle de jugement sur lequel sont braqués les regards des ordres nationaux* »¹⁹⁰⁷, même s'il s'est inspiré en amont de l'exemple allemand.

Il est évident que les autorités nationales doivent être aptes à réaliser le contrôle de proportionnalité dans le champ d'application du droit européen. En revanche, la détermination ou délimitation de ce qui revient respectivement au juge européen et au juge national n'est pas évidente. Autrement dit, « *la répartition des rôles entre la Cour de justice et les juges nationaux ne fait pas l'objet d'une ligne directrice générale* »¹⁹⁰⁸. À défaut de certitudes, des indices peuvent être relevés. Ainsi, « *en matière de droits fondamentaux et, plus généralement, lorsque les objectifs européens et nationaux se combinent par exemple, il semble que le pouvoir d'appréciation laissé aux États soit plus étendu, le contrôle judiciaire moins strict* »¹⁹⁰⁹. Dans la jurisprudence, la répartition est encore moins claire et le contrôle de proportionnalité se retrouve régulièrement partagé entre deux juges. Ainsi le conçoit parfois la Cour EDH, en distinguant le test de nécessité et le critère d'une approche appropriée. Selon la juridiction, « *s'il appartient aux autorités nationales de juger les premières de la nécessité de l'ingérence, il revient à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs de l'ingérence étaient pertinents et suffisants au regard des exigences de la Convention* »¹⁹¹⁰. Le juge de l'Union fait également varier cette répartition. En substance, « *la Cour opère le contrôle du caractère « approprié » de la mesure, mais renvoie au juge national le soin de procéder au contrôle du caractère « nécessaire » de celle-ci* »¹⁹¹¹. La variation peut se retrouver dans l'application d'un même droit. Ainsi, en matière de non-discrimination, tantôt la Cour exerce le contrôle directement de façon assez stricte, comme

française, op. cit., p. 353.

¹⁹⁰⁶ J.-M SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Conférence du 17 mars 2017, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr> : « *Sous des formes très variées, le principe de proportionnalité est présent dans la quasi-totalité des pays européens* ».

¹⁹⁰⁷ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, op. cit.*, p. 137.

¹⁹⁰⁸ J.-S. BERGÉ et S. OLIVIER-ROBIN, *Droit européen. Union européenne et Conseil de l'Europe*, Thémis, 2e éd., Paris, 2011, p. 191.

¹⁹⁰⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹⁹¹⁰ Cour EDH, Gde chbr., 18 janvier 2001, *Smith c/ Royaume-Uni, req. n° 25154/94*, point 97. Pour une variante, voir Cour EDH, Gde chbr., 12 juin 2014, *Fernandez c/ Espagne, req. n° 56030/07*, point 125 : « *c'est à la Cour qu'il revient de trancher en définitive la question de la nécessité de l'ingérence* ».

¹⁹¹¹ D. MARTIN, « Droit d'établissement », *ADUE*, 2013, p. 555.

dans l'arrêt *Mangold* de 2005¹⁹¹², tantôt elle l'attribue au juge national¹⁹¹³. La Cour de justice peut également laisser au juge national le soin de trancher tous les aspects de la proportionnalité, en prenant soin de détailler la direction à emprunter¹⁹¹⁴. Le problème est l'absence d'explication de la Cour de justice sur cette répartition, de « *leading case* », voire sur l'intensité de son propre contrôle. En définitive, le contrôle peut être « *opéré par le juge national, ou la Cour, ou les deux, et [...] quand il est effectué par celle-ci il peut être très souple ou très strict. [...] Mais aucun arrêt n'explique ce qui motive les choix de la Cour* »¹⁹¹⁵. Une réponse avancée estime que cette variation traduit un choix politique par la Cour de justice, « *une approche souple ou au contraire rigide dans l'examen de proportionnalité traduit souvent des choix politiques opérés par la Cour. Les conclusions auxquelles elle arrive peuvent dès lors aussi être analysées à l'aune des « valeurs » qu'elle valide par ce biais* »¹⁹¹⁶. Ainsi, « *elle pourra donc se montrer (très) interventionniste ou au contraire esquiver pratiquement tout examen de proportionnalité en renvoyant celui-ci au juge national* »¹⁹¹⁷. L'autre justification est simplement de considérer que le juge européen est plus neutre pour déterminer l'adéquation d'une mesure puisqu'il s'agit de juger la pertinence d'une norme par rapport à un objectif d'intérêt public défini par un État. Les juridictions européennes se limitent également dans l'objet de leur contrôle, ce qui est assez cohérent, « *si le principe de proportionnalité résulte de la volonté de limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques et d'éviter l'arbitraire, il ne saurait conduire le juge à substituer sa propre appréciation à celle des représentants du peuple soumis au contrôle démocratique* »¹⁹¹⁸. C'est pour cela que les juges européens utilisent des critères qui devraient être visibles pour respecter le principe de sécurité juridique. Cependant, dans le

¹⁹¹² CJCE, Gde chbr., 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, *Rec.* p. I-9981.

¹⁹¹³ Voir J. TESSEYDRE, « Le respect de l'identité nationale : outil de préservation d'une diversité intrinsèque à l'Union », *ADUE*, 2013, p. 119 et CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, aff. C-388/07, *Rec.* p. I-1569.

¹⁹¹⁴ Voir, par exemple, CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, points 113 et suivants ; CJUE, 14 juin 2017, *Online Games Handels*, aff. C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452, point 51 : « *il lui incombe de s'assurer, au vu des modalités concrètes d'application de la réglementation restrictive concernée, que celle-ci répond véritablement au souci de réduire les occasions de jeu, de limiter les activités dans ce domaine et de combattre la criminalité liée à ces jeux d'une manière cohérente et systématique* ». Voir également CJUE, 6 février 2014, *Mömax Logistik*, iaff. C-528/12, ECLI:EU:C:2014:51, point 63 : « *il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, dans une telle situation et dans le cadre du respect du principe de proportionnalité, il existe des techniques efficaces de détection du VIH* ».

¹⁹¹⁵ D. MARTIN, « Droit d'établissement », *op. cit.*, p. 562.

¹⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 553.

¹⁹¹⁷ *Ibid.*

¹⁹¹⁸ J.-M SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Conférence du 17 mars 2017, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr>.

cas où une liberté est accordée aux juges nationaux dans l'accomplissement du contrôle de proportionnalité, la Cour EDH s'octroie la possibilité de vérifier que le contrôle a bien été fait¹⁹¹⁹. Ainsi, le principe de proportionnalité est pris en considération dans les deux organisations européennes, même si l'Union européenne semble accorder plus d'importance à sa formalisation que le Conseil de l'Europe qui n'en définit pas les contours. En revanche, le contrôle du principe de proportionnalité est assez intense et se fonde *ab initio* sur le modèle allemand, même si la particularité des juridictions européennes implique notamment la prise en compte du rôle du juge national dans l'application de ce critère.

Quel que soit le juge pertinent pour procéder au contrôle de proportionnalité, dans le champ d'application du droit européen, les critères du contrôle ne sont pas toujours très précis, et la reconnaissance d'une marge d'appréciation au bénéfice des autorités nationales n'apporte pas de clarification¹⁹²⁰. Enfin, le principe de proportionnalité semble omniprésent devant les juridictions nationales et européennes, omniprésence qui ne serait que « *le symptôme d'une politique jurisprudentielle ayant conduit, par l'introduction hors texte de limites aux droits fondamentaux ou aux prérogatives étatiques, à niveler l'instrument conventionnel aux fins de le rendre perméable au temps. D'une certaine manière, la proportionnalité s'impose comme l'outil « tout-terrain » que réclame un souci d'adaptation aux changements de circonstances* »¹⁹²¹. Cet outil tout terrain se dévoile particulièrement

¹⁹¹⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 136. Cour EDH, Ass. plén., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, req. n° 13585/88 ; Cour EDH, 25 septembre 1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, req. n° 20348/92 ; CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. C-159/12, ECLI:EU:C:2013:791, point 59 et CJUE, 7 mars 2013, *Painer*, aff. C-145/10, ECLI:EU:C:2013:138. L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 169 : « *L'affaire Oteiza Olazabal du 29 décembre 2000 fait partie des premiers arrêts dans lesquels le juge administratif admet l'invocation des principes généraux du droit de l'Union à l'encontre d'une mesure nationale qui restreint l'exercice d'une liberté fondamentale conférée par le traité. En l'espèce, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur la méconnaissance du principe de proportionnalité par une mesure nationale de police* », (CE, 29 décembre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Oteiza Olazabal*, req. n° 206913). Voir aussi A. STONE SWEET et J. MATHEWS, « *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* », *Yale Faculty Scholarship Series*, 2008, Paper 14 : « *the Court became a powerful agent in PA's diffusion into national legal orders. In two more recent privacy cases, Smith and Grady v. United Kingdom (1999), and Peck v. United Kingdom (2003), the Court strongly criticized U.K. courts for continuing to apply Wednesbury rather than a LRM-based necessity test* ».

¹⁹²⁰ R. ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. XXXII (note du traducteur) : « *although it will use the language of necessity and proportionality, the case-law of the European Court of Human Rights is not entirely clear about what this entails, and the problem is compounded by the cultural variation permitted to states under the doctrine of the margin of appreciation, which can mask the point at which the balancing requirement should take place* ».

¹⁹²¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 164.

dans le cadre de son contrôle dont les critères semblent varier en fonction des affaires.

Section 2. Les critères incertains du contrôle *in concreto* de la proportionnalité

Cerner la notion de proportionnalité n'est pas facile. Déterminer l'exacte dimension du contrôle de la proportionnalité est peut-être encore plus complexe tant les indications prétoriennes et doctrinales fluctuent¹⁹²². Il s'agit bien d'un contrôle constant, consubstantiel à la fonction de juger, « *là où existe un contrôle juridictionnel, on rencontrera quasi nécessairement le principe de proportionnalité* »¹⁹²³. Il s'agit tout autant d'un contrôle empreint de pragmatisme¹⁹²⁴, qui est effectué *in concreto*. Il faut donc distinguer les critères du contrôle de proportionnalité, habituellement présentés en triptyque mais dont la géométrie est en réalité variable (§1) et s'intéresser ensuite au cas de l'exercice de la mise en balance (§2), qui relève du contrôle de proportionnalité et cible plus précisément le conflit de droits.

§1. Les critères à géométrie variable du contrôle de proportionnalité

Le point de départ de la réflexion autour des critères appliqués pour le contrôle de proportionnalité est la doctrine allemande. Celle-ci reconnaît une classification constitutionnelle des critères de proportionnalité comportant l'adéquation, la proportionnalité et le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*¹⁹²⁵. « *Adéquation de la mesure prise à l'objectif légitime poursuivi, nécessité de la mesure à la réalisation de cet objectif (le même objectif ne peut-il être atteint par des moyens moins contraignants ?),*

¹⁹²² T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 66 : « *an examination of the case law of the Court will quickly reveal that the proportionality norm or test is phrased in a number of different ways* ».

¹⁹²³ D. SZYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. POTVIN-SOLIS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 447.

¹⁹²⁴ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 29. Néanmoins, le Tribunal de l'Union a déjà défendu l'inverse : « *Le contrôle de la proportionnalité d'une mesure est ainsi un contrôle objectif, le caractère approprié et le caractère nécessaire de la décision attaquée devant être appréciés par rapport au but recherché par l'institution* », TPICE, 11 juillet 2007, *Alrosa c/ Commission*, aff. T-170/06, Rec. p. II-2601, point 99 mais non renouvelé par la Cour de justice dans son arrêt rendu sur pourvoi. Voir également les conclusions de l'avocat général Trstenjak du 7 septembre 2010, sur l'affaire *AJD Tuna*, aff. C-221/09, point 97 : « *Si le juge se borne à examiner le caractère approprié d'une mesure, il n'effectue pas un contrôle de la proportionnalité, mais seulement un contrôle objectif de l'exercice du pouvoir d'appréciation du législateur communautaire* ».

¹⁹²⁵ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 49, p. 26.

proportionnalité stricto sensu de la mesure prise (celle-ci ne doit pas imposer de charges démesurées par rapport au résultat recherché) »¹⁹²⁶. Les juges européens ont adopté une approche légèrement différente. Si, officiellement, les trois critères peuvent être reconnus, ils ne sont pas toujours utilisés¹⁹²⁷.

Les termes qualifiant les trois critères de la proportionnalité varient dans la jurisprudence et dans la doctrine. Ils peuvent être résumés par un test d'aptitude, un test de nécessité et sous l'idée d'un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Cela étant, les juridictions se limitent parfois à deux critères, ou au contraire en ajoutent un quatrième. Il n'est donc pas possible d'affirmer définitivement quels sont les critères utilisés par chaque juridiction, il est au contraire nécessaire d'explorer les solutions rendues pour constater que les juges européens ont en commun cette inconstance dans le contrôle de proportionnalité, inconstance qui leur est bénéfique en termes d'intensité de contrôle. Les critères sont alternatifs, non cumulatifs, quand une disproportion est constatée sur le fondement de l'un des critères, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les autres¹⁹²⁸. Un seul élément peut être développé et les autres simplement envisagés implicitement, ce qui peut fausser la considération concernant l'absence du triptyque. Ainsi, le contrôle de proportionnalité « *n'implique pas systématiquement la pratique d'un triple test d'efficacité, d'exclusivité et de pondération* »¹⁹²⁹. En revanche, il est certain que le contrôle de proportionnalité intervient toujours comme dernière étape lorsque sont en cause des mesures nationales, que ce soit devant le juge de l'Union ou devant la Cour EDH, « *la proportionnalité ne suffirait pas à caractériser un contrôle entier, dès lors qu'elle se prête elle-même à la gradation (de la proportionnalité raisonnable à la proportionnalité stricte)* »¹⁹³⁰. Le triptyque initial n'est de toute façon pas satisfaisant et les juges européens proposent eux-mêmes des formules n'exploitant qu'un ou deux critères car ce contrôle est très concret : « *il n'y a que dans le contexte du cas d'espèce que ses contours apparaissent plus clairement et il ne se dessine*

¹⁹²⁶ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289. M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, Berne, 2016, p. 27.

¹⁹²⁷ T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 67.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, p. 22 : « *apparently, in most cases the Court elaborates extensively on only one of the subtests and merely pays « lip-service » to the other tests* ».

¹⁹²⁹ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 106.

¹⁹³⁰ *Ibid.*

véritablement que de manière casuistique-inductive »¹⁹³¹. La Cour EDH estime de son côté qu'une limitation peut se concilier avec un article de la Convention si cette limitation poursuit « *un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Ainsi, même si les critères sont alternatifs et le contrôle *in concreto*, deux critères semblent particulièrement utilisés (A) même si d'autres existent (B).

A. Les deux principaux critères utilisés dans la jurisprudence européenne

A priori, le contrôle de proportionnalité implique principalement deux étapes. Vérifier que l'objectif poursuivi est atteint par la mesure et que celle-ci n'aille pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Les deux critères sont tellement liés qu'ils sont parfois présentés comme les deux facettes de la proportionnalité¹⁹³². Le premier est désigné comme un test d'adéquation, dont l'intitulé peut varier (1), tandis que le second reflète le test de nécessité (2).

1. L'adéquation, l'aptitude ou le caractère approprié d'une mesure

Le terme pour désigner la première étape du contrôle de proportionnalité n'est pas fixé. Il peut s'agir d'un contrôle d'adéquation, qui correspond à la définition générale de la proportionnalité, un contrôle d'aptitude ou encore la vérification que la mesure en cause est appropriée, « *c'est-à-dire qu'il existe un rapport de cause à effet entre le moyen utilisé et l'objectif poursuivi, ou si l'on préfère, que l'acte adopté est apte à atteindre le but visé. On retrouve la « Geeignetheit » du droit allemand ou encore le « principe de pertinence* »¹⁹³³. En anglais, le terme le plus fréquemment utilisé est celui de « *suitability* »¹⁹³⁴. La Cour EDH semble préférer l'idée d'un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹⁹³⁵, probablement car elle réserve le terme « adéquat » à l'examen

¹⁹³¹ M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹³² CJCE, 23 février 1983, *Fromançais c/ Forma*, aff. 66/82, *Rec.* p. 395 cité par J. MOLINIER, « Principe de proportionnalité », *op. cit.*

¹⁹³³ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

¹⁹³⁴ T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹³⁵ Voir par exemple, Cour EDH, Gde chbr., 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, req. n° 42527/98, point 44 ou Cour EDH, Gde chbr., 3 décembre 2009, *Kart c/ Turquie*, req. n° 8917/05.

des voies de recours disponibles dans le cadre de la recevabilité¹⁹³⁶. Le terme d'aptitude semble être privilégié par la Cour de justice de l'Union européenne. Lorsque la mesure en cause est apte à atteindre un objectif, elle est proportionnée¹⁹³⁷. Même si la Cour de justice a également pu mentionner qu'une mesure est adéquate « *au regard des principes de précaution et de proportionnalité, pour atteindre l'objectif poursuivi* »¹⁹³⁸.

En réalité, et dans la doctrine allemande, le test d'adéquation ou d'appropriation comprend deux étapes, consistant à d'abord connaître le but et, ensuite, à déterminer si la mesure en question poursuit ce but, sans que cela implique qu'elle soit tenue de l'atteindre¹⁹³⁹. Dans la pratique, « *ces deux étapes de l'examen sont souvent concomitantes, ce qui est problématique. En effet, en imbriquant les étapes, on risque soit d'oublier purement et simplement la pesée des intérêts (leur harmonisation) soit de le faire très superficiellement* »¹⁹⁴⁰. La recherche du but poursuivi peut être implicite et invisible dans la formulation du juge. Elle n'en constitue pas moins un préalable logique. En effet, « *sans la recherche du but à suivre, il ne peut y avoir d'appréciation de la proportionnalité d'une action* »¹⁹⁴¹. Le caractère *in concreto* de la proportionnalité tire son origine de la prise en compte de ce but poursuivi, car le contrôle s'adapte ensuite en fonction de l'objectif qui a été désigné par l'État. Ainsi, la Cour EDH a pu admettre la proportionnalité d'une mesure d'enfermement à l'aune de l'objectif d'éloignement des autorités des étrangers irréguliers¹⁹⁴². La juridiction reconnaît également l'objectif du vivre ensemble comme but légitime et l'adéquation de l'interdiction du voile intégral prévue par une loi française¹⁹⁴³, ou encore la nécessité d'encadrer le débat d'intérêt public dans les médias au titre de la protection du

¹⁹³⁶ Voir par exemple, Cour EDH, 29 mai 2012, *Flores Cardoso c/ Portugal*, req. n° 2489/09, point 43. Dans Cour EDH, Gde chbr., 17 mai 2016, *Karacsnoy e. a. c/ Hongrie*, req. n° 42461/13, point 161, l'adéquation est utilisée pour évoquer des questions procédurales dans le cadre de la proportionnalité : « *la Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, l'ingérence dénoncée dans l'exercice par les requérants du droit à la liberté d'expression n'était pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis en ce qu'elle n'était pas accompagnée de garanties procédurales adéquates* ».

¹⁹³⁷ Voir par exemple CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725. Pour un exemple de mesure « non apte » : CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, aff. C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, point 103.

¹⁹³⁸ CJUE, 9 juin 2016, *Pesce e. a.*, aff. C-78/16, ECLI:EU:C:2016:428, point 63.

¹⁹³⁹ M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, op. cit., p. 15.

¹⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹⁹⁴¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAMM, Aix-Marseille, 2005, p. 124.

¹⁹⁴² Cour EDH, 12 juillet 2016, *A.M. c/ France*, req. n° 24587/12, point 92.

¹⁹⁴³ Cour EDH, Gde chbr., 1er juillet 2014, *S.A.S c/ France*, req. n° 43835/11, point 157.

processus électoral¹⁹⁴⁴. La Cour de justice de son côté indique notamment que le but légitime peut être l'ordre public ou la sécurité publique¹⁹⁴⁵, quand il faut contrôler la proportionnalité d'une restriction du droit de séjour au regard de la directive 2004/38¹⁹⁴⁶. Dans un autre cadre, la Cour de justice a pu reconnaître que l'obligation d'enlèvements de végétaux était adéquate à l'objectif de protection phytosanitaire¹⁹⁴⁷. À l'inverse, l'obligation faite de fournir aux clients l'indication exacte des composants d'un aliment « *ne saurait être justifiée par l'objectif de protection de la santé poursuivi* »¹⁹⁴⁸, la Cour de justice invalidant d'ailleurs dans cette affaire la disposition d'une directive au regard du principe de proportionnalité. Pour résumer, il est difficile de systématiser cette étape du contrôle car les objectifs légitimes ne sont pas prédéfinis et l'adéquation des mesures adoptées se vérifie *in concreto*¹⁹⁴⁹. La Cour EDH investit un faible contrôle dans ce cadre. En effet, ce sont les intérêts de l'État qui sont en jeu et qui diffèrent d'un État à l'autre. Ils n'ont pas à être redéfinis par les instances européennes, dans le respect du principe de subsidiarité. Ainsi, la Cour EDH « *se contente, le plus souvent, de constater implicitement que la condition d'adéquation de la mesure est satisfaite en faisant mention que les motifs invoqués par l'État partie pour justifier l'ingérence sont « pertinents* »¹⁹⁵⁰. Les deux juridictions européennes ne sont pas intrusives dans l'identification du but par l'État.

De façon générale, il faut déterminer le but et la possibilité pour la mesure en cause d'atteindre ce but, « *faire du caractère approprié d'une chose équivaut à dire qu'elle est proportionnée parce que dans les deux cas il existe une correspondance de cet objet à un but qui sert de modèle de référence* »¹⁹⁵¹. En pratique, cet aspect de la proportionnalité est le

¹⁹⁴⁴ Cour EDH, Gde chbr., 22 avril 2013, *Animal defenders international c/ Royaume-Uni*, req. n° 48876/08, points 111 et 112.

¹⁹⁴⁵ CJUE, Gde chbr., 13 septembre 2016, *Rendón Marin*, aff. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:785, point 62.

¹⁹⁴⁶ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOUE n° L 158, 30 avril 2004, p. 77.

¹⁹⁴⁷ CJUE, 9 juin 2016, *Pesce e. a.*, aff. C-78/16, ECLI:EU:C:2016:428, points 55 et suivants.

¹⁹⁴⁸ CJUE, Gde chbr., 6 décembre 2005, *ABNA*, aff. C-453/03, Rec. p. I-10423, point 83.

¹⁹⁴⁹ Appréciation *in concreto* également évolutive : Cour EDH, Gde chbr., 6 janvier 2011, *Paksas c/ Lituanie*, req. n° 34932/04, point 109 : « *Ainsi, dans le cadre de l'évaluation de la proportionnalité d'une telle mesure générale [...] il y a lieu d'accorder un poids décisif à l'existence d'une limite temporelle et d'une possibilité de revoir la mesure en cause [...] il faut tenir compte lorsque l'on procède à cette évaluation du contexte historico-politique de l'État concerné : ce contexte étant indubitablement amené à évoluer* ».

¹⁹⁵⁰ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.*

¹⁹⁵¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*.

plus souvent validé et sert rarement de fondement pour constater une violation du principe de proportionnalité. La question de la nécessité entraîne plus de conséquences concrètes.

2. La nécessité d'une mesure dans une société démocratique

Il arrive que le critère de la nécessité soit confondu directement avec la proportionnalité générale dans la formulation qui est parfois proposée par la Cour EDH. Selon celle-ci, « le contrôle de « la nécessité dans une société démocratique » doit être tenu pour équivalent au contrôle de proportionnalité au sens large »¹⁹⁵². En théorie, le contrôle de la nécessité de la mesure est la seconde étape du test de la proportionnalité. Le concept de la nécessité a aussi connu un certain aléa dans sa désignation, il semble toutefois s'être fixé. Ainsi, « dans le vocabulaire communautaire, on parle plutôt à cet égard de « test de l'entrave minimale », et, dans la doctrine, de test d'« interchangeabilité des mesures » ou de test de « substituabilité »¹⁹⁵³. D'ailleurs, « de la « nécessité » à la proportionnalité, il n'y a qu'un pas : pour être nécessaire, une mesure ne doit-elle pas correspondre à un « besoin social impérieux » à la fois dans son principe et dans son intensité, son ampleur ou son étendue ? »¹⁹⁵⁴. Le concept de nécessité implique que le juge procède à des comparaisons hypothétiques en se mettant à la place des autorités nationales pour estimer si d'autres mesures sont possibles, « étant précisé que « lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante »¹⁹⁵⁵. Il faut alors « que l'atteinte portée aux autres objectifs ou valeurs par l'action envisagée soit indispensable à la réalisation de son objectif »¹⁹⁵⁶.

La Cour de justice alimente la confusion entre les critères en indiquant par exemple qu'une mesure est « appropriée et nécessaire [...]. Par ailleurs, s'agissant du caractère

Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, PUAMM, Aix-Marseille, 2005, p. 208.

¹⁹⁵² F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.*

¹⁹⁵³ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

¹⁹⁵⁴ M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, E. DECAUX, P.-H. IMBERT et L.-E. PETTITI (dir.), Economica, 1999, p. 66.

¹⁹⁵⁵ CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder c/ Hauptzollamt Gronau*, aff. 265/87, *Rec.* p. 2237 cité par J. MOLINIER, « Principe de proportionnalité », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en mars 2011.

¹⁹⁵⁶ Voir K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du Traité CE », *CDE*, 1994, p. 56.

strictement proportionné de cette obligation, il n'a été fait état d'aucune mesure alternative moins contraignante »¹⁹⁵⁷. Pourtant, l'existence ou non de mesures alternatives est une question qui se pose au terme de la nécessité de la mesure et non de la proportionnalité *stricto sensu*. En tout cas, la Cour de justice semble se rapprocher de la démarche de la Cour EDH en envisageant la nécessité de la mesure dans une société démocratique, spécifiquement lorsque la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est invoquée¹⁹⁵⁸. La Cour de justice, dans ses analyses de nécessité, conclut que la mesure va au-delà de ce qui est nécessaire et est alors disproportionnée, que des mesures moins contraignantes¹⁹⁵⁹ ou moins attentatoires¹⁹⁶⁰ existent, ou que la mesure en cause ne dépasse pas ce qui est nécessaire, « *n'engendre pas des inconvénients démesurés et intolérables* »¹⁹⁶¹, pour savoir si la mesure est « *limitée au strict nécessaire* »¹⁹⁶².

Les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention EDH mentionnent la « *nécessité dans une société démocratique* » qui exprime directement le critère de nécessité, sans que cela n'implique de rechercher l'existence de mesures moins restrictives. L'application de cette disposition peut également prêter à confusion, lorsque « *la Cour rappelle que pour apprécier la « nécessité » des mesures litigieuses « dans une société démocratique », il lui faut examiner, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants* »¹⁹⁶³. Pourtant, la Cour EDH cherche à savoir si d'autres mesures moins sévères sont possibles¹⁹⁶⁴, ou encore si les autorités ont « *mis en œuvre toutes les diligences nécessaires* » pour limiter un temps d'enfermement qui s'avère donc être disproportionné¹⁹⁶⁵ et condamne des mesures qui présentent un caractère définitif et irréversible¹⁹⁶⁶. La question de la nécessité s'applique à tous les articles, y compris

¹⁹⁵⁷ CJUE, 9 juin 2016, *Pesce e. a.*, *op. cit.*, point 62.

¹⁹⁵⁸ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. C-203/15, ECLI:EU:C:2016:970, point 107 : « *Une réglementation nationale telle que celle en cause au principal excède donc les limites du strict nécessaire et ne saurait être considérée comme étant justifiée, dans une société démocratique* ».

¹⁹⁵⁹ CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brand SA*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, point 180.

¹⁹⁶⁰ CJUE, 21 mars 2013, *PFC Clinic*, aff. C-91/12, ECLI:EU:C:2013:198, point 46.

¹⁹⁶¹ CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, *Rec.* p. I-9011, point 76.

¹⁹⁶² CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

¹⁹⁶³ Cour EDH, Gde chbr., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, req. n° 25358/12, point 179. L'affaire concerne l'application de l'article 8 de la Convention EDH.

¹⁹⁶⁴ Cour EDH, 25 janvier 2005, *Enhorn c/ Suède*, req. n° 56529/00, dans le cadre de l'article 5, et donc en dehors des articles classiques comprenant les dérogations.

¹⁹⁶⁵ Cour EDH, 12 juillet 2016, *A. B. c/ France*, req. n° 11593/12.

¹⁹⁶⁶ Cour EDH, Gde chbr., 6 janvier 2011, *Paksas c/ Lituanie*, req. n° 34923/04.

les dispositions intangibles de la Convention EDH¹⁹⁶⁷. Parfois, l'analyse de la nécessité de la mesure est minimaliste, selon l'objectif préalablement présenté, comme en matière de protection des consommateurs¹⁹⁶⁸. En tout cas, c'est sur le critère de nécessité que la Cour EDH est la plus active, il semble que « *la jurisprudence récente de la Cour révèle la tendance très nette de cette dernière, dans la mise en œuvre de son contrôle de proportionnalité, de renforcer le contrôle de nécessité de la mesure* »¹⁹⁶⁹. C'est également le critère le plus fréquemment utilisé par la Cour de justice pour contrôler les mesures européennes¹⁹⁷⁰.

Les deux principaux critères utilisés par les juges européens, adéquation et nécessité, montrent qu'il existe un décalage entre le principe de proportionnalité tel qu'il a été dégagé dans la doctrine allemande et tel qu'il est appliqué aux niveaux européens. Cette réalité se vérifie aussi pour les juges allemands, dès lors que « *le contrôle effectué par les juges allemands concerne en réalité très rarement la proportionnalité au sens strict, qui risquerait de se transformer en un contrôle d'opportunité* »¹⁹⁷¹. De façon pragmatique, il faut rappeler, d'une part, que les critères sont alternatifs et, d'autre part, que le principe de l'économie des moyens peut également justifier une « *structuration différente du raisonnement* »¹⁹⁷². Néanmoins, l'ensemble peut représenter un « *amalgame syncrétique qui n'est pas toujours limpide pour l'observateur* »¹⁹⁷³. De plus, un constat de mesure nécessaire mais disproportionnée ou l'inverse semble complexe, « *analyser les rapports qu'entretient la proportionnalité avec la nécessité implique de s'interroger sur le fait de savoir, primo, si une mesure peut être considérée comme nécessaire alors même qu'elle est disproportionnée, mais aussi, secundo, si on peut admettre qu'une mesure puisse ne pas être nécessaire quand*

¹⁹⁶⁷ Voir par exemple au sujet de l'article 2 : Cour EDH, 5 septembre 2017, *Tekin et Arslan*, req. n° 37795/13, points 99 et suivants.

¹⁹⁶⁸ D. MARTIN, « Droit d'établissement », *ADUE*, 2013, p. 547 : « *Dans Citroën Belux [la Cour de justice] se borne à constater (point 41) que l'existence d'exceptions à l'interdiction générale d'une offre conjointe dont au moins un élément constitue un service financier indique que le législateur belge a estimé que, dans certains cas, il n'était pas nécessaire de protéger davantage le consommateur et conclut que dès lors la mesure ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un niveau élevé de protection du consommateur* ».

¹⁹⁶⁹ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289.

¹⁹⁷⁰ D.-A. GALETTA, « Le principe de proportionnalité », in *Traité de droit administratif européen*, J.-B AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 2014, p. 510.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 507.

¹⁹⁷² D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 17.

¹⁹⁷³ *Ibid.*

bien même elle serait admise comme proportionnée »¹⁹⁷⁴. La disproportion mentionnée se manifesterait alors par le biais de l'étude du troisième critère, la proportionnalité *stricto sensu*.

B. La proportionnalité *stricto sensu* et les critères européens plus récents

Différencier le contrôle de proportionnalité au sens large du critère de proportionnalité *stricto sensu* n'est pas aisé. Pour comprendre l'approche *stricto sensu* par rapport aux autres critères du contrôle de proportionnalité, il faudrait changer de perspective. Il conviendrait de partir de l'idée que la nécessité serait *in concreto* et le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* se ferait *in abstracto*, même si « *la proportionnalité est consubstantielle à la nécessité en ce qu'elle permet d'en assurer la réalisation* »¹⁹⁷⁵. Une différenciation utile peut être de considérer que les deux premiers sont des « *means-end tests* » (des moyens d'atteindre le but) alors que le *stricto sensu* est un « *balancing test* »¹⁹⁷⁶ (test de mise en balance) (1). Les nouveaux critères dégagés par les juges européens ne semblent s'inscrire dans aucune de ces deux démarches (2).

1. La proportionnalité stricto sensu : un test de mise en balance

Ce qui se cache derrière le concept de proportionnalité *stricto sensu* n'est pas évident à déterminer car il est parfois présenté comme se rattachant au caractère éventuellement inapproprié de la mesure ou à son adéquation¹⁹⁷⁷, qui relèvent de la première étape du contrôle de proportionnalité. La proportionnalité *stricto sensu* est également désignée comme impliquant de ne pas dépasser ce qui est approprié, ce qui reviendrait pourtant au contrôle de nécessité¹⁹⁷⁸. Enfin, l'approche *stricto sensu* est analysée comme s'apparentant à un « *test de la balance des intérêts* »¹⁹⁷⁹ donc une approche plus abstraite de la

¹⁹⁷⁴ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 185.

¹⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 187.

¹⁹⁷⁶ T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, op. cit., p. 22.

¹⁹⁷⁷ C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 452.

¹⁹⁷⁸ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 6e éd., 2016, p. 513.

¹⁹⁷⁹ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

proportionnalité. Il semble que cette dernière option permette au moins de la distinguer des deux autres critères. Ainsi, la Cour de justice paraît poser la proportionnalité *stricto sensu* en termes de mise en balance des intérêts en cause. « *S'agissant du caractère strictement proportionné de cette obligation, il convient de relever que le législateur de l'Union devait mettre en balance les différents intérêts en cause* »¹⁹⁸⁰. La Cour EDH ne mentionne pas directement la « stricte proportionnalité » mais envisage plus généralement le lien entre un juste équilibre et la proportionnalité. Selon elle, « *ce contrôle de proportionnalité implique la prise en compte du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général que constitue la préservation de l'intégrité du Parlement et l'intérêt individuel du requérant* »¹⁹⁸¹. Il y a une « *idée de « pesée »* »¹⁹⁸² qui « *transparaît dans la notion de « Abwägung » utilisée dans la doctrine allemande* »¹⁹⁸³, qui « *n'est évidemment pas ignorée du contentieux administratif français à travers la théorie dite du bilan* »¹⁹⁸⁴.

Cependant, il existe différentes pesées : entre l'intérêt général et l'intérêt individuel, entre deux droits fondamentaux ou encore entre les coûts et bénéfices d'une mesure. Pour une approche plus structurée, au titre de la proportionnalité *stricto sensu*, sera abordée la balance coûts-bénéfices, aussi prise en compte comme avantages-inconvénients, et dans un second temps les conciliations entre des intérêts ou droits divergents¹⁹⁸⁵. Si l'on retient la pesée des avantages par rapport aux inconvénients, y compris en terme de coût financier, comme contrôle *stricto sensu* de la proportionnalité, la démarche s'inscrit bien dans l'idée d'adéquation d'une mesure en tant que contrôle interne de celle-ci. Le regard porté sur les coûts-bénéfices, ou les avantages contre les inconvénients, consiste alors à déterminer l'existence d'un poids déraisonnable, notamment pour des raisons économiques, à rechercher un éventuel « *excessive burden* »¹⁹⁸⁶. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de justice de 2014, cet équilibre peut opposer l'intérêt du demandeur d'accès à des documents contre la sauvegarde d'une bonne administration¹⁹⁸⁷. Le coût est présenté comme la tâche administrative

¹⁹⁸⁰ CJUE, 9 juin 2016, *Pesce e. a.*, aff. C-78/16, préc., point 74 et CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brand*, aff. C-547/14, préc., point 190.

¹⁹⁸¹ Cour EDH, Gde chbr., 3 décembre 2009, *Kart c/ Turquie*, req. n° 8917/05, point 93.

¹⁹⁸² D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

¹⁹⁸³ *Ibidem*.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁹⁸⁵ Voir *infra* dans ce chapitre, Section 2, §2.

¹⁹⁸⁶ T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 37.

¹⁹⁸⁷ CJUE, 2 octobre 2014, *Strack c/ Commission*, aff. C-127/13 P, ECLI:EU:C:2014:2250, point 27.

disproportionnée pour sélectionner des passages à censurer sur un volume important de documents et le bénéfice est l'intérêt d'une bonne administration. Ces considérations sont limitées dans cet arrêt par la création d'une situation d'insécurité juridique, qui semble mal se conjuguer avec le principe de proportionnalité, « *toutefois, l'invocation du principe de proportionnalité ne saurait permettre de modifier les délais prévus par le règlement n° 1049/2001 sans créer une situation d'insécurité juridique* »¹⁹⁸⁸. La Cour de justice a également mis en avant des avantages par rapport aux inconvénients, « *à cet égard, rien ne permet de constater que les charges résultant du régime instauré par la directive 2009/12, pour les aéroports concernés ou les États membres, soient manifestement disproportionnées par rapport aux avantages qui en découlent* »¹⁹⁸⁹. En vertu du caractère alternatif des critères de la proportionnalité, l'aspect *stricto sensu* n'est en principe abordé que lorsque la proportionnalité est admise au titre de l'adéquation et de la nécessité. Dans le cas de l'Union européenne, cet aspect de la proportionnalité peut également être envisagé par la Cour de justice lorsqu'il est expressément mentionné par le juge national dans une question préjudicielle¹⁹⁹⁰. Les exemples de cette étape sont toutefois moins fréquents. En pratique donc, le juge ne procède pas toujours à des séparations bien nettes et l'opération de pesée des coûts-bénéfices n'est pas systématiquement effectuée dans la jurisprudence¹⁹⁹¹, ou bien elle est peu apparente, au contraire de la démarche autour de la comparaison entre les intérêts généraux et individuels, qui est ici développée en tant que mise en balance. Le contrôle par la Cour de justice porte le plus souvent sur l'action du législateur européen qui doit avoir « *effectué une pondération équilibrée* »¹⁹⁹².

La Cour EDH propose également une étude en termes de « *juste équilibre* », sans mentionner la proportionnalité « *stricto sensu* ». Elle s'intéresse à l'équilibre entre intérêt général et individuel. Ainsi, « *ce contrôle de proportionnalité implique la prise en compte*

¹⁹⁸⁸ *Ibidem*, point 28.

¹⁹⁸⁹ CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.* p. I-3727, point 69.

¹⁹⁹⁰ T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 36.

¹⁹⁹¹ Voir les conclusions de l'avocat général Kokott du 23 décembre 2015 sous l'affaire *Pologne c/ Parlement et Conseil UE*, aff. C-358/14, point 126 : « *Contrairement à la conception du Royaume-Uni, l'examen de la proportionnalité au sens strict représente une troisième étape autonome du raisonnement tenu dans le cadre du principe de proportionnalité. Elle prescrit, comme nous l'avons indiqué initialement, que les inconvénients causés par un acte de l'Union ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés. Aussi le législateur de l'Union doit-il constamment s'assurer que les objectifs poursuivis par la mesure retenue soient de nature à justifier des conséquences économiques négatives, même considérables, pour certains opérateurs* ».

¹⁹⁹² CJUE, Gde chbr., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, aff. C-92/09, *Rec.* p. I-11063, point 77.

du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général [...] et l'intérêt individuel du requérant »¹⁹⁹³. De façon logique, l'idée d'un contrôle des coûts-bénéfices joue plutôt du côté de l'Union européenne puisque la Cour de justice a le pouvoir de déclarer des normes de l'Union invalides, y compris au regard de la proportionnalité et dispose du pouvoir d'examiner si le législateur a procédé à ce contrôle du juste équilibre. Au contraire, la Cour EDH s'intéresse moins aux engagements financiers que le législateur national a investi puisque, d'une part, cela n'affecte pas nécessairement les droits fondamentaux et, d'autre part, la Cour EDH n'a pas de pouvoir sur la validité des mesures nationales. Néanmoins, dans le cadre spécifique du droit à la propriété de l'article 1 du protocole n° 1, la Cour EDH estime que la recherche d'un équilibre « *se reflète dans la structure* »¹⁹⁹⁴ de cet article. L'équilibre peut être rompu si « *la personne concernée a eu à subir une charge spéciale et exorbitante* »¹⁹⁹⁵, ce qui se rapproche d'une pesée plus économique. Dans de rares cas, elle a pu se poser la question des inconvénients d'une mesure à l'encontre d'un individu, sans pour autant rapprocher explicitement cet examen du contrôle proportionnalité¹⁹⁹⁶. En conséquence, la compréhension de ce qui relève de la proportionnalité *stricto sensu* n'est pas facile et diffère forcément d'une juridiction européenne à l'autre. Enfin, il faut mentionner que cette idée de mise en balance peut être assimilée à la théorie du bilan et *a contrario* s'éloigner du principe de proportionnalité. En effet, la proportionnalité s'appuie sur des concepts d'adéquation alors que le bilan se fonde sur un rapport de déséquilibre¹⁹⁹⁷. C'est effectivement un bilan qui est effectué par le juge lorsqu'il cherche à « *soupeser la force des arguments en présence* »¹⁹⁹⁸.

Ainsi, l'idée de proportionnalité *stricto sensu* n'est pas définitivement délimitée et d'autres critères se dégagent dans la jurisprudence comme faisant partie du contrôle de proportionnalité.

¹⁹⁹³ Cour EDH, Gde chbr., 3 décembre 2009, *Kart c/ Turquie*, req. n° 8917/05, point 93.

¹⁹⁹⁴ Voir par exemple Cour EDH, 18 novembre 2010, *Consorts Richet et Le Ber c/ France*, req. n° 18990/07 et 23905/07, point 114.

¹⁹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁹⁶ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 22 avril 1997, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, point 48 : « *Face à ces intérêts d'ordre général, la Cour doit évaluer le poids des inconvénients qu'entraînerait pour les requérants le refus de reconnaître légalement X comme le père de Z* », étudié sous la question du « juste équilibre ».

¹⁹⁹⁷ B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, p. 329.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*

2. De nouveaux critères associés au contrôle de proportionnalité

Les trois étapes « classiques » du contrôle de proportionnalité ne sont pas évidentes à distinguer. S'y ajoutent en plus d'autres critères de la proportionnalité qui tendent à être soulignés dans des jurisprudences récentes. Ainsi, certains estiment qu'il existe « *cinq tests plutôt que les trois généralement retenus* »¹⁹⁹⁹. Le quatrième élément serait préalable, comme mentionné dans la doctrine allemande avec un contrôle sur la légitimité de la finalité poursuivie. Un cinquième critère interviendrait en aval, spécifiquement du côté de la Cour de justice avec un « *retour du subjectif* »²⁰⁰⁰ et la détermination d'un « *détournement de pouvoir ou l'abus de droit [qui] sont en principe distincts du contrôle de proportionnalité proprement dit* »²⁰⁰¹.

C'est principalement du côté de la Cour de justice que l'on retrouve de nouveaux critères, comme le test de cohérence et de systématisme qui semble voir le jour aux côtés de la proportionnalité ou comme faisant partie de cette proportionnalité. Les exemples d'utilisation du test de cohérence et de systématisme révèlent que la Cour de justice cherche à déterminer s'il y a un ensemble logique dans la démarche de l'État. La juridiction indique continuer son contrôle de proportionnalité « *et affirme qu'il convient encore que la manière dont la loi régionale poursuit ces objectifs ne souffre pas d'incohérences, dans la mesure où la législation nationale dans son ensemble ainsi que les différentes règles pertinentes ne sont propres à garantir la réalisation de l'objectif recherché que si elles répondent véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique* »²⁰⁰². L'utilisation de ce test a pour objectif de vérifier la fiabilité du but légitime avancé par l'État²⁰⁰³ et l'existence de mesures allant dans le sens de ce but. Il semble que le test de cohérence et de systématisme soit dégagé, et principalement utilisé, dans le cadre de la jurisprudence de la libre prestation

¹⁹⁹⁹ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*

²⁰⁰¹ *Ibid.*

²⁰⁰² D. MARTIN, « Droit d'établissement », *op. cit.*, p. 557. Voir aussi CJUE, 22 octobre 2014, *Bianco et Fabretti*, aff. C-344/13, ECLI:EU:C:2014:2311, point 39 : « *une législation nationale, telle que celle en cause au principal, ne saurait être justifiée que dans la mesure où elle poursuit des objectifs correspondant aux motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique au sens de l'article 52 TFUE* » ; CJUE, 26 septembre 2013, *HK Danmark*, aff. C-476/11, ECLI:EU:C:2013:590, point 67 et CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec. p. I-13031*.

²⁰⁰³ T.-O. HARBO, *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 28.

de services et du droit d'établissement²⁰⁰⁴. La Cour de justice indique dans un arrêt de 2017 que « *les exceptions aux dispositions d'une loi peuvent dans certains cas porter atteinte à la cohérence de celle-ci, notamment lorsque par leur ampleur, elles aboutissent à un résultat contraire à l'objectif recherché par ladite loi* »²⁰⁰⁵. Dans cette affaire, la Cour de justice paraît utiliser la cohérence avec l'adéquation de la mesure, pour déterminer si elle est apte à réaliser l'objectif invoqué²⁰⁰⁶. Se pose donc la question de « l'emplacement » de ce test, dès le début avec l'adéquation de la mesure ou au contraire en fin de parcours, une fois que toutes les étapes de la proportionnalité ont été passées avec succès. *A priori*, le test de cohérence et de systématisme arrive en dernier et serait donc détaché des autres éléments de la proportionnalité. Il est également arrivé que la Cour de justice mentionne la gravité de l'enjeu « *qui fait partie du contrôle de la proportionnalité des mesures restrictives en cause* »²⁰⁰⁷, dans le cadre cette fois-ci des mesures restrictives adoptées au titre de la PESC. Bref, « *la volonté de la Cour de ne pas s'enfermer dans une doctrine contraignante du contrôle de proportionnalité, également perceptible dans le domaine de la marge d'appréciation, a pour conséquence de rendre peu lisible sa jurisprudence* »²⁰⁰⁸. Pourtant, la proportionnalité représente la « *cause déterminante du résultat du jugement* »²⁰⁰⁹. Pour la Cour EDH, c'est l'établissement d'un « lien discernable » qui se distingue du contrôle classique de proportionnalité : « *le principe de proportionnalité exige l'existence d'un lien discernable et suffisant entre la sanction et le comportement ainsi que la situation de la personne touchée* »²⁰¹⁰. Ce lien discernable entre les deux éléments, sanction et comportement, apparaît principalement dans les affaires relatives à l'interdiction de droit de vote pour les détenus britanniques²⁰¹¹ et en lien avec l'article 3 du protocole n° 1²⁰¹².

²⁰⁰⁴ Voir par exemple CJUE, 15 octobre 2015, *Grupo Itevelesa SL*, aff. C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685, point 76.

²⁰⁰⁵ CJUE, 6 juillet 2017, *Fries*, aff. C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513, point 48.

²⁰⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁰⁷ CJUE, Gde chbr., 21 avril 2015, *Anbouba c/ Conseil*, aff. C-630/13 P, ECLI:EU:C:2015:247.

²⁰⁰⁸ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 49, p. 26.

²⁰⁰⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 47.

²⁰¹⁰ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2015, *Khoroshenko c/ Russie*, req. n° 41418/04, point 141.

²⁰¹¹ Voir Cour EDH, Gde chbr., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01 ; Cour EDH, Gde chbr., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04 ou encore Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens c/ Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08.

²⁰¹² Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 18 mai 1954, STE n° 9.

Les deux juridictions se rapprochent dans leur vision de la proportionnalité, que ce soit par l'utilisation de critères « classiques » ou sur la possibilité d'innover. « *L'identité de la terminologie utilisée par les juridictions ne prouve pas nécessairement l'identité des mécanismes. Inversement, la diversité du vocabulaire employé ne signifie pas nécessairement la divergence irréductible des modes de raisonnement* »²⁰¹³. Il est donc possible que la vision de fond soit la même, en dépit des termes différents, et qu'elle rende compte d'une culture juridique commune. Dans les deux cas, le contrôle de proportionnalité aboutit à un résultat similaire qui est l'encadrement du travail du juge national ou du comportement des autorités nationales plus largement, avec l'exception du contrôle des mesures de l'Union qui connaissent un contrôle plus faible. Un point commun dans la démarche des juges européens est l'inconstance dans l'utilisation des critères du contrôle de proportionnalité, laquelle peut potentiellement être expliquée par l'aspect alternatif de ces critères. Pourtant, « *ce contrôle doit être stable et cohérent pour être prévisible ; il doit, ensuite, s'appuyer sur une motivation explicite et rigoureuse ; enfin, il doit conduire à une véritable mise en balance des différents intérêts en présence et non à la prédominance systématique des droits fondamentaux sur l'intérêt général* »²⁰¹⁴.

En observant la jurisprudence européenne, il est difficile de conclure à la prévisibilité et la motivation rigoureuse du contrôle de proportionnalité. D'ailleurs, la question de la mise en balance – qui semble faire partie de la proportionnalité – peut être envisagée séparément tant la démarche adoptée par les juges européens est singulière et se distingue de celle employée pour les trois principaux critères du contrôle de proportionnalité.

²⁰¹³ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

²⁰¹⁴ J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Conférence du 17 mars 2017, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr>.

§2. La mise en balance et la proportionnalité : la question des conflits de droits

La mise en balance et la proportionnalité présentent un lien évident puisqu'il s'agit d'observer le rapport d'une mesure par rapport à un objectif. Or « *comme instrument de contrôle, la proportionnalité permet la mise en balance d'intérêts concurrents* »²⁰¹⁵. Il y a donc toujours deux éléments, la mesure et l'objectif, dans le contrôle de proportionnalité. Ceux-ci peuvent être évalués l'un par rapport à l'autre, pour l'adéquation et la nécessité, ou encore mis sur un même niveau puis pesés pour la proportionnalité *stricto sensu* ou la mise en balance²⁰¹⁶. La différence entre la proportionnalité *stricto sensu*, avec une question coûts-bénéfices²⁰¹⁷, et la mise en balance est que la première semble se concentrer sur le même objet pour en déterminer les inconvénients et les avantages. Cette différence pourrait finalement l'éloigner de l'idée de proportionnalité pour la rapprocher de la théorie du bilan. La mise en balance, au contraire, oppose deux éléments différents qui peuvent être deux intérêts dans une dimension verticale puisque la pesée oppose l'intérêt général à l'intérêt individuel (A). Elle peut encore opposer deux droits, dans une dimension horizontale puisque les deux droits sont ceux de personnes physiques ou morales (B).

A. La mise en balance verticale : l'intérêt général contre l'intérêt individuel

Deux intérêts vont s'opposer dans une mise en balance, l'intérêt général et l'intérêt individuel, ce qui la rapproche d'un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* dont il faut la distinguer (1). *A priori*, cette pesée des intérêts est le contrôle de proportionnalité le plus objectif car il s'agit d'observer le poids de chacun des intérêts en jeu de manière assez abstraite lors de la mise en œuvre de la balance des intérêts (2).

²⁰¹⁵ B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « La proportionnalité », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 625.

²⁰¹⁶ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 100.

²⁰¹⁷ A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit., p. 8.

1. La distinction entre la proportionnalité *stricto sensu* et la mise en balance des intérêts

La mise en balance est clairement une forme de test de proportionnalité, à ceci près qu'elle paraît détachée des étapes classiques de proportionnalité, sauf à estimer qu'il s'agit de proportionnalité *stricto sensu*. Dans le cadre de cette étude, le choix a été fait de considérer la proportionnalité *stricto sensu* comme un contrôle interne de la norme portant un bilan des coûts-bénéfices, s'inscrivant alors dans la continuité des autres étapes du contrôle de proportionnalité. Mais les avis divergent quant à l'association de ces deux concepts, voire à leur fusion²⁰¹⁸ ou au contraire à leur distinction, « *l'essentiel du contrôle de proportionnalité par le juge se concentre autour du test de la balance des intérêts encore trop souvent appelé proportionnalité proprement dite* »²⁰¹⁹. Pour d'autres, « *la proportionnalité correspond à la forme terminale de la mise en balance lorsque tous les arguments au fondement des intérêts auront été exposés sur le plateau de la balance afin que la pesée puisse être réalisée avec justesse* »²⁰²⁰. Cette approche est intéressante et privilégie l'idée que les éléments de la proportionnalité – adéquation/appropriation, nécessité et avantages-inconvénients – sont complémentaires avec la mise en balance. Complémentaires, car la proportionnalité ne se limite pas à la mise en balance, « *la recherche du juste équilibre entre les intérêts en présence – intérêt général et intérêts individuels – est sans conteste « une expression du principe de proportionnalité » mais il est simplificateur de résumer à « une méthode de balance des intérêts » le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour EDH* »²⁰²¹. Les deux notions peuvent être également comprises comme synonymes, « *affirmer qu'une mesure est proportionnée à l'objectif poursuivi parce qu'elle respecte le juste équilibre ou, qu'une mesure respecte le juste équilibre parce qu'elle est proportionnée au but qu'elle poursuit, s'équivaut* »²⁰²². Dans le concept allemand, « *la proportionnalité au sens strict « se focalise sur l'examen de la relation entre le but projeté et les moyens employés » et consiste*

²⁰¹⁸ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17.

²⁰¹⁹ J.-P. MARGÉNAUD, « Conclusions générales », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 119.

²⁰²⁰ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 168.

²⁰²¹ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289.

²⁰²² P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 164.

à mettre en balance l'intérêt général et l'intérêt individuel »²⁰²³. Il s'agit alors, pour la doctrine allemande, d'asseoir l'État de droit, « impliquant la conciliation entre l'intérêt général justifiant les interventions étatiques et les libertés individuelles, « le principe de proportionnalité », ainsi que l'affirme le juge constitutionnel allemand, « résulte de l'État de droit, finalement de l'essence même des droits fondamentaux »²⁰²⁴.

Il est donc complexe d'opérer une classification tranchée. Le vocabulaire utilisé par les deux juridictions paraît indiquer que la recherche du juste équilibre n'est pas toujours assimilée à l'idée d'un contrôle de proportionnalité même si elle n'en est pas totalement détachée. La mise en balance achève le contrôle de proportionnalité sans l'intégrer complètement. La proportionnalité est définie comme un rapport d'adéquation. Ainsi, la recherche d'un juste équilibre par la mise en balance a pour objectif de déterminer un « rapport raisonnable de proportionnalité »²⁰²⁵, expression déjà mentionnée au titre de la proportionnalité *stricto sensu* pour la Cour EDH et qui rejoint le concept d'adéquation. L'idée même de juste équilibre n'est pas, pour autant, confondue avec la mise en balance des intérêts, « en même temps donc que la proportionnalité implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en cause, elle fait intervenir la réalisation d'une mise en balance desdits intérêts »²⁰²⁶. En réalité, le juste équilibre est l'objectif de la mise en balance. En recherchant la confrontation entre deux intérêts apparemment contradictoires, l'intérêt général – aussi appelé intérêt public – et l'intérêt individuel, les juridictions font un contrôle « externe » de l'acte²⁰²⁷. Il ne s'agit plus de savoir si la mesure la plus juste a été adoptée mais si la mesure en soi devrait exister. Ce questionnement reste factuel puisqu'il dépend des données de l'affaire qui se présente devant le juge européen : « au vu de la jurisprudence européenne, il est cependant moins question de « méthode » de balance des intérêts que d'une démarche empirique, d'autant que le contrôle de la proportionnalité au sens strict de la restriction est tout entier placé sous l'empire de la marge nationale d'appréciation »²⁰²⁸.

²⁰²³ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.*

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 163.

²⁰²⁶ *Ibid.*, p. 168.

²⁰²⁷ B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

²⁰²⁸ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.*

Au contraire de la pesée entre avantages et inconvénients, celle concernant l'intérêt général et l'intérêt individuel nécessite une certaine contextualisation. Le contrôle se fera plus objectivement en observant les poids des intérêts divergents.

2. La mise en œuvre de la balance des intérêts

Lorsque l'expression « mise en balance des intérêts » est utilisée, elle porte sur le rapport entre l'intérêt général et l'intérêt individuel. Il s'agit en pratique de deux échelles différentes de contrôle. Il faut d'abord vérifier que l'intérêt individuel a été pris en compte par l'autorité législative dans l'adoption de la norme et ensuite si l'équilibre entre intérêt individuel et général existe²⁰²⁹. C'est une question qui se pose régulièrement dans le cadre des normes de lutte contre le terrorisme. Ainsi, la Cour de justice a pu mettre en balance l'objectif de lutte contre le blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme contre celui de la libre prestation de services²⁰³⁰.

Plusieurs intérêts publics peuvent coexister dans l'Union européenne, tels que celui de l'État et celui de l'Union. La Cour de justice a déjà confronté « *le droit de propriété des propriétaires d'oliviers dans la région des Pouilles* »²⁰³¹ à « *l'intérêt général d'assurer une protection efficace du territoire de l'Union* »²⁰³², tranchant alors en faveur de l'intérêt de l'Union pour éradiquer une bactérie. Dans l'affaire *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff* de 2016, au sujet de l'encadrement des changements de noms à l'état civil en Allemagne en raison de l'absence de titres nobiliaires, la Cour de justice avance d'un côté la libre circulation des personnes et, de l'autre côté, la création de l'apparence d'une origine nobiliaire²⁰³³, tout en laissant *in fine* le soin au juge national de trancher la question. Évidemment, la mise en balance des intérêts étatiques et de l'Union a déjà opposé une liberté de circulation à un droit fondamental national, notamment dans l'affaire *Schmidberger* de 2003²⁰³⁴. Parmi d'autres exemples, il y a la recherche d'une pondération équilibrée entre

²⁰²⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 168.

²⁰³⁰ CJUE, 10 mars 2016, *Safe Interenvios*, aff. C-235/14, ECLI:EU:C:2016:154, point 103.

²⁰³¹ CJUE, 9 juin 2016, *Pesce e. a.*, aff. C-78/16, ECLI:EU:C:2016:428, point 74.

²⁰³² *Ibidem*.

²⁰³³ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc., point 80.

²⁰³⁴ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659, points 81 et suivants.

« l'intérêt de l'Union à garantir la transparence de ses actions et une utilisation optimale des fonds publics »²⁰³⁵ contre « l'atteinte au droit des bénéficiaires concernés au respect de leur vie privée »²⁰³⁶, spécifiquement dans la question de la protection des données personnelles. Dans cette affaire, la Cour de justice semble donner plus de poids à l'intérêt individuel. Cependant, elle conclut sur le terrain de la nécessité en estimant que le Conseil et la Commission européenne « ont excédé les limites qu'impose le respect du principe de proportionnalité »²⁰³⁷, dès lors qu'il existait des mesures moins attentatoires. Si la Cour de justice mentionne les intérêts des États membres, elle laisse le juge national procéder à l'opération de pesée. En effet, « l'appréciation du caractère proportionné d'une pratique telle que celle en cause au principal requiert une analyse et une mise en balance de divers éléments de droit et de fait propres à l'État membre concerné que la juridiction de renvoi est mieux à même que la Cour d'effectuer »²⁰³⁸. La Cour de justice propose en revanche un certain encadrement²⁰³⁹. Il est intéressant de relever que l'opération de mise en balance aboutit à reconnaître l'absence de mesures moins restrictives, donc à un contrôle de la nécessité de l'entrave à la liberté de circulation. Il faut également signaler que la mise en balance des intérêts sert, devant le juge de l'Union, comme condition pour accepter un référé. En effet, le Tribunal de l'Union doit peser les intérêts contradictoires pour déterminer s'il est nécessaire d'octroyer des mesures provisoires. En l'occurrence il s'agit d'un intérêt individuel à faire cesser l'application d'une mesure, donc contre l'intérêt de l'Union²⁰⁴⁰.

Pour déterminer les intérêts en cause, la Cour EDH « se focalise, essentiellement sur la raison d'être des prétentions, plutôt que sur les acteurs en jeu »²⁰⁴¹. La juridiction recherche donc le juste équilibre entre, par exemple, « l'intérêt général que constitue la préservation de l'intégrité du Parlement et l'intérêt individuel du requérant »²⁰⁴². Cet intérêt individuel n'est pas nécessairement précisé puisqu'il se matérialise par les droits

²⁰³⁵ CJUE, Gde chbr., *Volker und Markus Schecke*, 9 novembre 2010, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec.* p. I-11063, point 86.

²⁰³⁶ *Ibidem*.

²⁰³⁷ *Ibid.*

²⁰³⁸ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401, point 78.

²⁰³⁹ CJUE, 14 janvier 2016, *Grüne Liga Sachsen*, aff. C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10, points 64 et suivants.

²⁰⁴⁰ Voir par exemple CJUE, Ord., 28 novembre 2013, *EMA c/ InterMune*, aff. C-390/13 P(R), ECLI:EU:C:2013:795, au sujet de l'accès à des documents de l'Agence européenne des médicaments, voir les points 9 et suivants.

²⁰⁴¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAMM, Aix-Marseille, tome II, 2005, p. 331.

²⁰⁴² Cour EDH, Gde chbr., 3 décembre 2009, *Kart c/ Turquie, req.* n° 8917/05, point 93.

fondamentaux revendiqués dans le recours, en l'espèce le droit à un procès équitable est opposé à l'immunité parlementaire. La juridiction tranche en faveur de l'intérêt général et à l'absence de disproportion au but légitime poursuivi. La Cour EDH reste globalement assez vague dans la détermination des intérêts en jeu mentionnant la recherche d'un « *juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, les droits de l'intéressé protégés par la Convention et, d'autre part, les intérêts de la société* »²⁰⁴³. Ces derniers sont déterminés par les États dans le cadre de leur marge d'appréciation. Celle-ci est considérée comme large « *lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* »²⁰⁴⁴. Le juge des droits de l'homme va jusqu'à étudier le comportement des autorités nationales, constatant par exemple qu'un « *Parlement n'a jamais mis en balance les intérêts en jeu ni débattu des questions de proportionnalité qui se posent à cet égard* »²⁰⁴⁵, sachant qu'en l'espèce il s'agissait du Parlement britannique et que la Cour EDH précise que la Convention EDH n'était alors pas incorporée dans le droit du Royaume-Uni.

La démarche des deux juges européens est assez similaire et consiste à indiquer au juge national comment faire pour procéder à la mise en balance des intérêts. Enfin, l'autre pesée qu'il faut envisager est celle de la conciliation entre deux droits qui entrent en conflits. Le point commun entre ces deux mises en balance est une nouvelle dynamique de conception du droit qui dépasse le normativisme, « *le droit ne serait plus une construction abstraite et aprioristique, mais aurait plutôt pour fonction de concilier les intérêts en conflit* »²⁰⁴⁶.

²⁰⁴³ Cour EDH, Gde chbr., 23 juin 2008, *Maslov c/ Autriche*, req. n° 1638/03, point 76.

²⁰⁴⁴ Cour EDH, Gde chbr., 12 juin 2014, *Fernandez c/ Espagne*, req. n° 56030/07, point 125.

²⁰⁴⁵ Cour EDH, Gde chbr., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04, point 83.

²⁰⁴⁶ A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, Paris, 2014, p. 9.

B. La mise en balance horizontale : la conciliation entre deux droits fondamentaux en conflits

Pour distinguer la proportionnalité de la mise en balance, il semble que « *la référence à la balance permet à la Cour [EDH] de mettre en lumière plus directement l'opposition des droits quand la proportionnalité se focalise sur l'ingérence et sa finalité* »²⁰⁴⁷. Une telle approche permet de revenir à la distinction entre les « *means-end tests* » et la mise en balance. La conciliation entre deux droits fondamentaux est un concept particulier de mise en balance (1), qui oppose deux droits fondamentaux dans sa mise en œuvre (2).

1. Le concept et l'utilité de la conciliation

L'absence de hiérarchie entre droits fondamentaux et la multiplication de ces droits impliquent nécessairement de devoir les concilier. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux reconnaît une liste importante de droit fondamentaux en incluant des droits économiques tels que la liberté professionnelle, le droit de travailler, la liberté d'entreprise ou encore le droit de propriété – aux articles 15, 16 et 17 de la Charte – de première importance dans le marché intérieur, ce qui augmente la possibilité de confrontation avec les autres droits fondamentaux. Devant la Cour EDH, ce sont les droits pour lesquels des limitations sont envisagées – les articles 8 à 11 de la Convention EDH – qui font le plus souvent l'objet d'une conciliation entre eux même si les droits intangibles peuvent également se retrouver en conflit²⁰⁴⁸.

La Cour EDH a pu estimer, au sujet des droits pouvant être limités, qu'ils étaient d'égale valeur même si l'un des droits était revendiqué par une personne physique et l'autre par une personne morale²⁰⁴⁹, et la juridiction se trouve également confrontée à des conflits entre deux personnes revendiquant le même droit²⁰⁵⁰. Partant de ces valeurs équivalentes, il

²⁰⁴⁷ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 179 et p. 297.

²⁰⁴⁸ *Ibidem*, p. 179 et p. 263.

²⁰⁴⁹ Cour EDH, Gde chbr., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy Et Satamedia Oy c/ Finlande*, req. n° 931/13, point 163 : « *Dans les affaires qui nécessitent une mise en balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression, la Cour rappelle que l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon que l'affaire a été portée devant elle sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet du reportage, ou sous l'angle de l'article 10, par l'éditeur qui l'a publié. En effet, comme indiqué ci-dessus, ces droits méritent un égal respect (paragraphe 123 ci-dessus). Dès lors, la marge d'appréciation devrait en principe être la même dans les deux cas* ».

²⁰⁵⁰ Cour EDH, Gde chbr., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

faut un outil pour déterminer quel droit « l'emportera » dans une affaire spécifique. C'est bien le test de proportionnalité qui permettra de trancher le conflit²⁰⁵¹ mais exclusivement dans son aspect de mise en balance ou de pondération. Les deux termes se rejoignent en ce que l' « *on ne peut conclure que la pondération soit une méthode essentiellement distincte de la proportionnalité. Il n'y a pas de différence réelle entre ces formules qui semblent être des synonymes. A tout le moins balance et proportionnalité se recoupent et poursuivent, in fine, le même but : celui du juste équilibre entre les droits* »²⁰⁵². Ainsi, l'un des deux droits fondamentaux sera limité au profit de l'autre sans que le même schéma puisse être appliqué à une nouvelle affaire, ce qui implique un certain relativisme des droits fondamentaux, conforme au concept de proportionnalité qui n'est pas « *un concept statique. Ce qui, dans une société est considéré comme proportionnel, dépend essentiellement de l'esprit du temps* »²⁰⁵³. Il a fallu attendre un arrêt *Chassagnou c/ France* de 1999 pour que la Cour EDH reconnaisse la nécessaire conciliation et sa conséquence, à savoir la mise de côté de l'un des droits garantis par la Convention EDH. La Cour EDH admet ainsi que la conciliation peut « *conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention* »²⁰⁵⁴ et qu'il faut alors leur accorder une large marge d'appréciation. L'importance de la mise en balance, de la recherche d'équilibre, est soulignée par la Cour EDH, c'est la « *constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique* »²⁰⁵⁵. En revanche, cela emporte un potentiel manque de cohérence, peut-être plus visible devant la Cour EDH, « *c'est précisément l'utilisation « élastique » parfois faite du contrôle de proportionnalité par les cours européennes qui pourra être à l'origine d'une telle impression de flottement* »²⁰⁵⁶, parce que le contrôle reste très factuel. La technique de conciliation de droits en conflit par une pondération ou une mise en balance rejoint ainsi la critique générale adressée à l'encontre du principe de proportionnalité au sujet du manque de sécurité juridique. En effet, la mise en balance doit elle-même être « pesée » « *pour atteindre un équilibre acceptable entre*

²⁰⁵¹ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 369.

²⁰⁵² *Ibid.*, p. 398.

²⁰⁵³ M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, Berne, 2016, p. XI.

²⁰⁵⁴ Cour EDH, Gde chbr., 29 avril 1999, *Chassagnou e. a. c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, point 113.

²⁰⁵⁵ *Ibidem*.

²⁰⁵⁶ D. SZYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. POTVIN-SOLIS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 458.

sécurité juridique et adaptabilité aux circonstances de la cause »²⁰⁵⁷.

De plus, la conciliation concrète doit être opérée au niveau national. En effet, « *la proportionnalité a également pour fonction, dans le cadre de la méthode de conciliation, d'exiger, auprès des juridictions internes, qu'elles mettent en œuvre ladite conciliation, afin de satisfaire au contrôle de conventionnalité* »²⁰⁵⁸. Cette prise en compte nationale devient obligatoire pour la transposition de certaines directives de l'Union, « *il incombe aux États membres, lors de la transposition d'une directive, de veiller à se fonder sur une interprétation de celle-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux applicables* »²⁰⁵⁹. Le conflit de normes est également envisagé dans les règlements de l'Union. Le règlement relatif à la protection des données personnelles de 2016 en fournit un exemple. Selon ses termes, « *le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité* »²⁰⁶⁰.

La Cour de justice apprécie ainsi régulièrement la mise en balance pour concilier des droits, opération nécessaire pour assurer un équilibre entre « *des exigences liées à la protection de ces différents droits fondamentaux et objectifs légitimes d'intérêt général protégés par l'ordre juridique de l'Union et un juste équilibre entre eux* »²⁰⁶¹.

2. La mise en œuvre de la conciliation

Devant la Cour de justice de l'Union, les droits en conflits peuvent être deux droits fondamentaux issus de la Charte, des droits fondamentaux et une liberté fondamentale de l'Union ou enfin un éventuel droit fondamental national et un droit fondamental de l'Union.

²⁰⁵⁷ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 527.

²⁰⁵⁸ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 341.

²⁰⁵⁹ CJUE, Ord., 30 mai 2013, *Shah*, aff. C-14/12, ECLI:EU:C:2013:349, point 46.

²⁰⁶⁰ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *JOUE* n° L 119, 4 mai 2016, p. 1, considérant 4.

²⁰⁶¹ CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brand SA*, aff. C-547/14, ECLI:EUC:2016:325, point 154.

Ce dernier cas est illustré par l'arrêt *Melloni*²⁰⁶², dans lequel le juge de l'Union a préféré utiliser le principe de primauté comme mode de conciliation, alors qu'il s'agissait du même droit de défense mais approfondi au niveau national. En effet, l'exigence supplémentaire consistait en la possibilité d'un recours en cas de jugement par défaut. *A contrario*, dans une affaire opposant la protection des intérêts financiers de l'Union européenne et des droits fondamentaux constitutionnellement protégés, la Cour de justice a reconnu la possibilité d'écarter le droit de l'Union, tout en incitant le législateur national à intervenir pour assurer une meilleure conciliation entre ces droits²⁰⁶³.

Au titre des conflits entre droits fondamentaux, il est possible d'opposer au législateur de l'Union une mauvaise conciliation comme par exemple entre la protection de la liberté d'expression et d'information contre la protection de la santé humaine²⁰⁶⁴. La conciliation de deux droits fondamentaux s'opère à l'aune de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux, qui admet des limitations à condition que l'essence du droit, son « contenu essentiel », ne soit pas affectée. Par exemple, une disposition nationale qui permet à un établissement bancaire de refuser de transmettre des données pour des procédures civiles, sur le fondement du secret bancaire, porte une atteinte excessive et illimitée au droit de recours effectif reconnu par la Charte²⁰⁶⁵. Les droits en conflits sont le droit au recours effectif et la protection des données personnelles. La Cour de justice peut enfin être amenée à concilier des droits fondamentaux et des libertés fondamentales, ces dernières étant pour l'essentiel les libertés de circulation de l'Union. Ainsi, la Cour a pu juger que « *l'exercice du droit fondamental de négociation collective doit ainsi être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le traité FUE [...] et être conforme au principe de proportionnalité* »²⁰⁶⁶. Par cette formulation additive, la Cour laisse à penser que la conciliation forme un exercice séparé de la proportionnalité. En tout cas, la Cour évoque la recherche d'un équilibre lorsqu'elle confronte un droit fondamental à une liberté fondamentale²⁰⁶⁷ et confirme le lien entre la proportionnalité et la mise en balance : « *lorsque*

²⁰⁶² CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁰⁶³ CJUE, Gde chbr., 5 décembre 2017, *M.A.S* dit « *Taricco II* », aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936. Voir à ce sujet É. DUBOUT, *Les droits de l'homme dans l'Europe en crise*, Pedone, Paris, 2018, p. 23.

²⁰⁶⁴ CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brand SA*, préc., point 161. Voir également CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, aff. C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823, point 74.

²⁰⁶⁵ CJUE, 16 juillet 2015, *Coty Germany*, aff. C-580/113, ECLI:EU:C:2015:485, points 36 et suivants.

²⁰⁶⁶ CJUE, Gde chbr., 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, *Rec.* p. I-7091, point 44.

²⁰⁶⁷ Voir article C. VIAL, « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux, *RTDH*, 2004, n° 58, p. 439, et A. ALEMANNI, « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales

*plusieurs droits et libertés fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union sont en cause, l'appréciation de l'éventuel caractère disproportionné d'une disposition du droit de l'Union doit s'effectuer dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de ces différents droits et libertés et d'un juste équilibre entre eux »*²⁰⁶⁸.

La Cour EDH procède à une conciliation similaire, qu'elle appelle mise en balance des intérêts. Dans une affaire *Fernandez c/ Espagne* de 2014, la Cour EDH « rappelle que, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur un conflit entre deux droits également protégés par la Convention, il lui faut effectuer une mise en balance des intérêts en jeux »²⁰⁶⁹. Dans cette affaire, s'opposaient des questions de droit à la vie privée et familiale et de liberté de religion. La juridiction précise le rôle de l'État dans cette conciliation, qui est d'adopter les moyens adéquats pour que l'atteinte à l'un des droits reste proportionnée au but poursuivi. Souvent, le droit à la vie privée et la liberté d'expression se retrouvent en conflit, comme dans les affaires *Von Hannover* de 2004²⁰⁷⁰ et 2012²⁰⁷¹, qui concernent des publications de presse de personnages publics. La Cour EDH a précisé des critères de mise en balance pour déterminer quel droit pèsera le plus lourd dans la balance, eu égard aux circonstances de l'espèce. Ainsi, la Cour EDH se pose la question de savoir si l'ingérence dans la vie privée contribue à un débat d'intérêt général, quelle est la notoriété de la personne visée, quel est l'objet du reportage, quel est le comportement de la personne dont le droit à la vie privée a été violé, dans quel contexte ont été prises les éventuelles photos et quel est le contenu de la publication. Ces indications doivent servir aux juges nationaux car la Cour EDH limite son contrôle. Selon elle, « si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes »²⁰⁷². Dans certains cas, la Cour EDH reconnaît aux autorités nationales une marge d'appréciation pour concilier deux droits en opposition. C'est par exemple le cas pour le droit à la vie et celui de la vie privée dans l'affaire *Lambert c/ France* de 2015²⁰⁷³, tout en précisant avoir un droit de regard sur

et droits fondamentaux dans le marché intérieur – Quelques réflexions à propos des arrêts *Schmidberger* et *Omega* », *RDUE*, 2004, n° 4.

²⁰⁶⁸ CJUE, Gde chbr., 22 juin 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, point 60.

²⁰⁶⁹ Cour EDH, Gde chbr., 12 juin 2014, *Fernandez c/ Espagne*, req. n° 56030/07, point 123.

²⁰⁷⁰ Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, req. n° 59320/00.

²⁰⁷¹ Cour EDH, Gde chbr., 7 février 2012, *Von Hannover c/ Allemagne (n° 2)*, req. n° 4066/08 et 60641/08, points 104 et suivants.

²⁰⁷² *Ibidem*, point 107.

²⁰⁷³ Cour EDH, Gde chbr., 5 juin 2016, *Lambert c/ France*, req. n° 46043/14, point 148.

cette marge d'appréciation mais seulement au titre du droit à la vie, droit indérogeable, « *la Cour se réservant de contrôler le respect par l'État de ses obligations découlant de l'article 2* »²⁰⁷⁴. La Cour EDH rappelle également le lien entre la proportionnalité et la mise en balance, en estimant que c'est sur le fondement du principe de proportionnalité que la recherche d'un équilibre doit se faire²⁰⁷⁵.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*

²⁰⁷⁵ Cour EDH, Gde chbr., 15 octobre 2015, *Kudrevičius e. a. c/ Lituanie*, req. n° 37553/05, point 144.

Conclusion de chapitre

Le principe de proportionnalité a plusieurs significations et est reconnu à tous les niveaux. « *Le principe de proportionnalité a en effet dans tous les systèmes juridiques organisés selon le modèle de l'État de droit une nature axiomatique, qui en fait un mécanisme inhérent au raisonnement juridictionnel, un mécanisme qui, comme on l'a dit, « innerve tout le droit »*²⁰⁷⁶. Toutefois, il est difficile d'affirmer que toutes les acceptions du principe se réunissent sous un seul et même principe de proportionnalité : « *l'affirmation de l'émergence d'un « Jus commune » de la proportionnalité ne peut se soutenir qu'à la condition de demeurer à la surface du discours »*²⁰⁷⁷.

Le principe de proportionnalité est un outil utile pour contrôler les ingérences étatiques dans les droits fondamentaux européens ou les normes de l'Union. « *La proportionnalité, dès lors qu'elle est mise en œuvre, permet à l'organe juridictionnel, de par sa nature même, non seulement, d'apprécier souverainement les éléments factuels, en fonction de quoi il acquiert conjointement le pouvoir de décision dans le cas d'espèce, mais surtout, de poser une norme de référence grâce à laquelle il peut se libérer de ses entraves pour effectuer son appréciation »*²⁰⁷⁸. En revanche, il se confronte parfois avec le concept de sécurité juridique car le contrôle de proportionnalité est difficilement prévisible en raison de son importante dimension *in concreto* et qu'il « *permet de réaliser, au grand jour, le vieux rêve d'équité qui, jusqu'alors, n'avait pu survivre que dans la clandestinité du droit dur et si formel »*²⁰⁷⁹. Le principe de proportionnalité reste une norme technique, un principe d'efficience²⁰⁸⁰, mais il porte les « *germes d'une transformation du droit et plus particulièrement de la pensée juridique »*²⁰⁸¹. Une pensée juridique qui pourrait être tournée vers une culture européenne²⁰⁸².

²⁰⁷⁶ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 17.

²⁰⁷⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 14.

²⁰⁷⁸ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 369.

²⁰⁷⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁸⁰ A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, pp. 235 et s.

²⁰⁸¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 43.

²⁰⁸² A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 25.

Conclusion de titre

Les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont essentiels aux ordres juridiques européens, notamment pour régler leurs rapports avec les ordres juridiques nationaux, ce qui en fait des principes au cœur du système européen de protection des droits fondamentaux. Ainsi, il serait opportun que les juges européens proposent un encadrement plus explicite, des « *leading cases* » pour ensuite laisser le juge national contrôler le principe de proportionnalité, dans une démarche de subsidiarité. En effet, c'est en théorie le juge national qui se trouve face aux différentes réalités de la proportionnalité et pourrait risquer d'entraîner une harmonisation par « le bas », en l'absence de clarification.

De plus, le système porte sur la protection des droits fondamentaux, ce qui implique la nécessité d'une plus grande subsidiarité. La violation d'un droit fondamental est mieux perçue au niveau le plus proche de l'individu, nécessairement celui du juge national. Ensuite, la proportionnalité est un élément clé de la protection des droits fondamentaux en Europe grâce à la possibilité de modulation qu'elle offre au juge²⁰⁸³, lui permettant de se placer dans un contexte concret. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité ne sont pas spécifiques à la protection des droits fondamentaux mais prennent une dimension plus importante dans le cadre de cette protection. L'ensemble pourrait d'ailleurs « *contribuer à faire émerger une culture commune des droits de l'homme autour de telles règles de base, simples et compréhensibles* »²⁰⁸⁴. Ceux deux principes, maîtrisés par les juges européens, « remontent » au niveau du système européen de protection des droits fondamentaux pour ensuite « déborder » sur les ordres juridiques nationaux. La vision systémique permet aussi d'envisager des effets plus structurels, au niveau des ordres juridiques européens.

²⁰⁸³ J. MCBRIDE, « Proportionality and the European Convention on Human Rights », in *The principle of proportionality in the Laws of Europe*, E. ELLIS (dir.), Hart Publishing, Oxford, Portland, 1999, p. 35.

²⁰⁸⁴ É. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 192.

TITRE 2. LES EFFETS DU SYSTEME SUR LES ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS

Insérer la protection des droits fondamentaux européens dans une réflexion systémique peut avoir un impact important du point de vue du juge interne, notamment par le croisement des principes de subsidiarité et de proportionnalité, mais aussi pour le juge européen. Celui-ci se doit de rendre des décisions garantissant la stabilité, ce qui est particulièrement important lorsque sont en jeux les droits fondamentaux. En effet, les obligations issues de ces droits fondamentaux doivent être lisibles, visibles et fiables, notamment car ils participent au droit constitutionnel européen.

L'intégration des normes européennes des droits fondamentaux créé plutôt une déstabilisation interne car le juge national se voit imposer des normes, contrairement à l'idée de subsidiarité, et que leur application est réglée par les juges européens notamment par le biais du principe de proportionnalité, engendrant une certaine incertitude. Il est donc nécessaire de rechercher des pistes et des outils pour uniformiser l'application de ces normes européennes tout en leur donnant un contenu similaire. Ainsi, « *l'application uniforme dans tous les États membres des notions et qualifications juridiques dégagées par la Cour* » est une exigence... fondée sur le principe de sécurité juridique »²⁰⁸⁵.

Ce principe de sécurité juridique est une des techniques permettant de stabiliser le système européen de protection des droits fondamentaux au niveau des ordres juridiques européens (Chapitre 1), système qui engendre en revanche une déstabilisation constitutionnelle (Chapitre 2). L'approche systémique des deux ordres juridiques européens ouvre en effet de nouvelles perspectives en termes de droit constitutionnel européen.

²⁰⁸⁵ A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.*, 2002, p. 2814.

Chapitre 1. La nécessité de stabiliser le système européen de protection des droits fondamentaux

Le système européen de protection des droits fondamentaux compte une pluralité d'acteur, à savoir les ordres juridiques européens et nationaux. Le basculement vers un système peut être constaté à compter de la reconnaissance de la présomption de protection équivalente, car le juge admet la rencontre des ordres. L'ensemble s'organise ensuite grâce au principe de subsidiarité, modulé par le principe de proportionnalité. Mais un troisième principe est utile afin de stabiliser l'ensemble, surtout au niveau juridictionnel. Il s'agit de la sécurité juridique, qui est au cœur des exigences du système européen de protection des droits fondamentaux. Respecter le principe de sécurité juridique permet de mieux asseoir les décisions provenant des juges européens dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Les questions relatives à la sécurité juridique connaissent un développement plus important actuellement dans le cadre de l'Union européenne tandis que des pistes intéressantes dans la recherche d'outils juridiques de stabilisation sont plutôt suivies dans le cadre de la Convention EDH. Ainsi, le principe de sécurité juridique et l'une de ses applications, l'autorité de la chose jugée sont des principes de stabilité juridictionnelle du système (Section 1). Sur un niveau différent, des instruments, qui ne sont pas des principes, peuvent servir à la stabilisation (Section 2). Ces outils comprennent surtout la technique des notions autonomes et celle des obligations positives, « *les méthodes d'interprétation de la Convention que la Cour utilise – notions autonomes, obligations positives – visent à « européeniser » sa jurisprudence, et par là même, à renforcer sa cohérence et son autorité* »²⁰⁸⁶.

²⁰⁸⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13^e éd. refondue, p. 407.

Section 1 : Les principes de stabilité juridictionnelle du système

Le principe de sécurité juridique occupe une place particulièrement importante lorsqu'il s'agit de protéger les droits fondamentaux car il permet d'assurer la stabilisation des règles de droit applicables à une situation. Il participe *in fine* à la paix sociale et à l'idée philosophique de justice²⁰⁸⁷. Ce principe est un objectif qui comprend de nombreux outils pour sa réalisation, parmi lesquels l'autorité de la chose jugée qui est une expression structurelle de la sécurité juridique (§1). Cette expression du principe de sécurité juridique est présente dans les deux ordres juridiques comme encadrement des décisions des juges européens. L'autorité de la chose jugée s'applique aux décisions devenues définitives et peut revêtir une signification particulière au sein du système européen de protection des droits fondamentaux, en s'adaptant aux décisions européennes (§2).

§ 1. L'expression structurelle de la sécurité juridique : l'autorité de la chose jugée

Le principe de sécurité juridique apparaît dès le droit romain²⁰⁸⁸, mais sa version moderne la plus aboutie provient du droit allemand, « *en Allemagne, la sécurité juridique est considérée depuis longtemps comme un principe de valeur constitutionnelle, étroitement lié à la prééminence du droit* »²⁰⁸⁹. La sécurité juridique devient ainsi rapidement l'objectif ultime de la justice en tant que concrétisation de l'État de droit²⁰⁹⁰, « *la sécurité juridique aura permis le développement de la stabilité et de la paix sociale en renforçant notamment l'harmonie des rapports humains* »²⁰⁹¹. L'une des expressions de la sécurité juridique est l'autorité de la chose jugée des décisions de justice (A), plutôt pensée pour s'appliquer à des décisions nationales mais qui fonctionne également pour les décisions européennes (B).

²⁰⁸⁷ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 131.

²⁰⁸⁸ T. GRUEL, « La sécurité juridique, une valeur universelle : son histoire », *JCP N*, 1^{er} mai 2015, n° 18, p. 1143.

²⁰⁸⁹ J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 102.

²⁰⁹⁰ W. SAUER, « Sécurité juridique et justice », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, Paris, 1938, p. 34 et R. LANNEAU, « La sécurité juridique, un essai de théorisation », *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2013, n° 3, p. 1111.

²⁰⁹¹ T. GRUEL, « La sécurité juridique, une valeur universelle : son histoire », *op. cit.*

A. Le fondement de l'autorité de la chose jugée : le principe de sécurité juridique

Paradoxalement, le désir de sécurité juridique intervient en cas d'insécurité. Le droit peut s'avérer être source de cette insécurité mais c'est également dans le droit que des remèdes peuvent être trouvés. Même si le terme d'insécurité n'est pas utilisé dans le discours des acteurs du droit, c'est bien lorsqu'il y a insécurité qu'il faut rechercher une stabilité : « *le mode de fonctionnement de la jurisprudence conduit cependant à consacrer négativement la notion : elle ne dit pas ce que la sécurité juridique est, mais plutôt ce qu'elle n'est pas* »²⁰⁹². Aujourd'hui, le principe de sécurité juridique affecte toutes les strates juridiques en imposant des exigences lors de l'adoption de textes normatifs, par exemple de lisibilité²⁰⁹³, et en encadrant le rôle du juge notamment pour assurer la stabilité et la fiabilité des décisions de justice. C'est donc une notion omniprésente dans les ordres juridiques nationaux et européens mais « *il n'en demeure pas moins qu'un certain flou règne quant aux qualificatifs généralement utilisés pour la désigner. Celle-ci est tantôt qualifiée de besoin, d'impératif ou d'exigence, tantôt regardée comme un but du droit, une valeur ou encore un principe* »²⁰⁹⁴. Il faut donc s'attarder sur les applications de ce « principe » de sécurité juridique dans les ordres juridiques européens (1). L'autorité de la chose jugée est intéressante à étudier en ce qu'elle place les décisions des juges européens au cœur des développements dont l'objet est d'assurer une immutabilité des décisions de justice²⁰⁹⁵, au bénéfice du justiciable (2).

1. La sécurité juridique : un concept aux multiples applications

La réflexion systémique sur la protection des droits fondamentaux européens gagne à tenir compte de la sécurité juridique, en tant que fondement de l'autorité de la chose jugée, et d'autres principes, car cette considération a une valeur particulière dans les ordres juridiques européens. Il a pu être soutenu dans la doctrine française qu'il ne faut pas donner à la sécurité juridique la valeur de principe général du droit car cela pourrait entraîner une

²⁰⁹² R. LANNEAU, « La sécurité juridique, un essai de théorisation », *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2013, n° 3, p. 1110.

²⁰⁹³ Ou encore l'interdiction de prolifération de textes : voir le rapport public du Conseil d'État de 1991, « De la sécurité juridique », édition La documentation française.

²⁰⁹⁴ T. GRUEL, « La sécurité juridique, un impératif du droit », *La sécurité juridique : un défi authentique*, Rapport du 111^e congrès des notaires de France, 2015, p. 38.

²⁰⁹⁵ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 279.

insécurité juridique. En effet, « *la sécurité juridique est une notion polymorphe, particulièrement difficile à cerner avec précision [...] En réalité, la sécurité juridique irrigue l'ensemble du droit* »²⁰⁹⁶. De ce point de vue, il est remarquable de constater que la sécurité juridique est une notion reconnue en tant que principe dans les deux ordres juridiques européens. Ainsi, la Cour de justice a rapidement estimé qu'il s'agissait d'un principe général du droit²⁰⁹⁷. Il compterait parmi les principes parfois qualifiés de fondamentaux, ce qui pourrait tendre à souligner son importance²⁰⁹⁸. Il est en tout état de cause « *inhérent à l'ordre juridique communautaire* »²⁰⁹⁹ et lié à l'État de droit en tant que corollaire des principes de prééminence du droit et de la légalité, car il « *renvoie à la qualité de la règle de droit et tend à garantir une effectivité des droits des justiciables* »²¹⁰⁰. Ce principe se rapproche ainsi – dans son aspect englobant mais pas substantiellement – des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il peut être qualifié de « concept-ensemble »²¹⁰¹ car c'est un principe qui ressemble à une boîte contenant un nombre non exhaustif d'outils.

Dans l'ordre juridique de l'Union, le principe de sécurité juridique peut être lié à l'autorité de la chose jugée²¹⁰² mais aussi au principe *ne bis in idem*²¹⁰³ ou au principe pénal de légalité des peines et des délits de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux²¹⁰⁴. Ces autres principes peuvent être qualifiés de corollaires, de dérivés, voire de sous-principes²¹⁰⁵. Le principe de confiance légitime est également lié à la sécurité juridique²¹⁰⁶ et prend une place de plus en plus importante dans l'ordre juridique de l'Union, « *le principe de protection de la confiance légitime a été tour à tour considéré comme le corollaire du principe de sécurité juridique, ou comme son fondement, et les deux sont souvent combinés*

²⁰⁹⁶ A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.*, 2002, p. 2814.

²⁰⁹⁷ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c/ Sabena*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455.

²⁰⁹⁸ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 100. Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, § 2.

²⁰⁹⁹ CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit Italiana*, aff. 61/79, *Rec.* p. 1205, réaffirmé : CJUE, 20 décembre 2017, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGe*, aff. C-516/16, ECLI:EU:C:2017:1011, point 89.

²¹⁰⁰ Étude de la Cour de cassation, « Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen », 27 octobre 2015, disponible sur le site de la Cour de cassation.

²¹⁰¹ R. LANNEAU, « La sécurité juridique, un essai de théorisation », *op. cit.*, p. 1110.

²¹⁰² CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec.* p. I-3055, point 46.

²¹⁰³ CJUE, Gde chbr., 27 mai 2014, *Spasic*, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:585, point 77.

²¹⁰⁴ CJUE, Gde chbr., 29 mars 2011, *ThyssenKrupp*, aff. C-352/09 P, *Rec.* p. I-2359, points 79 à 81.

²¹⁰⁵ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Anthémis, Bruxelles, 2014, p. 33.

²¹⁰⁶ CJCE, 18 mai 2000, *Rombi et Arkopharma*, aff. C-107/97, *Rec.* p. I-3367, point 66.

par les juges de l'Union comme conduisant à une même solution »²¹⁰⁷. Le contenu exact du principe de sécurité juridique et ses conséquences sont ainsi difficiles à saisir. Au niveau du contentieux, la règle de sécurité juridique entraîne par exemple la nécessité de respecter un délai de recours raisonnable²¹⁰⁸ ou offre une certaine force aux arrêts en posant comme principe leur rétroactivité et comme exception l'application immédiate ou différée des décisions²¹⁰⁹. En effet, cette rétroactivité peut s'avérer contraire à la stabilité des relations juridiques, car elle remet en cause les relations établies, mais elle assure la sécurité juridique en redonnant la juste signification et interprétation de la règle en cause²¹¹⁰.

La Convention EDH ne contient pas de référence explicite à la sécurité juridique. Le principe a été consacré par la Cour EDH avec l'arrêt *Marckx c/ Belgique* de 1979²¹¹¹, peu de temps après la Cour de justice²¹¹², ce qui laisse penser que la juridiction des droits de l'homme s'est inspirée de celle de l'Union, « *Le principe de sécurité juridique est intéressant, parce qu'il vient du droit allemand et a été importé dans la jurisprudence de la Cour [EDH] (et dans différents systèmes nationaux en Europe) par l'intermédiaire de la Cour de justice* »²¹¹³. Dans un arrêt *Cossey c/ Royaume-Uni* de 1990²¹¹⁴, la juridiction des droits de l'homme estime qu'il s'agit d'un principe commun aux États membres du Conseil de l'Europe, « *il fait donc partie intégrante des principes généraux déterminant le contenu d'un droit processuel européen en cours d'élaboration* »²¹¹⁵. L'arrêt *Marckx* concerne ainsi la limitation dans le temps des arrêts de la Cour EDH, en l'espèce au sujet de la distinction entre enfant légitime et naturel²¹¹⁶. La Cour EDH reconnaît que le principe de sécurité juridique n'implique pas une rigidité de la jurisprudence et laisse ouverte la possibilité d'adopter des revirements de jurisprudences²¹¹⁷. Le principe de sécurité juridique nécessite

²¹⁰⁷ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 102.

²¹⁰⁸ CJUE, 14 septembre 2017, *Petrea*, aff. C-184/16, ECLI:EU:C:2017:684, point 60.

²¹⁰⁹ CJCE, 19 octobre 1995, *Richardson*, aff. C-137/94, Rec. p. I-3407.

²¹¹⁰ Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 473.

²¹¹¹ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, point 58 : « *Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt* ».

²¹¹² CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c/ Sabena*, aff. 43/75, Rec. p. 455.

²¹¹³ J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 102.

²¹¹⁴ Cour EDH, Ass. plén., 27 septembre 1980, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84.

²¹¹⁵ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 107.

²¹¹⁶ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Lextenso Editions, Paris, 2009, pp. 396 et s.

²¹¹⁷ Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, point 153.

simplement une motivation plus forte en cas de revirement. Comme dans l'Union européenne, le principe de sécurité juridique est lié au principe de légalité des peines et des délits formellement inscrits à l'article 7 de la Convention EDH²¹¹⁸ ; la Cour EDH reconnaît également qu'il s'agit d'un principe général du droit, rattaché au principe de prééminence du droit et à la légalité²¹¹⁹. Cependant, la Cour EDH semble préférer l'expression « *sécurité des rapports juridiques* »²¹²⁰, utilisée en lien avec l'article 6 de la Convention EDH. Ainsi, pour les deux juges européens, le principe de sécurité juridique a « *une signification plus ou moins identique* »²¹²¹ notamment car les deux juridictions « *s'accordent pour qualifier le principe de sécurité juridique de « principe inhérent » à l'ordre juridique qu'elles protègent* »²¹²².

Mis à part l'Allemagne qui a clairement influencé les deux ordres juridiques européens dans la reconnaissance du principe de sécurité juridique, la majorité des États membres, dont la France²¹²³, ont formellement reconnu le principe sous l'influence européenne. Cette influence illustre la réception unique d'une même notion présente dans le système européen de protection des droits fondamentaux. Évidemment, l'idée de la sécurité juridique n'était pas inconnue – et l'autorité de la chose jugée le démontre – mais la reconnaissance expresse de la sécurité juridique au niveau national peut certainement s'expliquer par la jurisprudence des deux juges européens. La sécurité juridique est également devenue un motif invoqué par un État afin de restreindre une liberté de circulation ou un droit fondamental²¹²⁴. De même, « *pour que la prévalence accordée à l'impératif de sécurité juridique ne soit pas remise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme, le juge interne se doit de justifier, dans chaque situation d'espèce, l'absence d'une atteinte excessive portée aux droits garantis par la Convention* »²¹²⁵. Cependant, pour nuancer l'effet

²¹¹⁸ Cour EDH, Gde chbr., 27 janvier 2015, *Rohlena c/ République Tchèque*, req. n° 59552/08, point 57.

²¹¹⁹ M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11 ; K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008, p. 250 et Cour EDH, Gde chbr., 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n° 28342/95, point 61.

²¹²⁰ Voir par exemple Cour EDH, 26 mai 2011, *Legrand c/ France*, req. n° 23228/08, point 33.

²¹²¹ Étude de la Cour de cassation, « Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen », 27 octobre 2015, disponible sur le site de la Cour de cassation.

²¹²² *Ibid.* et Cour EDH, 26 mai 2011, *Legrand c/ France*, préc., point 35.

²¹²³ CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, n° 288460.

²¹²⁴ Voir par exemple, CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec.* p. I-885.

²¹²⁵ E. DOS-REIS, « Sécurité juridique, autorité de la chose jugée et droits fondamentaux », *LPA*, 24 mai 2017, n° 103, p. 16.

spill over du principe de sécurité juridique²¹²⁶, il faut reconnaître que les cas d'application directe du principe *stricto sensu* sont peu nombreux²¹²⁷. En pratique, ce sont principalement des exigences liées à la sécurité juridique qui sont utilisées, à l'instar de l'autorité de la chose jugée.

Enfin, il faut mentionner que le respect du principe de sécurité juridique peut parfois entraîner des situations paradoxales, « *la sécurité juridique justifiant aussi bien qu'on fasse déployer l'intégralité de ses effets rétroactifs à une annulation, et inversement qu'on en module ou atténue les implications. La sécurité des uns n'est pas celle des autres !* »²¹²⁸. Par exemple, les décisions de la Cour EDH peuvent être accompagnées d'opinions dissidentes ou concordantes de la part des juges ayant tranché la contestation. *A priori*, comprendre la motivation des juges et leurs désaccords peut servir le concept de sécurité juridique notamment pour rendre prévisible de futurs revirements de jurisprudence. Néanmoins, la Cour EDH s'est vu reprocher la prolifération des opinions séparées, aboutissant à « *une réelle cacophonie* » qui peut conduire à considérer la décision retenue comme *arbitraire* »²¹²⁹ et entraîner un manque de cohérence. De façon assez intéressante et étonnante, le principe de sécurité juridique peut se trouver en conflit avec les droits fondamentaux par une « *nouvelle stratégie judiciaire* »²¹³⁰ qui consiste « *à opposer l'impératif de respect des droits fondamentaux à l'impératif de sécurité juridique – poursuivi par le droit transitoire – pour obtenir, in fine, la remise en cause des situations acquises sous l'empire du droit ancien* »²¹³¹.

Ainsi, le principe de sécurité juridique connaît de multiples applications dont l'autorité de la chose jugée qui participe à la stabilisation des situations acquises.

²¹²⁶ Selon L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence administrative française*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 322, la théorie du *spill over* « *vise le phénomène de débordement du droit de l'Union hors de son champ d'application, entraînant par suite l'adoption des solutions européennes dans le cadre des litiges internes* ».

²¹²⁷ M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* et J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne* », *op. cit.*, p. 34.

²¹²⁸ B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, p. 151.

²¹²⁹ D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, n° 1, p. 85.

²¹³⁰ E. DOS-REIS, « Sécurité juridique, autorité de la chose jugée et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 16.

²¹³¹ *Ibidem*.

2. L'autorité de la chose jugée, un principe pour la sécurité juridique des parties

Contrairement au principe de sécurité juridique, l'autorité de la chose jugée n'est pas formellement reconnue comme un principe général du droit dans l'Union européenne ni comme principe fondamental pour la Cour EDH. Cependant, l'autorité de la chose jugée peut être envisagée comme une application du principe de sécurité juridique dans l'objectif de stabiliser les relations juridiques. « *Il apparaît ainsi que l'autorité de chose jugée engendre, d'une part, une présomption légale de vérité, et d'autre part, une restauration de l'ordre social* »²¹³². L'autorité de la chose jugée est une application subjective du principe de sécurité juridique. En effet, celui-ci a deux versants, l'un objectif et l'autre subjectif. La distinction se situe principalement sur le terrain des remèdes à l'insécurité²¹³³. Lutter objectivement contre l'insécurité juridique nécessite d'adopter des mesures générales alors que le versant subjectif de la sécurité juridique commande d'examiner des solutions au cas par cas, comme pour les exceptions à l'autorité de la chose jugée. Le lien entre sécurité juridique et autorité de la chose jugée est bien établi par la Cour EDH, sur le fondement de l'article 6 de la Convention EDH. Dans une affaire *Brumarescu c/ Roumanie* de 1999, « *la Cour a jugé que, en annulant un jugement qui était irréversible, et ainsi res juridicata, à la demande du Procureur-général de la Roumanie, la Cour suprême de justice avait enfreint le principe de sécurité juridique* »²¹³⁴. La Cour de justice fait de même, dans son arrêt *Eco Swiss* de 1999²¹³⁵, qui porte sur l'impossibilité de demander l'annulation d'une sentence définitive. La Cour de justice estime que la sécurité juridique est un principe à la base des systèmes juridictionnels nationaux et que l'autorité de la chose jugée est une expression de la sécurité juridique.

L'autorité de la chose jugée – aussi appelée *res juridicata* – est une règle ancienne²¹³⁶,

²¹³² M. LAFOUCARDE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutive à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, 2014, p. 227.

²¹³³ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 85.

²¹³⁴ Cour EDH, Gde chbr., 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n° 28342/95 et J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 102.

²¹³⁵ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, préc., point 46.

²¹³⁶ Voir à ce sujet : C. BLÉRY, « Qu'est-ce-que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures*, août 2007, étude 11 : « *le droit babylonien a connu cette notion dès le III^e millénaire avant Jésus-Christ et l'a mise en œuvre de façon pragmatique : à la fin du jugement, les parties s'engageaient par des clauses confirmées par un serment à ne pas revenir sur la chose jugée, à ne pas exercer une nouvelle action pour la même affaire, sous peine d'une sanction pécuniaire ou corporelle* ».

reconnue pour les décisions émanant de juridictions de dernier ressort ou des décisions non contestées par un appel ou un pourvoi, à l'encontre desquelles il n'est pas possible de faire un recours. En principe, seule l'autorité négative de la chose jugée est reconnue mais une approche positive de l'autorité de la chose jugée se développe²¹³⁷. En effet, l'autorité de la chose jugée dans son versant négatif a pour objectif d'interdire à un juge de remettre en cause ce qui a été tranché définitivement²¹³⁸. Il doit alors opposer une fin de non-recevoir en cas d'identité d'objet, de cause et de parties. Ainsi, le Tribunal de l'Union rappelle l'application des critères classiques relatifs à l'autorité de la chose jugée, appliqués à des recours en annulation dans des situations de litispendance, « *l'autorité de la chose jugée s'attachant à un arrêt est susceptible de faire obstacle à la recevabilité d'un recours si celui ayant donné lieu à l'arrêt en cause a opposé les mêmes parties, a porté sur le même objet et a été fondé sur les mêmes causes, étant précisé que ces conditions ont nécessairement un caractère cumulatif* »²¹³⁹. L'objet se comprend comme le motif de la demande, la cause correspond aux faits et les parties sont les deux mêmes personnes physiques ou morales participant au procès. L'autorité négative de la chose jugée existe pour « *empêcher que les procès soient sans fin* »²¹⁴⁰ et assure une stabilité et une sécurité juridique. « *En droit procédural, l'autorité de la chose jugée est un attribut conféré au jugement, qui permet d'éviter que la solution donnée par le juge puisse être remise en cause, une fois que tous les recours ont été exercés ou que les délais pour les exercer sont expirés* »²¹⁴¹. Ainsi, l'autorité de la chose jugée est considérée comme un attribut essentiel du jugement, plus souvent abordé en France par la doctrine civiliste : « *le principe d'autorité attachée à la décision de justice définitive, fondé sur la présomption légale irréfragable de vérité judiciaire de l'article 1351 du code civil ou bien sur le dessaisissement du juge de l'article 481 du code de procédure civile qui a accompli sa mission, est nécessaire à la stabilité de la situation juridique créée ou constatée par la décision juridictionnelle* »²¹⁴². Même si l'aspect négatif est la principale manifestation de l'autorité de la chose jugée²¹⁴³, il en existe un pendant positif. Il s'agit alors de prendre en compte une autre décision, provenant du même juge ou

²¹³⁷ T. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, août 2007, étude 12.

²¹³⁸ *Ibidem*.

²¹³⁹ Trib. UE, Ord., 1^{er} septembre 2015, *Eyad Makhoul*, aff. T-441/13, ECLI:EU:T:2015:591, point 22.

²¹⁴⁰ T. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *op. cit.*, étude 12.

²¹⁴¹ N. FRICERO, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », *Procédures*, août 2007, étude 21.

²¹⁴² C. PAUL-LOUBIÈRE, « L'autorité de la chose jugée gage de la sécurité juridique », *D.*, 2009, p. 1060.

²¹⁴³ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 158.

d'un autre juge dont la place est reconnue dans son propre ordre juridique, ce qui inclut *a priori* les décisions des juges européens. Cette autorité de la chose jugée positive n'équivaut pas au système du précédent²¹⁴⁴ même si elle s'en rapproche, elle « *correspond plutôt à un objectif d'économie de moyens, de rapidité dans le traitement d'un point de fait ou de droit, bien qu'elle serve tout autant qu'une règle de recevabilité à assurer l'autorité de la fonction juridictionnelle* »²¹⁴⁵. L'autorité positive de la chose jugée est donc un outil utilisé au stade de la recevabilité d'un recours.

Aux versants positifs et négatifs de l'autorité de la chose jugée, il faut ajouter des notions connexes, comme la force de chose jugée, la force exécutoire ou encore l'effet *erga omnes*. Il est nécessaire de clarifier les différentes expressions autour de l'autorité de la chose jugée, spécifiquement pour déterminer quels sont les attributs des décisions provenant des juges européens.

B. L'autorité des décisions juridictionnelles européennes

L'autorité de la chose jugée est une notion contentieuse centrale qu'il convient de distinguer d'autres concepts, notamment utilisés pour désigner les décisions des juges européens, comme l'autorité de la chose interprétée ou la force exécutoire d'un arrêt (1), afin de les appliquer ensuite aux deux juridictions européennes (2).

1. Les concepts connexes à l'autorité de la chose jugée

De nombreux concepts accompagnent ou complètent la notion d'autorité de la chose jugée pour les décisions définitives, qu'il convient de distinguer. L'autorité de la chose jugée et ses règles connexes s'appliquent nécessairement aux décisions des deux juges européens, car aucun recours n'est possible contre les décisions de la Cour EDH ou de la Cour de justice, même si une procédure de renvoi ou de pourvoi existe²¹⁴⁶, elle reste interne à la juridiction. Aucune autre juridiction ne pourra se saisir de la même affaire et la rejurer, leurs décisions sont définitives, même si la Cour constitutionnelle allemande estime avoir un droit de regard

²¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 433.

²¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 161.

²¹⁴⁶ Article 43 de la Convention EDH et article 256 TFUE.

en cas de dépassement des compétences de la Cour de justice, selon la théorie de l'*ultra vires*²¹⁴⁷. Cette théorie, aussi envisagée comme celle des contre-limites par la juridiction constitutionnelle italienne s'oppose néanmoins au principe de primauté du droit de l'Union européenne.

En premier lieu, l'autorité de la chose jugée peut être absolue ou relative. Dans le dernier cas, le jugement n'affecte que les parties au procès tandis que l'absolutisme entraîne l'annulation d'un acte et l'effet *erga omnes* de la décision de justice qui s'impose à tous²¹⁴⁸. Traditionnellement, le principe est l'autorité relative, c'est-à-dire la limitation de l'effet d'un jugement entre les parties, et l'exception est l'effet *erga omnes* pour le contentieux objectif. Ainsi, l'autorité de la chose jugée est surtout relative devant les juridictions européennes, sauf en contentieux de l'Union européenne, pour les recours en annulation, les exceptions préjudicielles ou les renvois préjudiciels en appréciation de validité qui impliquent une autorité de la chose jugée absolue. Néanmoins, le renvoi préjudiciel en interprétation pose des questions car ce n'est pas une voie de droit classique mais une procédure de juge à juge, « *si, au surplus, la relativité de la chose jugée découle essentiellement de l'identité de personne comme l'une des conditions de son autorité, cette considération ne saurait être retenue dans une opération, dont la Cour affirme, à juste titre, qu'elle constitue une procédure non contentieuse étrangère à toute initiative des parties* »²¹⁴⁹. La reconnaissance de la valeur absolue ou relative n'affecte que le versant positif de l'autorité de chose jugée car elle constitue surtout « *une indication de la portée que les juridictions doivent lui reconnaître dans des litiges ultérieurs* »²¹⁵⁰.

²¹⁴⁷ Voir M. BLANQUET, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ? », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 299 : « *c'est la simple traduction d'une conception absolue de la souveraineté consistant à affirmer le droit d'un État de se prononcer en dernier ressort sur l'étendue des compétences qu'il a entendu attribuer à une organisation internationale ou supranationale* ». P. 300 « *L'ultra vires, d'une part, ne peut correspondre qu'à une violation grave (manifeste, sensible) du champ des compétences ouvert par les États à l'Union, que la Cour constitutionnelle admet que la Cour de justice puisse utiliser des méthodes d'interprétation constructives et même normatives, et que la mise en œuvre du droit constitutionnel doit être favorable au droit de l'Union européenne* ». Voir également A. PLIAKOS, « Le contrôle *ultra vires* et la Cour constitutionnelle allemande : le retour au dialogue royal », *RUE*, 2012, n° 554, p. 21.

²¹⁴⁸ P. THÉRY, « Rapport de synthèse », *Procédures*, août 2007, étude 22.

²¹⁴⁹ J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome I, 1974, LGDJ, Paris, p. 157.

²¹⁵⁰ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 284.

En deuxième lieu, se pose la question des liens entre force de la chose jugée, force obligatoire, force exécutoire et autorité de la chose jugée. La force obligatoire – aussi appelée force de chose jugée – d’un arrêt rejoint l’opposabilité *erga omnes* et recouvre en le dépassant le concept d’autorité de la chose jugée, « *l’autorité de la chose jugée confère aux décisions de justice une « force » qui leur est propre : sur le fondement de l’autorité de la chose jugée, il est possible de conférer aux décisions des juges la force de chose jugée* »²¹⁵¹. Cet effet *erga omnes* peut être asymétrique sur un même type d’arrêt. Les juges italiens vont par exemple reconnaître un effet applicable à certains arrêts de la Cour EDH : à savoir ceux rendus contre l’Italie et qui portent sur un problème structurel de l’ordre juridique italien, mais pas aux autres²¹⁵². En théorie, la force exécutoire est un « *attribut essentiel de tout jugement, qui permet au bénéficiaire des condamnations de mettre à exécution la décision, au besoin en recourant à des procédures légalement organisées, à des moyens de contrainte juridique* »²¹⁵³. Ainsi, la force exécutoire suit l’autorité de la chose jugée mais ne s’applique pas strictement aux décisions définitives, elle « *vise la faculté de mettre à exécution forcée, au besoin avec le concours de la force publique, une décision de justice* »²¹⁵⁴. Cette force exécutoire est reconnue et mentionnée dans les textes relatifs aux deux juridictions européens²¹⁵⁵, contrairement à l’autorité de la chose jugée.

En troisième lieu, l’autorité de la chose interprétée, la *res interpretata*²¹⁵⁶, est également mentionnée spécifiquement pour les décisions européennes. Il s’agit ici d’expliquer l’influence des arrêts des juridictions européennes, qui dépasse l’effet *erga omnes*, impliquant notamment l’abrogation d’un acte, ou l’autorité relative de la chose jugée, qui n’affecte que les parties au litige. En effet, la façon dont le juge a interprété le droit dans les motifs des décisions européennes est observée et prise en compte au-delà des parties au litige et au-delà des frontières, par des États qui ne sont pas en cause dans le contentieux : « *l’autorité de la chose interprétée se définit comme une autorité qui déborderait les limites*

²¹⁵¹ Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *op. cit.*

²¹⁵² N. PERLO, « L’attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en Italie : la révolution est en marche », *RFDC*, 2015, n° 104, p. 889.

²¹⁵³ N. FRICERO, « L’autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », *Procédures*, août 2007, étude 21.

²¹⁵⁴ A. TURMO, *L’autorité de la chose jugée en droit de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 22.

²¹⁵⁵ Article 46 de la Convention EDH et article 280 TFUE.

²¹⁵⁶ A. DRZEMCZEWSKI, « Quelques réflexions sur l’autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg », in *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, p. 243.

du cas d'espèce »²¹⁵⁷. Cela explique notamment que les États puissent déposer des observations devant les deux juridictions pour des affaires qui ne les concernent pas²¹⁵⁸. L'autorité de la chose interprétée se fonde sur la compétence des juridictions européennes, prévue aux articles 32 de la Convention EDH et 19 TUE.

Enfin, la question se pose de savoir sur quel aspect de l'arrêt porte l'autorité de la chose jugée. Les arrêts des juges européens comportent des développements dans les motifs sous forme d'*obiter dictum*²¹⁵⁹ qui peuvent inciter à attribuer l'autorité de la chose jugée à l'ensemble de l'arrêt. Ainsi, les explications relatives à l'utilisation du principe de proportionnalité, dont les critères varient en fonction de l'espèce et de la marge d'appréciation laissée aux États, se situent en dehors du dispositif des juridictions européennes²¹⁶⁰. Pour une partie de la doctrine « *ce qui a autorité de chose jugée, c'est ce qui a fait l'objet de cette vérification juridictionnelle* »²¹⁶¹. La vérification juridictionnelle concerne l'examen par le juge des conditions posées par la loi pour déterminer si celles-ci sont réunies en leur appliquant les faits de la cause et en identifiant les règles de droit applicable, ce qui produit ensuite un effet substantiel²¹⁶². La contestation est toujours tranchée dans le dispositif, il est donc logique que l'autorité de la chose jugée s'y situe, puisque la décision rendue éteint la compétence du juge²¹⁶³. Alors que pour d'autres, « *c'est bien cet ensemble – motif et dispositif – qui fait l'interprétation délivrée par la CJCE* »²¹⁶⁴. Cette considération vaut pour la Cour EDH et pour ceux qui préfèrent analyser l'autorité des arrêts des juges européens en termes de chose interprétée. En effet, « *l'autorité de la chose interprétée n'a de signification que pour ce tout ; en d'autres termes, que cette autorité porte*

²¹⁵⁷ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 138.

²¹⁵⁸ Voir l'article 23 du statut de la Cour de justice, *JOUE* n° L 200, 26 juillet 2016, p. 137 et l'article 36 de la Convention EDH.

²¹⁵⁹ Pour la Cour de justice voir L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, p. 643 et pour la Cour EDH, V. BERGER, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, mars 2009, n° 46, p. 40.

²¹⁶⁰ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 3 décembre 2009, *Kart c/ Turquie*, req. n° 8917/05, points 93 et suivants, qui ne font pas partie du dispositif. Pour la Cour de justice : CJCE, 4 octobre 2007, *Geuting*, aff. C-375/05, *Rec.* p. I-7983, point 45.

²¹⁶¹ T. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, août 2007, étude 12.

²¹⁶² *Ibidem*.

²¹⁶³ Y. STRICKLER, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », in *L'autorité de la chose jugée*, L. CADJET et D. LORIFERNE (dir.), IRJS Editions, Paris, 2012, p. 47.

²¹⁶⁴ C. NOURISSAT, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », *Procédures*, 2007, n° 8, étude n° 20, p. 48. L'idée est la même pour la Cour EDH : G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 45.

bien sûr sur le dispositif mais aussi sur les motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif. Pour faire simple, les arrêts de la CJCE sont un tout indivisible pour le juge national »²¹⁶⁵. La Cour de justice a eu l'occasion de préciser dans un arrêt *Italie c/ Commission* de 1991 que « *l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de la Cour ne s'attache qu'aux points de fait et de droit qui ont été effectivement ou nécessairement tranchés par celle-ci* »²¹⁶⁶. La Cour EDH de son côté mentionne en 2004, dans un arrêt *Perez c/ France*, que « *d'une manière générale, les motifs ont la même autorité de chose jugée que le dispositif uniquement s'ils sont le support nécessaire de ce dernier* »²¹⁶⁷. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État français reconnaissent que l'autorité de la chose jugée peut porter sur les motifs de leurs décisions²¹⁶⁸. Si l'autorité de la chose jugée ne porte que sur le dispositif, elle se limite alors au cas d'espèce et aux mesures individuelles devant être adoptées pour mettre fin à une violation des droits fondamentaux²¹⁶⁹. Pour les juridictions européennes, au vu de la formulation de leurs arrêts il semble que la prise en compte des motifs en plus du dispositif soit logique pour déterminer ce qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée.

Les notions nationales d'autorité de la chose jugée, de relativité ou d'absolutisme, de force exécutoire trouvent un écho adapté dans les jurisprudences des juridictions européennes. Les aspects négatifs et positifs de l'autorité de la chose jugée connaissent également des développements spécifiques.

2. L'application des concepts aux décisions juridictionnelles européennes

L'autorité de la chose jugée n'est pas mentionnée par les textes relatifs à la Cour de justice de l'Union européenne. En revanche, la force exécutoire est affirmée aux articles 280 et 299 TFUE, qui indiquent que c'est aux autorités nationales d'assurer la force exécutoire des arrêts de la Cour de justice, conformément aux règles civiles procédurales nationales. La force obligatoire des arrêts et ordonnances est aussi visée à l'article 91 du règlement de procédure de la Cour : « *l'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé* »²¹⁷⁰.

²¹⁶⁵ *Ibid.*

²¹⁶⁶ CJCE, 19 février 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-281/89, *Rec.* p. I-347, point 14.

²¹⁶⁷ Cour EDH, Gde chbr., 12 février 2004, *Perez c/ France*, req. n° 47287/99, point 25.

²¹⁶⁸ Y. STRICKLER, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, p. 49.

²¹⁶⁹ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, n° 76, p. 919.

²¹⁷⁰ Article 91 § 1, le second paragraphe propose la même formule pour les ordonnances, règlement de

C'est donc la Cour de justice qui a fait de l'autorité de la chose jugée un principe dans sa jurisprudence²¹⁷¹ et l'a envisagé comme une notion autonome²¹⁷². Il semble que les deux aspects de l'autorité de la chose jugée, négatif et positif existent dans la jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi, l'aspect négatif se matérialise par exemple par l'obligation de renvoi préjudiciel pour les juridictions nationales agissant en dernier ressort, prévu à l'article 267 TFUE. Cette obligation permet de prendre en compte une décision de la Cour de justice fixant définitivement l'interprétation du droit de l'Union avant toute décision définitive ayant acquis l'autorité de la chose jugée au niveau national²¹⁷³. Le côté positif permet la prise en compte d'un arrêt antérieur. Les deux fonctions, positive et négative, sont donc « *clairement identifiables dans la jurisprudence en dépit de l'absence de distinction terminologique claire* »²¹⁷⁴.

La particularité de l'application de l'autorité de la chose jugée en droit de l'Union tient à l'existence de différentes voies de droit devant la même juridiction qui rendra tour à tour un arrêt en annulation d'un acte, une constatation de manquement à l'encontre d'un État²¹⁷⁵ ou encore une réponse à la demande préjudicielle d'un juge national. Pour que l'autorité de la chose jugée puisse s'appliquer il faut notamment que la décision tranche une contestation²¹⁷⁶, c'est-à-dire offre une solution à un litige. Cela n'est pas le cas des arrêts rendus en renvoi préjudiciel. D'une part, ils ne tranchent pas de litige, « *il est évident que les effets de l'autorité de chose jugée au sens strict trouveront leur principale utilité, en ce qui concerne un arrêt sur renvoi préjudiciel, devant les juridictions qui connaissent du litige en cause au principal* »²¹⁷⁷ ; d'autre part des demandes d'interprétations peuvent porter sur des points de droit déjà tranchés à l'occasion de précédents renvois préjudiciels, relativisant l'idée d'autorité de la chose jugée. C'est ainsi que l'autorité de la chose interprétée permet

procédure de la Cour de justice du 25 septembre 2012, *JOUE* n° L 265, 29 septembre 2012, p. 1.

²¹⁷¹ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 86.

²¹⁷² CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*, aff. C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719, point 40 : « *Or, la notion d'autorité de la chose jugée dans le droit de l'Union ne s'attache pas qu'au dispositif de la décision juridictionnelle en cause, mais s'étend aux motifs de celle-ci qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et sont, de ce fait, indissociables de ce dernier* ».

²¹⁷³ J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome I, 1974, LGDJ, Paris, p. 155.

²¹⁷⁴ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 37.

²¹⁷⁵ CJUE, Gde chbr., 29 juin 2010, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-526/08, *Rec.* p. I-6181, point 27.

²¹⁷⁶ C. NOURISSAT, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », op. cit.

²¹⁷⁷ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 361.

d'adapter ce type de décision au concept national d'autorité de la chose jugée²¹⁷⁸. Néanmoins, l'autorité de la chose jugée est une notion autonome pour la Cour de justice, elle en donne sa propre interprétation dans une ordonnance *Wünsche* rendue en 1986²¹⁷⁹. Il s'agit d'un arrêt « *par lequel la Cour statue à titre préjudiciel sur l'interprétation ou la validité d'un acte pris par une institution de la Communauté tranche, avec l'autorité de la chose jugée, une ou plusieurs questions de droit communautaire et lie le juge national pour la solution du litige au principal* »²¹⁸⁰. La juridiction de l'Union reconnaît donc l'autorité de chose jugée pour les arrêts préjudiciels sans en préciser le fondement mais la primauté du droit de l'Union est avancée comme explication²¹⁸¹. La Cour de justice n'accorde en réalité que très peu de développements à l'autorité de la chose jugée qui est pourtant essentielle au sein des États. En droit interne, cette autorité est un gage de sécurité juridique et de bonne administration de la justice alors que la Cour de justice semble y voir « *une règle de procédure de portée limitée et qui, en tous les cas, ne suffit pas à écarter, même de façon très occasionnelle, les principes communautaires de responsabilité de l'État, de primauté et d'autonomie du droit communautaire* »²¹⁸². En tout cas, la problématique ne se pose pas pour les arrêts en annulation, en carence ou en responsabilité puisqu'il y a une contestation, de même que pour les manquements qui opposent une institution – la Commission européenne – à un État qui ne respecte pas le droit de l'Union. Si les arrêts préjudiciels se voient reconnaître l'autorité de la chose jugée, ils sont également opposables *erga omnes*, puisque la Cour de justice pourra déclarer irrecevable toute demande préjudicielle portant sur une question précédemment traitée, même si elle émane d'une juridiction d'un État membre différent²¹⁸³. Néanmoins, étant donné qu'une évolution de jurisprudence est possible, la Cour de justice reste maître d'accepter ou non une question préjudicielle portant sur un sujet déjà abordé. Ce n'est pas le cas pour les renvois préjudiciels en appréciation de validité qui se rapprochent des recours en annulation et bénéficient d'une autorité absolue de la chose jugée qui « *découle de la logique même de la fonction de contrôle de la légalité des actes administratifs que les juridictions exercent par le biais du recours en annulation* »²¹⁸⁴.

²¹⁷⁸ C. NOURISSAT, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », *op. cit.*

²¹⁷⁹ CJCE, Ord., 5 mars 1986, *Wünsche Handellsgesellschaft*, aff. 69/85, *Rec.* p. 947

²¹⁸⁰ *Ibidem*, point 13.

²¹⁸¹ C. NOURISSAT, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », *op. cit.*, p. 48.

²¹⁸² Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 473.

²¹⁸³ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 362.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 277.

Du côté de la Cour EDH, la Convention EDH et le règlement de la Cour ne mentionnent pas l'autorité de la chose jugée ; le règlement de la Cour EDH ne contient aucune référence à la valeur de l'arrêt. C'est l'article 46 de la Convention EDH qui donne des indications en affirmant la force obligatoire des arrêts et l'obligation de les exécuter. Cependant, les arrêts de la Cour EDH étant déclaratoires, c'est à l'État de tirer les conséquences d'un arrêt et de l'exécuter²¹⁸⁵. De plus, l'autorité de la chose jugée ne peut être que relative²¹⁸⁶ puisque la Cour EDH ne peut directement ordonner l'abrogation d'une mesure nationale par exemple²¹⁸⁷. Néanmoins, la Cour EDH a souhaité faire évoluer ce point en renforçant l'exécution de ses arrêts, d'abord en instaurant l'obligation de respecter sa propre jurisprudence²¹⁸⁸, puis par des propositions de modifications structurelles dès l'arrêt de constatation de violation dans le cadre des procédures d'arrêts pilotes. Cette intrusion dans l'obligation des États d'exécuter des arrêts de la Cour EDH au-delà de la situation individuelle a été plutôt bien reçue : « *l'efficacité corrective de ces arrêts qui entraînent des modifications de législations, des ajustements jurisprudentiels et, au final, une harmonisation du régime juridique des droits et libertés, n'est plus aujourd'hui contestée* »²¹⁸⁹. Ainsi, la Cour EDH abandonne l'attitude initiale de « *self-restraint* »²¹⁹⁰ en proposant des corrections plus structurelles pour assurer l'exécution d'un arrêt : « *l'État condamné ne doit plus seulement assurer la restitutio in integrum de l'individu dont les droits ont été bafoués, mais il doit également enlever les obstacles qui, dans la législation nationale,*

²¹⁸⁵ G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 42.

²¹⁸⁶ Voir G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « *bénévolance* » des juges », *Rev. de sc. Criminelle et de droit pénal comparé (RSC)*, 2005, n° 4, p. 802 : « *Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont revêtues d'une autorité relative de la chose jugée : l'arrêt n'oblige que les parties au litige et pour le seul cas tranché. Mais quoiqu'il ne confère aucune force exécutoire à la décision, le mécanisme de la Convention oblige l'État contractant à se conformer à son dispositif. Il en résulte que l'autorité des arrêts de la Cour déborde largement leur stricte portée juridique* ». et N. FRICERO, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », *Procédures*, août 2007, étude 21.

²¹⁸⁷ M. LAFOUCARDE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutive à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, 2014, p. 116 et S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 80-81.

²¹⁸⁸ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, req. n° 12849/87.

²¹⁸⁹ S. PERDU, « Vers un réexamen d'une décision définitive du juge administratif français après une condamnation européenne ? », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 175.

²¹⁹⁰ N. PERLO, « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *RFDC*, 2015, n° 104, p. 900.

empêchent le droit interne de se conformer pleinement au droit conventionnel »²¹⁹¹. L'exécution des arrêts de la Cour EDH a une triple vocation : « *réparer, pour le passé, la violation constatée ; faire cesser, pour la victime, les effets de la violation ; empêcher, pour l'avenir, sa répétition* »²¹⁹².

Les décisions de la Cour EDH peuvent aussi être appréciées par le prisme de l'autorité de la chose interprétée²¹⁹³ car tous les États sont politiquement contraints²¹⁹⁴, spécifiquement lorsque leur législation est proche de celle d'un État condamné, même si la Cour EDH « *n'a jamais véritablement pris position sur l'autorité de ses arrêts à l'égard des juridictions d'un État autre que celui initialement condamné* »²¹⁹⁵. La Cour EDH elle-même n'utilise que très peu l'expression d'autorité de la chose jugée²¹⁹⁶. Enfin, les arrêts de la Cour EDH semblent opposables *erga omnes*²¹⁹⁷. Signes de cette opposabilité : la Cour EDH peut refuser de radier une affaire sur la demande de parties lorsqu'elle estime que la question doit être tranchée²¹⁹⁸ ou encore le dépôt d'observations démontrant que les États parties s'investissent dans la procédure pour l'influencer et anticiper les effets dans leur propre ordre juridique. Ainsi, « *l'effet direct et erga omnes de ses arrêts ne peut pas être limité par les États parties. Seule la Cour elle-même peut décider de restreindre l'effet de ses arrêts* »²¹⁹⁹.

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² X. DOMINO, « De la tenace autorité de la chose inconventionnellement jugée », *AJDA*, 2012, p. 2162.

²¹⁹³ O. DUBOS et C. LAURENT-BOUTOT, « Le rôle du juge de droit commun dans l'application du droit externe : la composition des ordres juridiques », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 747.

²¹⁹⁴ N. FRICERO, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », *Procédures*, août 2007, étude 21.

²¹⁹⁵ O. DUBOS et C. LAURENT-BOUTOT, « Le rôle du juge de droit commun dans l'application du droit externe : la composition des ordres juridiques », *op. cit.*, p. 749.

²¹⁹⁶ La Cour EDH elle-même n'utilise que très peu l'expression d'autorité de la chose jugée. Lorsque l'expression exacte est utilisée c'est fréquemment dans le cadre d'affaires françaises, soit pour l'absence d'autorité d'une décision dans le cadre de l'article 1 du protocole n° 1 – au sujet du caractère certain et exigible de la créance. Voir par exemple Cour EDH, 3 octobre 2006, *Achache c/ France*, req. n° 16043/03, points 21 et suivants ; Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c/ France*, req. n° 67847/01. Soit c'est la force de chose jugée qui est évoquée au sujet de l'article 4 du protocole n° 7 qui pose le principe *non bis in idem*

²¹⁹⁶ Cour EDH, 19 décembre 2017, *Ramda c/ France*, req. n° 78477/11.

²¹⁹⁷ N. FRICERO, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », préc.. Voir également J.-M. SAUVÉ, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 1368, pour qui le Conseil d'État reconnaît l'effet *erga omnes*.

²¹⁹⁸ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque sous Cour EDH, Gde chbr., 7 février 2013, *Fabris c/ France*, req. n° 16574/08 qui précise également que « *Les États parties non impliqués dans une procédure ne peuvent ignorer l'interprétation authentique de la Convention que livre la Cour, instance finale investie de ce pouvoir. S'ils passaient outre, délibérément ou par négligence, ils seraient en porte-à-faux avec leurs propres engagements au titre de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, et manqueraient ainsi à faire preuve de la volonté attentive de remplir les obligations conventionnelles qu'appelle le principe de bonne foi dans l'exécution d'un traité* ».

²¹⁹⁹ *Ibid.*

Néanmoins, cet effet ne correspond pas à la définition préalablement envisagée qui consiste à imposer les conséquences d'un arrêt surtout lorsqu'il entraîne l'abrogation d'une norme, ce qui n'est jamais le cas pour la Cour EDH, mais correspond plutôt à une autorité d'influence.

Ainsi, cette autorité de la chose jugée empêche « *la réouverture de débats concernant des questions déjà tranchées par les juridictions, elle contribue à garantir l'autorité de la fonction juridictionnelle elle-même. Elle renforce la confiance qu'a le justiciable dans le rôle du juge et des normes juridiques qu'il met en œuvre en tant que régulateurs des rapports sociaux* »²²⁰⁰. Empêcher une affaire d'être à nouveau jugée permet de stabiliser les relations sociales et assure la sécurité juridique des parties. Il est d'ailleurs intéressant de relever que « *le concept de sécurité juridique serait donc apparu précisément à ce moment de l'histoire où la sécurité juridique existe déjà très largement dans les systèmes juridiques modernes, où elle a, en un sens, cessé de faire problème pour s'établir en norme implicite d'un « bon » système juridique* »²²⁰¹. L'insécurité existante fait naître la volonté juridique d'affirmer et d'appliquer un principe de sécurité juridique.

Les différentes notions abordées sont utilisées dans les développements suivants, selon les distinctions qui ont été faites. Toutefois, c'est bien la question de l'autorité de la chose jugée qui est principalement développée, notamment pour comprendre l'adaptation de ce concept procédural au niveau européen.

§2. L'adaptation européenne de l'autorité de la chose jugée

Une fois les différentes notions délimitées, il est intéressant d'envisager comment chaque juge européen prend en compte la décision de l'autre juge européen, notamment pour déterminer s'il existe une certaine harmonie juridictionnelle dans le système européen de protection des droits fondamentaux. Il faut d'abord analyser l'aspect négatif de l'autorité de la chose jugée, avec l'interdiction de rejuger ce qui l'a déjà été (A), puis l'aspect positif, qui permet une réouverture de procédure (B).

²²⁰⁰ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 15

²²⁰¹ R. LANNEAU, « La sécurité juridique, un essai de théorisation », *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2013, n° 3, p. 1110.

A. L'autorité négative de l'autorité de la chose jugée pour les décisions des juridictions européennes

La saisine de chacun des juges européens n'est pas systématiquement la première étape pour un justiciable. Il aura probablement tenté de saisir des juridictions internes dans un premier temps ou d'autres instances internationales, sauf pour un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union. Ainsi, chaque ordre juridique européen a prévu une irrecevabilité de saisine lorsqu'une autre décision a été prise sur le même contentieux, selon certaines conditions (1). Pour affirmer l'impossibilité d'un nouveau jugement, il faut assurer un suivi de l'exécution des arrêts des juges européens, pour contraindre l'État, ce qui se fait surtout par la procédure d'infraction ou de recours en manquement qui exprime la force exécutoire des décisions juridictionnelles (2).

1. La prise en compte des décisions juridictionnelles de chaque ordre juridique européen

Le versant négatif de l'autorité de la chose jugée apparaît dans l'article 35 § 2 b) de la Convention EDH puisqu'il s'agit de rejeter des recours lorsque la question a été tranchée par la Cour EDH ou une autre instance internationale. C'est bien l'expression négative de l'autorité de la chose jugée car la disposition implique de ne pas rouvrir un procès déjà tenu. Deux options se distinguent dans l'article 35 § 2 b) : soit la requête a déjà été présentée devant la Cour EDH soit devant une autre instance internationale. Lorsqu'il s'agit d'une requête devant la Cour EDH, il y a similitude entre les deux recours lorsqu'ils portent « *essentiellement sur la même personne, les mêmes faits et les mêmes griefs* »²²⁰². La Cour EDH précise le terme « essentiellement » en indiquant que le concept de grief ne correspond pas seulement aux bases juridiques visées mais aussi aux faits sur lesquels l'affaire repose²²⁰³. Néanmoins, la requête peut être examinée si les requérants démontrent qu'il existe des faits nouveaux, qui ne peuvent pas être de nouveaux arguments de droit²²⁰⁴, conformément à

²²⁰² Cour EDH, Gde chbr., 15 juin 2017, *Harkins c/ Royaume-Uni*, req. n° 71537/14, point 42.

²²⁰³ Cour EDH, 10 octobre 2017, *Khadzhimudov c/ Russie*, req. n° 21194/09 et 16 autres, point 80, en anglais dans le texte : « (i) an application is considered as being "substantially the same" where the parties, the complaints and the facts are identical; (ii) the concept of complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on ».

²²⁰⁴ Cour EDH, Gde chbr., 15 juin 2017, *Harkins c/ Royaume-Uni*, préc. Voir également N. FRICERO, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », *op. cit.*

l'article 80 du règlement de la Cour EDH. La seconde option concerne une procédure intervenue devant une autre instance internationale. La notion « d'instance internationale » est détaillée par la Cour EDH qui indique prendre en compte des décisions provenant d'organes à caractère judiciaire ou quasi judiciaire²²⁰⁵. La Cour de justice étant une instance judiciaire, il n'y a pas de doute quant à sa qualité d'instance internationale. En revanche, la question s'est posée de savoir si la Commission européenne faisait partie de ces instances internationales dans le cadre de la procédure en manquement suivant le dépôt d'une plainte individuelle. La Cour EDH estime qu'en raison du pouvoir discrétionnaire de la Commission européenne de choisir de suivre ou non la plainte²²⁰⁶ et de l'absence de réparation individuelle dans le cadre du manquement²²⁰⁷, la Commission européenne n'est pas une instance internationale visée à l'article 35 § 2 b). Ainsi, la procédure de plainte devant la Commission européenne ne peut être assimilée au recours individuel de l'article 34 de la Convention EDH, démontrant – s'il en était besoin – qu'un même contentieux peut se présenter devant les deux juridictions européennes. L'argument sur la réparation individuelle est quelque peu paradoxal puisque la Cour EDH n'est pas supposée redresser une situation individuelle et ne peut, en théorie, allouer une satisfaction équitable qu'à titre résiduel. *A contrario*, la Cour EDH a estimé que le Groupe de travail sur la détention arbitraire des Nations Unies est une instance internationale²²⁰⁸. Celui-ci peut être saisi d'une requête sur laquelle il enquête puis rend un avis assorti de recommandations. Cet avis est annexé au rapport annuel transmis au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Cette réponse donnée à la requête permet à la Cour EDH d'estimer que « *la procédure devant le Groupe de travail s'apparente, tant sous l'angle procédural que sous l'angle de ses effets potentiels, à la requête individuelle prévue par l'article 34 de la Convention* »²²⁰⁹. Pourtant, cette fois-ci, la décision n'affecte pas directement la situation individuelle car les décisions du Groupe de travail permettent seulement de déterminer « *les responsabilités étatiques quant aux cas de détention arbitraire constatés, voire de mettre fin aux situations litigieuses* »²²¹⁰. Il semble

²²⁰⁵ Cour EDH, 1^{er} février 2011, *Karoussiotis c/ Portugal*, req. n° 23205/08, point 62.

²²⁰⁶ *Ibidem*, points 68 et 69.

²²⁰⁷ *Ibid.*, point 74. Pour un autre exemple, la « Procédure 1503 » qui permet de déposer une requête devant le Haut-commissaire des droits de l'homme des Nations Unies a été considérée comme ne pouvant être assimilée à une instance internationale, notamment en raison du caractère confidentiel de la procédure et a pour objectif d'identifier des violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme : Cour EDH, 5 juillet 2007, *Celniku c/ Grèce*, req. n° 21449/04, point 40.

²²⁰⁸ Cour EDH, 7 avril 2009, *Peraldi c/ France*, req. n° 2096/05 (décision d'irrecevabilité).

²²⁰⁹ *Ibidem*.

²²¹⁰ *Ibid.*

que ce soit la proximité avec le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies qui emporte la conviction de la Cour, car celui-ci a auparavant été déclaré « instance internationale »²²¹¹. Dans le cas où une instance – au sens de l'article 35 § 2 b) – aurait déjà été saisie, la Cour EDH chercherait ensuite à déterminer s'il s'agit des mêmes personnes, faits et griefs²²¹².

Du côté de l'Union européenne, l'équivalent de cette irrecevabilité n'existe pas, notamment en raison de l'existence des différentes voies de droit devant la Cour de justice, qui fonctionnent avec des motifs différents d'irrecevabilité. En revanche, l'article 344 TFUE interdit aux États membres de soumettre un litige relatif au droit de l'Union à une autre instance nationale ou internationale – sous réserve d'un contrôle *ultra vires* par des juridictions nationales²²¹³. Cette disposition trouve son équivalent à l'article 55 de la Convention EDH, qui porte sur la renonciation à d'autres modes de règlement des différends. Les États doivent soumettre tout litige portant sur l'interprétation de la Convention EDH à la Cour EDH. La juridiction de l'Union avait d'ailleurs reproché au projet d'accord d'adhésion de ne proposer qu'une interprétation de l'article 55 de la Convention EDH, indiquant que les procédures devant la Cour de justice ne sont pas considérées comme un « règlement de différend »²²¹⁴ et de ne pas inclure l'article 344 TFUE. Pour la Cour de justice, ces garanties ne sont pas suffisantes car la juridiction estime que le projet d'accord d'adhésion ne protège pas sa compétence exclusive. Autrement énoncé, l'article 5 du projet d'accord permet à la Cour de justice d'apprécier le contentieux pouvant se présenter devant la Cour EDH, en prévoyant une dérogation à l'article 55 de la Convention EDH. L'argument peut être valable sur le terrain matériel, en considérant que les droits de la Convention EDH sont protégés par le biais de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais la juridiction de l'Union souhaitait que cette démarche s'accompagne d'une interdiction pour la Cour EDH de connaître inversement des litiges qui concerneraient le droit de l'Union, évidemment sur le terrain des droits garantis par la Convention EDH. La Cour de justice

²²¹¹ Cour EDH, 7 avril 2009, *Peraldi c/ France*, préc.

²²¹² Par exemple, un recours interétatique n'est pas identique à celui porté par un requérant individuel : Cour EDH, Gde chbr., 18 septembre 2009, *Varnava c/ Turquie*, req. n° 16064/90, point 118. Voir également Cour EDH, 25 septembre 2012, *Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c/ Turquie*, req. n° 20641/05. Le Comité syndical de l'OIT est admis comme une instance internationale mais la Cour EDH estime ensuite que les parties au litige sont différentes.

²²¹³ Voir, par exemple, L. DECHATRE, « Karlsruhe et le contrôle *ultra vires* : une « source de miel » pour adoucir la très acidulée décision Lisbonne, *RAE*, 2009/2010, n° 4, p. 861.

²²¹⁴ Article 5 « Interprétation des articles 35 et 55 de la Convention », Projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 28 juin 2013.

énonce que le 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 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* »²²¹⁵. La Cour de justice dénonce la possibilité pour les États membres – et l'Union même – de privilégier une saisine de la Convention EDH. Pourtant, la requête individuelle permettrait de pallier les défaillances des voies de droit devant l'Union qui ne permettent pas aux requérants ordinaires de faire valoir directement leurs droits fondamentaux face à un acte de l'Union. Par l'argument de l'incompatibilité de l'accord d'adhésion avec l'article 344 TFUE – ou tout le moins sans modification de cet article – la Cour de justice ferme entièrement la porte à une potentielle adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH et à la justiciabilité des actes de l'Union devant la Cour EDH.

L'autorité de la chose jugée dans son versant négatif empêche ici chaque juridiction de connaître un litige déjà tranché par l'autre juge européen. Il faut, pour que le concept d'autorité de la chose jugée soit pleinement assuré, prévoir un suivi de l'exécution des arrêts des juges européens.

2. La force exécutoire des décisions juridictionnelles européennes

L'autre point intéressant à relever pour la pleine application de l'autorité de la chose jugée concerne le suivi qui peut être donné juridiquement pour assurer l'exécution d'un arrêt des juridictions européennes. L'article 299 alinéa 2 TFUE affirme que les moyens d'exécution sont ceux du droit national civil. Néanmoins, des outils existent dans les deux ordres juridiques pour asseoir la force exécutoire des arrêts européens, valorisant ainsi l'autorité de la chose jugée.

Du côté de l'Union européenne, le recours en manquement a pour objectif de constater dans un premier temps, puis de sanctionner dans un second, le non-respect du droit de l'Union. Mais les potentialités de ce recours sont plus importantes que sa réalité. Étant donné que c'est la Commission européenne qui est à l'initiative d'un déclenchement de la

²²¹⁵ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

procédure de manquement – ou plus rarement un État membre – c’est cette institution qui façonne le concept de recours en manquement. Ainsi, même si le respect du droit de l’Union comprend les arrêts de la Cour de justice, la Commission ne s’appuie pas directement sur un arrêt pour constater un manquement, sauf évidemment le premier arrêt de manquement pour ensuite demander une sanction financière, le « manquement sur manquement ». L’argument pour cette démarche, qui exclut finalement la jurisprudence comme fondement d’un manquement, est que la jurisprudence utilise forcément une norme de l’Union « *et fait donc corps avec la disposition interprétée, de sorte que le manquement tient à la violation de cette disposition telle qu’interprétée par la Cour* »²²¹⁶. De plus, la Commission européenne ne prend que rarement pour fondement du manquement les droits fondamentaux de l’Union européenne, que ce soit la Charte des droits fondamentaux ou les principes généraux du droit²²¹⁷, alors qu’elle mettait en avant cette possibilité dans une communication sur la Charte dès 2010²²¹⁸. En effet, la Commission indique qu’un lien de rattachement avec le droit de l’Union est nécessaire pour utiliser les textes de droits fondamentaux. Il semble que l’institution ait une vision restrictive de ce lien de rattachement, contrairement à la Cour de justice et sa jurisprudence sur l’article 51 de la Charte²²¹⁹, portant sur la mise en œuvre du droit de l’Union. Il y aurait ainsi une différence dans l’approche relative à un lien de rattachement par rapport à une mise en œuvre de droit de l’Union, le rattachement étant appliqué au cas par cas par la Commission²²²⁰. Lorsqu’un droit fondamental a été substantiellement soulevé dans le cadre du recours en manquement, il l’a été par le biais d’une norme de droit dérivé ou accompagnant des normes de droit dérivé ou primaire. Par exemple, la protection des données personnelles et la non-discrimination sont deux thèmes présents dans la Charte qui ont servi de fondement à des recours en manquement mais en s’appuyant sur des directives précisant ces deux droits, notamment à l’encontre de la

²²¹⁶ V. MICHEL, « Recours en constatation de manquement », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en janvier 2015.

²²¹⁷ *Ibidem*.

²²¹⁸ Communication de la Commission européenne du 19 octobre 2010, Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l’Union européenne, COM(2010) 573 final, point 1.3.2 Procédures d’infraction : « *Lorsqu’un État membre ne respecte pas les droits fondamentaux lorsqu’il met en œuvre le droit de l’Union, la Commission [...] dispose de pouvoirs propres pour essayer de mettre fin à cette infraction et peut, le cas échéant, saisir la Cour de justice* », p. 10.

²²¹⁹ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI :EU :C :2013 :105. Voir N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l’équilibre constitutionnel entre l’Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 803.

²²²⁰ Communication de la Commission européenne du 19 octobre 2010, Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l’Union européenne, COM(2010) 573 final, point 1.3.2 Procédures d’infraction, p. 10.

Hongrie²²²¹. Il y a d'ailleurs eu un certain flottement pour déterminer si la Commission devait poursuivre la Hongrie pour les réformes législatives qu'elle a engagé dans de nombreux domaines, qui paraissent contraires aux critères de l'État de droit. C'est ce blocage qui a conduit la Commission à adopter par la suite un mécanisme de sauvegarde de l'État de droit en 2014²²²², qui permet d'instaurer un dialogue avec un État et de l'alerter sur son non-respect des valeurs de l'Union européenne. L'objectif est d'anticiper et d'éviter une mise en œuvre de l'article 7 TUE²²²³. C'est à l'encontre des nouvelles législations polonaises que la Commission a déclenché le mécanisme en 2016²²²⁴ et à défaut de réponse de la part du gouvernement, initié fin 2017 la procédure de l'article 7 TUE. Le Parlement européen a pris le relai en déclenchant en septembre 2018 l'article 7 TUE à l'encontre de la Hongrie. Toutefois, il faut relever que la Commission européenne a engagé plusieurs procédures en manquement contre la Pologne et la Hongrie en 2018 en s'appuyant sur un certain nombre de dispositions de la Charte des droits fondamentaux²²²⁵. De plus, il faut relativiser l'idée que la protection des droits fondamentaux n'est pas envisagée par la Commission européenne, car la première phase de la procédure de manquement est non-contentieuse²²²⁶, elle se déroule en dehors du prétoire et les documents dans ce cadre ne sont pas accessibles. Il est possible que la procédure pré-contentieuse permette de mettre un terme aux potentiels

²²²¹ Voir pour la protection des données personnelles, la directive 95/46/CEE ayant servi de fondement pour constater le manquement de la Hongrie (aff. C-288/12) et pour la non-discrimination à l'encontre du même État, la directive 200/78.

²²²² Communication de la Commission du 11 mars 2014, « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit », COM(2014) 158 final.

²²²³ Au sujet de la mise en œuvre de l'article 7 TUE, voir C. BLUMANN, « Le mécanisme des sanctions de l'article 7 du traité sur l'Union européenne : pourquoi tant d'inefficacité ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 77 et N. CARIAT, « L'évolution des mécanismes préexistants de contrôle par l'Union du respect des valeurs communes dans les États membres », pp. 79. et s.

²²²⁴ Le mécanisme a été déclenché le 13 janvier 2016. Il a débuté par une évaluation de la situation par la Commission ensuite transmise à la Pologne pour ouvrir un dialogue entre l'institution et l'État. L'échec de la procédure aboutit à l'utilisation de l'article 7 TUE. Voir F. BENOÎT-ROHMER, « La mise en œuvre du cadre de l'Union pour l'État de droit à l'égard de la Pologne », *RTDE*, 2017, n° 2, p. 352.

²²²⁵ Voir, pour les articles 7 concernant le respect de la vie privée et familiale, 8 sur la protection des données personnelles et 12 sur la liberté de réunion et d'association : Commission c/ Hongrie, aff. C-78/18 (affaire pendante à l'encontre de la législation hongroise limitant les donations étrangères à des associations hongroises) ; pour les articles 13 au sujet de la liberté des arts et des sciences, 14 § 3 concernant la liberté de créer des établissements d'enseignement et 16 sur la liberté d'entreprise : Commission c/ Hongrie, aff. C-66/18 (affaire pendante à l'encontre d'une législation hongroise limitant l'accès d'entreprises étrangères à l'enseignement en Hongrie) ; pour l'article 17 et le droit de propriété : Commission c/ Hongrie, aff. C-235/17 (affaire pendante à l'encontre d'une législation hongroise qui supprime l'usufruit sur les terres productives) et pour l'article 47 sur le droit à un recours effectif : Commission c/ Pologne, aff. C-192/18 (affaire pendante à l'encontre de la législation polonaise qui abaisse l'âge de mise à la retraite des juges).

²²²⁶ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, p. 805.

litiges fondés sur des droits fondamentaux. *A priori*, l'insertion du texte de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union ne changerait pas cette position même si utiliser le recours en manquement pour le non-respect de la Convention EDH permettrait d'anticiper une saisine de la Cour EDH en cas d'adhésion et répondre à certaines des critiques adressées par la Cour de justice dans l'avis 2/13²²²⁷.

Une procédure en manquement existe à l'article 46 dans la Convention EDH, tel que modifié par le protocole n° 14. Elle a été mise en œuvre pour la première fois au même moment que l'article 7 TUE, en décembre 2017²²²⁸, démontrant une évolution parallèle des deux ordres juridiques européens et une certaine convergence de leur démarche au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. Ce parallélisme peut aussi s'expliquer par l'absence de recours initié par les États, qui devaient pourtant être actifs pour protéger la Convention EDH. Conformément à l'article 46 de la Convention EDH, c'est le Comité des ministres qui a saisi la Cour EDH pour constater le manquement d'un État à exécuter un arrêt de la juridiction des droits de l'homme. Selon l'article 46 § 4, le Comité des ministres doit décider à la majorité des deux tiers, après mise en demeure de l'État, de saisir la Cour EDH pour constater un manquement à l'exécution de son arrêt. Si le manquement est constaté, la Cour EDH renvoie l'affaire au Comité des ministres pour qu'il examine les mesures à prendre. En l'absence de manquement, la procédure se clôt. Il a fallu attendre trois années pour que la procédure soit utilisée par le Comité des ministres, alors que « *l'exécution des arrêts est la phase la plus importante et la plus cruciale du système de protection* »²²²⁹. En l'occurrence, la procédure vise l'Azerbaïdjan qui a manqué de se conformer à un arrêt de 2014²²³⁰, en ne libérant pas un opposant politique. Le statut du Conseil de l'Europe prévoit une possibilité de suspension du droit de représentation des États membres, sur invitation du Comité des ministres. Cette suspension est prononcée en cas de non-respect des valeurs du Conseil de l'Europe, qui sont précisées pour le Conseil de l'Europe à l'article 3 du statut. « *Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa*

²²²⁷ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

²²²⁸ Voir C. BLUMANN, « Le mécanisme des sanctions de l'article 7 du traité sur l'Union européenne : pourquoi tant d'inefficacité ? », *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 77.

²²²⁹ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *CDE*, 2012, n° 2, p. 313.

²²³⁰ Cour EDH, 22 mai 2014, *Ilgar Mamadov, req.* n° 15172/13.

juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Ainsi, le manquement à un arrêt de la Cour EDH pourrait caractériser ce non-respect des valeurs du Conseil de l'Europe et entraîner une suspension des droits de participation au Conseil de l'Europe, comme pour l'article 7 TUE. Même si aucun titre n'a été donné formellement à cette procédure de manquement déclenchée par le Comité des ministres, elle se rapproche clairement de celle envisagée dans l'Union européenne, ce qui démontre une convergence en termes de voie de recours²²³¹.

L'autorité de la chose jugée dans son versant négatif est bien prévue par les deux ordres juridiques européens, indiquant une volonté d'harmonie et de stabilité juridique au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. À l'inverse, la déstabilisation par la prise en compte de l'aspect positif de l'autorité de la chose jugée est surtout possible pour assurer l'exécution des arrêts de la Cour EDH.

B. L'autorité positive de la chose jugée : la réouverture d'une affaire

Deux options sont souvent évoquées, qui pourraient s'inscrire en opposition avec le principe de l'autorité de la chose jugée mais qui relèvent plutôt de l'autorité positive de la chose jugée, donc de la prise en compte de la décision définitive d'une juridiction. Il s'agit de la réouverture et du réexamen. Le réexamen d'une affaire peut s'opérer par l'adoption de différentes mesures, par exemple une indemnisation ou une décision provenant d'un juge de l'application des peines²²³², alors que la réouverture vise plus précisément une voie de droit²²³³. Donc le réexamen d'une décision peut se faire par le biais de la réouverture d'une procédure. La réouverture implique de revenir sur une décision de justice définitive qui a acquis l'autorité de la chose jugée. Ainsi, elle conduit à « *mettre à néant la décision juridictionnelle qui en avait été l'issue pour lui substituer la décision qui sera prise à l'issue*

²²³¹ Cette convergence se confirme avec l'avis du protocole n° 16. En effet, le concept de l'avis est largement calqué sur celui du renvoi préjudiciel bien que la valeur non contraignante de l'avis soit explicitement indiquée et peut les différencier.

²²³² N. PERLO, « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *RFDC*, 2015, n° 104, p. 902.

²²³³ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, n° 46, p. 715 et S. PERDU, « Vers un réexamen d'une décision définitive du juge administratif français après une condamnation européenne ? », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 175.

d'un nouveau procès »²²³⁴. Cette mise à néant est importante car elle s'oppose à l'idée de l'autorité de la chose jugée qui est de stabiliser les relations juridiques. La législation française, qui prend en compte les décisions de la Cour EDH, a choisi d'identifier la procédure en tant que « réexamen »²²³⁵. Il faut donc s'intéresser au concept de la réouverture par rapport à l'autorité de la chose jugée (1) pour ensuite analyser le réexamen tel que prévu en France (2).

1. Les hypothèses de réouverture de décisions nationales

La réouverture permet de prendre en compte des éléments nouveaux tout en déstabilisant ce qui a été jugé définitivement, « *sur le plan de l'opportunité, est mis en avant le fait que la mise en cause de la chose jugée interne définitive crée un trouble social qui ne peut être accepté que par le risque d'un trouble encore plus grand* »²²³⁶. En matière pénale, le trouble peut être causé aux tiers, aux co-accusés, aux victimes qui ne sont pas nécessairement associés à la nouvelle décision mais le trouble le plus grave affecte l'auteur de l'infraction qui doit être jugé conformément aux droits à un procès équitable, en prenant en compte tous les éléments disponibles. En matière civile, la décision peut avoir un impact non négligeable sur la situation d'une personne. Ainsi, « *la protection des droits fondamentaux, et notamment le respect des règles du procès équitable, justifie pleinement des exceptions à ce principe de l'autorité de la chose jugée* »²²³⁷.

La question du réexamen est plus fréquemment envisagée pour les décisions de la Cour EDH que pour celles de la Cour de justice. Dans les deux cas, il n'est pas évident de rouvrir une procédure nationale en raison d'une décision prise au niveau européen, même si cette réouverture permet la *restitutio in integrum*²²³⁸. Seule la décision de la Cour EDH permet cette remise en cause qui pose question en termes de sécurité juridique, même si en

²²³⁴ M. LAFOUCARDE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutive à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, 2014, p. 7.

²²³⁵ *Ibidem*.

²²³⁶ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 718.

²²³⁷ C. PETTITI, « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000 », *RTDH*, 2001, n° 45, p. 12.

²²³⁸ G. COHN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 46.

dehors des droits fondamentaux la question de la répétition de l'indu²²³⁹ peut s'insérer dans le concept plus large de réexamen. En effet, en raison d'un prélèvement financier contraire au droit de l'Union, un juge peut être saisi afin qu'il prononce le remboursement de la somme reçue. La différence peut également tenir au fait que le renvoi préjudiciel auprès de la Cour de justice intervient lors d'un litige en cours, offrant ainsi la possibilité d'adapter la solution au droit de l'Union et d'anticiper toute contradiction. Même si la réouverture d'une décision de justice nationale n'existe pas formellement après un arrêt rendu par la Cour de justice, « *la question est celle de savoir dans quelle mesure le principe de sécurité juridique, dont le principe de l'autorité de chose jugée est une émanation, peut s'opposer à l'application effective du droit de l'Union européenne (qui prime sur le droit national contraire) lorsqu'une violation du droit de l'Union européenne devient définitive en droit national par l'effet de cette autorité de chose jugée* »²²⁴⁰. En principe, l'autonomie procédurale des États prend le dessus, « *le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause* »²²⁴¹. La Cour de justice, reconnaît tout d'abord l'importance de l'autorité de la chose jugée « *tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux* »²²⁴². Ensuite, l'absence de réouverture permet de valoriser l'autorité de la chose jugée, pour la sécurité juridique et une bonne administration de la justice. En conséquence, le principe d'équivalence n'oblige pas les autorités nationales à prévoir un réexamen pour des contestations civiles, même si celui-ci est prévu en matière administrative²²⁴³. En revanche, cela signifie que l'existence d'une réouverture pour une procédure administrative qui a concerné le droit de l'Union européenne doit pouvoir bénéficier à ce droit à la suite d'une décision de la Cour de justice²²⁴⁴. De plus, la Cour de justice rappelle qu'il est toujours possible de faire valoir ses droits en engageant la

²²³⁹ Voir à ce sujet D. SIMON, « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, actualisé en septembre 2012.

²²⁴⁰ J. DERENNE, « Chapitre 1 – L'autorité de la chose jugée à l'épreuve du droit de l'Union européenne. Du principe d'effectivité en général et des règles spécifiques en matière d'aides d'État », in *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, C. VERDURE et V. GIACOBBO PEYRONNEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 350.

²²⁴¹ CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/03, *Rec.* p. I-2585, point 21.

²²⁴² Voir au sujet de la répétition de l'indu : CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Dragoș Constantin Târșia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, point 28 et pour une demande d'annulation d'une mesure restrictive : Trib. UE, Ord., 1^{er} septembre 2015, *Eyad Makhlouf*, aff. T-441/13, ECLI:EU:T:2015:591, point 21.

²²⁴³ CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Dragoș Constantin Târșia*, aff. C-69/14, préc., point 35.

²²⁴⁴ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec.* p. I-837, point 28.

responsabilité de l'État pour non-respect du droit de l'Union²²⁴⁵. Néanmoins, les arrêts préjudiciels sont rétroactifs et doivent être pris en compte par tous les juges nationaux *a minima* en raison de l'autorité de la chose interprétée. Ainsi, l'État membre doit respecter les décisions rendues sur renvoi préjudiciel et ne peut opposer le caractère définitif d'une décision pour échapper à la bonne application du droit de l'Union²²⁴⁶. Toutefois, il est possible d'appliquer le droit de l'Union sans rouvrir la procédure en n'exécutant pas un arrêt par exemple. L'autorité de la chose jugée est entière mais l'arrêt est alors dénué de force exécutoire²²⁴⁷.

Les cas qui nécessiteraient une réouverture semblent de toute façon rares et relèvent normalement de domaines graves pour les individus. Il s'agit surtout des réglementations adoptées dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En outre, l'existence du renvoi préjudiciel permet de prévenir les cas d'erreur d'interprétation du droit de l'Union par le juge national et de réduire les hypothèses où une réouverture serait nécessaire. Le recours en manquement peut certes être initié par une plainte privée mais portera sur une législation ou un comportement étatique, pas sur un cas individuel. Enfin, le recours en annulation a pour objectif de demander l'abrogation d'une norme de l'Union. La seule possibilité serait alors que l'annulation porte sur un acte de l'Union qui a auparavant servi de fondement à une décision nationale et que celle-ci puisse alors être remise en cause et permettre la réouverture de la procédure pour le requérant individuel qui est à l'origine du recours en annulation. L'obstacle majeur étant la difficulté pour des requérants ordinaires d'être recevables en prouvant qu'ils sont individuellement et directement concernés par l'acte de l'Union²²⁴⁸. Quoiqu'il en soit, cela relève de la procédure nationale en l'absence d'harmonisation procédurale.

Ainsi, la réouverture de décisions devenues définitives est surtout prévue et incitée pour les arrêts de la Cour EDH. Il est assez paradoxal de relever que la Cour de justice insiste régulièrement sur le poids à accorder à ses arrêts mais que la réouverture est plus limitée.

²²⁴⁵ *Ibidem*, point 40.

²²⁴⁶ Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 473.

²²⁴⁷ *Ibidem*. Voir également CJCE, Gde chbr., 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec.* p. I-6199.

²²⁴⁸ K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers », *CDE*, 2009, n° 4, p. 711.

Alors que l'exécution des arrêts de la Cour EDH est une difficulté régulièrement soulevée, la plupart des États parties ont tout de même prévu la possibilité d'une réouverture, ce qui se vérifie notamment s'agissant de la France.

2. *Le cas de réouverture français : la procédure de réexamen*

Une recommandation du Comité des ministres de 2000 incitait fortement les États parties à permettre la réouverture d'un procès à la suite d'une constatation de violation par la Convention EDH²²⁴⁹. La réouverture, qui a d'abord été envisagée par la Suisse, a par la suite été généralisée, de sorte qu'elle concerne maintenant la grande majorité des États parties à la Convention EDH²²⁵⁰. La France a été l'un des seuls États, avec l'Islande et la Turquie qui refusait cette approche alors que d'autres envisageaient déjà la réouverture de tous les procès, y compris civils, comme en Suisse ou en Bulgarie²²⁵¹. C'est avec une loi du 15 juin 2000²²⁵² que la procédure de réexamen est introduite dans le droit pénal français. En France, cette réouverture est dénommée réexamen et considérée comme une « *hypothèse originale d'ouverture d'une nouvelle voie de recours contre un jugement national, qui révèle le poids d'un arrêt de la Cour européenne, sans pourtant renforcer son autorité juridique* »²²⁵³. Les conditions prévues sont assez strictes, l'article 622-1 du Code de procédure pénale dispose qu'elle n'est possible que si la satisfaction équitable n'est pas une réparation suffisante et que la violation « *par sa nature et sa gravité* » entraîne des conséquences dommageables. De plus, le réexamen doit être demandé dans l'année qui suit la décision de la Cour EDH, limite temporelle allant dans le sens d'un respect de l'autorité de la chose jugée. En 2016, la France a ajouté la possibilité d'un réexamen en matière civile, limité aux cas relatifs à l'état des personnes²²⁵⁴, qui reprend les conditions du réexamen pénal, aux articles L. 425-1 et suivants du Code l'organisation judiciaire. Cette réouverture a un impact sur le concept d'autorité de la chose jugée de la décision nationale qui s'en trouve

²²⁴⁹ Recommandation n° R (2000) du Comité des ministres du 19 décembre 2000.

²²⁵⁰ M. LAFOUCARDE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutive à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, op. cit., p. 5.

²²⁵¹ P. BONFILS, « L'absence d'effet direct des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière civile », *JCP G*, 21 décembre 2005, n° 51.

²²⁵² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, *JORF* n° 138 du 16 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Voir F. CHÉNÉDÉ, « Réexamen d'une décision civile après condamnation de la CEDH », *AJ Famille*, 2016, p. 595.

²²⁵³ N. FRICERO, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », *Procédures*, août 2007, étude 21.

²²⁵⁴ Loi n° 2016-1547 du 16 novembre 2016, *JORF* n° 269 du 19 novembre 2016.

ébranlée²²⁵⁵. *A contrario*, en l'absence de réexamen, la décision de condamnation rendue par la Cour EDH n'aurait d'effet que pour des futurs litiges mais pas pour le requérant qui a porté le contentieux devant la juridiction des droits de l'homme. Ainsi, la tendance semble se diriger vers une généralisation du réexamen pour les procédures civiles et pénales²²⁵⁶. Cependant, en France, les cas de réexamens sont rares²²⁵⁷ et semblent davantage relever du volontarisme européen que d'une nécessité juridique interne²²⁵⁸.

Dans une décision rendue en 2017 sur une procédure de réexamen national, la Cour EDH admet que la décision de réouverture d'un procès relève de la marge d'appréciation des États²²⁵⁹, même si la juridiction des droits de l'homme peut indiquer que la réouverture lui semble être la seule possibilité pour réparer le préjudice²²⁶⁰. Il est intéressant de relever que la Cour EDH a statué sur la compatibilité d'une procédure de réouverture par rapport au procès équitable. Dans l'arrêt *Sfinx c/ République de Moldova* de 2012²²⁶¹, la juridiction des droits de l'homme indique que le principe reste l'autorité de la chose jugée et l'exception une réouverture ou un réexamen, au nom du droit au procès équitable, associé au principe de la sécurité des rapports juridiques²²⁶². La Cour EDH admet une violation, en l'espèce, de l'article 6 de la Convention EDH en raison du réexamen. Les jurisprudences des juridictions européennes se rejoignent d'ailleurs sur ce point car la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît également l'effet négatif que peut avoir un réexamen sur le principe de sécurité juridique en raison de modifications substantielles que cela peut entraîner sur la décision initiale²²⁶³. C'est pour cela que la Cour de justice prend soin de rappeler que le principe de

²²⁵⁵ M.-H. RENAUT, « Révision et réexamen : les condamnations pénales sont de moins en moins définitives », *LPA*, 18 mars 2003, n° 55, p. 6.

²²⁵⁶ P. BONFILS, « L'absence d'effet direct des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière civile », *op. cit.*, n° 51.

²²⁵⁷ Le premier cas de réexamen civil a lieu en 2018 au sujet de la filiation des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, voir J. GUILLAUMÉ, « La Cour de réexamen des décisions civiles rend ses premières décisions en matière de gestation pour autrui », *D.*, 2018, n° 15, p. 825.

²²⁵⁸ F. LAZAUD, « Une décennie de mise en œuvre du droit au réexamen d'une condamnation pénale consécutivement à un arrêt : l'heure de la désillusion et du retour aux sources », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss, L'homme et le droit*, Pedone, Paris, 2014, p. 546 et F. MÉLIN, « La Cour de réexamen des décisions civiles prononce ses deux premiers arrêts », *Dalloz Actualités*, 20 février 2018.

²²⁵⁹ Cour EDH, Gde chbr., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c/ Portugal (n° 2)*, req. n° 19867/12, point 53. Voir également L. MILANO, « Contrôle de la Cour européenne sur les procédures de réexamen », *JCP G*, 4 septembre 2017, p. 904.

²²⁶⁰ X. DOMINO, « De la tenace autorité de la chose inconventionnellement jugée », *AJDA*, 2012, p. 2162 et Cour EDH, 23 octobre 2003, *Gençel c/ Turquie*, req. n° 53431/99, point 27.

²²⁶¹ Cour EDH, 25 septembre 2012, *Sfinx c/ République de Moldova*, req. n° 28439/05, points 20 et 21.

²²⁶² C. PETTITI, « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000 », *RTDH*, 2001, n° 45, p. 12.

²²⁶³ CJUE, 20 décembre 2017, *Incyte Corporation*, aff. C-492/16, ECLI:EU:C:2017:995, point 49.

reconnaissance mutuelle n'entraîne pas la possibilité pour le juge d'un État membre de réexaminer la décision rendue par le juge d'un autre État membre. Cela démontre que la juridiction de l'Union s'inquiète et limite l'application de l'autorité de la chose jugée dans les rapports horizontaux entre États membres. « *Il s'ensuit que le juge national ne saurait [...] réexaminer et modifier les modalités d'exécution d'une décision de condamnation rendue antérieurement dans un autre État membre et déjà exécutée* »²²⁶⁴.

Il est possible de se demander si la réouverture d'une procédure pénale ou civile pour respecter une décision de la Cour EDH peut entraîner l'application du principe d'équivalence issu du droit de l'Union, qui fonctionne avec le principe de l'autonomie procédurale et institutionnelle des États membres en l'absence de règles communes. La conséquence de l'application de cette équivalence serait de devoir assurer également un réexamen des décisions de la Cour de justice ayant des conséquences graves pour les personnes. En théorie, l'idée est que le droit de l'Union ne doit pas être moins bien traité que le droit national. La première question est ainsi de savoir si la procédure de réexamen pour prendre en compte les arrêts de la Cour EDH est considérée comme étant du droit national. En cas de réponse positive, il faudrait prévoir *a minima* des réouvertures dans les mêmes cas que pour la Cour EDH. Pour déterminer l'équivalence des procédures, le juge national doit « *vérifier la similitude des recours sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels* »²²⁶⁵. La Cour de justice précise que la similitude envisagée doit être vérifiée objectivement, abstraitement et en prenant en compte l'ensemble de la procédure, de son déroulement et des éventuelles particularités de celle-ci²²⁶⁶. L'obstacle majeur serait en réalité l'objet du recours qui est différent devant la Cour EDH et la Cour de justice. Le requérant souhaite voir condamner un État pour non-respect de la Convention EDH, ce qu'un individu ne peut pas faire directement devant la Cour de justice. Pour revendiquer la responsabilité d'un État en violation du droit de l'Union, le requérant doit s'adresser aux juridictions nationales. Donc l'équivalence ne semble pas pouvoir être caractérisée et le réexamen des décisions internes à la suite d'arrêts de la Cour de justice peu probable, en tout cas sur le fondement d'une procédure équivalente avec celle prévue pour les décisions de la Cour EDH.

²²⁶⁴ CJUE, 21 septembre 2017, *Trayan Beshkov*, aff. C-171/16, ECLI:EU:C:2017:710, point 46.

²²⁶⁵ J.-G. HUGLO, « La répétition de l'indu communautaire », étude disponible sur le site de la Cour de cassation, 2000.

²²⁶⁶ *Ibidem*, et CJCE, 16 mai 2000, *Preston et Fletcher*, aff. C-78/98, *Rec.* p. I-3201.

Le principe de sécurité juridique a pour objectif évident la stabilité des relations juridiques et *in fine* la paix sociale²²⁶⁷. Le respect de l'autorité de la chose jugée s'inscrit dans cette lignée et représente d'ailleurs une application de la sécurité juridique qui concerne le régime des décisions juridictionnelles. Cette autorité existe pour les décisions des juges européens qui peuvent avoir pour conséquence de relativiser l'autorité de la chose jugée nationale par l'obligation d'une réouverture. La réouverture apparaît « *comme un facteur potentiel de déstabilisation du système juridique, pouvant conduire à la remise en cause de l'autorité de la chose jugée* »²²⁶⁸. Il semble donc nécessaire de renforcer la stabilité du système européen de protection des droits fondamentaux, en proposant cette fois des outils qui pourraient être utiles en tant que pistes de stabilisation.

Section 2 : Les outils de stabilisation du système

Au titre des outils, autrement dit des moyens, à disposition du juge pour permettre une rencontre et une harmonisation dans le système européen de protection des droits fondamentaux, deux concepts sont particulièrement pertinents. Ils sont actuellement développés en parallèle mais pourraient se rejoindre. D'une part, les notions autonomes, déjà envisagées mais dans le cadre d'une démarcation de l'ordre juridique européen²²⁶⁹. L'autonomisation pourrait être mise en commun et servir à se distancier des notions nationales pour découvrir des notions européennes communes (§1). D'autre part, les obligations positives, qui incitent les États à protéger activement les droits fondamentaux se développent et les exigences posées par les juges européens pourraient se rencontrer pour une harmonisation dans le système européen de protection des droits fondamentaux (§2).

²²⁶⁷ M. LAFOUCARDE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutive à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, 2014, p. 217.

²²⁶⁸ N. PERLO, « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *RFDC*, 2015, n° 104, p. 891.

²²⁶⁹ Voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

§1. La possibilité de notions européennes communes dans le système européen de protection des droits fondamentaux

L'utilisation de notions autonomes est une méthode d'interprétation qui permet de déterminer le sens précis d'une notion au niveau européen, indépendamment de celui qui peut être donné au niveau national. « *Les notions autonomes ont pour objet d'empêcher que des définitions nationales divergentes ne viennent remettre en cause l'application uniforme du droit de l'Union européenne sur l'ensemble de son champ d'application territorial* »²²⁷⁰. Cette affirmation vaut évidemment pour les termes utilisés par la Cour EDH – ainsi que le Comité EDS²²⁷¹ – et il est intéressant de voir que l'élaboration des notions autonomes est similaire à l'approche retenue dans l'Union européenne (A) pour constater une évolution vers des notions européennes communes (B).

A. L'élaboration des notions autonomes européennes

L'expression « notions autonomes » permet de désigner la démarche de chaque juridiction européenne étant entendu qu'en pratique, la Cour EDH se réfère souvent à un « concept autonome »²²⁷², tandis qu'il existe une certaine variation du côté de la Cour de justice²²⁷³ : « portée autonome », « interprétation autonome », « notion communautaire », « interprétation communautaire », « définition autonome » ou « déterminée de manière autonome »²²⁷⁴. Ce phénomène d'autonomisation arrive rapidement, dès l'arrêt *Unger* de 1964²²⁷⁵ pour la Cour de justice et l'arrêt *Engel* de 1976²²⁷⁶ pour la Cour EDH. Pour

²²⁷⁰ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, n° 1, p. 21.

²²⁷¹ Voir, par exemple, Comité EDS, 14 mai 2013, *Finnish Society of Social Rights c/ Finlande*, réclamation n° 88/2012, point 6 « *la représentativité des syndicats est une notion autonome qui n'a pas la même portée que la notion nationale de représentativité* ».

²²⁷² D'ailleurs souvent utilisé pour l'article 8 de la Convention EDH : voir par exemple Cour EDH, 18 novembre 2004, *Prokopovitch c/ Russie*, req. n° 58255/00, point 36 ; Cour EDH, 17 octobre 2013, *Winterstein e. a. c/ France*, req. n° 27013/07, point 141 ou encore Cour EDH, 18 janvier 2018, *FNASS*, req. n° 48151/11 et 77769/13, point 154.

²²⁷³ Voir D. SIMON, « Les « notions autonomes » en droit de l'Union », *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, Issy-Les-Moulineaux, 2015, p. 97.

²²⁷⁴ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *op. cit.*, p. 37.

²²⁷⁵ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, *Rec.* p. 367. La Cour de justice justifie la nécessité de dégager une « portée communautaire », à défaut « *chaque État aurait alors la possibilité de modifier le contenu de la notion* ». Voir également D. SIMON, « Les « notions autonomes » en droit de l'Union », *op. cit.*, p. 100.

²²⁷⁶ Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, req. n° 5100/71, point 81 : « *La Cour a déjà jugé que le mot « accusation » doit se comprendre « au sens de la Convention »* ».

comprendre ses incidences , il faut d’abord déterminer s’il existe une technique d’élaboration des notions (1) et ensuite dans quelles matières celles-ci s’épanouissent plus particulièrement (2).

1. La technique d’élaboration des notions autonomes européennes

La Cour EDH et la Cour de justice ne justifient pas leur choix concernant l’existence même des notions autonomes, se contentant d’en dégager lorsque cela leur semble nécessaire²²⁷⁷. La raison pour laquelle une notion est ciblée comme autonome n’est pas indiquée, même s’il semble que le juge adopte cette démarche pour éclairer une notion imprécise. En effet, tant la Convention EDH que les traités de l’Union proviennent du droit international, ils sont donc issus de compromis entre des États. En réalité, l’imprécision est souvent délibérée²²⁷⁸, comme dans l’article 6 de la Convention EDH dans lequel les notions de caractère civil et accusation pénale ne sont pas définies, et font rapidement l’objet d’une délimitation par le juge des droits de l’homme. Dans l’Union européenne, l’absence de renvoi au droit national est une condition supplémentaire pour que le juge de l’Union autonomise une notion²²⁷⁹, logique par rapport au principe de subsidiarité. Ce sont d’ailleurs les normes de droit dérivé qui peuvent laisser subsister un certain flou. Par exemple, dans le cas de l’embryon humain qui n’est pas défini par la directive²²⁸⁰, la Cour de justice propose une définition de cette notion, qui prête déjà à débat sur le terrain scientifique, « *tout ovule humain doit, dès le stade de sa fécondation, être considéré comme un « embryon humain »* »²²⁸¹. Mais la juridiction de l’Union continue en élargissant sa définition aux ovules humains non fécondés²²⁸². Dans cet exemple, la Cour de justice laisse en

²²⁷⁷ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *op. cit.*, p. 24.

²²⁷⁸ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l’homme*, LGDJ, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2009, p. 66.

²²⁷⁹ CJUE, Gde chbr., 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10, *Rec.* p. I-9821, point 25 : « *selon une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l’application uniforme du droit de l’Union que du principe d’égalité que les termes d’une disposition du droit de l’Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l’Union, une interprétation autonome et uniforme* ». Voir également les conclusions de l’avocat général Henrik SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 octobre 2017, sur l’affaire *DOCERAM*, aff. C-395/16, ECLI:EU:C:2017:779, point 24.

²²⁸⁰ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JOUE* n° L 213, 7 juillet 1998, p. 13.

²²⁸¹ CJUE, Gde chbr., 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10, préc., point 35.

²²⁸² *Ibidem*, point 36, précisément la Cour énonce que : « *Doivent également se voir reconnaître cette qualification l’ovule humain non fécondé, dans lequel le noyau d’une cellule humaine mature a été implanté, et l’ovule humain non fécondé induit à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse. Même si*

revanche le juge national définir une partie de la notion d'embryon, afin de déterminer si les cellules souches obtenues à partir d'un embryon sont considérées également comme embryon humain²²⁸³, créant une notion autonome mixte. Étonnamment, cette notion qui peut être au cœur des débats relatifs au droit à la vie, ne fait pas l'objet d'une autonomisation par la Cour EDH. Simplement, la juridiction des droits de l'homme indique que la Cour de justice s'est emparée du terme mais sans continuer dans cette direction²²⁸⁴. Des juges s'offusquaient déjà de cette réserve, dans le cadre du droit à la vie, dans l'affaire *Vo c/ France* de 2004 qui portait sur l'homicide involontaire de l'embryon : « *le travail du juriste, en particulier du juge, et singulièrement d'un juge des droits de l'homme, implique de dégager des notions – notions autonomes s'il le faut, notre Cour ne s'en est jamais privée [...] pourquoi ne le ferait-elle pas pour la « personne » ou le « droit à la vie ?* »²²⁸⁵. Cette imprécision peut être étonnante car les textes de droit dérivé de l'Union européenne contiennent toujours un premier article énonçant des définitions²²⁸⁶. Une notion qui ne fait pas l'objet d'une définition serait alors soit trop évidente – mais ce n'est pas convaincant comme le démontre l'exemple de « l'embryon humain » – soit trop problématique de sorte que les États ne se sont pas entendus lors de l'adoption de la norme, ce qui paraît plus réaliste. Ainsi, le juge prend le relai en raison de l'échec du législateur et donne une définition d'un terme nécessitant des éclaircissements. Le juge utilise alors une démarche interprétative habituelle en contextualisant la notion. Dans l'arrêt *Brüstle* de 2011²²⁸⁷, la Cour de justice s'appuie ainsi sur l'objet et le but de la directive²²⁸⁸, ou encore les différentes versions linguistiques du texte en question s'agissant de la détermination de la notion autonome de

ces organismes n'ont pas fait l'objet, à proprement parler, d'une fécondation, ils sont, ainsi qu'il ressort des observations écrites déposées devant la Cour, par l'effet de la technique utilisée pour les obtenir, de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain comme l'embryon créé par fécondation d'un ovule ».

²²⁸³ *Ibid.*, point 37.

²²⁸⁴ Cour EDH, Gde chbr., 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, req. n° 46470/11, points 17 et s.

²²⁸⁵ Voir les opinions dissidentes des juges Costa et Traja, sous l'affaire Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, req. n° 53924/00, point 7.

²²⁸⁶ Voir par exemple la directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données (*JOUE* n° L 119, 4 mai 2016, p. 89) qui contient 16 définitions (article 3) ou encore la directive « retour » 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (*JOUE* n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98) qui en contient 9 (article 3).

²²⁸⁷ CJUE, Gde chbr., 18 octobre 2011, *Brüstle*, préc.

²²⁸⁸ *Ibidem*, point 27.

détention²²⁸⁹.

La notion autonome propose donc une définition du terme imprécis mais en réalité cette définition n'est pas toujours claire. En effet, les deux juridictions européennes n'accompagnent pas toujours l'autonomisation d'une explication, ce qui pose évidemment des questions sur la protection de la sécurité juridique²²⁹⁰. Le terme se voit ôter sa définition nationale pour se voir octroyer un statut européen mais sans que le contour du terme ne soit indiqué, même si l'évolution montre que la notion autonome est de plus en plus souvent explicitée. Par exemple, en 2016, la Cour de justice a autonomisé la notion d' « autorité judiciaire », fréquemment utilisée dans les réglementations de droit pénal ²²⁹¹ en la définissant comme toute « *autorité appelée à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné* »²²⁹². La définition est donc assez brève et ne donne pas de critère précis. Elle permet une conception très large de la notion d'autorité judiciaire²²⁹³, comme pour l'embryon. D'ailleurs les deux juridictions européennes autonomisent souvent dans l'objectif d'élargir l'applicabilité d'un droit.

Le choix du contenu de la notion n'est pas davantage précisé, même si le droit comparé semble avoir une influence pour le fixer. Cette influence est implicite pour la Cour de justice, contrairement à la Cour EDH, « *les juridictions de l'Union européenne évitent donc de faire explicitement référence au droit comparé et en ce sens elles s'éloignent de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'hésite pas à utiliser fréquemment le droit comparé pour parvenir à offrir une définition pertinente au concept autonome* »²²⁹⁴. En bref,

²²⁸⁹ CJUE, 28 juillet 2016, *JZ*, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610.

²²⁹⁰ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 95. et L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *op. cit.*, p. 27.

²²⁹¹ Voir par exemple, l'article 8 de la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294, 6 novembre 2013, p ; 1 ou encore l'article 1 de la directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne, *JOUE* n° L 338, 21 décembre 2011, p. 2.

²²⁹² Voir les arrêts de la Cour de justice du 10 novembre 2016, *Poltorak*, aff. C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858 et *Kovalkovas*, aff. C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861.

²²⁹³ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », juin 2017, disponible sur www.gdr-elsj.eu.

²²⁹⁴ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *op. cit.*, p. 56. Par exemple dans son arrêt *Pellegrin c/ France*, la Cour EDH s'appuie sur la position de l'Union européenne, dans les

l'élaboration de notions autonomes est un « *phénomène encore plus inconscient, et d'une certaine façon mystérieux, car il consiste dans la synthèse d'éléments divers, d'origines différentes, qu'il est souvent malaisé d'identifier* »²²⁹⁵. D'autant plus mystérieux que, du côté de la Cour de justice, la majorité des notions autonomes sont énoncées une seule fois sans être réitérées ensuite, laissant planer un doute quant à leur stabilité²²⁹⁶.

Les notions autonomes représentent un outil utile pour les juges européens afin de donner une définition originale d'un terme, qui se détache des perceptions nationales²²⁹⁷. La technique pour autonomiser n'est pas entièrement fixée et les matières faisant l'objet d'une autonomisation sont fluctuantes. Actuellement, les notions choisies par les deux juges européens ne se rencontrent pas exactement mais peuvent porter sur les mêmes domaines. Une évolution envisageable pourrait être la rencontre de ces notions qui deviendraient alors communes au sein du système européen de protection des droits fondamentaux.

2. Les matières concernées par les notions autonomes européennes

Pour les deux juges européens, les notions autonomes se sont « *initialement épanouies dans le domaine des droits de procédure* »²²⁹⁸. Du côté de la Cour EDH, c'est l'article 6 qui a été le réceptacle de dynamiques autonomes, pour assurer la mise en place d'un procès équitable dans le plus de matières possibles, par exemple afin d'inclure le contentieux en droit public²²⁹⁹. Mais l'autonomie a également affecté d'autres protections procédurales, comme le principe de légalité des délits et des peines ou la notion de victime²³⁰⁰. Du côté de l'Union, même si les notions autonomes ont existé dès la mise en

développements relatifs au « droit comparé » (qui ne contiennent d'ailleurs que des références au droit de l'Union), pour dégager ensuite la notion autonome de fonction publique. Cour EDH, Gde chbr., 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, req. n° 28541/95, points 37 et s. Mais la Cour de justice mobilise les versions linguistiques d'une norme de l'Union pour autonomiser, voir par exemple, CJUE, Gde chbr., 19 décembre 2013, *Fish Legal et Shirley*, aff. C-279/12, ECLI:EU:C:2013:853, point 44.

²²⁹⁵ J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *op. cit.*, p. 109.

²²⁹⁶ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *op. cit.*, p. 26.

²²⁹⁷ « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », ouvrage collectif de l'Institut des droits de l'homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n° 6, 1997, p. 29.

²²⁹⁸ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 156.

²²⁹⁹ Voir le colloque sur l'office du juge au Sénat en septembre 2006, disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr>.

²³⁰⁰ Voir par exemple pour la notion de « peine » de l'article 7 de la Convention EDH, Cour EDH, 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c/ Espagne*, req. n° 42750, point 81 et pour la notion de victime, Cour EDH, 15 octobre

place du marché intérieur, elle se sont particulièrement développées dans le cadre du droit international privé depuis les années 2000²³⁰¹, précisément avec la coopération judiciaire en matière civile²³⁰². L'autonomisation a concerné le règlement Bruxelles I, quasi intégralement, « *l'interprétation autonome a investi tout le texte conventionnel, dans ses moindres replis* »²³⁰³. En revanche, il est difficile d'allier les contenus des notions autonomes actuellement dégagées par les deux juges européens, car même si elles concernent les mêmes domaines, les termes à autonomiser ne sont pas les mêmes mais restent assez proches. Par exemple, la Cour EDH autonomise le terme d'expulsion²³⁰⁴, qui n'a pas – pour l'instant – fait l'objet d'une définition propre dans l'Union européenne alors qu'il est pertinent dans l'espace de liberté de sécurité et de justice. Inversement, la Cour de justice a une vision du terme handicap²³⁰⁵, qui est intéressante pour la Cour EDH, notamment pour le principe de non-discrimination, mais le mot ne figure pas dans la Convention EDH et la juridiction des droits de l'homme a rarement autonomisé des notions en dehors, l'exception principale étant l'expression de « fonction publique »²³⁰⁶.

L'évolution montre que de plus en plus de matières sont constituées de notions autonomes, comprenant des concepts substantiels en plus des termes procéduraux. Pour la Cour EDH, ce sont notamment les notions de vie privée, de domicile ou encore de « bien » de l'article 1 du protocole n° 1 qui sont autonomisés²³⁰⁷. En droit de l'Union, « *l'autonomie notionnelle intéresse aussi bien le droit institutionnel (exemple : la notion de « juridiction nationale ») que le droit matériel, dont le marché intérieur et le droit économique donnent de nombreux exemples (droits de douane, mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative, travailleurs salariés, aides d'État, etc.)* »²³⁰⁸. En effet, la Cour de justice a

2009, *Macallef c/ Malter*, req. n° 17056/06, point 48.

²³⁰¹ Notamment avec l'adoption du règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale adopté le 22 décembre 2000 (JOCE n° L 12, 16 janvier 2001, p. 1), voir M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, p. 792.

²³⁰² L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *op. cit.*, p. 21.

²³⁰³ M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *op. cit.*, p. 793.

²³⁰⁴ Cour EDH, 5 octobre 2006, *Bolat c/ Russie*, req. n° 14139/03, point 79.

²³⁰⁵ CJUE, 1^{er} décembre 2016, *Daoudi*, aff. C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917.

²³⁰⁶ Cour EDH, Gde chbr., 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, préc.

²³⁰⁷ Pour la notion de vie privée, voir Cour EDH, Gde chbr., 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, préc., point 153 ; pour la notion de domicile voir les précisions dans l'arrêt Cour EDH, 18 janvier 2018, *FNASS c/ France*, préc., point 154 et pour la notion de bien, Cour EDH, Gde chbr., 23 novembre 2000, *Ex-roi de Grèce c/ Grèce*, req. n° 25701/94, point 60.

²³⁰⁸ J.-C. GAUTRON et S. PLATON, « La naissance d'une singularité doctrinale : les européenistes », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 116.

consacré l'autonomie de notions issues de normes dérivées ayant des implications dans le marché intérieur²³⁰⁹, démontrant que l'utilisation de ces notions autonomes n'est pas une spécificité de la protection des droits fondamentaux.

Toutefois, l'espace de liberté, de sécurité et de justice est sujet à de nombreuses notions autonomes, d'une part car il comprend la coopération judiciaire en matière civile, spécialement avec le droit international privé, d'autre part car le contentieux pénal européen se développe. La Cour a ainsi dû justifier sa conception de la notion autonome dans le cadre de l'autorité judiciaire, « *elle distingue, de manière un peu artificielle, entre l'acte de désignation de l'autorité compétente, qui relève des systèmes nationaux, et le contenu même de la notion d'autorité judiciaire qui, lui, relèverait des notions autonomes du droit de l'Union* »²³¹⁰. L'autorité judiciaire, au cœur du mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions de justice²³¹¹, a fait l'objet d'une notion autonome car les textes de l'Union ne définissent pas la notion. Il faut mentionner l'existence d'une démarche initiée par la Cour EDH, complétée ici par la Cour de justice²³¹². De façon générale, il y a une montée en puissance des notions autonomes dans le domaine de la coopération judiciaire pénale. Mais « *il semble important de rester réservé sur la pertinence des notions autonomes de l'Union en droit pénal. Dans une matière si sensible, celles-ci pourraient apparaître trop déracinées des systèmes répressifs nationaux déjà fortement imprégnés des définitions constitutionnelles et strasbourgeoises* ». In fine, l'autonomisation repose la question de la légitimité du droit pénal de l'Union, « *un positionnement politique de la Cour de justice lourd de conséquences d'autant qu'il se double d'une approche sécuritaire marquée* »²³¹³.

Cette technique des notions autonomes est ainsi partagée par les deux juges européens. Néanmoins, les notions européennes peuvent être communes dans un espace dont

²³⁰⁹ Voir par exemple au sujet de la notion « d'invitation à l'achat » dans le cadre des marchés publics, CJUE, 12 mai 2011, *Ving Sverige*, aff. C-122/10, *Rec.* p. I-3903, point 31 et voir le point 24 des conclusions de l'avocat général Paolo MENGOZZI du 3 février 2011.

²³¹⁰ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », juin 2017, disponible sur www.gdr-elsj.eu.

²³¹¹ *Ibidem*.

²³¹² *Ibid.* Voir, par exemple, Cour EDH, Gde chbr., 3 avril 2012, *Boulois c/ Luxembourg*, req. n° 37575/04, point 18 : « *le procureur général d'État ou son délégué, qui est, selon la loi, l'autorité décisionnelle en matière d'exécution des peines, ne peut manifestement pas être considéré comme une autorité judiciaire indépendante et impartiale au sens de l'article 6* ».

²³¹³ G. TAUPIAC-NOUVEL, « L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen », in *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, L. CLEMENT-WILZ (dir.), (à paraître).

l'objectif est le même : la protection des droits fondamentaux. L'avantage d'une convergence et du passage de notions autonomes à des notions européennes communes est l'élaboration d'un droit commun, de « *permettre une définition uniforme des engagements étatiques* »²³¹⁴, marquant un basculement des ordres juridiques européens vers un système européen de protection des droits fondamentaux.

B. L'évolution vers des notions européennes communes dans le système européen de protection des droits fondamentaux

Les notions autonomes ont pour objectif de donner une définition européenne d'un terme. Les termes choisis sont ceux issus des textes européens, droit primaire, droit dérivé ou droit conventionnel qui nécessitent d'avoir une signification propre²³¹⁵. Le juge vient compléter le travail du législateur en harmonisant l'application d'un texte. En cela, les notions autonomes participent pleinement au pouvoir d'interprétation du juge européen²³¹⁶. L'idée d'une notion convergente au sein du système européen de protection des droits fondamentaux pourrait être concrétisée par l'expression « notions européennes communes »²³¹⁷. Il faudrait ainsi envisager leur utilité dans chaque ordre (1) pour déterminer leur pertinence pour le système européen de protection des droits fondamentaux (2).

1. L'utilité des notions autonomes pour les ordres juridiques européens

En 2013, une étude recense 161 notions autonomes dégagées par la Cour de justice²³¹⁸ mais il est difficile de suivre et découvrir toutes les notions qui ont été

²³¹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 244.

²³¹⁵ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-Marseille, tome II, 2005, p. 443.

²³¹⁶ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 93.

²³¹⁷ M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, utilise l'expression mais pour désigner une notion autonomisée dont le sens serait commun à plusieurs textes, au contraire d'une notion autonome dont le sens varierait en fonction du fondement (pp. 803-804). Cette idée rejoint la proposition d'une nouvelle catégorie de « principes européens communs » concernant cette fois des principes généraux nationaux et ceux du droit de l'Union, voir L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 420.

²³¹⁸ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, n° 1, p. 21.

autonomisées, notamment en raison des variations de vocabulaire désignant l'autonomisation. Aucune recension chiffrée n'est disponible pour la Cour EDH et si à première vue les termes contenus dans la Convention EDH sont plus limités que le volume de normes de droit dérivé de l'Union, il faut préciser que la Cour EDH autonomise aussi des notions qui ne sont pas dans la Convention EDH. C'est le cas – mais aussi l'un des rares exemples – du terme « fonction publique » qui n'apparaît pas dans la Convention EDH²³¹⁹.

L'utilité des notions autonomes est claire, il s'agit de déterminer si un droit est applicable²³²⁰, et souvent la délimitation de la notion conditionne cette applicabilité. Le respect du droit européen ne doit pas pouvoir être évité grâce à la détermination nationale de certaines notions, il ne faut pas que l'ordre national se livre « *à des qualifications déviantes en vue d'échapper aux contraintes du texte, ou que des divergences d'interprétation nuisent à l'uniformité du droit applicable* »²³²¹, il faut empêcher une « *fraude à la Convention* »²³²². S'ensuit une extension de l'application du droit européen, « *la technique des notions autonomes emporte pour conséquence majeure d'étendre substantiellement le champ d'application des dispositions protectrices de la Convention et de provoquer une extension de l'ordre conventionnel* »²³²³. Le concept des notions autonomes vise à réduire les zones d'inapplicabilité du droit européen, y compris conventionnel²³²⁴, pour renforcer l'effectivité du droit garanti²³²⁵ et son effet utile²³²⁶. L'autonomisation permet aussi de se détacher du droit international. Par exemple, la Cour de justice a élaboré une conception autonome de la notion de « conflit armé interne »²³²⁷, justifiée en raison des objectifs différents du droit international humanitaire et de la question de la protection subsidiaire invoquée en l'espèce²³²⁸. Plus rarement, la notion va se fondre avec la conception du droit international.

²³¹⁹ Voir ainsi Cour EDH, Gde chbr., 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, préc., point 63.

²³²⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 245.

²³²¹ D. SIMON, « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 62 6.

²³²² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, op. cit., p. 246.

²³²³ *Ibidem*.

²³²⁴ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », op. cit., p. 109.

²³²⁵ Voir le colloque au Sénat sur l'office du juge, de septembre 2006, disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr>.

²³²⁶ « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », ouvrage collectif de l'Institut des droits de l'homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n° 6, 1997, p. 64.

²³²⁷ CJUE, 30 janvier 2014, *Diakité*, aff. C-285/12, ECLI:EU:C:2014:39. De son côté, la Cour EDH ne semble pas faire du « conflit armé » une notion autonome, même si elle utilise les termes, comme dans l'arrêt Cour EDH, Gde chbr., 19 septembre 2008, *Korbely c/ Hongrie*, req. n° 9174/02.

²³²⁸ J. PETIN, « La protection subsidiaire devant la Cour de justice : un concept autonome du droit de l'Union

Ainsi la notion de territoire pour la Cour EDH « doit passer pour refléter la conception de cette notion en droit international public »²³²⁹.

En droit de l'Union, le recours aux notions autonomes s'explique également par la doctrine de l'effet utile²³³⁰ afin d'uniformiser et d'assurer une bonne application du droit européen et favoriser le principe de primauté du droit de l'Union. De plus, les États risquent d'engager leur responsabilité s'ils préfèrent maintenir leur définition d'une notion. L'effectivité et l'application des deux droits européens semble même être l'objectif premier, avant la détermination européenne d'un terme équivoque²³³¹. Il s'agit de permettre l'intégration du droit européen²³³², même si certains auteurs estiment que « l'attitude du juge européen « n'est en rien dogmatique »²³³³, que la démarche du juge est plus pragmatique que théorique. Certes, le juge rend une solution pragmatique lorsqu'il est confronté à un contentieux qui prend pour racine une notion dont il faut éclairer le contenu. À cette occasion, le juge européen préfère donner un sens européen pour uniformiser, mais il semble que l'évolution – et la multiplication des notions autonomes – démontre que le pragmatisme²³³⁴ est dépassé au profit de l'élaboration d'un *ius commune*. Cette élaboration pouvant d'ailleurs se limiter à la reconnaissance de grands principes, tels ceux déjà mentionnés, de subsidiarité, proportionnalité et de sécurité juridique²³³⁵. À ce titre, l'unification d'une définition par les deux juges européens serait plus que pertinente, et emporterait définitivement l'existence d'un système européen de protection des droits fondamentaux.

A contrario, l'utilisation de notions autonomes limite forcément l'autonomie procédurale et institutionnelle des États membres puisque c'est le juge de l'Union qui oblige, par le biais de l'autonomisation, l'application d'une notion qui restreint le pouvoir du juge interne²³³⁶, « l'autonomisation [...] permet de ne pas subordonner l'applicabilité des droits

européenne », février 2014, disponible sur www.gdr-elsj.eu.

²³²⁹ Cour EDH, Gde chbr., 8 avril 2004, *Assanidzé c/ Géorgie*, req. n° 71503, point 137.

²³³⁰ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, n° 1, p. 22.

²³³¹ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », *op. cit.*, p. 104.

²³³² G. TAUPIAC-NOUVEL, « L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen », in *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, L. CLEMENT-WILZ (dir.), (à paraître).

²³³³ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », *préc.*, p. 128.

²³³⁴ Pour un avis contraire : « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », ouvrage collectif de l'Institut des droits de l'homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n° 6, 1997, p. 63.

²³³⁵ M. DE SALVIA, « L'élaboration d'un « ius commune » des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension humaine. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, p. 556.

²³³⁶ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, n° 1, p. 51.

protégés et la garantie du contrôle juridictionnel aux qualifications purement nationales »²³³⁷. L'absence d'uniformisation peut entraîner un *forum shopping*, en incitant à aller vers l'État le plus permissif²³³⁸. L'élaboration de notions autonomes communes anticiperait la possibilité de choisir. Néanmoins, et c'est un risque irréductible, chaque juge national continuera d'interpréter une notion par rapport à son propre système juridique²³³⁹, Ce qui constitue un risque accru lorsque les notions visées sont issues de directives, qui ont vocation à être traduites dans l'ordre juridique interne²³⁴⁰. Une mise en commun des notions autonomes reste cependant pertinente, notamment pour réduire les chances de disparité d'application d'un même terme, sur le terrain de la protection des droits fondamentaux.

L'élaboration de notions autonomes peut avoir un effet négatif qui est la réduction de la liberté des États²³⁴¹. Cependant, l'autonomisation assure également une égalité de traitement entre les États, en ne s'adaptant pas à leurs droits nationaux²³⁴². Adopter des notions européennes communes dans le système européen de protection des droits fondamentaux permettrait au moins une stabilité des termes pertinents d'une juridiction à l'autre et participerait au respect du principe de sécurité juridique.

2. La pertinence des notions européennes communes comme outil du système européen de protection des droits fondamentaux

Le juge a de nombreux outils à disposition pour remplir son rôle premier qui est de trancher une question qui lui est posée. Les méthodes des juges européens sont assez similaires²³⁴³, notamment concernant les approches interprétatives mais aussi pour dégager des principes généraux du droit. Néanmoins, dans le cadre d'une convergence entre les juges européens, les notions autonomes – et la théorie des obligations positives – paraissent particulièrement utiles pour harmoniser les conceptions matérielles des droits fondamentaux.

²³³⁷ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 107.

²³³⁸ CJUE, Gde chbr., 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10, *Rec.* p. I-9821, point 28.

²³³⁹ L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, n° 1, p. 56.

²³⁴⁰ M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, p. 804.

²³⁴¹ « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », ouvrage collectif de l'Institut des droits de l'homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n° 6, 1997, p. 115.

²³⁴² *Ibid.*, p. 112.

²³⁴³ Voir *supra*, première partie, titre premier, chapitre 2 « La politique jurisprudentielle des juges européens ».

En effet, « les concepts « autonomes » semblent avoir une vocation naturelle à favoriser une harmonisation des droits internes autour du « standard » que constitue l'interprétation de la Convention donnée par le juge européen, d'autant que cette interprétation s'impose (au moins sur le plan pratique) au juge national et que ce dernier va la « recevoir » et la « diffuser », par ses décisions, au sein de l'ordre juridique interne »²³⁴⁴. L'harmonisation peut aussi fonctionner d'un ordre juridique européen à l'autre, dans le cadre du système européen de protection des droits fondamentaux. Ainsi, il semble que certaines notions autonomes se rejoignent. Par exemple, dans l'arrêt *JZ* de 2016, la notion de « détention » est définie par la Cour de justice comme une mesure privative de liberté, qui ne prend pas nécessairement la forme d'une incarcération²³⁴⁵ mais qui prive une personne de sa liberté, de manière comparable à une incarcération. Or la Cour de justice rappelle dans cet arrêt la nécessité de prendre en compte la jurisprudence de la Cour EDH en vertu du mécanisme de droits correspondants²³⁴⁶. Elle signale également que la juridiction des droits de l'homme « corrobore cette interprétation » sur le fondement du droit à la liberté et à la sûreté, donc l'article 5 de la Convention EDH. De son côté, la Cour EDH distingue la privation de liberté de la simple restriction et rappelle que la notion de privation de liberté est autonomisée²³⁴⁷. Cependant, il existe peu d'exemples de notions déjà communes substantiellement. Plus généralement, les deux juridictions se rejoignent quant à la conception large qu'elles adoptent d'une notion autonome. Ainsi, la notion de domicile, qui a été ciblée comme objet de divergence dans les années 1990²³⁴⁸, paraît aller aujourd'hui dans le même sens, un sens très extensif. La Cour EDH précise que le domicile n'est pas que le domicile légalement établi ou occupé, mais qu'il faut s'intéresser aux circonstances factuelles pour déterminer s'il y a un lien suffisant et continu avec un lieu déterminé²³⁴⁹. En 2018, la Cour EDH élargit en désignant comme domicile un « espace physiquement déterminé où se développe la vie privée et familiale »²³⁵⁰, ce qui peut comprendre la résidence de vacances. La notion de domicile est abordée par le droit international privé européen pour déterminer la juridiction compétente et la réglementation applicable. « S'agissant des personnes morales, le domicile

²³⁴⁴ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 95.

²³⁴⁵ CJUE, 28 juillet 2016, *JZ*, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610, point 46.

²³⁴⁶ *Ibid.*, point 49.

²³⁴⁷ CEDH, Gde chbr., 5 juillet 2016, *Buzadji c/ Moldova*, req. n° 23755/07, point 103.

²³⁴⁸ Voir par exemple à ce sujet, D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : je t'aime, moi non plus ? », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 218.

²³⁴⁹ Cour EDH, 24 juillet 2009, *Mguéladzé c/ Géorgie*, req. n° 74909/01, point 80.

²³⁵⁰ Cour EDH, 18 janvier 2018, *FNASS c/ France*, préc.

doit être défini de façon autonome de manière à accroître la transparence des règles communes et à éviter les conflits de compétence »²³⁵¹. La Cour de justice s'attache plutôt à autonomiser la notion de résidence, mais elle rejoint dans une certaine mesure celle de domicile de la Cour EDH car il s'agit du lieu de séjour habituel dans lequel se situent les centres d'intérêts de la personne en cause²³⁵². La juridiction de l'Union définit de façon plus détaillée la résidence de l'enfant, notamment pour ce qui concerne la question des enlèvements internationaux d'enfants. Cette résidence habituelle est celle où l'enfant est physiquement présent et intégré dans l'environnement social et familial. La Cour de justice commande également de s'attacher au contexte factuel autour de la résidence de l'enfant en question²³⁵³.

Enfin, les deux juridictions se rejoignent également dans les zones qui ne font jamais l'objet de notions autonomes, à savoir des termes qui sont au cœur de la souveraineté des États. Il s'agit pour la Cour EDH des buts légitimes, listés dans la Convention EDH aux articles prévoyant qu'une justification à la violation des droits fondamentaux est envisageable²³⁵⁴. De façon similaire, pour la Cour de justice ce sont les justifications nationales avancées pour les restrictions aux libertés fondamentales de circulation qui ne sont pas autonomisées.

Cette convergence par l'utilisation de notions européennes communes serait positive pour le système européen de protection des droits fondamentaux. Il faut préciser que l'interprétation autonome s'inscrit « *dans un rapport de système et, à ce titre, elle n'est pas propre à la Cour de Luxembourg mais commune à de nombreuses juridictions internationales* »²³⁵⁵. Toutefois, les notions autonomes dépassent la simple idée de

²³⁵¹ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* n° L 351, 20 décembre 2012, p. 289, considérant n° 15.

²³⁵² CJUE, 11 septembre 2014, *B.*, aff. C-394/13, ECLI:EU:C:2014:2199, point 26.

²³⁵³ CJUE, Gde chbr., 8 juin 2017, *OL c/PQ*, aff. C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436, point 40.

²³⁵⁴ Par exemple, pour l'article 8 § 2 de la Convention EDH : la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui. Voir également E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 77.

²³⁵⁴ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 155.

²³⁵⁵ M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, p. 790.

convergence, elles servent la prééminence du droit²³⁵⁶ et bénéficient de l'autorité de la chose interprétée²³⁵⁷. Notions autonomes et obligations positives sont deux outils utiles de convergence, qui fonctionnent séparément mais ne sont pas dénués de liens comme l'indique la Cour EDH, à propos de l'article 8 de la Convention EDH : « *il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale en tant que notion autonome au regard de la Convention* »²³⁵⁸.

§2. L'utilité des obligations positives pour la protection des droits fondamentaux dans le système

Les obligations positives font partie des outils dynamiques d'interprétation, également inspirées du droit allemand²³⁵⁹, permettant de faire évoluer la protection des droits fondamentaux et peuvent être définies comme une astreinte des « *pouvoirs publics dans certaines hypothèses à des actes concrets qui dépassent le simple devoir d'abstention* »²³⁶⁰. Il est certain que la Cour EDH a visiblement plus souvent recours à cet outil pour la protection des droits fondamentaux (A), que l'Union européenne, qui préfère évoquer des « mesures nécessaires » plutôt que des obligations positives²³⁶¹. Cependant, il semble que les institutions de l'Union européenne s'y intéressent de plus en plus pour protéger les droits fondamentaux, ce qui pourrait être significatif pour le système européen de protection des droits fondamentaux en termes de convergence (B).

²³⁵⁶ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 155.

²³⁵⁷ F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 100.

²³⁵⁸ Cour EDH, 3 octobre 2013, *Zelenevy c/ Russie*, req. n° 59913/11, point 60.

²³⁵⁹ C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2016, p. 85.

²³⁶⁰ D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 134.

²³⁶¹ Voir par exemple CJUE, 19 novembre 2014, *ClientEarth*, aff. C-404/13, ECLI:EU:C:2014:2382.

A. L'importance des obligations positives pour la Cour EDH

Les obligations positives sont parfois considérées comme une « *arme décisive* »²³⁶², notamment en raison d'une « *portée générale qui est considérable, sinon révolutionnaire* »²³⁶³. Cependant, comme tout outil principalement jurisprudentiel, se pose la question du fondement de ces obligations positives (1) et de l'importance exacte de leur développement en pratique (2).

1. Des fondements jurisprudentiels incertains

Les obligations positives sont en constante évolution devant la Cour EDH, première juridiction internationale à en reconnaître²³⁶⁴, mais la juridiction des droits de l'homme « *se refuse à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention* »²³⁶⁵. Toutefois, au vu de leur présence croissante, il est possible d'en dégager certains traits.

L'approche positive marque une « *nette rupture avec le régime traditionnel des droits civils et politiques qui n'imposait, originellement du moins, que des obligations d'abstention aux États* »²³⁶⁶. En effet, la Convention EDH est formulée par des tournures négatives impliquant que l'État ne doit pas violer les droits fondamentaux de l'individu. L'État ne doit pas infliger intentionnellement la mort (article 2), ne doit pas torturer (article 3), ne doit pas s'ingérer dans la vie privée des individus (article 8), etc. Mais la Cour EDH découvre rapidement un versant « positif » de ces interdictions, impliquant une action de l'État et transformant les formulations : l'État doit protéger la vie, doit empêcher la torture ou encore protéger la vie privée et familiale des individus. Cette démarche « positive » est mise en place dès l'affaire *Linguistique belge* de 1968²³⁶⁷, mais son emploi reste assez rare jusqu'au

²³⁶² J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2016, p. 56.

²³⁶³ *Ibidem*, p. 57.

²³⁶⁴ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives*, Dalloz, Paris, 2014, p. 37.

²³⁶⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 252.

²³⁶⁶ S. TOUZÉ, « Rapport introductif », in *La Cour européenne des droits de l'homme, une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2016, p. 15.

²³⁶⁷ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, req. n° 1474/62, 1677/62, etc., point 3 : « *La formulation négative signifie, et les travaux préparatoires le confirment (voir notamment les Doc. CM/WP VI (51) 7, page 4, et AS/JA (3) 13, page 4), que les Parties Contractantes ne reconnaissent pas un droit à l'instruction*

milieu des années 1980²³⁶⁸. Ensuite, les obligations positives envahissent tous les aspects de la Convention EDH, et la Cour EDH se reconnaît « *la possibilité de faire jouer la théorie des obligations positives pour tout droit et confère à celle-ci un champ d'application général* »²³⁶⁹. Dans quelques arrêts relatifs à l'article 8 de la Convention EDH²³⁷⁰, et une affaire concernant la liberté d'association de l'article 11²³⁷¹, la Cour EDH indique que pour remplir son obligation positive, l'État doit « *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* » que l'individu tient de la Convention EDH. Dans un arrêt *Rees c/ Royaume-Uni* de 1986, la Cour EDH précise, fait rare, qu'il faut prendre en compte « *le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »²³⁷² pour déterminer s'il existe une obligation positive, insérant ainsi une dose de proportionnalité.

Au titre du fondement de ces obligations, la Cour EDH indique qu'elles sont inhérentes à la Convention EDH²³⁷³. L'obligation est dégagée en s'ajoutant à un article ou en s'appuyant sur l'article 1 de la Convention EDH, qui porte sur la juridiction. Au vu de cette multiplication, affirmer que ces obligations sont inhérentes à la Convention EDH ne suffit pas à justifier leur développement. Il est donc nécessaire de mobiliser également la théorie

qui les obligerait à organiser à leurs frais, ou à subventionner, un enseignement d'une forme ou à un échelon déterminés. On ne saurait pourtant en déduire que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole (P1-2). Puisque droit'il y a, celui-ci est garanti, en vertu de l'article 1er (art. 1) de la Convention, à toute personne relevant de la juridiction d'un État contractant. Pour dégager la portée du droit à l'instruction,"au sens de la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), la Cour doit tenir compte de l'objet de cette disposition. Elle constate à ce sujet que tous les États membres du Conseil de l'Europe avaient à l'époque de l'ouverture du Protocole à leur signature, et ont encore à l'heure actuelle, un système d'enseignement général et officiel. Il ne pouvait et il ne peut donc être question d'obliger chaque État à créer un tel système, mais uniquement de garantir aux personnes placées sous la juridiction des Parties Contractantes le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné ».

²³⁶⁸ F. SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, p. 363.

²³⁶⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 250.

²³⁷⁰ Voir par exemple, Cour EDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, req. n° 16798/90, point 51 ; Cour EDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, req. n° 9310/81, point 41 et Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2003, *Hatton c/ RU*, req. n° 36022/97. Voir à ce sujet F. SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., p. 363.

²³⁷¹ Cour EDH, Gde chbr., 31 janvier 2012, *Sindicatul « Păstorul Cel Bun » c/ Roumanie*, req. n° 2330/09.

²³⁷² Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, point 37.

²³⁷³ F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, juillet 2001, n° 28, doct. 335 et, par exemple, Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, point 153 : « *Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, l'abandon par elle d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* ».

de l'effectivité de la Convention EDH²³⁷⁴, qui veut que la protection des droits ne soit ni théorique ni illusoire mais concrète et effective²³⁷⁵. En cela, la pertinence de cet outil est similaire dans l'Union et permet d'assurer l'effet utile du droit de l'Union. Certaines matières sont moins sujettes aux obligations positives et la Cour EDH a par exemple plus de mal à en reconnaître pour les droits sociaux²³⁷⁶. Cependant la Convention EDH n'est pas prévue pour assurer la protection des droits sociaux, au contraire de la Charte sociale européenne. Le Comité EDS s'est d'ailleurs approprié la technique des obligations positives, dans un « *esprit de synergie* »²³⁷⁷, alors que la Charte sociale pose déjà des obligations d'actions aux États. Il utilise la technique pour « *développer son pouvoir normatif, c'est-à-dire créer des obligations non expressément prévues dans le texte de la Charte* »²³⁷⁸.

De son côté, la Cour de justice n'est pas hostile au développement des obligations positives dans le cadre de la protection des droits fondamentaux²³⁷⁹, qui sont néanmoins plus fréquemment utilisées par les avocats généraux. En effet, ceux-ci ont proposé des obligations positives dans des matières relatives aux droits fondamentaux comme par exemple pour la reconnaissance du mariage homosexuel²³⁸⁰ ou encore la prise en charge de demandeurs d'asile²³⁸¹. La juridiction de l'Union a aussi reconnu que les États doivent prendre des actions pour démontrer qu'ils ont vérifié les conditions de détention dans un État membre avant un transfert, dans le cadre du mandat d'arrêt européen²³⁸². De plus, la Cour de justice a précisé que l'existence d'une défaillance générale dans le système national ne suffit pas pour

²³⁷⁴ F. SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 365.

²³⁷⁵ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, req. n° 42527/98, point 44.

²³⁷⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 256.

²³⁷⁷ L. JIMENA QUESADA, « Les obligations positives dans la jurisprudence du comité européen des droits sociaux », in *L'homme et le droit. En l'hommage au Professeur Jean-François Flauss*, Pedone, Paris, 2014, p. 432.

²³⁷⁸ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives*, Dalloz, Paris, 2014, p. 161.

²³⁷⁹ H. LABAYLE, Visas dits « humanitaires » : la régulation *a minima* du droit d'asile par la Cour de justice de l'Union », *JCP G*, 1^{er} mai 2017, p. 508.

²³⁸⁰ Voir les conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET, du 11 janvier 2018, sous l'affaire *Coman*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:2, point 99 et l'arrêt sur l'obligation de reconnaître le mariage de personnes de même sexe contracté dans un autre État membre : CJUE, Gde chbr., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, point 45.

²³⁸¹ Voir les conclusions de l'avocat général Paolo MENGOZZI, du 7 février 2017, sous l'affaire *X. et X. c/ Belgique*, aff. C-638/16 PPU, point 139.

²³⁸² Il s'agit de la possibilité de demander des informations, prévu à l'article 15 § 2 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, préc. Voir, par exemple, à ce sujet : CJUE, 25 juillet 2018, *ML*, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, point 35.

suspendre l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, il faut vérifier la situation individuelle de la personne transférée²³⁸³. Au titre des grands principes, un avocat général a qualifié la coopération loyale d'obligation positive que les États doivent donc exécuter²³⁸⁴. De son côté, la Cour de justice a estimé que la prise en compte d'une directive en cours de transposition pour l'interprétation d'une norme interne est une obligation positive²³⁸⁵. La juridiction de l'Union fait également peser sur les États une obligation positive de prévoir des voies de recours pour assurer le principe de protection juridictionnelle effective²³⁸⁶. Sur le fondement de la coopération loyale, les États doivent permettre l'effectivité du droit de l'Union. En dehors de la protection des droits fondamentaux, l'idée d'obligation positive est omniprésente dans l'Union européenne, notamment au titre des libertés de circulation ou généralement avec l'obligation de transposer les directives par exemple.

Enfin, il faut préciser que l'obligation positive peut aussi, dans de rares cas, peser sur l'Union européenne dans le cadre de la protection des droits fondamentaux²³⁸⁷, cette obligation sera alors présente dans les normes de droit dérivé ou dans la Charte des droits fondamentaux, dont la présentation semble inviter à la reconnaissance d'obligations positives²³⁸⁸.

2. *L'utilisation asymétrique des obligations positives par les juges européens*

En pratique, les obligations positives incitent l'État à protéger activement les droits fondamentaux en prévoyant à la fois des mesures de protection, substantielles comme procédurales. À défaut, la responsabilité de l'État sera engagée « *du fait de son ingérence passive* », en raison de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète

²³⁸³ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. C-404/15, ECLI:EU:C:2016:198, point 90.

²³⁸⁴ CJCE, Gde chbr., 4 juillet 2006, *Adelener*, aff. C-212/04, *Rec.* p. I-6057 et CJUE, Gde chbr., 28 juillet 2016, *Conseil c/ Commission*, aff. C-660/13, ECLI:EU:C:2016:616, point 139.

²³⁸⁵ CJUE, 26 mai 2011, *Stichting Natuur en Milieu e. a.*, aff. jtes C-165/09 à C-167/09, *Rec.* p. I-4599 point 84.

²³⁸⁶ CJUE, Gde chbr., 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

²³⁸⁷ Voir par exemple le considérant n° 2 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *JOUE* n° L 204, 26 juillet 2006, p. 23 : « *Selon lesdits articles du traité, l'égalité entre les hommes et les femmes constitue une « mission » et un objectif de la Communauté et elle a l'obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions* ».

²³⁸⁸ L. JAECKEL, « The duty to protect fundamental rights in the European Community », *ELR*, 2008, n° 4, p. 508.

du droit réclamait, qu'il s'agisse de mesures d'ordre matériel [...] ou d'ordre normatif »²³⁸⁹. En effet, contrairement à son intitulé « positif », le non-respect d'une obligation positive vient sanctionner la passivité d'un État²³⁹⁰. La Cour EDH sanctionne les comportements actifs (d'ingérence) et passifs (de non-ingérence) de façon similaire, ne cherchant pas à les distinguer. Ce qui est d'ailleurs critiquable pour certains auteurs : « *le contrôle des obligations positives manque de rigueur et paraît singulièrement plus flou que le contrôle des obligations négatives* »²³⁹¹. Selon la juridiction des droits de l'homme, les principes applicables aux deux types d'obligations sont comparables²³⁹². Si la violation d'une obligation négative est constatée, l'examen de l'ingérence passive n'est généralement pas nécessaire²³⁹³. *In fine*, ce qui est pertinent avant tout c'est la sanction du comportement étatique contraire à la conception des droits fondamentaux que retient la Cour EDH. L'utilisation des obligations positives permet d'élargir le périmètre de protection des droits fondamentaux : « *les organes de la Convention entendent donc fournir à l'individu les conditions juridiques et matérielles nécessaires à l'exercice réel des libertés proclamées* »²³⁹⁴.

Les deux aspects, négatifs et positifs, sont reconnus dans la jurisprudence de la Cour de justice, comme par exemple dans une affaire préjudicielle relative au droit de l'environnement qui a permis à la Cour de rendre un dispositif portant sur les deux versants²³⁹⁵. D'une part, l'État ne doit pas autoriser des interventions risquant de compromettre les caractéristiques écologiques de certains sites ; d'autre part, les États membres sont tenus d'adopter toutes les mesures nécessaires pour éviter les détériorations des sites en cause. La double approche existe aussi dans les questions relatives au transfert des demandeurs d'asile, dans le cadre de la réglementation Dublin²³⁹⁶. L'État a l'obligation

²³⁸⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 251.

²³⁹⁰ F. SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, p. 369.

²³⁹¹ *Ibidem*, p. 380.

²³⁹² Cour EDH, Gde chbr., 26 avril 2016, *Izzettin Doğan C/ Turquie*, req. n° 62649/10, point 96.

²³⁹³ *Ibidem*, point 97.

²³⁹⁴ F. SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, p. 371.

²³⁹⁵ CJCE, 14 septembre 2006, *Bund Naturschutz in Bayern*, aff. C-244/05, *Rec.* p. I-8445.

²³⁹⁶ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 80.

de ne pas transférer en cas de défaillance systémique interne et l'obligation positive de vérifier l'absence de défaillance²³⁹⁷, qui découle directement d'une jurisprudence de la Cour EDH²³⁹⁸. Il semble que les obligations positives se multiplient progressivement dans l'Union européenne, même si leur reconnaissance explicite reste marginale. Le cadre du marché intérieur a offert des exemples connus, comme celui de la « guerre des fraises », qui a sanctionné l'inaction des autorités françaises contre des agriculteurs français détruisant des produits espagnols²³⁹⁹. La Commission européenne saisit d'ailleurs régulièrement la Cour de justice pour lui faire constater un défaut d'action d'un État qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour respecter le droit de l'Union – y compris pour le premier arrêt en manquement – mais visiblement pas pour protéger des droits fondamentaux. *A contrario*, à la question explicite d'existence d'obligation positive pour éviter un traitement inhumain et dégradant pour des personnes souhaitant obtenir un visa court séjour afin de demander l'asile²⁴⁰⁰, la Cour de justice ne répond pas et préfère se placer sur le terrain du champ d'application du droit de l'Union en le réduisant. Dans cet arrêt, la Cour de justice a écarté la solution qui était proposée par l'avocat général : « *l'article 4 de la Charte impose aux États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, non seulement une obligation négative à l'égard des personnes, c'est-à-dire qu'il leur interdit de recourir à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants, mais également une obligation positive, c'est-à-dire qu'il leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que ces personnes ne soient soumises à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants, notamment lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables, y compris lorsque ces mauvais traitements sont administrés par des particuliers* »²⁴⁰¹. Cette approche correspond à celle retenue par la Cour de justice dans ses arrêts *N. S.* de 2011²⁴⁰², sur le transfert d'un demandeur d'asile, et *Aranyosi et Căldăraru* de 2016²⁴⁰³, sur l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Ces deux transferts doivent faire l'objet de vérification par l'État en amont, notamment sur l'absence de défaillance systémique interne ou d'un éventuel traitement inhumain et dégradant.

²³⁹⁷ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011 *N. S.*, aff. C-411/10, *Rec.* p. I-13905, points 94 et 96.

²³⁹⁸ Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M. S. S. c/ Belgique*, req. n° 30696/09.

²³⁹⁹ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-265/95, *Rec.* p. I-6959.

²⁴⁰⁰ H. LABAYLE, Visas dits « humanitaires » : la régulation *a minima* du droit d'asile par la Cour de justice de l'Union », *JCP G*, 1^{er} mai 2017, p. 508.

²⁴⁰¹ Voir les conclusions de l'avocat général Paolo MENGOZZI, du 7 février 2017, sous l'affaire *X. et X. c/ Belgique*, aff. C-638/16 PPU, point 139.

²⁴⁰² CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011 *N. S.*, aff. C-411/10, préc.

²⁴⁰³ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

Les obligations positives sont bien présentes dans les deux ordres juridiques européens, avec pour fondement principal l'effectivité, l'effet utile, des droits fondamentaux. Cependant, ces obligations sont plus fréquemment utilisées par la Cour EDH que par la Cour de justice, en tout cas pour la protection des droits fondamentaux. Dans l'Union européenne, les obligations positives sont présentes dans tous les domaines et peuvent être inscrites dans des textes de droit dérivé, sans forcément utiliser l'expression « obligation positive ». La reconnaissance explicite d'obligations positives en matière de droits fondamentaux est plus discrète mais pourrait se développer, ouvrant alors la voie à un alignement de ces obligations sur celles dégagées par la Cour EDH.

B. La pertinence des obligations positives dans le système européen de protection des droits fondamentaux

Les obligations positives et les notions autonomes permettent d'imposer une vision européenne de la protection des droits fondamentaux. Cela se fait principalement par la jurisprudence, ce qui démontre un activisme des juges européens sur ce terrain (1). De plus, les obligations positives peuvent aboutir à rendre l'État responsable pour une relation interindividuelle (2), démontrant l'intensité de la protection des droits fondamentaux au sein du système.

1. Les obligations positives comme signe de l'activisme des juges européens

La Cour EDH et la Cour de justice ont la même démarche, même si celle-ci est plutôt initiée par la Cour EDH dans le cadre de la protection des droits fondamentaux. Pour la Cour de justice, la nécessité pour les États de respecter leurs obligations positives en droit de l'Union dépasse les droits fondamentaux et peut concerner toutes les libertés de circulation, comme le démontre l'arrêt *Commission c/ France* de 1997 appelé « guerre des fraises »²⁴⁰⁴. Il est d'ailleurs intéressant de relever que la Cour EDH qualifie elle-même d'obligation positive ce qu'aurait dû faire la France pour ne pas être sanctionnée dans l'arrêt en manquement, donc empêcher activement les agriculteurs français de détruire des produits

²⁴⁰⁴ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-265/95, *Rec. P. I-6959*.

espagnols dans le cadre d'un arrêt ne portant pas directement sur cette question²⁴⁰⁵. Le point commun entre les deux juges européens dans cette démarche, qui illustre une convergence au moins formelle, est l'absence de fondement interne pour la découverte d'obligations positives. « *Dès lors que le dynamisme interprétatif du juge européen ne prend pas appui, du moins formellement, sur la convergence des droits internes, on est conduit nécessairement à s'interroger sur l'autorité de la jurisprudence européenne* »²⁴⁰⁶. Ainsi, les obligations positives ne sont pas celles qui existeraient au niveau interne mais dépendent des dispositions européennes. Si la Cour EDH s'appuie avant tout sur les obligations négatives, ce n'est pas la situation exclusive, notamment pour les obligations positives fondées sur l'article 1 de la Convention EDH. Cet article indique que les États parties reconnaissent les droits de la Convention EDH à toute personne relevant de leur juridiction. La Cour EDH en a dégagé l'obligation positive de prendre toutes les mesures possibles pour faire appliquer le droit international et celui de la Convention EDH sur un territoire qui appartient à cet État partie mais sur lequel il n'exerce plus sa puissance²⁴⁰⁷. Dans l'Union européenne, l'existence d'une obligation négative n'est pas une première étape. Une réglementation ou la jurisprudence de la Cour de justice peut inciter l'État à agir, sans qu'une interdiction n'existe au préalable²⁴⁰⁸. Il semble en tout cas que cette conception active de protection des droits fondamentaux soit efficace. Le Comité EDS a par exemple pointé le non-respect d'une obligation par le gouvernement croate concernant la nécessité de « *garantir l'exercice effectif du droit à la protection de la santé par une éducation sexuelle et génésique non discriminatoire qui ne perpétue pas ou ne renforce pas l'exclusion sociale et le déni de la dignité humaine* »²⁴⁰⁹. Il s'agissait d'un manuel scolaire de biologie discriminatoire qui a finalement été retiré en raison de la décision du Comité EDS²⁴¹⁰.

²⁴⁰⁵ Cour EDH, Gde chbr., 15 octobre 2015, *Kudrevičius et autres c/ Lituanie*, req. n° 37553/05, point 74.

²⁴⁰⁶ F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, juillet 2001, n° 28, doct. 335.

²⁴⁰⁷ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 19 octobre 2012, *Catan e. a. c/ Moldova et Russie*, req. n° 43370/04, 18454/06 et 8252/05, points 109 et 110.

²⁴⁰⁸ Voir par exemple l'obligation positive d'agir pesant sur le législateur national : CJUE, Gde chbr., 5 décembre 2017, *M.A.S.*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, point 61. Voir également, pour l'obligation positive de respecter le principe de reconnaissance mutuelle des décisions infligeant une sanction pécuniaire en prenant toutes les mesures nécessaires pour exécuter cette décision : CJUE, Gde chbr., 14 novembre 2013, *Marián Baláž*, aff. C-60/12, ECLI:EU:C:2013:733, point 29. L'arrêt limite de l'obligation positive de délivrer une certification pour respecter les droits fondamentaux (point 28).

²⁴⁰⁹ Comité EDS, 30 mars 2009, *Interights c/ Croatie*, réclamation collective n° 45/2007.

²⁴¹⁰ L. JIMENA QUESADA, « Les obligations positives dans la jurisprudence du comité européen des droits sociaux », in *L'homme et le droit. En l'hommage au Professeur Jean-François Flauss*, Pedone, Paris, 2014, p. 436.

En pratique, les obligations positives invitent le juge interne à s'adapter régulièrement aux décisions européennes qui proposent une « *redéfinition constante de l'obligation conventionnelle* »²⁴¹¹, même s'il faut relever que les juges internes utilisent également la technique des obligations positives²⁴¹². Mais la Cour EDH limite en quelque sorte cette redéfinition avec un arrêt qui évoque « *l'abus d'obligation positive* »²⁴¹³. En effet, dans l'affaire *Jendrowiak c/ Allemagne* de 2011²⁴¹⁴, l'État défendeur cherchait à justifier une politique préventive, consistant en une ingérence, par la théorie des obligations positives. Plus précisément, une détention de sûreté avait été prolongée pour protéger des victimes potentielles de délits sexuels que le requérant pourrait commettre. Cette prolongation est tout de même une ingérence, « *la Cour relève que l'obligation de protection issue de l'article 3 n'autorise pas l'État partie à prendre des mesures préventives* »²⁴¹⁵. De son côté, les développements sur ces questions devant la Cour de justice sont trop faibles pour qu'il y ait un abus de mesures nécessaires ou d'obligations positives en matière de droits fondamentaux. En revanche, le contrôle de la dimension des obligations positives de l'État s'inscrit en contradiction avec le principe de subsidiarité, car il nécessite une vérification poussée de la part du juge européen. Cette « intrusion » se justifie de nouveau par la nécessaire effectivité des droits européens, qui entraîne un certain activisme des juges européens. « *Refusant l'abstention fautive des États membres, le droit européen exige en effet d'eux qu'ils assurent une protection effective des droits, y compris souvent de manière « horizontale », dans les relations entre personnes privées* »²⁴¹⁶.

Les obligations positives sont ainsi le signe d'un activisme des juges et peuvent aboutir, *in fine*, mais pas systématiquement, à la reconnaissance d'obligations à la charge des

²⁴¹¹ S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 76.

²⁴¹² Voir par exemple pour le Conseil d'État, 16 novembre 2011, *Ville de Paris*, n° 353172 et 353173 : « *lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence* ».

²⁴¹³ F. SUDRE, « Interdiction de l'abus de droit – L'obligation positive de l'article 3 a ses limites... », *LPA*, mai 2011, p. 596.

²⁴¹⁴ Cour EDH, 14 avril 2011, *Jendrowiak c/ Allemagne*, req. n° 30060/04.

²⁴¹⁵ F. SUDRE, « Interdiction de l'abus de droit – L'obligation positive de l'article 3 a ses limites... », *op. cit.*

²⁴¹⁶ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 75.

États dans les relations interindividuelles.

2. *L'effet potentiel des obligations positives : la protection des situations horizontales*

L'utilisation d'obligations positives est un moyen opportun pour les juridictions européennes d'étendre le champ leurs compétences, traduisant une forme d'activisme judiciaire, qui semblait avoir généralement disparu au profit d'une autolimitation. Cet outil prétorien étend considérablement le champ des obligations des États, agissant dans la même direction que les notions autonomes qui élargissent de leur côté le champ d'application du droit. Le fondement principal reste dans les deux cas l'effectivité des droits, qui – pour la Cour EDH – rend « *acceptable aux yeux des États parties et des observateurs de la jurisprudence de la Cour l'activisme de cette juridiction* »²⁴¹⁷. Les avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne commencent également à s'emparer de l'outil, défendant l'existence de nouvelles obligations pesant sur les États membres. Par exemple, un avocat général a soutenu l'existence d'une obligation positive à la charge des États membres qui consiste à protéger toute personne relevant de sa juridiction, quelle que soit sa nationalité, d'éventuels traitements inhumains et dégradants²⁴¹⁸.

La théorie des obligations positives aboutit *in fine* à responsabiliser un État pour des comportements interindividuels, donc horizontaux, rejoignant la doctrine allemande de la *drittwirkung*²⁴¹⁹. Cette doctrine est explicitée par un avocat général de la Cour de justice qui estime que la théorie est mal comprise et justifie l'implication de l'État dans ces relations interindividuelles, emportant *a fortiori* la compétence des juridictions européennes. Ainsi, l'obligation de l'État de protéger activement les personnes relevant de sa juridiction s'explique par le fait « *que l'obligation des particuliers de respecter les droits et les libertés des tiers est normalement imposée, de manière immédiate et directe, par l'autorité publique elle-même* »²⁴²⁰. Les États ne doivent pas « *créer, par l'effet de leur législation, des*

²⁴¹⁷ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2009, p. 290.

²⁴¹⁸ Voir les conclusions de l'avocat général Paolo MENGOZZI, du 7 février 2017, sur l'affaire *X. et X. c/ Belgique*, aff. C-638/16 PPU, point 139.

²⁴¹⁹ J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 108.

²⁴²⁰ Voir les conclusions de l'avocat général Pedro CRUZ VILLALON, du 18 juillet 2013, sur l'affaire *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2013:491, point 36.

situations conduisant un particulier à léser impunément les droits et libertés d'un autre »²⁴²¹, ce qui démontre bien le lien entre l'État et la relation interindividuelle. En revanche, la Cour EDH refuse de dégager une théorie de la protection horizontale ; pour elle, il n'est pas souhaitable et « *encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées* »²⁴²². Dans la doctrine, la question des obligations positives a souvent été associée à la démarche de procéduralisation des droits substantiels de la Convention EDH²⁴²³. Cependant, la question d'une convergence et de la technique pertinente pour le système européen des droits fondamentaux se pose plutôt pour le versant matériel des obligations positives.

Obligations positives et effet horizontal ne sont néanmoins pas équivalents²⁴²⁴. C'est par le biais des obligations positives qu'il peut y avoir un effet horizontal mais toutes les obligations positives ne se positionnent pas sur le terrain horizontal. « *Cette ingérence passive recouvre deux modalités, selon que l'abstention de l'État entraîne en soi une atteinte au droit garanti ou qu'elle permet aux tiers de s'immiscer dans le droit garanti (c'est alors la question de l'« effet horizontal » de la Convention)* »²⁴²⁵. La découverte de l'effet horizontal « *marque un tournant majeur* » pour la Convention EDH ²⁴²⁶. Ce « *bouleversement théorique* »²⁴²⁷ a pour effet de placer sous le regard de la Cour EDH des matières de droit privé qui lui échappaient. La Cour EDH s'engage dans la voie de l'effet horizontal des droits fondamentaux – mais sans constater de violation – dès 1985, en précisant au sujet des obligations liées à l'article 8 de la Convention EDH, « *à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant*

²⁴²¹ J. RAYMOND, « L'article 1 du protocole 1 et les rapports entre les particuliers », in *Protection des droits de l'homme : la dimension humaine. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, p. 532.

²⁴²² Cour EDH, 28 juin 2001, *Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse*, req. n° 24699/94, point 46.

²⁴²³ É. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis/Nemesis, 2014, pp. 265-300.

²⁴²⁴ D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 135.

²⁴²⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2016, 13^e éd. refondue, p. 251.

²⁴²⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2016, p. 58.

²⁴²⁷ *Ibid.*

au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »²⁴²⁸. Ce potentiel effet interindividuel sera réitéré et affiné dans un arrêt *Osman c/ Royaume-Uni* de 1998, qui conditionne l'effet horizontal de l'obligation positive de protection de la vie qui pèse sur les États. En effet, la Cour EDH indique que cette obligation ne doit pas « *imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* »²⁴²⁹. Ainsi, il faut que le requérant apporte trois preuves : 1) qu'il démontre que les autorités savaient ou auraient dû savoir que des individus étaient menacés ; 2) qu'ils étaient menacés de « *manière réelle et immédiate* »²⁴³⁰ et 3) qu'il indique que ces autorités n'ont pas pris les mesures qui auraient permis d'éviter toute atteinte. Cependant, il faut attendre l'arrêt *Tagayeva c/ Russie* de 2017 pour que ces conditions se trouvent remplies²⁴³¹. L'affaire *Tagayeva* porte sur la prise d'otage d'une école au Beslan, en Ossétie, qui a eu lieu en 2004 et qui a duré plusieurs jours avant que l'État russe n'intervienne en causant de nombreux décès de civils. En l'espèce, les autorités avaient eu connaissance d'un risque terroriste dans une région bien déterminée par le biais du ministère de l'intérieur russe²⁴³². La menace était réelle et immédiate car les terroristes en question avaient mené plusieurs actions ayant abouti à de nombreux décès et les autorités n'ont rien fait alors qu'elles avaient connaissance d'un groupe de terroristes réunis sur une zone géographique proche du lieu de l'attaque avant celle-ci²⁴³³. La responsabilisation des États pour la protection de droits fondamentaux dans des relations interindividuelles ne concerne pas seulement la protection à la vie mais a déjà été évoquée dans le cadre de la liberté d'expression comme dans l'affaire *Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse* de 2001²⁴³⁴. Une entreprise privée de télévision qui refuse la diffusion d'un spot publicitaire d'une association peut relever de la responsabilité de l'État, reconnue en l'espèce, « *la Cour estime que la responsabilité de l'État défendeur au sens de l'article 1 de la Convention pour tout manquement à l'article 10 qui en résulterait peut être engagée de ce fait* »²⁴³⁵.

²⁴²⁸ Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, req. n° 8978/80, point 23.

²⁴²⁹ Cour EDH, Gde chbr., 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. n° 23452/94, point 116.

²⁴³⁰ *Ibidem*.

²⁴³¹ Cour EDH, 13 avril 2017, *Tagayeva c/ Russie*, req. n° 26562/07.

²⁴³² *Ibidem*, point 484.

²⁴³³ *Ibid.*, points 487 et suivants.

²⁴³⁴ Cour EDH, 28 juin 2001, *Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse*, req. n° 24699/94.

²⁴³⁵ *Ibidem*, points 44 et suivants.

S'agissant du droit de l'Union, si les dispositions relatives au marché intérieur sont applicables aux relations interindividuelles²⁴³⁶, sous condition « *de précision ou d'inconditionnalité pour produire un effet direct* »²⁴³⁷, l'application des droits fondamentaux à des contentieux horizontaux est moins évidente, comme par exemple la prise en compte d'entraves aux libertés de circulation d'origines privées²⁴³⁸. La difficulté se posait déjà pour les principes généraux du droit pour lesquels, à quelques exceptions près²⁴³⁹, cette application n'est pas reconnue²⁴⁴⁰. Dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, même si l'article 51 limite les destinataires du texte aux institutions de l'Union et aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, la question reste celle de l'effet direct des dispositions. Ainsi, certaines formulations de la Charte des droits fondamentaux semblent directement inviter à la reconnaissance d'un effet horizontal, comme par exemple l'article 24 § 2 qui consacre l'intérêt supérieur de l'enfant. « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Les institutions privées sont ici désignées au même titre que les autorités publiques. Naturellement, les droits sociaux paraissent être un terrain privilégié de l'effet horizontal des droits fondamentaux puisqu'ils ont vocation à s'appliquer dans une relation entre un employé et son employeur. Cependant, dans la Charte, leur effet est limité en raison de leur qualité de principes, non invocables, en l'absence de norme de droit dérivé d'application, conformément à l'article 52 § 5 de la Charte²⁴⁴¹.

²⁴³⁶ À ce sujet voir S. PLATON, « L'invocabilité horizontale des normes du droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *RUE*, 2015, n° 584, p. 33.

²⁴³⁷ J. P. JACQUÉ, « La Charte et la Cour de justice de l'Union. Un premier bilan sur l'interprétation des dispositions horizontales de la Charte », in *L'homme et le droit. En l'hommage au Professeur Jean-François Flauss*, Pedone, Paris, 2014, p. 415.

²⁴³⁸ F. PICOD, « Des entraves publiques aux entraves privées », in *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur*, V. MICHEL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 119.

²⁴³⁹ Principalement une décision qui avait admis l'applicabilité du principe général de non-discrimination en raison de l'âge dans une relation employé-employeur : CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* p. I-365.

²⁴⁴⁰ B. BERTRAND, « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2013, n° 6, p. 1217.

²⁴⁴¹ Voir notamment CJUE, Gde chbr., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

Conclusion de Chapitre

L'utilisation des instruments mentionnés n'est pas équivalente au sein de chaque ordre. Le principe de sécurité juridique semble provenir de l'Union européenne, puis adapté au sein de la Cour EDH, qui en a fait un principe directeur²⁴⁴². L'autorité de la chose jugée est citée dans la jurisprudence de la Cour de justice mais le réexamen est mieux organisé dans l'ordre juridique de la Convention EDH. Les notions autonomes sont présentes dans les deux ordres et les obligations positives en matière de droits fondamentaux proviennent clairement de la Cour EDH.

Cependant, la direction de ces outils est similaire et il est possible d'observer un effet de *spill over* entre les deux juges européens. Cette influence réciproque pourrait aboutir à une harmonisation rendant cohérent le système européen de protection des droits fondamentaux. Il s'agit bien d'outils du juge, qui peuvent être envisagés comme des « *techniques de l'élargissement du champ de la Convention – obligations positives ou encore notions autonomes – [qui] ont moins pour fonction de parvenir à un but déterminé que d'offrir un pouvoir discrétionnaire à la Cour qui les utilise* »²⁴⁴³, ce qui fonctionne également pour la Cour de justice. L'autonomisation des notions est une méthode d'interprétation légitime mais répond aussi à « *un besoin existentiel dans le patient effort d'édification d'un noyau dur commun d'un futur droit constitutionnel des droits de l'homme, justification première, de concert avec le respect de la société démocratique et de la prééminence du droit, de tous les efforts d'intégration européenne en cette fin du 20^e siècle* »²⁴⁴⁴. Enfin, le point commun entre tous ces principes et techniques est l'affirmation de leur participation au respect du principe de prééminence du droit²⁴⁴⁵, exigence fondamentale, voire constitutionnelle.

²⁴⁴² *Ibid.*, pp. 29-30.

²⁴⁴³ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2009, p. 292.

²⁴⁴⁴ L.-E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), Economica, Paris, 1995, p. 50.

²⁴⁴⁵ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives*, Dalloz, Paris, 2014, p. 97.

Chapitre 2. Le système européen de protection des droits fondamentaux : une déstabilisation constitutionnelle

L'idée d'un droit constitutionnel européen n'est pas nouvelle, aborder « *l'existence d'un constitutionnalisme européen, fondé pour l'essentiel sur le droit des droits de l'homme, apparaît très largement comme une idée en voie de banalisation* »²⁴⁴⁶. Cependant, le concept de droit constitutionnel européen est, d'une part, évolutif dans ce qu'il comprend et, d'autre part, l'idée de système européen de protection des droits fondamentaux peut renouveler la façon d'aborder cette question. Tant les normes de l'Union européenne que celles du Conseil de l'Europe ont vocation à s'insérer dans les ordres juridiques nationaux. Certes, le monisme et le dualisme coexistent au sein des États européens²⁴⁴⁷, mais l'application des normes du système européen de protection des droits fondamentaux prime sur les législations nationales, pouvant comprendre des normes constitutionnelles. Derrière le concept de système européen de protection des droits fondamentaux se dessine la possibilité de considérer les droits fondamentaux européens comme un ensemble de niveau constitutionnel.

Les deux ordres juridiques européens présentent certaines carences pour prétendre individuellement à la qualification constitutionnelle mais la réunion des deux peut ouvrir de nouvelles discussions. De nouveaux éléments apparaissent dans ce cadre constitutionnel européen, comme le concept de confiance mutuelle (Section 1) en tant que paramètre commun aux deux ordres juridiques. Le concept, qui émane de l'Union européenne s'impose au Conseil de l'Europe et particulièrement à la Cour EDH, ce qui le rend commun aux deux ordres juridiques européens. La confiance mutuelle, ainsi que d'autres éléments, forment ainsi la base du droit constitutionnel européen (Section 2).

²⁴⁴⁶ J.-F. FLAUSS, « La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *RUDH*, 1995, dossier spécial « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », J.-F. FLAUSS (dir.), p. 373.

²⁴⁴⁷ Ce qui limite parfois les normes du Conseil de l'Europe, y compris la Convention EDH à ses débuts. Voir à ce sujet, D. SZYMCZAK, « Convention européenne des droits de l'homme : application interne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, juillet 2017, spéc. le point 10.

Section 1 : La confiance mutuelle, enjeu constitutionnel du système

La confiance mutuelle entretient un lien intrinsèque avec les droits fondamentaux car ce sont ces droits qui servent principalement de siège à l'établissement d'une confiance entre les États membres de l'Union européenne, « à travers les droits fondamentaux, le principe de confiance mutuelle est donc généralisé à l'ensemble des relations entre les États membres »²⁴⁴⁸. La confiance mutuelle est horizontale, se référant aux liens entre les États membres de l'Union européenne. En effet, le concept provient de l'Union européenne et s'est imposée au Conseil de l'Europe en tant que donnée incontournable. Elle existe car les États membres de l'Union européenne sont tous parties à la Convention EDH et sont supposés respecter à ce titre un socle commun de droits fondamentaux, entraînant la reconnaissance d'une présomption de protection équivalente entre les droits fondamentaux protégés dans chaque État²⁴⁴⁹. Cependant, c'est justement en raison d'une protection des droits fondamentaux, parfois asymétrique, que des tensions existent entre les États membres, posant la question du fondement de la confiance mutuelle.

Le terme de confiance mutuelle est apparu assez tardivement dans la jurisprudence de la Cour de justice et dans la législation de l'Union²⁴⁵⁰, à l'instar du principe de sécurité juridique qui est utile lorsque l'insécurité apparaît, le concept de confiance mutuelle a servi à contrer les prémisses de défiance entre les États membres. Il a ensuite pris une importance telle que la confiance mutuelle a été érigé en principe constitutionnel par la Cour de justice²⁴⁵¹. Cependant, les contours et le contenu de ce principe sont difficiles à déterminer, « malgré le ton de l'évidence employé par la CJUE »²⁴⁵² de nombreuses questions se posent :

²⁴⁴⁸ H. GAUDIN, « Si proches, si lointaines... L'Union européenne face à la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2015, n° 19, p. 1079.

²⁴⁴⁹ L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017, p. 274.

²⁴⁵⁰ Le terme serait apparu pour la première fois dans le programme de mesures mettant en œuvre la reconnaissance mutuelle des décisions pénales (*JOUE* n° C 12, 15 janvier 2011, p. 2). Voir V. MALABAT, « Confiance mutuelle et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, p. 975. La Cour de justice le mentionne de son côté en 2003 dans un arrêt CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales c/ Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jtes. C-187/01 et C-385/01, *Rec.* p. I-1345.

²⁴⁵¹ H. GAUDIN, « Faire émerger une nouvelle discipline : Peut-il exister un droit constitutionnel européen ? », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 900.

²⁴⁵² M. GUIRESSE, « Confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen : évolution ou inflexion de la Cour de justice ? », 12 avril 2016, disponible sur www.gdr-elsj.eu.

« *Quelle est la nature de ce principe ? Est-ce un objectif à atteindre, un postulat ou une réalité constatée ? Est-il propre au droit de l'UE ? A-t-il un cadre délimité ? Quelles sont toutes ses conséquences ? Est-il maîtrisé ou est-il en cours de conceptualisation ?* »²⁴⁵³ ou encore est-ce un principe ? Il faut donc s'intéresser au contenu de la confiance mutuelle (§1) avant d'envisager la place de ce concept en tant que présomption dans le système européen de protection des droits fondamentaux (§2).

§1. Le contenu incertain de la confiance mutuelle

L'absence de référence à un « principe » de confiance mutuelle est ici intentionnelle. Contrairement aux principes de subsidiarité, de proportionnalité ou encore de sécurité juridique, la consécration de la confiance mutuelle en principe n'est pas évidente. « *Certains auteurs se demandent en effet si le principe de la confiance mutuelle entre États membres est vraiment un principe juridique. Selon eux, si ce principe est manifestement utilisé en droit de l'UE cela ne fait pas automatiquement de lui un principe de droit. Souvent, pour la qualification juridique d'un principe, un critère avancé est l'existence d'obligations juridiques découlant de ce principe* »²⁴⁵⁴. En effet, la confiance mutuelle n'entraîne pas des obligations juridiques *per se* mais la reconnaissance d'une présomption et l'idée de « confiance » paraît moins juridique que politique. De façon similaire, cette fois-ci, aux principes de proportionnalité, subsidiarité et de sécurité juridique, le contenu exact de la confiance mutuelle reste incertain. Dans l'avis 2/13 rendu par la Cour de justice en 2014²⁴⁵⁵, la confiance mutuelle s'insère dans la dialectique de la spécificité de l'Union européenne (A) et la Cour EDH, plus que les autres organes du Conseil de l'Europe, reprend cette idée, avec une approche plus technique, lorsqu'elle est confrontée au droit de l'Union (B).

²⁴⁵³ *Ibidem.*

²⁴⁵⁴ *Ibid.*

²⁴⁵⁵ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

A. La confiance mutuelle en tant que spécificité du droit de l'Union européenne

Une mention de la confiance mutuelle était prévue dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe²⁴⁵⁶ mais n'a ensuite pas été reprise dans le traité de Lisbonne. Cette approche souligne l'incertitude de la dimension juridique de la confiance mutuelle ainsi que son absence de force juridique contraignante²⁴⁵⁷. En pratique, le lien est souvent fait entre reconnaissance mutuelle et confiance mutuelle (1), le premier étant présenté comme le pendant juridique de la confiance mutuelle. Néanmoins, il semble que la formulation de la confiance mutuelle soit intervenue bien après les applications de la reconnaissance mutuelle. Ainsi, pour certains la confiance mutuelle est un principe structurel²⁴⁵⁸, voire constitutionnel, servant de fondement à la reconnaissance mutuelle et emportant des conséquences plus larges (2).

1. De la reconnaissance mutuelle à la confiance mutuelle et inversement

La reconnaissance mutuelle signifie qu'une décision judiciaire rendue par les autorités d'un État membre est exécutée sans formalité par les autorités d'un autre État membre. « *La reconnaissance mutuelle devient avec Tampere une sorte de trait d'union et de pont entre marché intérieur, circulation des personnes, coopération judiciaire* »²⁴⁵⁹. Avec le Conseil européen de Tampere en 1999²⁴⁶⁰, la reconnaissance mutuelle devient la « pierre angulaire » de l'espace en construction de liberté, de sécurité et de justice. En revanche, les conclusions ne mentionnent pas la confiance mutuelle. Cette dernière apparaît un an plus tard dans le programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales²⁴⁶¹. La reconnaissance mutuelle dans cet espace judiciaire est ensuite

²⁴⁵⁶ Article I-42, « *Dispositions particulières relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice* », § 1 sous b) : « *L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice [...] en favorisant la confiance mutuelle entre les autorités compétentes des États membres, en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires* ». C'est ici la reconnaissance mutuelle qui sert de base à la confiance mutuelle, donc une logique qui semble inversée.

²⁴⁵⁷ M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 138.

²⁴⁵⁸ Voir à ce sujet F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, Hypercours, Paris, 2017, p. 74.

²⁴⁵⁹ B. NASCIBENE, « Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle », *RAE*, 2011, n° 4, p. 788.

²⁴⁶⁰ Voir les conclusions du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999.

²⁴⁶¹ *JOUE* n° C 12, 15 janvier 2001, p. 2. Voir également D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou l'« oméga » d'une justice pénale européenne ? », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles,

formellement nommée dans la communication du 26 juillet 2000 au sujet des décisions finales dans le domaine pénal²⁴⁶². Mais l'origine de la reconnaissance mutuelle est plus ancienne et se situe dans le marché intérieur. Elle a été introduite par la Cour de justice avec l'affaire *Cassis de Dijon*²⁴⁶³, dans l'objectif de faciliter la circulation des marchandises. La juridiction de l'Union indique que « *les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives* ». Pour le marché intérieur, l'objectif est d'éviter que la législation d'un État ne soit une entrave pour la circulation des marchandises, capitaux, personnes ou des services, « *le principe de reconnaissance mutuelle a ainsi pour but de concilier les exigences de deux États afin d'éviter qu'une législation nationale s'impose au détriment de l'autre* »²⁴⁶⁴. La reconnaissance mutuelle prend ensuite une dimension particulière dans l'ELSJ avec la coopération judiciaire en matière civile, soit en droit international privé. Le programme de la Haye de 2005 consacre les deux notions en « pierre angulaire » de la coopération judiciaire et le programme propose un renforcement de la confiance par l'émergence progressive d'une culture judiciaire européenne²⁴⁶⁵. Le programme de Stockholm de 2010 continue dans cette voie en liant toujours les deux notions. « *La reconnaissance mutuelle a notamment pour conséquence que les décisions rendues au niveau national ont des effets dans les autres États membres, en particulier sur leurs systèmes judiciaires. Il est donc nécessaire de prendre des mesures visant à renforcer la confiance mutuelle afin de pouvoir bénéficier pleinement de ces avancées* »²⁴⁶⁶. Il est intéressant de relever que le programme de Stockholm indique que l'un des défis de l'avenir consistera « *à instaurer cette confiance et à trouver de nouveaux moyens de faire en sorte que les États membres s'appuient davantage sur les systèmes juridiques de leurs homologues et améliorent leur compréhension mutuelle à cet égard* »²⁴⁶⁷.

Bruxelles, 2005, p. 18.

²⁴⁶² Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 26 juillet 2000, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, COM(2000) 495 final.

²⁴⁶³ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, Rec. p. 649.

²⁴⁶⁴ M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 153.

²⁴⁶⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Le programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice*, COM(2005) 184 final, *JOUE* n° C 236, 24 septembre 2005, p. 1.

²⁴⁶⁶ Le programme de Stockholm : une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* n° C 115, 4 mai 2010, p. 1.

²⁴⁶⁷ *Ibidem*.

S'il faut « instaurer » cette confiance c'est bien que celle-ci n'est pas une évidence. Ainsi, confiance et reconnaissance mutuelles fonctionnent ensemble dans l'ELSJ, espace dans lequel les droits fondamentaux sont particulièrement en jeu. Cependant, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen²⁴⁶⁸, qui a ensuite servi de fondement pour de plus amples développements jurisprudentiels sur la confiance mutuelle, ne contient aucune référence à la confiance mutuelle²⁴⁶⁹. La doctrine estime que la reconnaissance mutuelle est un principe, sans toutefois s'accorder sur la teneur du principe, fondateur, constitutif ou structurel²⁴⁷⁰.

La question de la reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne affecte toutes les dimensions du droit de l'Union européenne, en tant qu'instrument permettant d'assurer une circulation sans obligation d'harmonisation des législations des États membres. En effet, la reconnaissance mutuelle a cet avantage de permettre le maintien des règles internes et la réception de décisions externes. La confiance mutuelle s'inscrit dans ce cadre et jouerait « *prioritairement dans des domaines où l'harmonisation est exclue* »²⁴⁷¹ en tant que « *palliatif facilitant la reconnaissance mutuelle, reine des méthodes de coopération* »²⁴⁷². Confiance et reconnaissance mutuelles ont pour point commun de reposer sur l'idée d'équivalence entre les droits des États membres de l'Union²⁴⁷³. Toutefois, la Commission européenne considère que la reconnaissance mutuelle est une nouvelle méthode d'harmonisation²⁴⁷⁴. Pour d'autres c'est une « *technique d'intégration normative* »²⁴⁷⁵ qui permet d'éviter d'harmoniser puisque l'objectif est d'accueillir les décisions de l'autre dans son système juridique sans nécessairement modifier ce système. En cela, la reconnaissance mutuelle rejoint la confiance mutuelle qui est « *habituellement présente dans les domaines*

²⁴⁶⁸ Voir la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOUE* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

²⁴⁶⁹ Le 10^e considérant fait tout de même référence au degré de confiance élevé sur lequel repose le mécanisme du mandat d'arrêt européen.

²⁴⁷⁰ C. BLUMANN, « Conclusions générales », in *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, M. FARTUNOVA (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 246.

²⁴⁷¹ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 511.

²⁴⁷² *Ibid.* Voir également B. NASCIMBENE, « Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle », *op. cit.*, p. 788.

²⁴⁷³ C. BLUMANN, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 249.

²⁴⁷⁴ Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (*Cassis de Dijon*), *JOCEE* n° C 256, 3 octobre 1980, p. 2. Voir également L. LEBOEUF, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Anthémis, Lima, 2016, p. 25.

²⁴⁷⁵ S. MANACORDA, « Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ? », *RSC*, 2010, p. 945.

vierges d'harmonisation et vise à faciliter la reconnaissance mutuelle (champs civil, pénal et administratif) »²⁴⁷⁶.

Les liens entre reconnaissance mutuelle et confiance mutuelle sont intenses et flous en même temps. « *La confiance mutuelle préexiste en effet, a minima, à la reconnaissance mutuelle puisqu'elle l'autorise mais elle en résulte également aussi, dans un mouvement caractéristique de va-et-vient. Les textes de droit dérivé soulignent fréquemment ce processus particulier en rappelant que cette reconnaissance « contribue » à la confiance mutuelle* »²⁴⁷⁷. En réalité, la filiation dépend de ce qui est compris par le vocable de confiance mutuelle. *Lato sensu*, la confiance mutuelle est présente dès le début de la construction européenne puisque c'est un sentiment partagé par les États membres de l'Union. La confiance est un « *rapport psychologique à soi, à autrui, à une chose [...] animé et enveloppé par la croyance [...] qu'il résultera de celui-ci quelque bien pour soi ou pour autrui* »²⁴⁷⁸. Elle précède alors la reconnaissance mutuelle. *Stricto sensu*, l'expression « confiance mutuelle » est plus récente dans son acception délimitée qui emporte des conséquences juridiques précises²⁴⁷⁹. La reconnaissance mutuelle portant particulièrement sur les décisions de justice, elle se fonde sur la reconnaissance d'une autre équivalence : celle des systèmes judiciaires. En lien avec la confiance mutuelle cela signifie que les États font confiance au système judiciaire et à la justice de leurs partenaires de l'Union européenne²⁴⁸⁰. La reconnaissance mutuelle est aussi liée au principe de coopération loyale qui impose une coopération administrative efficace entre États²⁴⁸¹.

²⁴⁷⁶ S. FÉLIX, « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDLF*, 2015, chron. n° 25.

²⁴⁷⁷ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 512.

²⁴⁷⁸ J.-P. BLEDE, E. JOUVE et C. REVEILLARD (dir.), « Confiance publique », in *Dictionnaire historique et juridique de l'Europe*, PUF, Paris, 2013, p. 70.

²⁴⁷⁹ Voir ainsi CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales c/ Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jtes. C-187/01 et C-385/01, *Rec.* p. I-1345, qui marquerait le début de l'utilisation de la confiance mutuelle par la Cour de justice, point 33 : « *Dans ces conditions, le principe ne bis in idem, consacré à l'article 54 de la CAAS, qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente* ».

²⁴⁸⁰ M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 146.

²⁴⁸¹ L. POTVIN-SOLIS, « Le principe de coopération loyale », *ADE*, 2008, p. 177.

Les liens intenses avec la reconnaissance mutuelle ne permettent néanmoins pas d'estimer que la confiance mutuelle puisse être considérée comme un principe et ce, même si celle-ci connaît une application autonome en dehors de la reconnaissance mutuelle. Ainsi, la confiance mutuelle existe sans la reconnaissance mutuelle, alors que l'inverse ne semble pas possible²⁴⁸².

2. La confiance mutuelle imaginée comme principe structurel

L'apparition de la confiance mutuelle dans l'Union européenne s'est faite dans le domaine de la coopération civile puis s'est développée dans les autres dimensions de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ainsi, « *c'est parce que l'Union est dotée d'un standard de protection des droits fondamentaux jugé suffisamment solide par les États membres, que ceux-ci ont accepté de mettre progressivement en place une coopération policière et judiciaire en matière pénale ou encore une politique commune de l'asile et de l'immigration* »²⁴⁸³. La confiance mutuelle est de plus en plus mentionnée dans les textes²⁴⁸⁴ avec la particularité d'être principalement visée dans les considérants des actes de droit dérivé²⁴⁸⁵, comme le principe de proportionnalité ou de subsidiarité, donnant à la confiance mutuelle à la fois une valeur solennelle tout en soulignant son absence de contenu juridique.

²⁴⁸² L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017, p. 302.

²⁴⁸³ R. TINIÈRE, « *Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Union européenne* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, 2015, p. 72.

²⁴⁸⁴ Et les actes qui font directement référence à la « confiance mutuelle » ne sont pas si fréquents : en 2018 il y en avait une trentaine recensée sur le site eur-lex.eu (en excluant les relations extérieures). Voir par exemple dans l'ELSJ, en matière de coopération judiciaire pénale : la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294, 6 novembre 2013, p. 1 (considérants n° 4, 6 et 8) ; en matière de coopération judiciaire civile, le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *JOUE* n° L 399, 30 décembre 2006, p. 1 (considérant n° 27) ; en matière de politique d'asile, le règlement (UE) n° 604/2013 « Dublin III », établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou apatride, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 31 (considérant n° 22) et plus généralement en matière de marché intérieur, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE* n° L 376, 27 décembre 2006, p. 36 (considérant n° 3).

²⁴⁸⁵ Mais pas exclusivement, voir pour un contre-exemple le règlement (UE) n° 1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Justice » pour la période 2014-2020, *JOUE* n° L 354, 28 décembre 2013, p. 73, dans lequel la confiance mutuelle est souvent mentionnée dans les considérants mais aussi à l'article 3 : « *L'objectif général du programme est de contribuer à la poursuite de la mise en place d'un espace européen de justice fondé sur la reconnaissance et la confiance mutuelles* ». La particularité étant que l'acte en question a pour objectif de fixer un programme.

Sur le fond, l'absence initiale de la confiance mutuelle dans les textes a pu être qualifiée de « troublante »²⁴⁸⁶, particulièrement dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen²⁴⁸⁷.

La notion de « confiance mutuelle » apparaît dans la jurisprudence des années 2000²⁴⁸⁸ mais son idée se retrouve parfois sous l'expression de « confiance réciproque »²⁴⁸⁹, qui est visible dans les textes²⁴⁹⁰. Les deux termes sont proches car ils impliquent tous deux un échange, au point qu'ils peuvent être qualifiés d'interchangeables²⁴⁹¹, posant tous deux des présomptions au titre des droits fondamentaux. Pour la Cour de justice, « *tant le principe de confiance mutuelle entre les États membres que le principe de reconnaissance mutuelle, qui repose lui-même sur la confiance réciproque entre ces derniers, ont, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale* »²⁴⁹². La juridiction de l'Union semble ainsi lier la

²⁴⁸⁶ L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017, p. 291.

²⁴⁸⁷ Seul un considérant mentionne « un degré de confiance élevé entre États membres », considérant n° 10. Voir à ce sujet D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou l'« oméga » d'une justice pénale européenne ? », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, p. 19.

²⁴⁸⁸ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 501. En 2003, dans l'affaire *Gözütok*, en matière pénale, la question posée à la Cour de justice des communautés européennes concernait l'interprétation du principe *ne bis in idem* tel que prévu à l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen. Selon la Cour, la mise en œuvre du principe « implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente ». CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales c/ Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jtes. C-187/01 et C-385/01, *Rec.* p. I-1345, point 33.

²⁴⁸⁹ L'expression « confiance réciproque » se retrouve très tôt dans la jurisprudence de la Cour concernant la libre circulation des marchandises (voir par exemple CJCE, 25 janvier 1977, *Bauhuis*, aff. 46/76, *Rec.* p. 5).

²⁴⁹⁰ Voir par exemple le 16^e considérant du règlement « Bruxelles I », règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 12, 16 janvier 2001, p. 1 (qui n'est plus en vigueur) : « *La confiance réciproque dans la justice au sein de la Communauté justifie que les décisions rendues dans un État membre soient reconnues de plein droit, sans qu'il soit nécessaire, sauf en cas de contestation, de recourir à aucune procédure* » mais aussi dans une décision de 1991 au sujet de la formation des douaniers « *considérant que la diffusion des concepts et des procédures à appliquer dans les États membres ne pourra qu'aboutir à une harmonisation plus poussée de l'activité douanière dans la Communauté et à instaurer le climat de confiance réciproque nécessaire* », décision 91/341/CEE du 20 juin 1991, portant adoption d'un programme d'action communautaire en matière de formation professionnelle des douanes, *JOCEE* n° L 187, 13 juillet 1991, p. 41.

²⁴⁹¹ L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017, p. 272. Voir par exemple l'arrêt Aguirre Zarraga qui fait emploi indistinctement les termes confiance mutuelle (point 46) et réciproque (point 70 qui renvoi au point 46), CJUE, 22 décembre 2010, Aguirre Zarraga, aff. C-491/10 PPU, *Rec.* p. I-14247.

²⁴⁹² Voir CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, point 36 et CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/18 PPU,

reconnaissance mutuelle à la confiance réciproque, qu'elle distingue bien de la confiance mutuelle. Cependant, cette subtilité n'apparaît pas dans la version anglaise ou allemande de l'arrêt. Un auteur propose de distinguer la confiance réciproque comme présument de la capacité à protéger les droits fondamentaux, tandis que la confiance mutuelle présume la protection des droits fondamentaux²⁴⁹³. Ainsi, le premier se placerait en amont²⁴⁹⁴ et le second sur un terrain plus concret, ce qui justifierait la possibilité d'apporter une preuve pouvant renverser la présomption de confiance mutuelle. Même si la confiance réciproque a intégré plus rapidement les textes de droit dérivé que la confiance mutuelle, les textes qui ont fondé l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne mentionnent pas non plus la confiance réciproque²⁴⁹⁵, l'expression confiance « mutuelle » serait ainsi spécifique à cet espace. Dans les deux cas, la confiance est pertinente pour l'application du principe d'effet utile²⁴⁹⁶ et d'effectivité du droit²⁴⁹⁷. En effet, au nom de la confiance mutuelle ou réciproque, les États membres se seraient entendus au préalable pour assurer la bonne application du droit de l'Union. Dans les deux cas à nouveau, cette confiance est fortement sollicitée par la Cour de justice car elle lui permet de présenter sa vision de la construction européenne²⁴⁹⁸. « *Parce qu'il y aurait du commun entre les États membres, en termes de valeurs notamment, ils s'accorderaient de la confiance, confiance qui contribue à son tour au maintien et au développement du commun* »²⁴⁹⁹. Dans l'avis 2/13²⁵⁰⁰, qui marque un tournant pour la confiance mutuelle, les développements des motifs y font assez peu référence mais il est remarquable de noter que le dispositif intègre la confiance mutuelle. La Cour de justice estime que le projet d'accord d'adhésion de l'Union à la Convention EDH est contraire au droit de l'Union notamment car il « *ne prévient pas le risque d'atteinte au principe de la*

ECLI:EU:C:2018:589, point 48.

²⁴⁹³ M. GUIRESSE, « Confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen : évolution ou inflexion de la Cour de justice ? », 12 avril 2016, disponible sur www.gdr-elsj.eu.

²⁴⁹⁴ La Cour internationale de justice notait, dans l'affaire des « Essais nucléaires » opposant la France et la Nouvelle Zélande, que « *la confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale* », la rattachant ainsi au principe fondamental de bonne foi, CIJ, 20 décembre 1974, Essais nucléaires. Relevé par H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 501.

²⁴⁹⁵ H. LABAYLE, « Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe*, mars 2016, dossier, p. 3.

²⁴⁹⁶ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 516.

²⁴⁹⁷ R. TINIERE, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, 2015, p. 77.

²⁴⁹⁸ E. BERNARD, « L'Europe des valeurs communes : un récit judiciaire », *ADUE*, 2017, à paraître.

²⁴⁹⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰⁰ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

confiance mutuelle entre les États membres »²⁵⁰¹, preuve de sa valeur structurelle, voire constitutionnelle comme l'estime la Cour de justice²⁵⁰². Utilisation qui résonne avec l'absence de mention à la confiance mutuelle dans la prise de position de l'avocat général²⁵⁰³. Les motifs de l'arrêt évoquent trois fois la confiance mutuelle – une fois seulement en tant que principe – d'abord pour en déterminer sa source, puis pour en dessiner les contours et enfin pour expliquer quelles seraient les atteintes à la confiance mutuelle en raison de l'adhésion à la Convention EDH. Dans un premier temps, la Cour de justice précise que la confiance mutuelle repose sur la mise en commun de valeurs reconnues à l'article 2 TUE²⁵⁰⁴, qui donne une assise constitutionnelle à la confiance mutuelle²⁵⁰⁵. Ensuite, la Cour de justice, en considérant que la confiance mutuelle est un principe, indique qu'il permet « *la création et le maintien d'un espace sans frontières* »²⁵⁰⁶ – alors même que la confiance mutuelle est absente de la Convention de Schengen²⁵⁰⁷ – et implique que tous les États membres respectent le droit de l'Union et les droits fondamentaux. Ainsi, la confiance mutuelle revêt une double nature, « *c'est à la fois la richesse et la contradiction existentielle du principe de confiance mutuelle que d'être aussi bien une condition préalable que le produit de l'action commune* »²⁵⁰⁸. Enfin, la juridiction de l'Union considère que la possibilité d'imposer un droit national plus protecteur des droits fondamentaux, conformément à l'article 53 de la Convention EDH, est contraire à l'esprit de la confiance mutuelle qui impose de ne pas procéder à des vérifications, sauf dans des circonstances exceptionnelles²⁵⁰⁹. Autrement dit, la confiance mutuelle devrait empêcher les États de contrôler le respect des droits fondamentaux dans un autre État membre. Or c'est exactement l'inverse que propose la Cour EDH et qui est en partie repris par la Cour de justice, notamment dans le cadre de la

²⁵⁰¹ *Ibidem*, point 258.

²⁵⁰² La Cour de justice ne dit pas directement que la confiance mutuelle est un principe constitutionnel mais elle le mentionne dans le cadre de son développement sur la structure constitutionnelle de l'Union (point 165) et de ses caractéristiques spécifiques, au titre desquelles apparaît la confiance mutuelle (point 168), CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

²⁵⁰³ Prise de position de l'avocat général Juliane KOKOTT, présentée le 13 juin 2014 sur la procédure d'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475. Pour une autre illustration de la présence récente de la confiance mutuelle en tant que principe structurel, voire constitutionnel, une thèse publiée en 2001 sur la constitutionnalisation de l'Union européenne ne mentionne pas la confiance mutuelle. Voir D. BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Apogée, Rennes, 2001.

²⁵⁰⁴ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, préc., point 168.

²⁵⁰⁵ L. LEBOEUF, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Anthémis, Limal, 2016, p. 50.

²⁵⁰⁶ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, préc., point 191.

²⁵⁰⁷ H. LABAYLE, « 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 ? », *RFDA*, 2015, p. 3.

²⁵⁰⁸ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 511.

²⁵⁰⁹ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 194.

règlementation Dublin²⁵¹⁰ et du mandat d'arrêt européen²⁵¹¹. « *L'irruption relativement récente de la « confiance mutuelle » dans la jurisprudence de la Cour de justice atteignant le paroxysme dans l'avis 2/13 et érigée en principe constitutionnel de l'Union n'est pas fortuite. Elle est liée à l'extension progressive des compétences de l'Union européenne sur des domaines qui soulèvent de plus en plus des questions de protection des droits fondamentaux [...]. Tel est le cas, notamment, de l'Espace de liberté, sécurité et justice* »²⁵¹². Après l'avis 2/13 de la Cour de justice, la confiance mutuelle est plus fréquemment mobilisée par le juge de l'Union même si « *cette montée en puissance de la confiance mutuelle ne s'est pas accompagnée, loin s'en faut, d'une clarification de sa signification en dépit de la confusion qui l'entoure, notamment dans ses relations avec la protection des droits fondamentaux* »²⁵¹³.

La question de la comparaison entre la confiance mutuelle et le principe de coopération loyale peut d'ailleurs se poser, ces deux principes étant identifiés comme structurels à l'Union. La Cour de justice a précisé la teneur du principe de coopération loyale en lui attribuant une fonction constitutionnelle au sein de l'Union²⁵¹⁴, même si, à la différence de la confiance mutuelle, la coopération loyale est inscrite dans les traités. Cependant, il faut attendre le traité de Lisbonne pour son intégration formelle à l'article 4 § 3 TUE. La confiance mutuelle pourrait être formalisée, à l'image de la coopération loyale, dans le cadre d'une prochaine modification des traités, sachant qu'elle était mentionnée dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le concept de coopération loyale a pu être rapproché du principe international de bonne foi – en tant qu'il incite les États à exécuter de bonne foi leurs obligations – mais avec une adaptation à la spécificité de l'Union européenne²⁵¹⁵. Ce principe va jouer entre les institutions de l'Union mais aussi entre les

²⁵¹⁰ Règlement « Dublin III » (UE) n° 604/2013 du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 31.

²⁵¹¹ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOUE* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

²⁵¹² D. SPIELMANN et P. VOYATZIS, « L'étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l'aune de l'expérience judiciaire comparée », *RTDH*, 2017, n° 112, p. 911.

²⁵¹³ R. TINIÈRE, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, 2015, p. 73.

²⁵¹⁴ Voir à ce sujet CJCE, 19 février 1991, *Commission c/ Belgique*, aff. C-374/89, *Rec.* p. I-367 et CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, préc.

²⁵¹⁵ L. POTVIN-SOLIS, « Le principe de coopération loyale », *ADE*, 2008, p. 165.

États et l'Union²⁵¹⁶. Il semble ainsi avoir des implications juridiques plus claires, plus évidentes que la confiance mutuelle. La coopération loyale, comme la confiance mutuelle, est liée à l'idée de solidarité²⁵¹⁷, et c'est une source d'obligations juridiques pour les États²⁵¹⁸. Souvent pensé comme « à la base du principe de primauté, de la doctrine des compétences externes implicites, du principe d'administration indirecte et de l'application uniforme, de la solidarité et de l'obligation de collaboration dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit de l'Union »²⁵¹⁹. Les deux concepts se rejoignent ainsi sur l'idée de solidarité entre États et sur la place structurelle qu'ils occupent. Néanmoins, la confiance mutuelle a un rôle préalable par rapport à la coopération loyale : elle doit exister pour que les États coopèrent entre eux.

La question qui se pose en amont est de déterminer comment s'installe la confiance entre les États ? *A priori*, pour avoir confiance il faut comprendre, connaître les systèmes judiciaires des autres États, spécifiquement dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cette idée semble se développer dans l'Union par le biais du tableau de bord de la justice, mis en place en 2013 par la Commission européenne²⁵²⁰. Il s'agit d'un outil statistique qui met à disposition des informations sur les systèmes de justice nationaux dans l'objectif que les États améliorent ces systèmes²⁵²¹. Les données portent principalement sur les litiges en matière civile et commerciale en excluant la matière pénale, qui n'est pas complètement ignorée par la Commission européenne mais abordée par d'autres biais²⁵²². Pour cette compréhension, les États membres de l'Union européenne peuvent également s'appuyer sur les travaux de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice du

²⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 167.

²⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 203. Voir également M. FARTUNOVA, « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *CDE*, 2016, n° 1, p. 207.

²⁵¹⁸ E. NEFRAMI « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RUE*, 2012, p. 197.

²⁵¹⁹ *Ibid.*

²⁵²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le tableau de bord de la justice dans l'Union européenne, Un outil pour promouvoir une justice effective et la croissance, COM(2013) 160 final.

²⁵²¹ L. PAILLER, Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale, Pedone, Paris, 2017, p. 290.

²⁵²² Livre vert de la Commission européenne pour renforcer la confiance mutuelle dans l'espace judiciaire européen et sur l'application de la législation de l'Union en matière de justice pénale dans le domaine de la détention, COM(2011) 327 final. Dans la communication, il est indiqué que les États membres doivent avoir une meilleure connaissance des systèmes de justice pénale de chacun.

Conseil de l'Europe²⁵²³, dont l'objectif est d'améliorer la qualité et l'efficacité des systèmes judiciaires européens.

La constitutionnalisation de la confiance mutuelle est provoquée par le développement de l'ELSJ car la confiance devient un « *garant de l'intégrité et de la cohérence de l'espace de liberté, de sécurité et de justice* »²⁵²⁴. Ce phénomène est à rapprocher de la mobilisation de grands principes aux débuts du marché intérieur – primauté, application directe et immédiate du droit de l'Union. Ainsi, pour que l'ELSJ connaisse un succès similaire au marché intérieur, il semble nécessaire de déterminer les notions qui permettent son fonctionnement. L'idée étant cette fois que « *chaque État membre peut partir du principe que les autres États membres respectent les droits fondamentaux* »²⁵²⁵, justifiant donc qu'un État traite d'une demande d'asile à la place d'un autre ou transfère automatiquement une personne dans le cadre du mandat d'arrêt européen. Ainsi, pour certains auteurs, « *la confiance mutuelle apparaît en définitive comme un principe normatif, ou un principe d'interprétation des obligations des États membres dans la mise en œuvre des instruments de l'espace de liberté, de sécurité et de justice* »²⁵²⁶.

La confiance mutuelle dépasse la connaissance des autres systèmes judiciaires dans l'Union européenne puisqu'elle implique principalement le respect des droits fondamentaux, dont l'adhésion à la Convention EDH témoigne. Cette exigence crée alors une interdépendance entre l'Union et la Convention EDH²⁵²⁷, imposant *in fine* la notion de confiance mutuelle à la Cour EDH.

²⁵²³ La Commission (CEPEJ) a été créée par une résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 18 septembre 2002, RES(2002)12.

²⁵²⁴ F. GAZIN, « La jurisprudence post-*Melloni* concernant l'exécution des mandats d'arrêt européens : une confiance mutuelle enfin (re)trouvée ? », *RTDH*, 2017, n° 111, p. 517. Voir également K. LENAERTS et J. A. GUTIÉRRES-FONS, « The place of the Charter in the EU Constitutional Edifice », in *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER *et alii* (dir.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 1584 : « *In light of the principle of mutual trust that underpins the ASFJ* » : la confiance mutuelle soutient l'ELSJ.

²⁵²⁵ S. FÉLIX, « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDLF*, 2015, chron. n° 25.

²⁵²⁶ O. DE SCHUTTER, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, p. 103.

²⁵²⁷ É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chronique n° 9, disponible sur le site de la revue.

B. L'approche technique de la confiance mutuelle par la Cour EDH

Le concept de « confiance mutuelle », tel qu'imaginé dans le cadre de l'Union européenne, est assez peu utilisé par les organes du Conseil de l'Europe²⁵²⁸, y compris par les mécanismes de surveillance des conventions, comme le Comité EDS, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) ou encore le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CEPT). Évidemment, l'expression « confiance mutuelle » est employée, parfois dans le même esprit d'incitation de coopération horizontale entre les États membres du Conseil de l'Europe²⁵²⁹. L'objectif est de s'intéresser au traitement par la Cour EDH de la règle structurelle de l'ELSJ, car la Cour EDH est le seul organe du Conseil de l'Europe se trouvant pour l'instant frontalement confrontée à la problématique. Afin de comprendre les enjeux de la présence de la confiance mutuelle dans les décisions de la Cour EDH, il est plus utile de s'intéresser aux matières abordées par la juridiction. En effet, le contentieux du droit d'asile a mis en avant la confiance mutuelle entre États membres de l'Union européenne (1), également évoquée dans les litiges concernant le droit international privé européen et le mandat d'arrêt européen (2).

1. La politique d'asile au cœur de la mésentente : la solution par la confiance mutuelle

L'interdépendance entre Convention EDH et Union européenne est valorisée par le biais de la confiance mutuelle alors même que la Cour de justice montre son hostilité face à la possibilité d'un contrôle externe par la Cour EDH dans l'avis 2/13²⁵³⁰. En effet, la base de la confiance mutuelle est le respect des droits fondamentaux par les États, vérifié par leur

²⁵²⁸ Exception faite de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972 du Conseil de l'Europe (STE n° 73), qui mentionne l'esprit de confiance mutuelle entre les États.

²⁵²⁹ Voir par exemple le discours du président de l'Assemblée parlementaire du 1^{er} juillet 2016 sur la diplomatie parlementaire : « Une clé pour résoudre les menaces et les conflits actuels en Europe », disponible sur www.assembly.coe.int. Par exemple, entre partenaires sociaux (résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 2146 du 25 janvier 2017, « Renforcer le dialogue social en tant qu'instrument de stabilité et de réduction des inégalités sociales et économiques ») ; entre des communautés nationales (résolution n° 2094 du 28 janvier 2016, « La situation au Kosovo et le rôle du Conseil de l'Europe ») ou entre personnels et détenus (rapport de visite de 1991 en Suisse du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants).

²⁵³⁰ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, préc.

adhésion à la Convention EDH. Pourtant la Cour de justice utilise la confiance mutuelle pour indiquer qu'elle doit être préservée contre d'éventuelles intrusions de la Cour EDH, ce qui « justifierait une défiance de l'Union européenne envers le système de la Convention EDH, qui ne tient pas dûment compte des relations transnationales établies entre les États membres de l'Union européenne »²⁵³¹. La juridiction des droits de l'homme n'aurait pas suffisamment pris en compte la spécificité du droit de l'Union. Cette défiance s'exprime spécifiquement dans le cadre de l'ELSJ qui exacerbe les tensions concernant la protection des droits fondamentaux en raison des sujets qui y sont abordés, droit pénal avec le mandat d'arrêt européen, le droit international privé avec les droits familiaux et bien entendu les questions de protection internationale et les expulsions de ceux qui n'ont pas obtenu cette protection.

Il faut s'intéresser à l'approche retenue par la Cour EDH pour déterminer si celle-ci tient compte des spécificités du droit de l'Union. Le concept de confiance mutuelle fait son entrée dans la jurisprudence de la Cour EDH à l'occasion de l'arrêt *M.S.S. c/ Belgique et Grèce* de janvier 2011²⁵³², qui s'intéresse au mécanisme de transfert des demandeurs d'asile selon la réglementation « Dublin »²⁵³³. La Belgique, en position de défense car c'est l'État qui a procédé au transfert du demandeur d'asile, oppose la confiance qu'elle est supposée placer dans le système grec, notamment au titre du respect des obligations issues de la Convention EDH²⁵³⁴. En revanche, la Cour EDH ne développe pas les conséquences de la confiance mutuelle, dans son appréciation du cas, et préfère ensuite s'appuyer sur une disposition du règlement Dublin permettant aux États de décider, sans motif particulier, de traiter par eux-mêmes une demande d'asile²⁵³⁵. La Cour EDH sanctionne la Belgique pour avoir transféré un demandeur d'asile vers la Grèce alors que l'État en question montrait des défaillances dans le traitement des demandeurs d'asile, risquant d'entraîner un traitement inhumain et dégradant, que la Belgique ne pouvait ignorer²⁵³⁶. Or il s'agit exactement du concept de confiance mutuelle : la Belgique doit présumer, en vertu du droit de l'Union

²⁵³¹ M. LOPEZ-ESCUADERO, « Contrôle externe et confiance mutuelle : deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13 », *RAE*, 2015, n° 1, p. 100.

²⁵³² Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

²⁵³³ Règlement « Dublin III » (UE) n° 604/2013 du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 31.

²⁵³⁴ Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, point 32.

²⁵³⁵ *Ibidem*, point 339.

²⁵³⁶ *Ibid.*, point 360.

européenne, que la Grèce respecte et protège les droits fondamentaux. L'arrêt mentionne également la présomption de protection équivalente, issue de la jurisprudence *Bosphorus* de 2005 de la Cour EDH²⁵³⁷. Il semble qu'il soit nécessaire de faire d'abord sauter le premier verrou de la jurisprudence *Bosphorus* pour ensuite s'intéresser à la seconde présomption, celle de la confiance légitimement placée envers les partenaires européens. Dans les deux cas, ce sont des présomptions qui concernent des relations horizontales mais pour que la Cour EDH s'intéresse frontalement à la confiance mutuelle, il faudrait au préalable renverser ou écarter la présomption de protection équivalente établie au bénéfice de l'Union européenne. Quelques mois après l'arrêt *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, l'arrêt *N. S.* de décembre 2011 de la Cour de justice reprend cette thématique²⁵³⁸. La juridiction de l'Union indique que les États membres peuvent se faire confiance concernant le respect des droits fondamentaux grâce à l'adhésion à la Convention de Genève et à la Convention EDH²⁵³⁹. La Cour de justice insiste en indiquant que c'est parce que cette confiance existe entre les États que le règlement Dublin a pu être adopté. Cependant, la Cour de justice n'utilise pas la « clause de souveraineté » aussi appelée clause discrétionnaire²⁵⁴⁰, comme l'a fait la Cour EDH, en estimant que le refus de transférer n'implique pas d'étudier la demande d'asile, mais simplement d'examiner les autres critères de détermination disponibles²⁵⁴¹. Le résultat reste le même, les demandeurs d'asile ne doivent pas être transférés lorsqu'il est fait état de défaillances systémiques dans un État membre de l'Union européenne entraînant un risque de violation d'un droit fondamental.

Cette question est à nouveau abordée dans l'arrêt de Grande chambre *Tarakhel c/ Suisse* rendu par la Cour EDH en novembre 2014²⁵⁴² qui, pour certains auteurs, a précipité l'avis 2/13 de décembre 2014 rejetant l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH²⁵⁴³. La confiance mutuelle n'y est pas frontalement analysée par la Cour EDH mais simplement mentionnée au titre du droit pertinent de l'Union exposé avant

²⁵³⁷ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

²⁵³⁸ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905.

²⁵³⁹ Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954 et CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905, point 78.

²⁵⁴⁰ Si ce n'est pour préciser que l'État reste soumis au droit de l'Union lorsqu'il met en œuvre cette clause.

²⁵⁴¹ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, *op. cit.*, point 96.

²⁵⁴² Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12.

²⁵⁴³ Voir par exemple É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chronique n° 9, disponible sur le site de la revue.

l'appréciation de la Cour. La Cour EDH reprend l'arrêt *N. S.* de décembre 2011 rendu par la Cour de justice²⁵⁴⁴, pour exposer la confiance mutuelle mais sans la reprendre ensuite. Il faut préciser que l'État défendeur est la Suisse, qui n'est pas membre de l'Union européenne mais participe à certaines réglementations, dont le règlement Dublin²⁵⁴⁵. Par conséquent, la confiance mutuelle ne s'entend pas exclusivement des États membres de l'Union européenne, mais aussi de leur partenaire dans certains accords, toujours à condition que ceux-ci aient adhéré à la Convention EDH. Or la Convention EDH comprend 47 États parties, dont certains sont candidats pour l'adhésion à l'Union européenne ou intégrés dans des espaces différenciés de l'Union, ce qui offre un socle de confiance mutuelle assez large.

En dehors de la politique d'asile, la Cour EDH a plus de facilité à s'intéresser aux questions de coopération judiciaire civile et pénale et l'harmonie entre les deux juridictions européennes est plus évidente²⁵⁴⁶. Initialement, la coopération judiciaire civile est plus visible, soit pour des raisons de procès équitable²⁵⁴⁷ soit pour des questions de vie familiale avec la thématique des enlèvements internationaux d'enfants²⁵⁴⁸. En revanche, le contentieux pénal européen est plus récent et les affaires relatives au mandat d'arrêt européen se multiplient.

2. Droit international privé et mandat d'arrêt européen

Alors que dans le cadre du droit international privé, la confiance mutuelle semble bien assimilée et acceptée par la Cour EDH²⁵⁴⁹, elle commence à poser plus de difficultés avec le mandat d'arrêt européen.

²⁵⁴⁴ Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, préc., point 33.

²⁵⁴⁵ Accord d'association du 26 octobre 2004 entre la Confédération Suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *JOUE* n° L 53, 27 février 2008, p. 52.

²⁵⁴⁶ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : « back to the future », *CDE*, 2016, n° 2, p. 483. Les auteurs ont d'ailleurs choisi de présenter les sujets de la même façon : d'un côté les problématiques liées à la politique d'asile de l'Union européenne et de l'autre côté la coopération judiciaire en matière civile et pénale.

²⁵⁴⁷ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 23 mai 2016, *Avotiņš c/ Lettonie*, req. n° 17502/07.

²⁵⁴⁸ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 26 novembre 2013, *X. c/ Lettonie*, req. n° 27853/09.

²⁵⁴⁹ La Cour EDH a ainsi comparé la Convention de la Haye et le système de l'Union européenne en estimant que les deux partagent la même philosophie même si celle de l'Union implique « uniquement des États membres et basé sur un principe de confiance mutuelle » : Cour EDH, Gde chbr., 26 novembre 2013, *X. c/ Lettonie*, préc., point 97.

En matière de droit international privé, l'arrêt *Avotiņš c/ Lettonie*, rendu en Grande chambre en 2016²⁵⁵⁰, permet à la Cour EDH de prendre frontalement en compte la confiance mutuelle. L'affaire concerne la reconnaissance d'un jugement rendu dans l'espace judiciaire de l'Union européenne, donc la reconnaissance mutuelle et le droit international privé avec le règlement Bruxelles I²⁵⁵¹. Le requérant estime que le jugement reconnu est vicié car il n'a pas pu présenter sa défense et que sa reconnaissance automatique emporte donc la violation du droit à un procès équitable. En général, la Cour EDH n'est pas favorable à l'automatisme²⁵⁵² et préfère la prise en compte individuelle des situations. La confiance, cette fois « réciproque » est opposée par le gouvernement défendeur²⁵⁵³. La Cour EDH indique de son côté reconnaître 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* »²⁵⁵⁴. Cependant, la suite de l'arrêt porte à nouveau sur la présomption de protection équivalente telle que dégagée dans l'arrêt *Bosphorus*²⁵⁵⁵. C'est aussi le cas dans une décision d'irrecevabilité *Povse c/ Autriche* de 2013 de la Cour EDH²⁵⁵⁶, dans laquelle la juridiction estime la requête manifestement mal fondée parce que le requérant se tourne contre l'Autriche et non contre l'Italie. En effet, la Cour EDH suit la logique de l'Union dans le cadre de la reconnaissance mutuelle en admettant que l'État d'exécution ne contrôle pas la protection des droits fondamentaux et que c'est à l'État d'émission de le faire, en l'occurrence l'Italie²⁵⁵⁷.

L'arrêt *Pirozzi c/ Italie* de 2018²⁵⁵⁸, qui concerne cette fois le mandat d'arrêt européen, suit le même schéma. La Cour EDH admet l'importance de la reconnaissance et confiance mutuelles avant de s'intéresser à l'applicabilité de la présomption de protection équivalente. Ce qui signifie que la juridiction des droits de l'homme propose un raisonnement par « bloc de jurisprudence »²⁵⁵⁹ sur les thématiques concernant l'espace de liberté, de sécurité et de

²⁵⁵⁰ Cour EDH, Gde chbr., 23 mai 2016, *Avotiņš c/ Lettonie*, préc.

²⁵⁵¹ Règlement « Bruxelles I », règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 12, 16 janvier 2001, p. 1.

²⁵⁵² D. SPIELMANN et P. VOYATZIS, « L'étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l'aune de l'expérience judiciaire comparée », *RTDH*, 2017, n° 112, p. 918.

²⁵⁵³ Cour EDH, Gde chbr., 23 mai 2016, *Avotiņš c/ Lettonie*, préc., point 84.

²⁵⁵⁴ *Ibid.*, point 113.

²⁵⁵⁵ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

²⁵⁵⁶ Cour EDH, 18 juin 2013, *Povse c/ Autriche*, req. n° 3890/11, (décision d'irrecevabilité).

²⁵⁵⁷ Au sujet d'un enlèvement international d'enfant, voir Cour EDH, 18 juin 2013, *Povse c/ Autriche*, préc.

²⁵⁵⁸ Cour EDH, 17 avril 2018, *Pirozzi c/ Belgique*, req. n° 21055/11.

²⁵⁵⁹ Voir à ce sujet B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2012, n° 4, p. 741.

justice de l'Union européenne. Au niveau des juridictions nationales, certaines adoptent une attitude similaire à celle de la Cour EDH en donnant plein effet à la confiance mutuelle. C'est le cas de la Cour de cassation belge au sujet de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, comme le relève la Cour EDH : « *compte tenu du principe de confiance mutuelle entre les États membres, le refus de remise doit être justifié par des éléments circonstanciés indiquant un danger manifeste pour les droits de la personne et aptes à renverser la présomption de respect de ces droits dont bénéficie l'État d'émission* »²⁵⁶⁰. La confiance est accordée à la décision de la juridiction d'émission, qui est celle qui doit procéder au contrôle du respect des droits fondamentaux dans le cas d'espèce. En revanche, il faut signaler que cette position n'est pas partagée par tous les organes du Conseil de l'Europe, comme le Comité EDS qui refuse de reconnaître la présomption de protection équivalente en matière de droits sociaux et défie ainsi l'Union européenne²⁵⁶¹. Avant que la Cour EDH ne statue sur le mandat d'arrêt européen²⁵⁶², le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait communiqué le 15 mars 2011 sur les dangers du mandat d'arrêt européen. En raison de l'augmentation de son utilisation, le Commissaire estimait qu'il fallait renforcer les garanties relatives au procès équitable²⁵⁶³.

Quelle que soit la matière envisagée, la confiance mutuelle reste un élément étudié

²⁵⁶⁰ Le passage est extrait d'une affaire pendante devant la Cour EDH relative au mandat d'arrêt européen, la juridiction pose des questions aux parties le 11 septembre 2017 et relève ce passage de la Cour de cassation belge : Cour EDH, 11 septembre 2017, *Prisacaru c/ Belgique et Roumanie*, req. n° 8339/15.

²⁵⁶¹ Comité EDS, 23 juin 2010, Confédération générale du travail (C.G.T.) c/ France et Confédération française de l'encadrement C.F.E.-C.G.C. c/ France, réclamations n° 55/2009 et n° 56/2009.

²⁵⁶² Le mandat d'arrêt européen est mentionné pour la première fois dans une décision d'irrecevabilité qui ne dit rien sur la confiance mutuelle. Voir Cour EDH, 4 mai 2010, *Stapleton c/ Irlande*, req. n° 56588/07. L'Union européenne a entendu la critique et adopté des directives en matière de procédure pénale. Voir la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 65, 11 mars 2016, p. 1 ; la directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 132, 21 mai 2016, p. 1 ou encore la directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *JOUE* n° L 297, 4 novembre 2016, p. 1.

²⁵⁶³ La communication du Commissaire aux droits de l'homme du 15 mars 2011, « Le recours excessif au mandat d'arrêt européen menace les droits de l'homme » intervient après la modification de la décision-cadre pour renforcer les garanties procédurales autour du MAE en cas de procès rendu en l'absence de la personne concernée (décision-cadre 2009/299/JAI du 26 février 2009, *JOUE* n° L 81, 27 mars 2009, p. 24). Le commissaire cible trois problèmes : l'absence de recours effectifs contre les décisions de transfert ; les délais entre les infractions reprochées et la délivrance du mandat et enfin l'impossibilité d'annuler les mandats dans certains États.

de loin par la Cour EDH, alors qu'elle se présente comme une donnée incontournable. La juridiction des droits de l'homme privilégie la présomption de protection équivalente qu'elle a elle-même mise en place. Cette distance tend à démontrer le caractère politique de la confiance mutuelle et la confusion quant à son contenu. « *Beaucoup se sont interrogés et continuent de s'interroger sur son fondement, son statut et sa nature, sur sa définition, sur sa portée en général et plus précisément sur les conséquences qu'il convient d'en tirer quant à son articulation avec les droits fondamentaux* »²⁵⁶⁴. La confiance mutuelle doit encore être précisée mais sa traduction juridique principale reste l'établissement d'une présomption au sein du système européen de protection des droits fondamentaux.

§2. La place constitutionnelle de la présomption simple de confiance mutuelle dans le système européen de protection des droits fondamentaux

La confiance mutuelle est à la fois simple à saisir en tant que sentiment partagé par des États, tout en étant compliquée à délimiter dans ses conséquences juridiques. *A minima*, il s'agit d'une présomption de confiance (A), présomption simple qui doit pouvoir être renversée (B) mais qui se situe au cœur des considérations de l'Union européenne, ce qui la place à un niveau constitutionnel.

A. La traduction juridique de la confiance mutuelle : une présomption de confiance

L'idée de confiance mutuelle est effectivement au centre du droit de l'Union européenne en ce qui concerne les relations entre les États membres. Avec la confiance s'établit une présomption dont la traduction légale est parfois difficile à cerner. Désignée comme « présomption de confiance » ou d'équivalence de protection des droits fondamentaux (1), elle peut être écartée au profit d'exceptions légalement prévues dans les réglementations de l'Union (2).

²⁵⁶⁴ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : « Back to the future », *CDE*, 2016, n° 2, p. 476.

1. La détermination de la présomption « de confiance »

La confiance mutuelle, lorsqu'elle est considérée comme un principe juridique, semble se traduire par l'établissement d'une présomption. La qualification de cette présomption est variable mais il est certain qu'elle établit avant tout une présomption de protection équivalente, qui ressemble à celle accordée par la Cour EDH à l'Union dans le cadre de l'arrêt *Bosphorus*²⁵⁶⁵. D'ailleurs, l'affaire *Bosphorus* propose une autre sorte de confiance mutuelle, toujours horizontale mais entre la Cour EDH et le système de l'Union européenne. Les États membres se font confiance, parce qu'ils estiment que la protection des droits fondamentaux est assurée de façon équivalente dans toute l'Union européenne. « À travers les droits fondamentaux, le principe de confiance mutuelle est donc généralisé à l'ensemble des relations entre les États membres, et se développe en présomption d'équivalence »²⁵⁶⁶. C'est également ce que fait la Cour EDH dans son arrêt *Bosphorus*, elle ne contrôle pas les actes de l'Union car elle estime que cette dernière protège les droits fondamentaux de façon équivalente. La même idée prévaut pour la confiance mutuelle, l'identité de protection n'est pas nécessaire mais il suffirait de savoir que les autorités judiciaires prennent en compte les droits fondamentaux de manière semblable, « de façon qu'une décision prise par une autorité nationale pourrait être acceptée en tant que telle par une autorité nationale d'un autre État, et dont les résultats obtenus par un État peuvent prendre effet dans la sphère juridique d'un autre État membre quel qu'il soit »²⁵⁶⁷.

Cependant, la traduction juridique de la confiance mutuelle semble recevoir d'autres qualificatifs. Ainsi, la Cour de justice, reprise en cela par la Cour EDH²⁵⁶⁸ évoque une « présomption de respect »²⁵⁶⁹, que l'on pourrait compléter en « respect des droits fondamentaux ». La confiance mutuelle implique que les États présument que leurs partenaires respectent les droits fondamentaux. Pour certains auteurs, il s'agit d'une présomption de sécurité, qui serait la « traduction légale de ce principe de confiance

²⁵⁶⁵ Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

²⁵⁶⁶ H. GAUDIN, « Faire émerger une nouvelle discipline : Peut-il exister un droit constitutionnel européen ? », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 900.

²⁵⁶⁷ B. NASCIMBENE, « Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle », *RAE*, 2011, n° 3, p. 790.

²⁵⁶⁸ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12, point 33.

²⁵⁶⁹ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905, point 83 et Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12, point 33.

mutuelle »²⁵⁷⁰, pour d'autres une présomption de réciprocité²⁵⁷¹. Respect, sécurité et réciprocité, il semble que la confiance mutuelle recouvre effectivement toutes ces thématiques. D'une part, la confiance mutuelle se rapproche de la confiance réciproque et de la présomption de réciprocité, puisqu'elle implique nécessairement que tous les États se fassent confiance. Dans ce cadre, la confiance n'est pas entendue comme un concept juridique. « *Elle revêt une part importante de subjectivité et il est bien délicat de fixer les conditions de son existence. La confiance ne peut que se ressentir et il faut croire que, d'un point de vue politique, les États membres de l'Union ont accédé à ce sentiment les uns vis-à-vis des autres puisqu'ils se sont engagés juridiquement sur la voie de la reconnaissance mutuelle* »²⁵⁷². La présomption de réciprocité refléterait ce sentiment mutuel de confiance. Évidemment, cette confiance est par nature instable, et son affirmation relève pour certains de « *l'incantation malgré les efforts de la sémantique pour convaincre du contraire* »²⁵⁷³. L'idée de sécurité est plus difficile à ancrer mais pourrait s'inscrire dans l'idée de l'ELSJ. C'est parce que la sécurité existe, à travers le respect des droits fondamentaux, que la justice et la liberté peuvent s'exercer. Quoiqu'il en soit, les nombreux qualificatifs pour la présomption liée à la confiance démontrent en tout cas que le concept n'est pas encore stabilisé. « *L'Union européenne s'est appropriée un certain nombre de néologismes dont la signification juridique est inversement proportionnelle au succès de leur emploi médiatique. Vanter régulièrement la « confiance mutuelle » unissant ses États membres est une illustration de ces excès de vocabulaire qu'affronte aujourd'hui l'Espace de liberté, sécurité et justice* »²⁵⁷⁴. Pour trancher, le qualificatif plus simple de présomption de confiance sera utilisé car il reflète exactement le fond de cette présomption, les États se font confiance mais dans certains cas cette confiance peut être limitée par le renversement de la présomption. Le choix de la Cour de justice, marquant une certaine prudence politique, d'utiliser une présomption de respect permet de ne pas directement admettre qu'il puisse y avoir un renversement de confiance mais simplement de respect des droits fondamentaux.

²⁵⁷⁰ S. FÉLIX, « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDLF*, 2015, chron. n° 25.

²⁵⁷¹ D. SPIELMANN et P. VOYATZIS, « L'étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l'aune de l'expérience judiciaire comparée », *RTDH*, 2017, n° 112, p. 912.

²⁵⁷² J. LELIEUR, « Mandat d'arrêt européen », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, actualisé en février 2018, article 1^{er}.

²⁵⁷³ H. LABAYLE, « Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe*, mars 2016, dossier, p. 3.

²⁵⁷⁴ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 501.

Ainsi, « *la présomption selon laquelle le niveau de protection des droits fondamentaux est comparable dans tous les États membres de l'Union constitue le pilier* »²⁵⁷⁵ de la confiance mutuelle. En revanche, la Cour EDH peut se permettre d'adopter une démarche différente car pour cette juridiction « *l'élément fondamental est la protection concrète des droits garantis par la Convention et le principe de confiance légitime ne pouvait dispenser, comme le montrait l'arrêt Tarakhel, les États de s'assurer que cette protection était bien assurée* »²⁵⁷⁶.

Selon la Cour de justice, deux obligations découlent de cette présomption de confiance pour les États membres de l'Union. D'une part, les États ne peuvent pas exiger d'un autre État un niveau de protection nationale des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, ce qui rappelle l'arrêt *Melloni*²⁵⁷⁷. D'autre part, et c'est ici que la présomption peut se renverser, ils ne peuvent pas vérifier si un État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux, sauf dans des circonstances exceptionnelles²⁵⁷⁸. La Cour de justice n'utilise pas les termes de renversement de présomption mais indique que des exceptions peuvent être apportées à l'une des obligations qui pèse sur les États lorsqu'ils présument le respect des droits fondamentaux par d'autres États.

La présomption de « confiance » est ainsi reconnue par la Cour de justice, qui admet également un renversement de la présomption. Cependant, il n'est pas toujours nécessaire de renverser la présomption, des exceptions à la confiance mutuelle sont prévues par les textes et utilisées afin d'éviter tout renversement de présomption.

²⁵⁷⁵ F. BENOÎT-ROHMER, « Les cours européennes face au défi de la confiance mutuelle », *RTDH*, 2017, n° 110, p. 392.

²⁵⁷⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷⁷ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁵⁷⁸ Voir CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-218/16 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, point 37 et CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, point 50. Voir également K. LENAERTS, « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *CMLR*, 2017, 3, p. 805.

2. Les exceptions légales à la présomption de confiance

Comme la présomption de protection équivalente de la jurisprudence *Bosphorus*, la présomption de confiance mutuelle, de respect selon les termes de la Cour de justice, peut être renversée mais également écartée²⁵⁷⁹. C'est par le biais d'exceptions légales que la présomption sera écartée, et n'emportera pas les conséquences habituelles. Ainsi, lorsqu'une exception est posée, l'État n'exécute plus automatiquement la décision émanant d'un autre système judiciaire. La comparaison avec la présomption de protection équivalente de l'arrêt *Bosphorus* se maintient en ce sens : le résultat obtenu lorsque la présomption est renversée ou écartée est le même. Pour la confiance, cela ne signifie pas que l'État est en situation de défiance ni de méfiance mais seulement qu'il doit endosser la responsabilité de ne pas transférer un demandeur d'asile, ne pas exécuter un mandat d'arrêt européen et plus généralement ne pas donner de valeur à la décision émanant d'une autorité d'un autre État membre. Les exceptions peuvent être envisagées comme des garde-fous. Par exemple, les causes obligatoires de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen sont des exceptions à la présomption de confiance. La décision-cadre de 2002 ne prévoit que trois motifs obligatoires : l'amnistie, le principe de *ne bis in idem* et la minorité pénale²⁵⁸⁰. L'intégration de l'amnistie était un enjeu de niveau constitutionnel pour la France qui devait pouvoir l'opposer pour refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen et *a fortiori* pour ne pas faire confiance à ses partenaires de l'Union européenne. La cause de refus sur le fondement du principe *ne bis in idem* est logique, un mandat d'arrêt ne peut être exécuté si la personne demandée a déjà été jugée pour les faits reprochés, quel que soit l'État membre qui a émis le jugement. De façon contradictoire, il faut mentionner que la Cour EDH a estimé que le principe *ne bis in idem* ne s'appliquait pas entre États membres de l'Union européenne²⁵⁸¹. En pratique, l'article 4 du protocole n° 7 vise les juridictions d'un même État et la Cour EDH a logiquement indiqué que les États membres de l'Union européenne ne sont pas un même État, mais contraire à l'esprit de l'Union européenne.

En dehors des motifs obligatoires, les États ont adapté leurs droits et parfois déclarés

²⁵⁷⁹ Voir, pour la présomption de protection équivalente, Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11, point 115.

²⁵⁸⁰ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOUE* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1, article 3.

²⁵⁸¹ Cour EDH, 22 février 2018, *Krombach c/ France*, req. n° 67521/14 (décision d'irrecevabilité).

des causes obligatoires de refus, en opposition avec la décision-cadre et l'idée de confiance mutuelle. En France, par exemple, l'article 695-22 du Code de procédure pénale comprend deux autres motifs de refus : lorsque la prescription publique française est atteinte, mais à condition que les faits en question soient susceptibles de faire l'objet de poursuites en France et enfin une clause de non-discrimination. Cette dernière est « *ontologiquement contradictoire avec le principe de confiance mutuelle et fondée sur un précepte éminemment souverainiste de défiance envers les autres ordres juridiques* »²⁵⁸². Même s'il paraît logique de refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen si la personne est demandée pour des raisons discriminatoires (en raison de son sexe, sa race, son origine ethnique, etc.), cette possibilité ne devrait pas être envisagée dans une Union européenne où les États membres se font confiance car ils accordent une protection équivalente des droits fondamentaux. Ainsi, un État ne devrait pas émettre une demande de mandat d'arrêt européen sur des motifs discriminatoires *ab initio*. Enfin, plusieurs États membres ont prévu que l'absence de double incrimination, en dehors des infractions listées dans la décision-cadre²⁵⁸³, pouvait être un motif obligatoire de refus d'exécution, contrairement à ce qui est prévu par la norme de l'Union.

En matière d'asile, l'exception principale dans le cadre de la réglementation Dublin est la « clause discrétionnaire », ou de souveraineté, qui permet à un État de décider de traiter une demande d'asile, sans justification particulière. Il semble néanmoins que les États ne s'emparent pas de cette possibilité²⁵⁸⁴, même s'il est difficile de connaître de demandes rejetées. Le nombre de requêtes pour des transferts de demandeurs d'asile semble en tout cas indiquer que le règlement connaît le même succès que le mandat d'arrêt européen²⁵⁸⁵. C'est en tout cas une exception assez large, qui se rapproche de celle prévue dans le cadre du protocole n° 24 au traité de Lisbonne, appelé « protocole Aznar »²⁵⁸⁶ : ce protocole implique

²⁵⁸² O. CAHN, « La chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle sacrifié la confiance mutuelle aux droits de l'homme ? Réflexions sur la jurisprudence afférente à l'article 695-22, 5, du code de procédure pénale », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Anthémis, 2014, p. 82.

²⁵⁸³ Article 2 § 2 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, préc.

²⁵⁸⁴ Le débat qu'il y a eu autour de l'éventuelle demande d'asile formulée par Carles Puigdemont auprès de la Belgique fournit une illustration récente. Voir par exemple l'article du journal RTBF.be, « Catalogne : la Belgique est un des rares États où une demande d'asile intra-UE est possible », publié le 29 octobre 2017.

²⁵⁸⁵ Par exemple, 53 439 requêtes émises par des États membres de l'Union en 2009, voir Eurostat, « Dublin statistics on countries responsible for asylum application » (sachant qu'il y a eu plus de 200 000 demandes d'asiles formulées en 2009, selon le site internet Eurostat).

²⁵⁸⁶ Ce protocole apparaît avec le traité d'Amsterdam. Voir H. GACON, « L'harmonisation des politiques

qu'un citoyen de l'Union ne peut pas demander l'asile dans un autre État membre de l'Union. Comme les considérants du protocole l'indiquent, les États membres respectent les valeurs de l'article 2 TUE, dont font partie les droits fondamentaux et ne devraient donc pas être à l'origine de persécutions, condition pour l'attribution du titre de réfugié. Cependant, quatre exceptions sont prévues. Un État peut décider d'examiner la demande d'asile d'un citoyen européen s'il provient d'un État membre en situation de dérogation à la Convention EDH, conformément à l'article 15 de cette Convention – comme la France pendant la période d'état d'urgence²⁵⁸⁷. Deux exceptions concernent l'État membre sous procédure de l'article 7 TUE soit en raison du déclenchement de la procédure soit une fois la décision du Conseil adoptée, comme à l'encontre de la Pologne et de la Hongrie²⁵⁸⁸. Enfin, l'exception la plus large est la possibilité pour un État membre de traiter la demande s'il le souhaite « *si un État membre devait en décider ainsi unilatéralement* », à condition de prévenir le Conseil et que la demande soit traitée par l'État sur la « *base de la présomption qu'elle est manifestement non fondée* ». Cette dernière option est une exception très large à l'idée de confiance mutuelle entre les États membres malgré les conditions qui sont prévues.

Ces exceptions, autant que la possibilité de renverser la présomption ont les mêmes raisons, l'équivalence de la protection des droits fondamentaux n'est pas l'identité. En matière de droits fondamentaux, le degré de protection accordée est un choix éminemment souverain. En pratique, la protection accordée par chaque État membre est de niveau différent. Cette asymétrie s'est particulièrement révélée face à l'afflux migratoire des années 2010. En dehors des exceptions légales, la confiance mutuelle peut également être écornée par le biais d'un renversement de la présomption de confiance qui passe par un contrôle juridictionnel, « *le seul à permettre une sanction immédiate d'un défaut de confiance* »²⁵⁸⁹.

d'asile », *Plein droit*, 2001, n° 2, p. 42 : « *du nom du Premier ministre espagnol qui en est à l'initiative. Soucieux de régler les difficultés qu'il rencontrait pour faire extraditer certains de ses ressortissants – notamment basques – exilés dans d'autres pays de l'UE, le gouvernement espagnol a en effet réussi à faire accepter par ses partenaires – à l'exception de la Belgique – le principe selon lequel une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne dans un autre État membre doit être considérée comme irrecevable* ».

²⁵⁸⁷ Un citoyen français pouvait ainsi demander l'asile à un État membre de l'Union européenne entre le 13 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017.

²⁵⁸⁸ Un citoyen polonais peut demander l'asile à un État membre de l'Union européenne depuis le 20 décembre 2017, date à laquelle la Commission européenne a déclenché la procédure de l'article 7 TUE. Pour un citoyen hongrois, cette possibilité est ouverte depuis le déclenchement de la procédure par le Parlement européen en septembre 2018.

²⁵⁸⁹ L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017, p. 293.

Ce contrôle est inhérent à la décision de la mise en place d'une présomption simple, qui implique une évaluation du respect des droits fondamentaux entre les États membres²⁵⁹⁰.

B. Le renversement de la présomption simple de confiance mutuelle

Les conditions du renversement de la présomption semblent varier d'un juge européen à l'autre d'une part et dans le temps d'autre part. Même si les juridictions s'accordent sur « *la réversibilité de la présomption de respect des droits fondamentaux [...] en revanche la détermination du seuil à partir duquel elle devait être renversée* »²⁵⁹¹ est plus délicate. Le premier échelon du renversement, qui implique qu'un État ne fasse plus confiance à un autre et procède à des vérifications générales, concerne la constatation de défaillances systémiques ou « circonstances exceptionnelles » (1) mais un second échelon a ensuite dû être franchi, celui de la prise en compte des situations individuelles (2). Pour la Cour de justice, les deux étapes sont cumulatives pour renverser la présomption.

1. Le renversement de la présomption en raison de défaillances systémiques

Le renversement de la présomption se produit concrètement dans l'arrêt *M.S.S.* de 2011 de la Cour EDH²⁵⁹², même si l'arrêt ne passe pas formellement par un renversement de présomption. La Cour EDH relève « *un phénomène à grande échelle* »²⁵⁹³ et des « *défaillances de la procédure d'asile* » pour constater le défaut structurel en Grèce dans le traitement des demandeurs d'asiles. Pour estimer qu'il y a une défaillance générale du système d'accueil des demandes d'asile, la Cour EDH s'appuie notamment sur les rapports du Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et d'organisations non gouvernementales²⁵⁹⁴. Formellement, il n'y a pas de renversement de présomption puisque la Cour EDH estime en l'espèce que la Belgique doit se rendre compétente pour traiter la demande d'asile, au lieu de transférer la personne en Grèce, par le biais de la « clause de

²⁵⁹⁰ C. PICHERAL, « Les États membres de l'Union, des États sûrs au regard de l'asile ? », in *La Constitution, l'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 875-876.

²⁵⁹¹ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : « back to the future », *CDE*, 2016, n° 2, p. 483.

²⁵⁹² Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

²⁵⁹³ *Ibid.*, point 255.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*, point 159.

souveraineté » du règlement Dublin²⁵⁹⁵. Cette clause du règlement « Dublin II », appelée clause discrétionnaire dans la législation de l'Union, permet aux États de décider de traiter la demande d'asile sans motifs particuliers. En forçant la clause de souveraineté par le motif des défaillances systémiques, la Cour EDH renverse ou écarte en réalité la présomption de confiance, puisque la conséquence est de rendre l'État responsable de la violation. Dans sa troisième version²⁵⁹⁶, le règlement Dublin maintient la clause discrétionnaire (article 17) et ajoute expressément les défaillances systémiques dans les principes généraux. En effet, selon l'article 3 § 2 alinéa 2 du règlement Dublin III : « *Lorsqu'il est impossible de transférer un demandeur vers l'État membre initialement désigné comme responsable parce qu'il y a de sérieuses raisons de croire qu'il existe dans cet État membre des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs, qui entraînent un risque de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'État membre procédant à la détermination de l'État membre responsable poursuit l'examen des critères énoncés au chapitre III afin d'établir si un autre État membre peut être désigné comme responsable* ». Ce sont les termes employés par la Cour de justice dans son arrêt *N.S.* de 2011²⁵⁹⁷, qui ont ainsi été codifiés. La « doctrine des défaillances systémiques »²⁵⁹⁸ devient la première étape du renversement de la présomption, qui égratigne la confiance mutuelle que se portent les États membres. *In fine*, vérifier que la présomption n'est pas renversée revient à contrôler le système des autres États membres et s'oppose donc à la conception, telle que présentée par la Cour de justice, de mécanismes automatiques existants grâce à la confiance mutuelle. Ainsi, « *l'encadrement effectué par la Cour de justice en référence au principe de confiance mutuelle est un encadrement en trompe-l'œil. Cet encadrement qui laisse croire à une logique de confiance préalable n'est que la réaffirmation d'un contrôle déjà existant, lié à l'effet utile de la réglementation de l'Union* »²⁵⁹⁹. La Cour de justice admet cette étape en raison de son

²⁵⁹⁵ Article 3 § 2 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers, *JOUE* n° L 50, 25 février 2003, p. 1.

²⁵⁹⁶ Règlement « Dublin III » (UE) n° 604/2013 du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 31.

²⁵⁹⁷ CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905, point 86.

²⁵⁹⁸ D. SPIELMANN et P. VOYATZIS, « L'étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l'aune de l'expérience judiciaire comparée », *RTDH*, 2017, n° 112, p. 920.

²⁵⁹⁹ M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 158.

exceptionnalité. « *Selon la Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme ne prend pas en compte le fait que les États membres sont présumés respecter les droits fondamentaux, de sorte qu'il est impossible d'exiger d'un autre État membre qu'il vérifie le respect par un autre État membre des droits fondamentaux, même au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, sauf dans des cas exceptionnels* »²⁶⁰⁰.

Une fois que les deux cours admettent la possibilité de limiter l'automatisme des décisions prises sur le fondement de la confiance mutuelle²⁶⁰¹, il faut déterminer ce qui qualifie des défaillances systémiques²⁶⁰². Du côté de l'Union européenne, des défaillances sont par exemple constatées lorsqu'un État ne respecte pas les valeurs de l'article 2 TUE, en tant que « *déclinaison de la « violation grave et persistante » des valeurs de l'Union énumérées à l'article 2 TUE, dont l'article 7 TUE [...] prévoit la sanction* »²⁶⁰³. Ainsi, se pose la question de la remise en cause nécessaire de la confiance mutuelle envers la Pologne en raison des réformes législatives relatives à la justice engagée par le pouvoir, qui ont entraîné le déclenchement de l'article 7 TUE. La Cour de justice estime que le seul déclenchement de la procédure ne suffit pas pour renverser la présomption de confiance mais qu'il faut une décision du Conseil européen constatant la violation grave et persistante pour reconnaître une suspension de la confiance mutuelle²⁶⁰⁴. *A contrario*, la seule constatation du risque de violation par le Conseil ne suffit pas pour suspendre les transferts fondés sur un mandat d'arrêt européen. Dans un autre arrêt du 25 juillet 2018, la Cour de justice indique également que les juridictions peuvent s'appuyer sur les arrêts de la Cour EDH pour constater des défaillances, comme en matière de surpopulation carcérale²⁶⁰⁵. Les défaillances systémiques pourraient aussi correspondre aux « difficultés systémiques » que la Cour EDH soulève dans ses arrêts pilotes²⁶⁰⁶. Dans ceux-ci, la juridiction suspend un certain nombre

²⁶⁰⁰ F. BENOÎT-ROHMER, « Les cours européennes face au défi de la confiance mutuelle », *RTDH*, 2017, n° 110, p. 398.

²⁶⁰¹ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

²⁶⁰² Certains auteurs pointent du doigt cette absence de définition : H. LABAYLE, « Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe*, mars 2016, dossier, p. 3.

²⁶⁰³ S. FÉLIX, « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDLF*, 2015, chron. n° 25.

²⁶⁰⁴ CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-218/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, point 72.

²⁶⁰⁵ CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, point 67.

²⁶⁰⁶ Voir le premier arrêt pilote prononcé : Cour EDH, Gde chbr., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, req. n° 31443/96 ou Cour EDH, 2 septembre 2010, *Rumpf c/ Allemagne*, req. n° 46344/06.

d'affaires qui se sont présentées, constatant qu'il existe une difficulté inhérente au système de l'État. La suspension implique une modification de ce système, qui, si elle est réalisée, permettra la radiation des affaires, ou à défaut une condamnation systématique de l'État.

L'approche de la Cour de justice est différente de celle de la Cour EDH, notamment car la juridiction des droits de l'homme admet qu'une situation individuelle peut être à l'origine d'un refus de transfert, indépendamment de toute défaillance systémique²⁶⁰⁷. En effet, la juridiction de l'Union oblige les juges nationaux à fonctionner en deux étapes : vérifier d'abord la défaillance systématique, l'élément objectif, puis s'intéresser à la situation concrète de l'individu, élément plus subjectif²⁶⁰⁸. Les décisions rendues dans ce sens l'ont été pour des affaires relatives à des transferts de personnes, soit des demandeurs d'asile en raison du règlement Dublin, soit en raison de mandats d'arrêts européens. Ainsi, la prise en compte de la situation individuelle est une étape complémentaire et nécessaire pour renverser la présomption de confiance.

2. La prise en compte de situations individuelles pour renverser la présomption de confiance

L'existence d'une défaillance systémique ne peut être l'unique possibilité pour renverser la présomption de confiance selon la Cour EDH²⁶⁰⁹. En effet, alors que le respect des droits fondamentaux justifie l'existence d'une confiance mutuelle entre les États membres, c'est la protection effective de ces droits qui aboutit à remettre en cause le concept de confiance mutuelle et à renverser la présomption qui l'accompagne. Les droits fondamentaux sont à la fois la source de la confiance et de la défiance, pouvant entraîner des tensions entre les États membres²⁶¹⁰. Ainsi, « *la présomption de vulnérabilité des demandeurs d'asile – confrontés à des circonstances particulières – et la présomption de*

²⁶⁰⁷ Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12.

²⁶⁰⁸ CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, points 89 et s., CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-218/16 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, points 61 et s. et CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, points 61 et s.

²⁶⁰⁹ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 517 et R. TINIÈRE, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, 2015, p. 79.

²⁶¹⁰ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : « back to the future », *CDE*, 2016, n° 2, p. 483.

respect des obligations internationales par les États, révèlent leur antagonisme »²⁶¹¹. La présomption de vulnérabilité mentionnée est utilisée par la Cour EDH pour certaines catégories de personnes, notamment les demandeurs d'asile ou les personnes privées de libertés, concernés par les réglementations de l'Union. La vulnérabilité des personnes n'est pas au cœur des considérations de la Cour de justice qui est avant tout une juridiction chargée d'assurer la bonne application du droit de l'Union tandis que la Cour EDH a une mission centrée sur l'individu. Ce qui explique également que la juridiction des droits de l'homme souligne la nécessité de la violation individuelle, puisqu'elle est saisie sur des cas individuels concrets.

La Cour de justice, prend en compte la jurisprudence *Tarakhel c/ Suisse et Italie* de 2014²⁶¹², qui exige la vérification du traitement individuel des requérants à leur arrivée en Italie sans estimer qu'il existe de défaillance systémique, mais en limite les effets. Elle admet le renversement de la présomption de confiance mutuelle pour la violation de droits fondamentaux « individuels », en les liant aux défaillances systémiques, en tant que condition complémentaire. En cela, la Cour de justice infléchit le raisonnement de la Cour EDH²⁶¹³ et indique, « *dans une formulation aussi sévère que malheureuse – que toute violation d'un droit fondamental par l'État membre responsable ne saurait affecter les obligations des autres États membres de respecter les dispositions du règlement Dublin II, et ce au nom de la confiance mutuelle* »²⁶¹⁴. Ainsi, dans une affaire *Abdullahi* de 2013²⁶¹⁵, la juridiction de l'Union ne dépasse pas son positionnement systémique²⁶¹⁶, ce qu'elle fera dans un second temps, après une ouverture par la Cour EDH. « *Cette mise en avant de la portée essentiellement horizontale du règlement Dublin II – au détriment des droits subjectifs des demandeurs d'asile – tranche évidemment avec l'approche de la Cour EDH dans sa défense verticale des droits fondamentaux des individus* »²⁶¹⁷. La Cour de justice n'a

²⁶¹¹ S. FÉLIX, « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

²⁶¹² Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12.

²⁶¹³ S. FÉLIX, « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

²⁶¹⁴ Ibidem.

²⁶¹⁵ CJUE, Gde chbr., 10 décembre 2013, *Abdullahi*, aff. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813.

²⁶¹⁶ Il faut préciser que la demande de la requérante ne portait pas sur cet aspect.

²⁶¹⁷ S. FÉLIX, « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

admis la possibilité de suspension de transfert en l'absence de défaillance systémique que dans un cas précis. Dans l'affaire *C.K.* de 2017²⁶¹⁸, la réalisation même du transfert peut caractériser un traitement inhumain et dégradant. La solution est logique, ce n'est pas l'arrivée de la personne dans un autre État membre qui présente un risque mais son déplacement, ce qui ne nécessite pas de passer par la constatation de défaillances systémiques. Cependant, il faut prouver la potentielle violation de l'article 4 de la Charte en se fondant sur des éléments objectifs²⁶¹⁹, comme par exemple des attestations médicales de santé. La Cour indique dans cet arrêt que le transfert est suspendu dans un premier temps et si la situation ne s'améliore pas, l'État peut décider – mais il n'y est pas obligé – de traiter la demande conformément à la clause discrétionnaire.

Au titre des situations individuelles complétant la défaillance systémique, la Cour de justice a semblé limiter les violations aux traitements inhumains et dégradants, par exemple caractérisés en cas de surpopulation carcérale²⁶²⁰. Dans un second temps, la juridiction de l'Union a admis que la violation de la situation individuelle pouvait être due au non-respect du droit à un tribunal indépendant lorsque l'État procède à d'importantes réformes judiciaires²⁶²¹, comme en Pologne. Dans tous les cas, la juridiction de l'Union ouvre une voie à l'exécution du transfert si l'État d'émission du mandat²⁶²² ou l'État d'accueil pour le demandeur d'asile transféré offre des assurances, c'est-à-dire l'engagement de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée par le transfert. Encore plus concrètement, c'est aux juges nationaux qu'il revient de combler les nuances dans le renversement de la présomption qui existe encore entre les deux juridictions européennes²⁶²³. Il semble que les juges nationaux appliquent une jurisprudence proche de celle de la Cour EDH en optant pour un contrôle plus fréquent et une automaticité limitée dans l'exécution des décisions de l'Union. Cette affirmation se vérifie particulièrement pour le mandat d'arrêt européen. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande « *affirme que la protection des droits fondamentaux peut exiger le contrôle de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (MAE) par rapport au respect de « l'identité constitutionnelle » allemande. Dès lors, elle ouvre la*

²⁶¹⁸ CJUE, 16 février 2017, *C. K.*, aff. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

²⁶¹⁹ *Ibidem*, point 75

²⁶²⁰ CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, préc., point 62.

²⁶²¹ CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, préc., point 65.

²⁶²² CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, préc., point 103.

²⁶²³ F. BENOÎT-ROHMER, « Les cours européennes face au défi de la confiance mutuelle », *RTDH*, 2017, n° 110, p. 406

porte à l'hypothèse d'une non-application du droit de l'Union Européenne (UE), malgré le principe de primauté, après la mise en œuvre d'un contrôle constitutionnel »²⁶²⁴. C'est également l'approche retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans des affaires de mandat d'arrêt européen²⁶²⁵. Ainsi, dans un arrêt datant de 2015, l'Allemagne émet un mandat d'arrêt européen à l'encontre d'une personne bénéficiant du statut de réfugié en France²⁶²⁶. Le juge français estime qu'il faut que l'État d'émission du mandat offre des assurances de non-transfert vers l'État de persécution, ayant justifié la protection internationale. Par cette vérification, la Cour de cassation pose une conditionnalité et multiplie les possibilités de renverser la présomption de respect des droits fondamentaux, « la confiance envers les États partenaires de l'Union européenne n'est plus aveugle »²⁶²⁷. Ces vérifications sont probablement contraires à l'objectif d'efficacité du mandat d'arrêt européen, notamment rappelé par la Cour de justice dans une affaire de janvier 2018²⁶²⁸. Le juge irlandais, déjà à l'origine du questionnement par rapport aux transferts de personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen vers la Pologne²⁶²⁹, a aussi interrogé la Cour de justice au sujet du *Brexit*²⁶³⁰. Il estime en effet que les transferts vers le Royaume-Uni doivent être suspendus, puisque les personnes seront emprisonnées ou jugées dans un État qui se situerait en dehors du cercle de confiance mutuelle, à partir de mars 2019. Les conclusions de l'avocat général du 7 août 2018 ne vont pas dans ce sens²⁶³¹. Il indique qu'il faut continuer d'appliquer la législation de l'Union jusqu'au retrait effectif, que la seule notification du *Brexit* n'affecte pas l'appréciation du juge de l'État d'exécution, ce que la Cour de justice confirme le 19 septembre 2018²⁶³². La confiance doit ainsi se maintenir jusqu'à ce que l'État en question ne soit plus membre de l'Union, notamment parce que le Royaume-Uni est partie

²⁶²⁴ M. GUIRESSE, « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux », 8 février 2016, disponible sur www.gdr-elsj.eu.

²⁶²⁵ C. Cass, chbr. crim., 9 juin 2015, pourvoi n° 15-82.750.

²⁶²⁶ Sachant néanmoins que le statut de réfugié n'implique pas en soi une remise en cause systématique de l'exécution du mandat d'arrêt européen (voir à ce sujet C.Cass, chbr. Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 16-84.000).

²⁶²⁷ J. LELIEUR, « Réfugiés politiques : la protection des droits fondamentaux s'articule sur la confiance mutuelle », *AJ Pénal*, 2016, p. 92.

²⁶²⁸ CJUE, Gde chbr., 23 janvier 2018, *Piotrowski*, aff. C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, point 50 : la Cour de justice estime qu'il n'est pas nécessaire de vérifier à nouveau si l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte mais qu'il est au contraire possible de présumer que c'est le cas, afin d'exécuter un mandat d'arrêt européen.

²⁶²⁹ CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, préc.

²⁶³⁰ CJUE, 19 septembre 2018, *R O*, aff. C-327/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:733.

²⁶³¹ Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR du 7 août 2018, aff. C-327/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:644.

²⁶³² CJUE, 19 septembre 2018, *R O*, aff. C-327/18 PPU, *op. cit.*

à la Convention EDH et n'a pas indiqué la dénoncer pour l'instant.

La confiance mutuelle est donc une caractéristique spécifique du droit constitutionnel du système européen de protection des droits fondamentaux en tant que sentiment partagé par les États membres de l'Union européenne, fondée sur le respect de la Convention EDH et prise en compte par la Cour EDH. La confiance mutuelle propose une « *vision constitutionnelle partiellement inédite de ce qu'est l'Union européenne et de ce qui fait sa nature profonde [...] la posture adoptée présente l'intérêt d'envisager l'Union européenne non plus seulement à travers la relation qui lie l'Union à ses États membres, mais également à travers celle qui unit les États membres entre eux* »²⁶³³. Une sorte de première pierre de l'édifice constitutionnel européen mais qui apparaît en pratique lorsqu'une défiance entre États membres devient nécessaire. En effet, la confiance est affirmée pour masquer la nécessité de contrôler le système des autres États membres et leur respect des droits fondamentaux. Cette caractéristique est donc révélatrice d'un certain échec, peut-être signe de la difficulté de basculer dans un droit constitutionnel supranational. Cependant, il faut aussi reconnaître la potentielle évolution de la confiance mutuelle, « *la notion même de confiance renvoie non à une réalité atteinte définitivement, mais à une dynamique évolutive* »²⁶³⁴. Ce dynamisme évolutif est également un critère du droit constitutionnel européen.

Section 2 : Le système européen de protection des droits fondamentaux à la base du droit constitutionnel européen

Le droit constitutionnel européen peut être défini comme « *une discipline de la jointure des ordres juridiques* »²⁶³⁵. Il comprend trois dimensions composées des valeurs communes aux États européens – identifiées dans les constitutions nationales – puis des règles constitutionnelles relatives à l'intégration européenne et enfin des normes fondamentales de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe dont la Convention EDH²⁶³⁶.

²⁶³³ É. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2015, n° 1, p. 73.

²⁶³⁴ L. LEBOEUF, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Anthémis, Limal, 2016, p. 51.

²⁶³⁵ S. TORCOL, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *Rev. Française de droit constitutionnel*, 2016, n° 105, p. 101.

²⁶³⁶ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 21.

Ces trois aspects, ou dimensions, sont évidemment interdépendants et peuvent être regroupés dans l'idée de « constitution composée »²⁶³⁷, intégrant différents éléments. En revanche, la contestation la plus importante à l'encontre de la reconnaissance de ce droit constitutionnel européen est l'absence de souveraineté au niveau européen. En effet, l'expression de la puissance suprême ²⁶³⁸, supposée être attribuée par le peuple, est ce qui fait fondamentalement défaut au système européen de protection des droits fondamentaux et *a fortiori* aux deux ordres juridiques européens. Les peuples européens n'ont pas directement participé à l'adoption des textes européens et des valeurs communes qui y sont incluses puisque ce sont les États qui se sont engagés. Néanmoins, à titre comparatif, l'adoption de la Loi fondamentale allemande, souvent citée en exemple pour sa liste de droits fondamentaux, s'est faite à l'issue de la seconde guerre mondiale, sous la surveillance des alliés qui ont suggéré des conceptions à intégrer²⁶³⁹. Est-ce alors bien différent de l'adoption de traités ? *A contrario*, les valeurs communes portées par la Constitution française de 1958, expressément acceptées par le peuple par référendum, ne comportaient pas de droits fondamentaux. Ceux-ci ont été ensuite reconnus par le travail du Conseil constitutionnel, en se fondant sur des textes antérieurs à cette Constitution. De plus, les traités modificatifs sont fréquemment soumis à la ratification des parlements, voire à un référendum. Enfin, les théories constitutionnelles utilisées pour réfléchir au système européen ont été dégagées dans un cadre étatique, « *une telle vision présuppose que le modèle étatique est et restera toujours la seule forme d'organisation d'une communauté humaine* »²⁶⁴⁰. Or il semble possible que le modèle étatique ne soit plus la seule référence constitutionnelle dans un avenir proche.

Quoiqu'il en soit, l'idée de souveraineté peut aussi être dépassée²⁶⁴¹, en adoptant un nouveau paradigme développé à partir du système européen de protection des droits fondamentaux. « *L'objet constitutionnel est alors renouvelé dans sa conception même dans la doctrine pour rendre compte du phénomène nouveau qui se déploie à l'échelle*

²⁶³⁷ F. MAYER et I. PERNICE, « De la Constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, n° 4, p. 623.

²⁶³⁸ Voir par exemple S. GOYARD-FABRE, « La notion de souveraineté de Bodin à Hobbes », in *Hobbes et son vocabulaire, Études de lexicographie philosophique*, Y.-C. ZARKA (dir.), Librairie philosophie J. Vrin, Paris, 1992, p. 207.

²⁶³⁹ J. P. JACQUÉ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz, Mémentos, Paris, 11^e éd., 2016, p. 110.

²⁶⁴⁰ J. P. JACQUÉ, « La Constitution de la Communauté européenne », *RUDH*, 1995, dossier « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », J.-F. FLAUSS (dir.), p. 397.

²⁶⁴¹ F. TERPAN, « Le constitutionnalisme européen : penser la constitution au-delà de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, 2015, p. 187.

européenne »²⁶⁴². Avant de constater ce nouveau paradigme, il faut admettre la possibilité d'un droit constitutionnel européen (§1) pour ensuite comprendre comment le système européen de protection des droits fondamentaux peut en constituer la base (§2).

§1. L'application des règles constitutionnelles classiques au droit constitutionnel européen

Selon une dichotomie classique²⁶⁴³, les constitutions ont deux caractéristiques principales, l'une politique – pour encadrer les institutions – l'autre sociale, pour la protection des droits. Plus précisément, la Constitution politique est considérée « *comme une norme supérieure, tant du point de vue de sa capacité active à abroger les autres normes, que du point de vue de sa capacité passive à résister à l'abrogation par d'autres normes* »²⁶⁴⁴ et la Constitution dans son aspect social « *comme un document dans lequel sont établis et garantis les plus importantes valeurs, les plus grands engagements et les principes les plus fondamentaux que la société entend protéger* »²⁶⁴⁵. Ces critères peuvent être appliqués aux deux ordres juridiques européens. L'Union européenne organise ainsi la répartition verticale des compétences entre l'Union et ses États membres et pose des règles d'adoption de normes avec une répartition horizontale entre les institutions²⁶⁴⁶. De ce point de vue, le Conseil de l'Europe prévoit également des règles d'adoption de conventions internationales mais dont la ratification reste largement entre les mains des États et l'adoption de normes par les organes du Conseil, mais qui relèvent de la *soft law*. Le statut du Conseil de l'Europe représente *a minima* le droit constitutionnel interne à l'organisation²⁶⁴⁷. En revanche, substantiellement, les normes portées par le Conseil de l'Europe sont majoritairement des droits fondamentaux tandis que l'Union européenne ne s'est dotée que récemment d'une Charte des droits fondamentaux pour une reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux.

²⁶⁴² J.-C. GAUTRON et S. PLATON, « La naissance d'une singularité doctrinale : les européenistes », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 121.

²⁶⁴³ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 624.

²⁶⁴⁴ H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 190.

²⁶⁴⁵ Ibidem.

²⁶⁴⁶ B. NABLI, « L'Union européenne : source d'un « malaise constitutionnel », *RUE*, 2012, n° 554, p. 29.

²⁶⁴⁷ F. BENOÎT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, p. 17.

Dans le cas du Conseil de l'Europe, l'aspect matériel relatif aux droits de l'homme est évidemment présent mais c'est l'aspect politique qui fait défaut et probablement la prétention de norme supérieure qui « *clôt l'ordre juridique* »²⁶⁴⁸. Au contraire, l'Union se rapproche plus d'un modèle de Constitution, à tel point que certains évoquent une transition, « *l'UE offre un exemple paradigmatique d'organisation internationale opérant une transition du domaine de l'intergouvernementalité à celui du constitutionnalisme* »²⁶⁴⁹. Mais son défaut majeur reste la volonté affichée des États de ne pas rendre l'organisation compétente en matière de droits fondamentaux. Ainsi, des obstacles politiques existent pour reconnaître un droit constitutionnel européen (A), qui peuvent être surmontés en raison de l'importance des droits fondamentaux comme élément du droit constitutionnel (B).

A. Les obstacles à la reconnaissance d'un droit constitutionnel européen

La fondation des deux ordres juridiques européens s'est faite sans l'expression d'une souveraineté, sans pouvoir constituant au sens utilisé pour les constitutions nationales ; même si le consentement exprimé par les États en ratifiant les traités fondateurs est une expression indirecte de leur souveraineté nationale²⁶⁵⁰. Ainsi, la souveraineté des États constitue un obstacle à un trop grand développement constitutionnel des ordres juridiques européens (1). Toutefois, des auteurs admettent qu'un ordre juridique puisse exister sans Constitution, donc sans pouvoir constituant souverain²⁶⁵¹. En effet, les ordres juridiques européens comprennent bien des normes d'organisation et de compétence qui règlent l'édiction d'autres normes²⁶⁵². En l'absence de reconnaissance d'une norme suprême pour ces deux ordres juridiques, c'est le droit international classique qui s'applique, ce qui ne semble pas cohérent avec l'idée d'un droit constitutionnel européen (2).

²⁶⁴⁸ H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 190.

²⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 192.

²⁶⁵⁰ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, Thèse soutenue le 12 décembre 2016 à l'Université Aix-Marseille, p. 186.

²⁶⁵¹ O. DE FROUVILLE, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 195.

²⁶⁵² J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 87.

1. La souveraineté de l'État contre la souveraineté européenne

Même s'il est possible d'envisager un droit constitutionnel européen, il ne s'accompagne pas d'une souveraineté européenne au sens constitutionnel classique²⁶⁵³. Ce sens constitutionnel peut couvrir plusieurs significations : la souveraineté est le critère distinctif de l'État et la souveraineté désigne la puissance publique et c'est également la qualité de l'ordre souverain dans l'État²⁶⁵⁴. La souveraineté est un concept calé sur celui de l'État et l'Union européenne *a minima*, voire le système européen de protection des droits fondamentaux, déstabilise cette approche traditionnelle. Ainsi, « *l'UE n'est pas un ordre juridique constitutionnel au sens normatif du terme. C'est en fait l'absence de souveraineté de cette entité politique qui prive ce texte de sa nature constitutionnelle. [...] L'absence de souveraineté de l'Union se traduit également par le fait que ce nouvel ordre juridique ne peut s'autoréformer, l'accord de l'ensemble des États se manifestant par un traité conditionne la révision de ses règles fondamentales* »²⁶⁵⁵. Même si le Président français, Emmanuel Macron, a suggéré la construction d'une souveraineté européenne pour lutter contre les différences crises que traverse l'Europe²⁶⁵⁶, celle-ci ne peut être que la somme des souverainetés nationales, qui sont régulièrement opposées au droit européen. La meilleure façon de les prendre en compte est de les préserver, ce qui est la démarche adoptée dans le cadre du système européen de protection des droits fondamentaux, notamment par le biais du respect de l'identité constitutionnelle au sein de l'Union européenne et de la marge nationale d'appréciation par la Cour EDH.

L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne se présente

²⁶⁵³ Pour un avis contraire, voir F. CHALTIEL, « De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale ? », *LPA*, juillet 2008, n° 138, p. 73.

²⁶⁵⁴ S. ROLAND, « La souveraineté », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 121.

²⁶⁵⁵ B. MATHIEU, « Repenser le droit constitutionnel ? », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 832.

²⁶⁵⁶ Voir le discours du Président à la Sorbonne du 26 septembre 2017 « Il y a une souveraineté européenne à construire, et il y a la nécessité de la construire. Pourquoi ? Parce que ce qui constitue, ce qui forge notre identité profonde, cet équilibre de valeur, ce rapport à la liberté, aux Droits de l'Homme, à la justice est inédit sur la Planète. Cet attachement à une économie de marché, mais à la justice sociale l'est tout autant. Ce que l'Europe représente, nous ne pouvons pas le confier aveuglement, ni de l'autre côté de l'Atlantique, ni aux confins de l'Asie. C'est à nous de le défendre et de le construire dans cette mondialisation » ainsi que son discours devant le Parlement européen du 17 avril 2018 « j'ai la conviction que si nous décidons d'abandonner notre attachement à la démocratie, nous ferons fausse route. Nous devons construire une nouvelle souveraineté européenne, donner la réponse ferme à nos concitoyens que nous pouvons les protéger et que nous pouvons apporter une réponse à ces désordres du monde ». Au sujet des différentes crises, voir É. DUBOUT, *Les droits de l'homme dans l'Europe en crise*, Pedone, Paris, 2018.

d'abord comme une réserve de constitutionnalité, dont l'objectif est de protéger un noyau dur de normes nationales, en cas de méconnaissance par le droit de l'Union²⁶⁵⁷. En pratique, l'Union européenne se saisit de cette identité par le concept d'identité nationale²⁶⁵⁸, protégé par les traités depuis celui de Maastricht²⁶⁵⁹, qui marque un tournant dans la construction européenne avec la prise en compte de nouveaux domaines affectant potentiellement la souveraineté de l'État. Alors que l'identité nationale est évoquée avec le respect des droits fondamentaux dans le traité de Maastricht, le respect de cette identité est intégré à l'article 4 TUE dans le traité de Lisbonne, avec le principe de coopération loyale, impliquant qu'il s'agisse d'un principe régulateur²⁶⁶⁰ ou structurel²⁶⁶¹ de l'action de l'Union européenne. Enfin, le Préambule de la Charte des droits fondamentaux mentionne également l'identité nationale des États membres. L'article 4 TUE s'intéresse à l'identité nationale mais en pratique, ce concept recouvre surtout l'identité constitutionnelle, qui a pu être assimilée à « l'invocation d'une zone de « non-droit européen », c'est-à-dire une véritable sanctuarisation d'un noyau cardinal de l'ordre juridique national que ne pourrait affecter l'intégration »²⁶⁶². Plusieurs raisons peuvent expliquer l'émergence de cette « zone de non-droit européen », notamment une volonté de limiter l'intégration au-delà du marché intérieur et d'un retour vers une subsidiarité descendante²⁶⁶³. De plus, cette réserve d'identité constitutionnelle permet aux juges nationaux d'assurer l'articulation entre normes européennes s'imposant en raison du principe de primauté et normes constitutionnelles internes²⁶⁶⁴. Ainsi « le « droit constitutionnel européen » rencontre alors le « droit

²⁶⁵⁷ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013, Paris, p. 11.

²⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 169. Voir également F. BENOÎT-ROHMER, « Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit ? », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, p. 74.

²⁶⁵⁹ Article F § 1 : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ».

²⁶⁶⁰ S. PLATON, « Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *RUE*, 2012, n° 556, p. 150.

²⁶⁶¹ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*, p. 265.

²⁶⁶² M. BLANQUET, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ? », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 302.

²⁶⁶³ M. DELMAS-MARTY, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *RSC*, 2016, p. 447.

²⁶⁶⁴ J.-M. SAUVÉ, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », disponible sur le site du conseil d'État, publié le 19 octobre 2017. Pour certains auteurs, la revendication de l'identité nationale est avant tout un instrument au service du pouvoir des juges, voir O. DUBOS, « Inconciliable primauté. L'identité nationale : *sonderweg* et *self-restraint* au service du pouvoir des juges ? », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. POTVIN-SOLIS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 443.

constitutionnel national », dans un esprit de dialogue plus que de conflit »²⁶⁶⁵. Le contenu de cette identité constitutionnelle varie d'un État à l'autre, notamment en l'absence de définition dans les traités, mais pour la majorité des États membres « *cette notion d'identité constitutionnelle reste soit largement soit pleinement théorique* »²⁶⁶⁶, seule la Cour constitutionnelle allemande appliquant activement la notion²⁶⁶⁷. La Cour de justice garde un contrôle sur l'opposition du respect de l'identité constitutionnelle, ce qui permet également une légitimation, passant d'une « *jurisprudence de rupture (la jurisprudence nationale de l'identité constitutionnelle) en une jurisprudence de convergence (la légitimité de la sauvegarde par les États membres de leur identité nationale, y compris constitutionnelle, sous le contrôle de la Cour de justice)* »²⁶⁶⁸. Pour certains auteurs, il s'agit d'une approche fondée sur la dissuasion, en cas de mise en œuvre de l'exception d'identité constitutionnelle, envisagée comme une contre-limite, il pourrait y avoir une destruction mutuelle²⁶⁶⁹. Ce contrôle ressemble à celui que la Cour EDH opère sur les actions d'un État en situation de dérogation à la Convention EDH²⁶⁷⁰, État qui a signalé par le biais de l'article 15 de la Convention EDH être dans une situation de danger public menaçant la nation. L'identité constitutionnelle des États est également prise en compte indirectement par le biais du mécanisme des réserves de la Convention EDH²⁶⁷¹, qui permet à un État de conditionner l'application de certaines dispositions de la Convention à la prise en compte de normes nationales²⁶⁷².

²⁶⁶⁵ J.-C. GAUTRON et S. PLATON, « La naissance d'une singularité doctrinale : les européenistes », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, pp. 12-13.

²⁶⁶⁶ C. D. CLASSEN, « Confiance mutuelle et identité constitutionnelle allemande – quel avenir dans l'espace juridique européen ? », *CDE*, 2016, n° 2, p. 679-680 : « *Ainsi, les Cours constitutionnelles italiennes, espagnole ou tchèque se sont référées à des principes assez ouverts sans jamais les concrétiser, et le Conseil constitutionnel français n'a même pas atteint ce stade* ».

²⁶⁶⁷ Voir notamment la décision sur le traité de Lisbonne et F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013, Paris, pp. 71 et s. En France, la notion est mentionnée en 2006 par le Conseil constitutionnel lorsqu'il constate l'obligation constitutionnelle de transposition des directives qu'il conditionne au respect de l'identité constitutionnelle française, réserve qui n'a jamais été mise en œuvre (Cons. constit., décision relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC).

²⁶⁶⁸ M. BLANQUET, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ? », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 304.

²⁶⁶⁹ J. P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, n° 69, p. 3.

²⁶⁷⁰ Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 16 septembre 2014, *Hassan c/ Royaume-Uni*, req. n° 29750/09.

²⁶⁷¹ D. SZYMCZAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), Pedone, 2011, pp. 49 et s.

²⁶⁷² De nombreuses réserves ont été déposées lors des ratifications à la Convention EDH. Par exemple, la France a déposé plusieurs réserves aux articles 5, 6 et 15 de la Convention EDH.

Enfin, le concept d'identité constitutionnelle peut être rapproché de celui de marge nationale d'appréciation utilisé par la Cour EDH. En 2003, un auteur estimait que la Cour EDH pratiquait une « *politique juridictionnelle de résorption de la marge d'appréciation* », lui permettant d'atteindre un point d'équilibre. Cependant, la dernière décennie semble marquer un retour de cette marge d'appréciation – concomitante au développement de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne. Dans le domaine des droits fondamentaux « *les particularismes nationaux ne trouvent aucune justification. La Convention européenne ne peut avoir pour vocation de devenir un instrument à géométrie variable* »²⁶⁷³. Pour certains auteurs, la marge d'appréciation est une nécessité, une donnée d'un pluralisme ordonné, permettant une certaine souplesse et des ajustements²⁶⁷⁴, mais elle peut également apparaître comme la sauvegarde d'un noyau dur, d'une zone de non-droit européen.

La nécessaire prise en compte des diversités constitutionnelles²⁶⁷⁵, à travers l'identité nationale ou la marge nationale d'appréciation, permet de construire un droit constitutionnel européen fondé sur la diversité, qui devient une caractéristique de ce droit constitutionnel européen²⁶⁷⁶, voire une « *méta-règle* », un *principe structurel d'incarnation de la diversité cette fois inhérente au constitutionnalisme européen* »²⁶⁷⁷. Ainsi, ce qui paraît être une limite au droit constitutionnel européen en est une composante et l'approche systémique ne fait que le confirmer au vu des considérations communes entre les ordres juridiques européens. Une autre limite à l'idée d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux, est que les règles du droit international public continuent d'être appliquées dans chacun des ordres juridiques européens.

²⁶⁷³ P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 89.

²⁶⁷⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, Paris, 2006, p. 78.

²⁶⁷⁵ I. PERNICE et F. C. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *op. cit.*, p. 623.

²⁶⁷⁶ G. MARTI, « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ? », *RUE*, 2015, p. 638.

²⁶⁷⁷ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2015, n° 2, p. 315.

2. *Le maintien du droit international classique comme fondement des deux ordres juridiques européens*

La limite inhérente aux ordres juridiques européens est la soumission des textes institutifs au droit des traités²⁶⁷⁸. La position des traités est ambiguë car ils appartiennent en réalité à trois ordres juridiques. Ce sont des traités interétatiques appartenant à l'ordre juridique international ; ils sont soumis au droit constitutionnel des États donc font partie du droit interne et enfin les traités intègrent leurs ordres juridiques européens, en tant qu'ils contiennent leurs règles fondamentales²⁶⁷⁹. Cet aspect tridimensionnel est une donnée inhérente aux ordres juridiques européens, qui fixe une réalité, à l'image de l'espace tridimensionnel qui nous entoure, aussi désigné comme « *multilevel constitutionalism* » ou « *constitution composée* »²⁶⁸⁰. Ainsi, « *la vision internationaliste n'a qu'un intérêt limité. Il n'en subsiste que le fait que les États demeurent les maîtres de la révision du traité* »²⁶⁸¹. C'est justement la révision des traités qui est intéressante, d'une part car elle ne peut se réaliser que par la collectivité des États – donc le pouvoir constituant appartient à cette collectivité et non à chaque État pris séparément – d'autre part car ces révisions sont assez rares ce qui tend à démontrer la solennité des textes institutifs européens. L'Union européenne a ainsi connu cinq traités modificatifs en plus de soixante ans, tandis que le statut du Conseil de l'Europe n'a jamais été modifié²⁶⁸². Cette constante est souvent valorisée pour les constitutions nationales, démontrant leur caractère solennel. En revanche, la possibilité de se retirer de l'organisation, qui existe tant pour le Conseil de l'Europe, prévu à l'article 7 du statut, que pour l'Union européenne depuis le traité de Lisbonne et son article 50 TUE, est un signe important de droit international. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit cette possibilité de dénonciation à l'article 56, y compris lorsque le traité n'aborde pas la question. Au contraire, ce droit de sécession ne serait pas possible au sein d'un État

²⁶⁷⁸ J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », in *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis*, J.-F. FLAUSS et M. DE SALVIA (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 77.

²⁶⁷⁹ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 111.

²⁶⁸⁰ S. TORCOL, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *Rev. Française de droit constitutionnel*, 2016, n° 105, p. 101 et F. MAYER et I. PERNICE, « De la Constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, n° 4, p. 623

²⁶⁸¹ J. P. JACQUÉ, « La Constitution de la Communauté européenne », *RUDH*, 1995, dossier « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », J.-F. FLAUSS (dir.), p. 399.

²⁶⁸² Même s'il a connu des adaptations par le biais de résolutions statutaires adoptées par le Comité des ministres (une dizaine en tout), voir F. BENOÎT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, p. 31.

fédéral comme les États-Unis, en raison du transfert de souveraineté qu'il implique²⁶⁸³. Néanmoins, en pratique, le retrait n'a été actionné qu'une seule fois du côté du Conseil de l'Europe, par la Grèce qui avait en réalité anticipé une éventuelle exclusion²⁶⁸⁴. En effet, le Statut du Conseil de l'Europe prévoit, à l'article 8, la possibilité d'un retrait forcé précédé d'une suspension des droits de représentation. L'État est ensuite invité par le Comité des ministres à se retirer. Du côté de l'Union européenne, peu de temps après l'insertion de la clause de retrait dans le traité de Lisbonne, le Royaume-Uni a été le premier État à décider de quitter l'organisation. En revanche, aucun retrait forcé n'est prévu. Même si l'article 7 TUE peut être rapproché de cette démarche dans la suspension des droits de vote de l'État au Conseil, il n'est pas prévu qu'il aboutisse à une exclusion. Il y a donc une différence ici entre les deux ordres juridiques, l'un peut inciter un État à se retirer, l'autre ne peut que le sanctionner en cas de non-respect des valeurs de l'Union.

L'autre difficulté relevant du droit international classique est le principe de spécialité. Ainsi, l'ordre juridique du Conseil de l'Europe ne pourrait être « *un ordre constitutionnel car il est marqué par le principe de spécialité (essentiellement la protection des droits de l'homme)* »²⁶⁸⁵. Alors que les activités du Conseil de l'Europe étaient initialement assez larges, selon l'article 1 du statut de l'organisation, « *le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* ». Pour réaliser l'objet, il est prévu que des accords soient adoptés en matière économique, sociale, culturelle, scientifique, juridique et administrative « *ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Mais le Conseil de l'Europe a surtout connu des succès dans le cadre de la protection des droits fondamentaux, avec la Convention EDH mais aussi la Charte sociale européenne, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, etc. De son côté, l'Union européenne aurait une spécialité strictement économique. Cependant, les activités de l'Union européenne se sont

²⁶⁸³ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2017, 19^e éd., pp. 487 et s.

²⁶⁸⁴ La suspension a eu lieu en 1969 et la Grèce redevient membre du Conseil de l'Europe en 1974. Voir F. BENOÎT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, p. 43.

²⁶⁸⁵ B. MATHIEU, « Repenser le droit constitutionnel ? », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 832.

diversifiées et le principe de spécialité a été dilué. L'intérêt d'une lecture systémique des deux ordres juridiques européens est de reconnaître leur large spectre de compétence, qui dépasse ce que les États avaient initialement attribué.

L'obstacle du droit international est en réalité surmonté par les deux ordres juridiques dans le cadre de l'affirmation de leur autonomie, particulièrement marquée dans l'Union européenne et revendiquée par la Cour EDH avec le concept d'ordre public européen²⁶⁸⁶. En effet, la revendication de l'autonomie est un préalable nécessaire pour la constitutionnalisation, « *l'autonomie primaire d'un ordre juridique signifie, dans une perspective kelsénienne, que celui-ci dispose lui-même du fondement de sa validité* »²⁶⁸⁷ et qui passe par un détachement du droit international classique.

Malgré la subsistance du droit international classique, un droit constitutionnel européen semble pouvoir exister, à condition de se détacher des critères du droit constitutionnel étatique « *il n'est plus exceptionnel ni illégitime d'envisager une multiplicité de contextes non étatiques à travers les idées de constitution, constitutionnalisation, droit constitutionnel, etc. La grammaire même du constitutionnalisme contemporain subit ainsi une nette translation vers d'autres sphères juridiques, politiques et sociales. Au niveau international et supranational, un constitutionnalisme supra-étatique émerge. Des normes internationales de plus en plus nombreuses ont trait aux droits de l'homme, et acquièrent ainsi une substance constitutionnelle* »²⁶⁸⁸. De plus, les normes du système sont les droits fondamentaux, ce qui place le système au niveau constitutionnel, en raison de son importance sur un terrain substantiel.

²⁶⁸⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

²⁶⁸⁷ G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 271.

²⁶⁸⁸ H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 191.

B. Le phénomène européen de constitutionnalisation à travers les droits fondamentaux

La Constitution a une fonction légitimatrice du pouvoir, dont l'assise est encore plus solide lorsque ce pouvoir se soumet au respect des droits fondamentaux en tant que valeurs énoncées dans le texte supérieur, ce qui implique une reconnaissance de cette norme suprême. Les droits fondamentaux entraînent une constitutionnalisation des deux ordres juridiques européens, qui remplissent alors des caractéristiques de type constitutionnel²⁶⁸⁹. Toutefois, il est nécessaire de rappeler que les droits fondamentaux ont substantiellement une vocation constitutionnelle (1), vocation valorisée par les juges européens, qui agissent comme des juges constitutionnels (2).

1. Les droits fondamentaux comme normes constitutionnelles

Il est difficile de déterminer exhaustivement ce que comprend une Constitution et *a fortiori* ce que recouvre le concept de constitutionnalisme. Cependant, il est possible d'en dégager des grandes lignes. Ainsi, malgré les « multiples définitions qui peuvent être données de ce concept [la Constitution] peut être considérée dans un sens matériel comme l'acte qui incarne les valeurs communes qui irriguent le corps social »²⁶⁹⁰. Cela implique que le peuple est à l'origine de la détermination des valeurs communes qui servent ensuite de cadre pour les règles constitutionnelles, qui ont à la fois vocation à encadrer le fonctionnement des institutions et à protéger les individus en édictant des droits fondamentaux. Le respect de ces droits fondamentaux s'impose alors aux gouvernés et aux gouvernants²⁶⁹¹.

Reconnaître que les droits fondamentaux sont des normes constitutionnelles, supérieures aux autres normes, n'est pourtant pas évident car toutes les constitutions nationales ne contiennent pas formellement ces droits. C'est le cas de la France, dont la Constitution de 1958 ne comprend pas de liste de droits fondamentaux. Ce qui explique que

²⁶⁸⁹ J.-C. GAUTRON et S. PLATON, « La naissance d'une singularité doctrinale : les européenistes », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 120.

²⁶⁹⁰ G. MARTI, « Les valeurs communes de l'Union européenne et la question du pouvoir constituant », *RUE*, 2017, p. 606.

²⁶⁹¹ F. TERPAN, « Le constitutionnalisme européen : penser la constitution au-delà de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, 2015, p. 183.

« les manuels ou traités contemporains de droit constitutionnel français comportent rarement des développements sur les libertés et droits fondamentaux »²⁶⁹². C'est le Conseil constitutionnel qui a valorisé les droits fondamentaux français par le biais de ses décisions. Cependant, le cas de la France reste minoritaire, la majorité des constitutions intègrent les droits fondamentaux, souvent dans les premiers articles, comme l'Allemagne ou l'Espagne, et ce particulièrement depuis la seconde guerre mondiale²⁶⁹³.

De façon plus générale, le concept de droits de l'homme – plus utilisé en France pour les droits protégés constitutionnellement – et *a fortiori* celui de droits fondamentaux est relativement récent, il existe depuis deux siècles environ²⁶⁹⁴. Initialement, ces droits fondamentaux devaient protéger les individus contre des actions négatives de l'État, État qui est dans une situation ambiguë, « à la fois, menace, et protection »²⁶⁹⁵, puis les relations interindividuelles ont été prises progressivement en compte. C'est dans cette continuité que s'inscrit l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, achevant un mouvement de constitutionnalisation dans l'Union européenne débuté avec le traité d'Amsterdam²⁶⁹⁶. La Charte comprend des dispositions encadrant les institutions mais aussi certaines, en droit de la consommation ou en droit du travail, qui s'intéressent aux relations interindividuelles. La reconnaissance de la valeur juridique de la Charte par le traité de Lisbonne est un signe de constitutionnalisation puisque la Constitution est un instrument de régulation du jeu politique, un moyen d'organiser l'État mais aussi de le limiter, ce qui est essentiel pour la réalisation de l'État de droit²⁶⁹⁷. Le Conseil de l'Europe a un rôle de contrôle de l'État en tant qu'entité qui se situe en dehors de celui-ci²⁶⁹⁸. C'est particulièrement le cas de la Commission européenne pour la démocratie par le droit – appelée « Commission de Venise » en raison du lieu de son siège²⁶⁹⁹. Même si son rôle est statutairement plus large puisqu'il concerne les garanties offertes par le droit au service de la démocratie, la Commission de Venise s'est concentrée sur la surveillance des modifications constitutionnelles des États

²⁶⁹² L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, *et alii*, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, Paris, 2018, 20^e éd., p. 913.

²⁶⁹³ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Tome I, Thémis, Paris, 2003, 9^e éd., p. 9.

²⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 99.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 160.

²⁶⁹⁶ S. PEYROU, « La Cour de justice, garante du droit « constitutionnel » à la protection des données à caractère personnel », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 117.

²⁶⁹⁷ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 115.

²⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 243.

²⁶⁹⁹ La Commission européenne pour la démocratie par le droit a été créé par le Comité des ministres par une résolution (90) 6 du 10 mai 1990.

parties au Conseil de l'Europe, sur leur demande ou celle d'un organe du Conseil de l'Europe ou encore de la Commission européenne. La Commission de Venise rend alors des avis sur la conformité de ces modifications constitutionnelles avec les principes de l'État de droit dont font partie les droits fondamentaux²⁷⁰⁰, sorte de surveillance constitutionnelle européenne. D'ailleurs, les constitutions nationales connaissent un phénomène général d'europanisation, à cause de cette surveillance mais aussi car de nombreuses révisions constitutionnelles ont eu lieu en raison du droit européen, souvent de l'Union européenne et que « *les Constitutions des nouvelles démocraties se caractérisent par leur ouverture au droit international. Avec des formules variées [...] presque toutes prévoient que le droit interne doit se conformer à l'ordre juridique international* »²⁷⁰¹. Les constitutions comprennent enfin des « clauses Europe » pour permettre le transfert de compétence de l'État vers l'Union afin d'organiser les rapports avec l'Union européenne²⁷⁰².

Les droits fondamentaux, du fait de leur importance substantielle sont des droits de valeur constitutionnelle²⁷⁰³, leur présence au niveau européen implique *a minima* l'existence de droits constitutionnels sur le fond. De plus, la Cour EDH semble s'engager dans les questions constitutionnelles plus politiques, relatives à l'encadrement du fonctionnement institutionnel de l'État avec une jurisprudence sur le droit de vote mais aussi sur le respect de la séparation des pouvoirs²⁷⁰⁴. Toutefois, cet aspect reste encore résiduel par rapport à la diffusion des droits fondamentaux individuels. La fondamentalisation – entendue comme valorisation des droits fondamentaux – du droit européen aboutit ainsi à sa constitutionnalisation par le mélange des deux ordres juridiques. « *Le droit constitutionnel*

²⁷⁰⁰ Voir par exemple au sujet des réformes en Hongrie le suivi par la Commission de Venise dans les recommandations 720/2013, « Avis sur le quatrième amendement à la Loi fondamentale de Hongrie » mais aussi l'avis 883/2017 sur le projet de loi sur la Cour constitutionnelle en Arménie ou encore l'avis 882/2017 portant sur le projet d'amendements à la Constitution du Kazakhstan.

²⁷⁰¹ G. MALINVERNI, « L'expérience de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *RUDH*, 1995, dossier « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », J.-F. FLAUSS (dir.), p. 389.

²⁷⁰² F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013, Paris, p. 58.

²⁷⁰³ R. ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. XIX (note du traducteur) : « rights become constitutional because of their perceived substantive significance as expressions of an underlying political morality ».

²⁷⁰⁴ J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », in *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis*, J.-F. FLAUSS et M. DE SALVIA (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 75-76. Voir par exemple Cour EDH, Gde chbr., 23 juin 2016, *Baka c/ Hongrie*, req. n° 20261/12 qui concerne les réformes de la justice hongroise et plus particulièrement la mise à la retraite des juges, sujet également évoqué au niveau de l'Union européenne.

européen est donc né de la rencontre des droits constitutionnels nationaux et du droit de l'Union, le tout sous l'égide des droits protégés par la Conv. EDH »²⁷⁰⁵. Le phénomène de constitutionnalisation du droit européen a été appuyé par les juges européens, qui sont parfois décrits comme des juges constitutionnels.

2. Les juges européens : des juges constitutionnels dans leurs ordres juridique et du système européen de protection des droits fondamentaux

Les juges européens usent des qualificatifs constitutionnels pour positionner leur droit au niveau le plus élevé²⁷⁰⁶, même si leur rôle ne correspond pas à celui de juridictions constitutionnelles classiques, tel qu'il a pu être théorisé dans certaines études²⁷⁰⁷. Par exemple, les juges européens ne ressemblent *a priori* pas à des juridictions spéciales de constitutionnalité car ils sont les seuls juges de leurs ordres, juges nationaux mis à part. Si l'on inclut les juges nationaux, alors la spécialisation peut exister, par exemple avec le monopole de l'invalidité pour la Cour de justice. Même si ces deux juges ne répondent pas exactement aux critères posés pour les juridictions constitutionnelles nationales, ils ont eu un rôle primordial dans la construction du droit constitutionnel européen. La Cour de justice « a œuvré au « développement constitutionnel » de l'ordre juridique communautaire en mettant en œuvre, en précisant ou encore en comblant les lacunes des traités originaires. Elle peut à cet égard être considérée comme détentrice d'une « fonction constituante » ou d'un rôle de constituant secondaire »²⁷⁰⁸. Pour d'autres, la Cour de justice a ajouté un acquis constitutionnel à « l'inné conventionnel »²⁷⁰⁹. D'ailleurs le terme « constitutionnalisation », d'origine anglo-saxonne est fréquemment utilisé pour désigner « le processus à travers

²⁷⁰⁵ H. GAUDIN, « Faire émerger une nouvelle discipline : Peut-il exister un droit constitutionnel européen ? », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 897.

²⁷⁰⁶ Voir, pour l'idée d'une Charte constitutionnelle pour l'Union européenne : CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, point 23 ; CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec.* p. I-6079, point 21. Au sujet de la Convention EDH en tant qu'instrument constitutionnel, voir Comm. EDH, 4 mars 1991, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89, point 22.

²⁷⁰⁷ L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2016, pp. 19 et s : parmi les critères énoncés, les auteurs proposent l'indépendance des juges constitutionnelles par rapport à toute autre autorité étatique grâce à statut constitutionnel, le fait que le contrôle de constitutionnalité soit réservé à une juridiction spéciale qui a un monopole excluant compétences des autres juges ou encore que les membres ne soient pas désignés comme les autres juges. Enfin, leur attribution principale est le contrôle constitutionnalité, c'est-à-dire la vérification que le Parlement se soumet au respect de la règle de droit.

²⁷⁰⁸ G. MARTI, « Les valeurs communes de l'Union européenne et la question du pouvoir constituant », *RUE*, 2017, p. 606.

²⁷⁰⁹ B. NABLI, « L'Union européenne : source d'un « malaise constitutionnel » ? », *RUE*, 2012, p. 29.

lequel les traités communautaires se transforment progressivement en une constitution »²⁷¹⁰ et qui tient au rôle que la Cour de justice s'est elle-même donné. En effet, les auteurs du traité avaient en tête un modèle de juridiction administrative plus que constitutionnelle²⁷¹¹. C'est également le cas pour la Cour EDH. Sans affirmer que le modèle était administratif, le système de la Convention EDH n'était pas pensé pour que la juridiction, lentement mise en place, adopte un rôle constitutionnel. Pour certains, la Cour EDH agit comme une « *juridiction « supra-constitutionnelle » dès lors qu'elle se livre, par ricochet et voire même directement, à un contrôle de conventionnalité des normes et pratiques constitutionnelles nationales* »²⁷¹². Cependant, l'auteur conclut en 1996 que techniquement, la Cour EDH ne peut être assimilée à une Cour constitutionnelle même si elle s'en rapproche²⁷¹³. Depuis, le phénomène de constitutionnalisation s'est accentué et « *la Cour européenne semble s'inscrire dans la perspective « constitutionnelle » d'un ordre public européen* »²⁷¹⁴. En réalité, au moment de la mise en place des deux juridictions européennes, la justice constitutionnelle nationale n'était elle-même que très peu développée²⁷¹⁵. Cette vision constitutionnelle des juridictions européennes a pu être critiquée, notamment en comparaison avec le rôle classique des cours constitutionnelles, à savoir le contrôle de la législation d'un Parlement²⁷¹⁶. Toutefois, la Cour de justice a bien pour rôle de contrôler les actes émanant des institutions de l'Union européenne. Cet aspect est moins évident pour la Cour EDH car son ordre juridique ne produit pas de normes de droit dérivé et la juridiction n'a pas pour rôle de contrôler l'activité des organes du Conseil de l'Europe. Cependant, elle s'assure de la bonne application de la Convention EDH par les États. Cette fonction s'illustre particulièrement avec la procédure des arrêts pilotes qui implique la reconnaissance d'une défaillance générale dans le système interne et la correction de cette défaillance²⁷¹⁷.

²⁷¹⁰ J. P. JACQUÉ, « La Constitution de la Communauté européenne », *RUDH*, 1995, dossier « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », J.-F. FLAUSS (dir.), p. 401.

²⁷¹¹ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, n° 1, p. 29.

²⁷¹² J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », in *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, J.-F. FLAUSS et M. DE SALVIA (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 69.

²⁷¹³ *Ibid.*, p. 91.

²⁷¹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13^e éd. refondue, p. 408.

²⁷¹⁵ L. FAVOREU, « Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? », *RUDH*, 1995, dossier spécial « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », J.-F. FLAUSS (dir.), p. 358.

²⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 360.

²⁷¹⁷ L'arrêt *Broniowski c/ Pologne* est le premier exemple d'arrêt pilote (Cour EDH, Gde chbr., 28 septembre 2005, *Broniowski c/ Pologne*, req. n° 31443/96), de nombreuses demandes ont été formulées concernant le droit de propriété pour certains biens en raison du déplacement de la frontière polonaise à la suite de la seconde guerre mondiale. Les affaires ont été suspendues en attendant que la Pologne réforme son système

Les rôles des deux juges européens sont à nouveau complémentaires, spécifiquement en matière de droits fondamentaux et les deux ordres juridiques européens « *entretiennent des rapports horizontaux, d'influences réciproques qui contribuent à l'émergence d'un droit constitutionnel commun européen* »²⁷¹⁸. Ces rapports horizontaux sont parfois présentés comme un dialogue, qui serait également partagé par les juridictions constitutionnelles nationales. En effet, « *malgré la richesse des sources potentielles de conflit qui existent entre les diverses sphères constitutionnelles, celles-ci parviennent à s'entendre harmonieusement* »²⁷¹⁹. Cette entente serait donc le fruit d'un dialogue harmonieux car les matières discutées sont des valeurs partagées : les droits fondamentaux, l'État de droit ou encore la démocratie²⁷²⁰. Il est difficile de saisir concrètement ce « dialogue » puisqu'en dehors de renvois préjudiciels d'une juridiction constitutionnelle vers la Cour de justice – qui sont assez rares même si une tendance à leur augmentation se dégage²⁷²¹ – il n'existe pas de voie formelle de discussion. « *La formule de « monologues juridictionnels croisés » s'avère plus exacte au plan empirique* »²⁷²². L'idée serait plutôt la participation à un phénomène positif autour des droits fondamentaux, droits qui sont protégés de façon commune, potentiellement pour opposer un bloc européen de ces valeurs et pour que les décisions de chacune des juridictions soient acceptables. Pour certains, il s'agit de l'application d'un principe de faveur pour les droits fondamentaux, qui implique d'adopter la solution la plus protectrice²⁷²³, notamment en cas de conflits entre droits fondamentaux issus de constitutions nationales et droits fondamentaux européens²⁷²⁴. Les acteurs constitutionnels convergeraient alors vers une même méthode dont le « *fondement essentiel*

pour prévoir un recours juridictionnel effectif au sujet de ces biens. À l'inverse, il arrive que l'État ne veuille pas modifier sa législation, ainsi après la suspension des affaires, la Cour EDH prononce systématiquement des arrêts de violation. Voir ainsi, Cour EDH, Gde chbr., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, req. n° 74025/01, au sujet du droit de vote des prisonniers au Royaume-Uni.

²⁷¹⁸ B. NABLI, « L'Union européenne : source d'un « malaise constitutionnel » ? », *RUE*, 2012, p. 29.

²⁷¹⁹ H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 195.

²⁷²⁰ Ibid.

²⁷²¹ M. BLANQUET, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ? », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 291.

²⁷²² H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *op. cit.*, p. 198.

²⁷²³ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, p. 256.

²⁷²⁴ *Ibidem*, p. 264.

en semble la volonté de presser chaque acteur à faire de son mieux pour les droits de l'homme, s'il souhaite que les autres acceptent sa décision. En définitive, les différents acteurs défèrent aux décisions les uns des autres à condition que tous appliquent scrupuleusement un standard relativement homogène, d'une part, et tendanciellement de plus en plus protecteur de valeurs fondamentales, d'autre part »²⁷²⁵. Cette harmonie n'est parfois que de façade, comme dans le cas de l'arrêt *Melloni*²⁷²⁶ et de sa réception par le Tribunal constitutionnel espagnol qui exécute la solution proposée par la Cour de justice avec une certaine réticence²⁷²⁷. En effet, il applique l'arrêt de la Cour de justice en procédant à un contrôle de sa conformité à la Convention EDH, ce qui ne semble pas nécessaire dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, ni proposé par la Cour de justice qui opposait alors le principe de primauté du droit de l'Union à l'application d'un droit constitutionnel. Cependant, en agissant de la sorte, il se place au cœur du système européen de protection des droits fondamentaux.

Certaines critiques subsistent évidemment, notamment à l'encontre de la Cour de justice qui a un rôle économique prépondérant, semblant parfois l'éloigner des considérations relatives aux droits fondamentaux. Ainsi, la Cour de justice « *doit-elle être qualifiée de Cour constitutionnelle ou de juridiction économique spécialisée ?* »²⁷²⁸. Même si ce doute existe, l'évolution montre que même dans des décisions économiques, les droits fondamentaux – dont le droit à la propriété – ont une place primordiale, rapprochant la juridiction européenne de considérations constitutionnelles²⁷²⁹. De plus, la Cour de justice s'intéresse récemment à des contentieux non évidents au vu de ses compétences, avec des questions relatives à la liberté de religion confrontée aux aides d'État ou au mariage homosexuel par le biais de la citoyenneté européenne²⁷³⁰.

²⁷²⁵ H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *op. cit.*, p. 211.

²⁷²⁶ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁷²⁷ Voir à ce sujet, A. PEYRÒ LLOPIS, « La résistance du Tribunal constitutionnel espagnol face à l'arrêt *Melloni* de la CJUE », RTDE, 2015, n° 2, p. 230.

²⁷²⁸ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *op. cit.*, p. 29.

²⁷²⁹ Voir à ce sujet J. GERMAIN, « La protection par l'Union européenne des droits fondamentaux contre les programmes d'ajustement macroéconomiques », *RUE*, 2017, n° 606, p. 166.

²⁷³⁰ Voir par exemple au sujet de la liberté de religion, CJUE, Gde chbr., 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, aff. C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 ; CJUE, Gde chbr., 17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 ; CJUE, Gde chbr., 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, aff. C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335. Au sujet du mariage homosexuel, envisagé afin de permettre une pleine application des droits liés à la citoyenneté

Ainsi, « un droit constitutionnel en formation, en émergence, issu d'une pluralité d'acteurs (ou d'écrivains constitutionnels), est construit autour d'ordres juridiques dissemblables et de juges de statuts différents puisqu'on y trouve, bien sûr, les Constitutions nationales, des juges constitutionnels nationaux, des traités internationaux qu'à leur tour des juges spécifiques – qu'il s'agisse des institutions de contrôle de Strasbourg ou du juge communautaire de Luxembourg – consacrent comme de véritables constitutions au sens matériel du terme »²⁷³¹. Cependant, le travail par les juges connaît des limites qui sont inhérentes à leurs attributions. Les apports constitutionnels réalisés ne permettent pas de dégager de solutions durables²⁷³² et ne font que proposer des solutions ponctuelles pour répondre à une difficulté spécifique dans le cadre d'un contentieux.

La considération constitutionnelle des droits fondamentaux valorise le système européen de protection des droits fondamentaux et le place au niveau constitutionnel européen, entraînant de nouvelles considérations au sujet de la matière du « droit constitutionnel européen ».

§2. Renouveau du constitutionnalisme : les valeurs du système européen de protection des droits fondamentaux

Les différents ordres juridiques nationaux et européens ne peuvent plus fonctionner de façon cloisonnée, « les interdépendances rendent l'isolement impossible »²⁷³³. Ils font partie d'un même ensemble tridimensionnel, au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. Une théorie a été élaborée, estimant qu'il s'agit d'une méthode contrapunctique²⁷³⁴. « Il y a contrepoint chaque fois qu'une mélodie intervient comme *motif* »

européenne pour un couple marié : CJUE, Gde chbr., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

²⁷³¹ V. CONSTANTINESCO, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen, rapport de synthèse », *RUDH*, 1995, dossier « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », J.-F. FLAUSS (dir.), p. 445.

²⁷³² S. TORCOL, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *Rev. Française de droit constitutionnel*, 2016, n° 105, p. 101.

²⁷³³ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : d'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 141.

²⁷³⁴ M. POIARES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in *Sovereignty in Transition*, N. WALKER (dir.), Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 502.

dans une autre mélodie ». Ainsi la technique du contrepoint ne consiste pas seulement à recueillir une pluralité de motifs dans un cadre donné. Il faut encore que des rapports parviennent à se former entre ces motifs d'origines différentes. [...] La multiplication des intérêts à prendre en considération et l'absence préétablie de hiérarchie entre eux peuvent être source d'une considérable insécurité juridique. Pour la prévenir, la mise au point de nouvelles méthodologies s'avère nécessaire »²⁷³⁵. En effet, l'approche constitutionnelle classique de la confrontation des normes se fait sur le terrain hiérarchique, mais cette conception ne s'adapte pas à cette nouvelle forme de constitutionnalisme. Il faut donc repenser les rapports de normes (A) à travers le système européen de protection des droits fondamentaux, en tant qu'il porte les valeurs européennes (B).

A. La difficile qualification constitutionnelle des rapports de normes dans le système européen de protection des droits fondamentaux

Il est particulièrement difficile d'arrêter des théories constitutionnelles sur un phénomène en constante évolution et récent à l'échelle de la conceptualisation du droit constitutionnel étatique. Le premier pas franchi a été de constater l'absence de hiérarchie entre les ordres juridiques et la reconnaissance d'un pluralisme juridique, élément du système (1). Ces étapes ne suffisent pas pour pleinement décrire le phénomène circulaire d'influence réciproque, parfois pensé comme réseau ou cinétique (2).

1. Hiérarchie et hétéarchie : le pluralisme juridique dans le droit européen

L'évidence qui s'est imposée est l'absence de hiérarchie entre les juges européens en raison d'un enchevêtrement d'ordres qui en vient à « *défier la notion même de hiérarchie des normes* »²⁷³⁶. Une forme de hiérarchie est utile en cas de conflit entre des normes européennes et nationales par l'application du principe de primauté²⁷³⁷. Il en est autrement

²⁷³⁵ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *op. cit.*, p. 29.

²⁷³⁶ É. BARBIER DE LA SERRE, « Le traité de Lisbonne, les droits fondamentaux et le droit processuel de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010. Cependant, la Cour de justice semble toujours craindre une hiérarchie en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, voir CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, points 181 et suivants.

²⁷³⁷ N. LEVRAT, « Des notions d'ordre, de désordre et droit en Europe : une introduction », in *(Dés)ordres juridiques européens*, S. BESSON et N. LEVRAT (dir.), LGDJ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2012, p. 20.

pour les ordres juridiques européens. En raison de la revendication de l'autonomie de chaque ordre, européen et national, les relations sont plus souvent décrites comme hétérarchiques²⁷³⁸, ce qui signifie que la coopération entre les éléments soit privilégiée, soulignant l'abandon du paradigme de la pyramide des normes²⁷³⁹. En effet, chaque ordre juridique fonctionne avec sa propre hiérarchie des normes, qui intègre les normes de l'autre selon les principes de monisme ou de dualisme, ce qui implique une « *combinaison originale de hiérarchies enchevêtrées* »²⁷⁴⁰. C'est une application du droit international du principe d'égalité entre les États, chaque ordre juridique se place sur un même niveau, entraînant une hétérarchie. Des conflits sont possibles et l'idée d'hétérarchie n'est pas suffisante à expliquer l'intensité des interactions qui existent entre les ordres juridiques européens, qui sont obligés de trouver des solutions assurant une bonne articulation entre les ordres juridiques²⁷⁴¹. Les juges vont résoudre des situations de fait qui se présentent, dégagant des principes de fonctionnement, comme les principes de subsidiarité, de proportionnalité, de sécurité juridique et de confiance mutuelle, mais qui ne suffisent pas pour poser un cadre plus général. Ainsi, les théoriciens se sont penchés sur d'autres possibilités pour envisager le constitutionnalisme tel qu'il est au niveau européen. « *Les entrelacements constitutionnels et les tensions qui en résultent déroutent d'une manière particulièrement grave les grilles d'analyse associées au paradigme constitutionnel classique. La réflexion qui s'est développée ces dernières années au sujet du « constitutionnalisme global », du « pluralisme constitutionnel », du « constitutionnalisme transnational », du « constitutionnalisme multiniveaux », du « transconstitutionnalisme », du « constitutionnalisme postnational », du « constitutionnalisme sociétal », du « constitutionnalisme composite », du « constitutionnalisme en réseau », du « constitutionnalisme interordinal », etc., a précisément pour ambition d'y faire face* »²⁷⁴².

²⁷³⁸ Étymologiquement, le terme Hétérarchie implique un commandement par les autres, qui incite à une prise en compte horizontale des relations, contrairement à la hiérarchie qui renvoie, toujours étymologiquement, à ce qui est premier et pose une relation verticale entre les éléments. Voir également H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 193.

²⁷³⁹ S. TORCOL, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *Rev. Française de droit constitutionnel*, 2016, n° 105, p. 101.

²⁷⁴⁰ R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, Paris, 2017, 2^e éd., P. 521

²⁷⁴¹ M. GUYOMAR, « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes : repenser l'équivalence », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 586.

²⁷⁴² H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.),

La première idée pour répondre à la problématique d'un nouveau paradigme constitutionnel est celle de pluralisme juridique. Ce champ de recherche, plutôt développé par la doctrine anglo-saxonne²⁷⁴³, tente d'expliquer la problématique de la conciliation entre la primauté du droit européen et la suprématie de la Constitution nationale²⁷⁴⁴. Le pluralisme juridique décrit « *la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit* »²⁷⁴⁵. Le pluralisme s'opposerait au monisme juridique qui assimile « *le droit au droit étatique* » et interdit aux ordres normatifs extra-étatiques ou aux sources de normes extra-étatiques d'être des ordres juridiques ou des sources de normes juridiques²⁷⁴⁶. L'idée de pluralisme expose une situation²⁷⁴⁷, qui semble cloisonnée car relatant un état de fait de pluralités d'ordres juridiques. Cependant, les juges européens créent des passerelles entre les ordres juridiques supposément cloisonnés. C'est ainsi que l'idée d'un pluralisme ordonné est apparue en tant qu'approche dynamique qui « *montre comment les droits fondamentaux, appliqués progressivement et approximativement, avec des marges nationales dans l'espace et dans le temps, peuvent contribuer à réduire la tension entre le relatif et l'universel s'ils fonctionnent comme des processus transformateurs* »²⁷⁴⁸. Pour certains, l'outil de ce pluralisme ordonné est l'harmonisation car cette technique concilie « *différences et mise en ordre* »²⁷⁴⁹. Cet outil du pluralisme ordonné

LGDJ, Issy-Les-Moulineaux, 2016, pp. 194-195.

²⁷⁴³ Voir par exemple A. NIEUWENHUIS, « The concept of pluralism in the case-law of the European Court of Human Rights », *ECLR*, 2007, n° 3, p. 367 ; G. DE BÛRCA et J.H.H. WEILER (dir.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011 ; M. AVBELJ, *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2012.

²⁷⁴⁴ J.-C. GAUTRON et S. PLATON, « La naissance d'une singularité doctrinale : les européenistes », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 121 ; S. PLATON, « Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne. L'avenir des jurisprudences *Économie numérique* et *Arcelor* », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 888.

²⁷⁴⁵ J.-G. BELLEY, in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

²⁷⁴⁶ B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique. Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAMM, Aix-en-Provence, 2016, tome I, p. 71.

²⁷⁴⁷ Voir F. BRUNET, « L'articulation des normes », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 198 qui évoque la part descriptive et prescriptive de la thèse du pluralisme. Pour d'autres, il y a autant de conception du pluralisme que d'auteurs sur le sujet, voir J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, p. 447.

²⁷⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, « Avant-propos », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2010, p. 7.

²⁷⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : d'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 143.

permettrait *in fine* d'aboutir à la mise en place d'un droit commun supranational en rendant les différents ordres juridiques compatibles entre eux. L'harmonisation « *relève donc d'une mise en ordre verticale, tantôt ascendante, pour rapprocher les droits nationaux autour de principes directeurs communs (internationalisation), tantôt descendante, pour adapter le droit international au contexte national afin de préserver des marges nationales d'interprétation (contextualisation)* »²⁷⁵⁰. Il est en tout cas évident que cet ordonnancement du pluralisme passe par les juges qui ne font pas que concilier les ordres. Ils s'influencent et font évoluer leurs ordres juridiques à partir de ceux des autres, ce qui semble correspondre à l'idée d'une constitutionnalisation par débordement, qui signifie que les décisions conciliatrices adoptées au plus haut niveau ont un effet sur toutes les juridictions.

Le droit constitutionnel européen est ainsi un droit qui provient de différentes sources et aboutit à une constitutionnalisation globale²⁷⁵¹. Pour comprendre ce ruissellement, de nouvelles approches sont proposées comme l'existence d'un réseau ou d'une cinétique.

2. Du réseau et de la cinétique : la circularité dans le système européen de protection des droits fondamentaux

Le pluralisme juridique décrit la situation de coexistence de nombreux ordres juridiques connaissant chacun leur propre hiérarchie des normes. Cependant, l'idée de « *réseaux enchevêtrés, de la circularité incessante des droits* »²⁷⁵² semble être plus dynamique. La circularité est une première proposition qui démontre l'influence réciproque entre les ordres juridiques, influence qui serait donc plus dense entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, emportant l'établissement d'un système, « *la protection des droits fondamentaux en Europe passe par une judicieuse articulation des systèmes en présence, mais aussi par l'aptitude de ceux-ci à favoriser une interaction mutuelle* »²⁷⁵³. Le pluralisme ordonné se rapproche de cette dynamique en « *combinant énergie, produite par les divers*

²⁷⁵⁰ *Ibidem*, p. 142.

²⁷⁵¹ J.-M. SOREL, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international : le côté obscur de la force », in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 219.

²⁷⁵² A. BERRAMDANE, « Le manquement judiciaire dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 417.

²⁷⁵³ M. VERDUSSEN, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », in F. DELPÉRIÈRE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, 2002.

processus de mise en ordre et leurs variations selon les niveaux d'organisation, et mouvements, caractérisés par les directions et les vitesses »²⁷⁵⁴. La réflexion autour des liens entre ordres juridique propose un paradigme différent, concurrent de celui de la pyramide sans que cette dernière ne disparaisse entièrement²⁷⁵⁵. Dans ce réseau, la pyramide existe dans chaque ordre juridique mais les données juridiques circulent sans formalisme d'un ordre à l'autre, sans hiérarchie entre les ordres. Le concept de cinétique rejoint l'idée du réseau pour décrire ce double phénomène, pyramidal et hétérarchique, « *l'émergence d'un ordre mondial, à la fois global, interactif et évolutif, suggère une approche dynamique, une sorte de cinétique juridique qui associerait énergie et mouvement, espace et temps* »²⁷⁵⁶. Certaines théories, incluant strictement les juges, peuvent en réalité être élargies aux normes en général, comme l'idée de *spill-over* ou encore de migrations constitutionnelles²⁷⁵⁷. Ainsi, le concept de migration constitutionnelle s'appuie sur l'idée qu'une unique juridiction servant de modèle est ensuite suivie par les autres, rejoignant l'idée de *spill-over*, compris comme un débordement des principes européens dans des litiges nationaux purement internes²⁷⁵⁸ ou comme jouant un effet de contagion. L'Union européenne aurait ainsi intégré la protection des droits fondamentaux par cet effet de débordement d'une intégration purement économique ²⁷⁵⁹. Dans tous les cas, le cloisonnement est impossible et inconcevable en pratique. Les législateurs et les juges sont attentifs à leur hiérarchie des normes et à la circulation des normes de leurs voisins ainsi que celles des ordres juridiques européens. Cette circulation est notamment cohérente, car les normes en question se rapprochent matériellement sur le fond, particulièrement lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux.

La désignation explicite de points de contacts entre les ordres juridiques manque institutionnellement à ce réseau pour fonctionner pleinement et pour anticiper d'éventuelles

²⁷⁵⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, Paris, 2006, p. 43.

²⁷⁵⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 14.

²⁷⁵⁶ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : d'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 141.

²⁷⁵⁷ Voir sur ces idées L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 417 et suivantes.

²⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 419.

²⁷⁵⁹ F. BERROD, « Une Europe, deux cours ou le double « je » des identités européennes », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG, L'Harmattan, Paris, 2016, p. 30.

difficultés²⁷⁶⁰. Il serait tentant de désigner les juges comme ces points de contact mais en théorie ils n'ont aucun rôle d'anticipation, agissant au contraire à partir de litiges existants. Cette réflexion pourrait être réajustée avec l'importance du renvoi préjudiciel²⁷⁶¹ et le développement de l'avis consultatif rendu par la Cour EDH dans le cadre du protocole n° 16²⁷⁶². Certes, les juges européens agissent dans les deux cas dans le cadre d'un contentieux en cours, mais leurs réponses ont vocation à s'appliquer plus largement dans tous leurs États membres et aux situations similaires. En tout cas, les juges nationaux sont les points de contact du réseau les plus évidents, à défaut il faudrait réfléchir à l'établissement d'une nouvelle institution dans chaque ordre juridique, dont le rôle serait de participer au fonctionnement du réseau, ce qui correspond à ce que Hans Kelsen proposait déjà : « *si l'on veut faire vivre des systèmes juridiques différents, il faut organiser leurs rapports, soit en les subordonnant l'un à l'autre, soit en les coordonnant. La pire solution est de ne rien faire ou d'en faire trop peu* »²⁷⁶³.

Enfin, il faut relever que la Cour de justice a déjà utilisé l'idée de réseau pour son propre ordre juridique dans l'avis 2/13, « *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* »²⁷⁶⁴. Le réseau, tel que mentionné dans cet avis qui porte sur la confrontation entre deux ordres juridiques, fait référence à l'existence de concepts qui créent une identité européenne par le biais de valeurs communes.

²⁷⁶⁰ J. P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Rev. Française de droit constitutionnel*, 2007, n° 69, p. 3.

²⁷⁶¹ Article 267 TFUE.

²⁷⁶² Article 1 du protocole 16 à la Convention EDH signé le 2 octobre 2013, entrée en vigueur le 1^{er} août 2018, STCE n° 214.

²⁷⁶³ H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, 1932.

²⁷⁶⁴ CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 167.

B. L'identité européenne : les valeurs au cœur du système européen de protection des droits fondamentaux

Désigner les valeurs d'un ordre est un choix constitutionnel initial, celui qui doit être fait par le pouvoir constituant, pour déterminer l'identité de son ordre juridique. Cette question prend une tournure juridique car le droit est nécessaire pour « *consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser (fonction législative) et de les mettre en œuvre (fonctions judiciaire et exécutive)* »²⁷⁶⁵. Il n'est pas évident d'affirmer l'existence de valeurs européennes notamment car celles-ci évoluent dans l'espace tridimensionnel du droit constitutionnel européen, impliquant une pluralité de valeurs (1) mais dont il semble cependant émerger un *ius commune* (2).

1. La pluralité de valeurs dans le système européen de protection des droits fondamentaux

Le terme de valeurs « *fait référence à un ensemble d'idéaux collectifs reflétant une certaine conception du désirable* » partagés par les membres d'un groupe social »²⁷⁶⁶. C'est ce partage qui détermine l'identité de ce groupe social. Mais ces deux termes, valeurs et identité, d'une part, ne sont pas des notions strictement juridiques et d'autre part renvoient à différentes réalités. Admettre une identité commune au système européen de protection des droits fondamentaux européens nécessite de passer par les valeurs qui sont au moins désignées dans les textes fondateurs des deux ordres juridiques européens. Avant tout, il faut distinguer les valeurs des principes. Ces derniers ont une consistance juridique plus claire que les valeurs, qui ont un caractère « *d'avantage intellectualisé qui [leur] confère une autorité morale mieux affirmée* »²⁷⁶⁷. Les valeurs ne sont pas conçues pour accéder à la normativité²⁷⁶⁸. Ainsi, les valeurs dépassent les principes et ajoutent à ceux-ci « *une dimension « éthique », sociologique et comportementale* »²⁷⁶⁹. Cette vision permettrait de penser la confiance mutuelle comme valeur, puisque sa reconnaissance en tant que principe

²⁷⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit (IV)*, Seuil, Paris, 2011, p. 20.

²⁷⁶⁶ G. MARTI, « Les valeurs communes de l'Union européenne et la question du pouvoir constituant », *RUE*, 2017, p. 606.

²⁷⁶⁷ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, Thèse soutenue à l'université d'Aix-Marseille, p. 22.

²⁷⁶⁸ C. BLANC-FILLY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 26.

²⁷⁶⁹ C. BLUMANN, « Introduction à la troisième partie », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 456.

est complexe mais qu'elle reste une base structurelle du système. D'ailleurs, la confiance mutuelle est possible grâce à l'« *identité de valeurs symbolisée en particulier par la protection des droits fondamentaux que les États membres ont accepté de s'engager plus avant dans un processus d'intégration de nature politique* »²⁷⁷⁰. Cependant, les notions désignées en tant que valeurs à l'article 2 TUE deviennent des principes à l'article 21 TUE²⁷⁷¹, qui concerne l'action extérieure de l'Union, ce qui démontre que la limite entre les deux n'est pas si claire.

Chaque ordre juridique détermine son identité par le biais de ses valeurs fondatrices, ce qui explique pourquoi « *la jurisprudence sur les droits fondamentaux constitue un excellent baromètre de l'état des rapports de système* »²⁷⁷². Le Conseil de l'Europe, en raison de son rôle en matière de droits fondamentaux, fait souvent valoir sa fonction de gardien des valeurs fondamentales ²⁷⁷³. Les valeurs européennes sont composées de multiples sources différentes, puisées dans les trois dimensions – nationale, européenne et internationale – du droit constitutionnel européen. Ces valeurs comprennent évidemment le respect des droits fondamentaux mais les dépassent et varient d'un ordre juridique national à l'autre et entre ordres juridiques européens. La détermination de ce que sont les valeurs du système européen de protection des droits fondamentaux est plus aisée en partant des principes énoncés dans le statut du Conseil de l'Europe dès 1949. L'article 3 oblige les membres du Conseil de l'Europe à reconnaître le principe de prééminence du droit, le respect des droits fondamentaux – désignés en tant que droits de l'homme – ce que fait également le Préambule de la Convention EDH qui mentionne le régime démocratique et le respect des droits de l'homme. À l'inverse, aucune valeur n'est mentionnée dans le traité de Rome et il faudra

²⁷⁷⁰ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, Thèse soutenue le 12 décembre 2016 à l'Université Aix-Marseille, p. 233. Voir également CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, point 48 et CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, point 35.

²⁷⁷¹ Article 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit » à comparer avec l'article 21 TUE « les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde : la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international ».

²⁷⁷² J. P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Rev. Française de droit constitutionnel*, 2007, n° 69, p. 3.

²⁷⁷³ B. WASSENBERG, « Introduction », in *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, F. BERROD et B. WASSENBERG (dir.), L'Harmattan, Paris, 2016, p. 10.

attendre le sommet de Copenhague de 1973²⁷⁷⁴, qui anticipe le futur élargissement, pour proposer une vision des valeurs de l'Union européenne. Cette démarche démontre que les valeurs européennes doivent être définies notamment par opposition à ceux qui n'adhèrent pas à celles-ci et qui se situent donc en dehors du territoire de l'Union européenne. Les valeurs seront ensuite incluses dans l'Acte unique européen de 1986²⁷⁷⁵ et monteront en puissance jusque l'intégration²⁷⁷⁶, dans le droit primaire, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il semble que cette consolidation dans la prise en compte des valeurs soit parallèle à la nécessité pour l'Union européenne de protéger les droits fondamentaux, et que ces derniers sont ainsi pleinement assimilés à des valeurs. Avec le traité de Lisbonne, l'article 2 TUE pose explicitement les valeurs de l'Union que sont le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'État de droit et des droits de l'homme. De nouveau, le vocable « droits de l'homme » est privilégié pour les désigner en tant que composantes de l'identité européenne. Cette progression montre que les valeurs étaient quasi absentes initialement et ne sont pas pour autant devenues omniprésentes depuis²⁷⁷⁷.

Au niveau national, chaque Constitution pose les valeurs des États²⁷⁷⁸, qui fondent l'identité spécifique de celui-ci. La France est souvent citée pour la place particulière de la laïcité par rapport à d'autres États et l'Allemagne pour son approche de la notion de démocratie²⁷⁷⁹. Toutefois, il est intéressant de relever que les traditions constitutionnelles des États membres ont moins souvent servi de fondement pour les principes généraux du droit de l'Union que la Convention EDH²⁷⁸⁰. De plus, ceux qui ont été dégagés ne sont pas

²⁷⁷⁴ Conseil européen des 14 et 15 décembre 1973. Voir également F. BENOÎT-ROHMER, « Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit ? », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, p. 66.

²⁷⁷⁵ S. TORCOL, « Partager des valeurs communes, préalable à l'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RUE*, 2017, p. 389.

²⁷⁷⁶ C. BLUMANN, « Introduction », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 455.

²⁷⁷⁷ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, Thèse soutenue le 12 décembre 2016 à l'Université Aix-Marseille, p. 79.

²⁷⁷⁸ En imposant parfois des valeurs qui ne sont pas entièrement fixées : « *The constitutional rights catalogue regulates in a highly open manner what are in part deeply controversial questions about the basic normative structure of state and society* », R. ALEXANDER, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 2.

²⁷⁷⁹ Voir, par exemple, B. NABLI, « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RUE*, 2012, n° 556, p. 210 et R. ARNOLD, « L'identité constitutionnelle allemande – un nouveau concept jurisprudentiel », *Constitutions*, 2017, n° 4, p. 515.

²⁷⁸⁰ Voir pour des exemples de principes généraux du droit issus de traditions constitutionnelles : CJUE, 16 février 2012, *Costa et Cifone*, aff. jtes C-72/10 et C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80 sur le principe de

réellement des valeurs communes mais des principes utilisés dans certains ordres juridiques, choisis pour leur potentialité d'adaptation au fonctionnement de l'Union européenne²⁷⁸¹, comme par exemple le principe de confiance légitime²⁷⁸². Certaines valeurs semblent également particulières à l'Union européenne, comme la confiance mutuelle ou la coopération loyale. Ainsi, « *Le principe de coopération loyale impose aux États membres l'obligation de se mettre au service des objectifs de l'Union européenne et implique en même temps que l'Union européenne soit une Union d'États qui préservent leur autonomie* »²⁷⁸³. Pour la confiance mutuelle, c'est l'existence d'une communauté de valeurs qui permet à celle-ci d'exister²⁷⁸⁴, qui se distinguerait ainsi des valeurs des États tiers à l'Union européenne²⁷⁸⁵.

Progressivement, une mise en commun des valeurs a émergé, d'une part par la prise en compte des valeurs européennes au niveau national, qui sont devenues « *celles de tous les États membres soit parce qu'elles l'étaient déjà (pour les États occidentaux), soit parce qu'en adhérant à l'UE les États ont été obligés de les reconnaître* »²⁷⁸⁶ ; d'autre part les deux Europe se sont rapprochées sur différents sujets comme la non-discrimination²⁷⁸⁷ ou plus récemment sur la liberté de religion²⁷⁸⁸. Cependant, les valeurs ont parfois un effet éphémère. « *Dans l'Union européenne, les valeurs sont affirmées, sont invoquées, sont revendiquées, ne sont pas négociables... et pourtant, elles sont évanescentes, incantatoires, inaudibles ; elles ne sont jamais posées comme préalables à une réforme parce que considérées comme*

présomption d'innocence et CJCE, Gde chbr., 11 mars 2008, *Jäger*, aff. C-420/06, *Rec.* p. I-315.

²⁷⁸¹ G. MARTI, « Les valeurs communes de l'Union européenne et la question du pouvoir constituant », *RUE*, 2017, p. 606.

²⁷⁸² Voir à ce sujet J. MOLINIER, « Principes généraux », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mars 2011 actualisé en avril 2018, point 13.

²⁷⁸³ E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RUE*, mars 2012, n° 556, p. 197.

²⁷⁸⁴ E. BERNARD, « L'Europe des valeurs : le récit judiciaire », *ADUE*, 2017, à paraître.

²⁷⁸⁵ À l'inverse, voir les conclusions de l'avocat général Y. BOT, rendues sur l'affaire dite *Kadi II* (CJUE, Gde chbr., 18 juillet 2013, *Kadi II*, aff. C-584/10 P, ECLI:EU:C:2013:518) qui évoque « *la confiance mutuelle qui doit prévaloir entre l'Union et les Nations unies* », laquelle serait justifiée par le fait que « *les valeurs concernant le respect des droits fondamentaux sont communes à ces deux organisations* », point 85.

²⁷⁸⁶ S. TORCOL, « Partager des valeurs communes, préalable à l'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RUE*, 2017, p. 389.

²⁷⁸⁷ Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité est présent dans les premiers traités de l'Union européenne, étendu ensuite à la non-discrimination entre hommes et femmes. Du côté de la Convention EDH, le protocole 12 entré en vigueur le 1^{er} avril 2005 (STE n° 177) souligne l'accord entre les États pour intégrer de façon général ce droit fondamental.

²⁷⁸⁸ La Cour de justice est saisie de thématique habituellement réservées à la Cour EDH, comme le port du voile en entreprise : CJUE, Gde chbr., 14 mars 2017, *Bougnaoui*, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 et CJUE, Gde chbr., 14 mars 2017, *Achbita*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.

acquises et par conséquent, elles sont effacées par le discours économique ou par les crises, comme la crise migratoire »²⁷⁸⁹. Ce rapprochement progressif des valeurs, impulsé par le système européen de protection des droits fondamentaux peut aboutir à l'apparition d'un *ius commune* en matière de droits fondamentaux.

2. Les valeurs européennes : la possibilité d'un *ius commune* des droits fondamentaux

L'idée de droit commun, de *ius commune*, peut se comprendre de plusieurs façons, notamment comme un droit de principe, opposé au droit spécial. Le droit européen des droits fondamentaux serait ainsi le droit commun et les droits nationaux de protection des droits fondamentaux les droits spéciaux. Cette approche correspond à celle retenue par la Cour de justice dans son arrêt *Melloni* de 2013²⁷⁹⁰. Cet arrêt impliquerait une fragmentation du droit constitutionnel interne, comme « *prix à payer de l'unification du droit constitutionnel européen* »²⁷⁹¹. L'autre acception possible de l'idée de droit commun se situe sur un terrain plus substantiel, avec un rapprochement entre les droits sur le fond. Ainsi, si un droit commun européen est possible, les droits fondamentaux peuvent clairement être le dénominateur commun²⁷⁹². Les juges européens semblent vouloir démontrer l'existence de valeurs communes pour tendre vers ce droit commun : « *affirmer l'existence d'une communauté de valeurs est d'autant plus nécessaire aux juges que cela leur fournit un moyen de dissoudre la question de savoir à quel ordre appartient la norme ultime qui sert d'unité aux normes qu'ils créent* »²⁷⁹³. Les valeurs permettraient ainsi de passer outre la question du constitutionnalisme et de la circularité des normes. Vient ensuite la question de la base matérielle de ce *ius commune*. Pour certains juges de la Cour EDH « *la Convention constitue aujourd'hui le jus constitutionnelle commune européen. Sur le fondement de cet instrument, le Conseil de l'Europe peut, au besoin, avancer un fort argument constitutionnel européen contre toute prétention constitutionnelle nationale contraire* »²⁷⁹⁴. Ainsi, la Cour EDH « *se*

²⁷⁸⁹ S. TORCOL, « Du discours sur les valeurs à leur juridicisation : le défi du droit constitutionnel européen », *RUE*, 2017, p. 596.

²⁷⁹⁰ CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁷⁹¹ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : utilitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2015, n° 2, p. 299.

²⁷⁹² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « De la difficulté de construire un *ius commune* européen des droits de l'homme », *CDE*, 2006, n° 1-2, p. 238.

²⁷⁹³ F. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 212.

²⁷⁹⁴ Opinion concordante commune aux juges Pinto De Albuquerque et Dedov : Cour EDH, Gde chbr., 23 juin

reconnaît le droit d'assurer à la fois l'identification des valeurs européennes et la ligne de partage entre ces valeurs européennes et la marge de manœuvre laissée aux États »²⁷⁹⁵. Concrètement, la dignité humaine pourrait être le point de départ d'un droit commun européen des droits fondamentaux, traduction de valeurs communes. Même si cette notion est absente formellement de la Convention EDH, elle dirige clairement l'action de la Cour EDH et est désignée dès l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, « *si abstrait que soit le concept, la dignité humaine apparaît comme une valeur trop fondamentale pour être assujettie aux conceptions nationales : son respect tend donc à s'imposer comme un « impératif catégorique », qui disqualifie, si l'on peut dire, l'argument de proximité* »²⁷⁹⁶. En plus de la dignité humaine, se retrouveraient dans ce *ius commune* les droits fondamentaux intangibles, au sens de la Convention EDH, ou absolus au sens de la Charte, et en premier lieu l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Mais ces principes sont également présents au niveau international et ne seraient alors que le plus petit dénominateur commun. Enfin, une question plus technique mais fondamentale semble avoir une dimension plus européenne que nationale, celle de la protection des données personnelles, que l'Union européenne impose avec plus de contrainte²⁷⁹⁷, qui se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour EDH²⁷⁹⁸. Quoiqu'il en soit, « *l'émergence d'un corpus de principes communs contribue fortement à la structuration des rapports entre ordres juridiques communautaire, européen et national* »²⁷⁹⁹. Une troisième signification plus historique du *ius commune* est envisageable. Il s'agit alors de la vision médiévale du droit commun qui offrait aux praticiens des principes et une méthode de raisonnement, sans pour autant prétendre à l'unification des règles²⁸⁰⁰.

2016, *Baka c/ Hongrie*, req. n° 20261/12, point 25 de l'opinion.

²⁷⁹⁵ B. MATHIEU, « Repenser le droit constitutionnel ? », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 837.

²⁷⁹⁶ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 101.

²⁷⁹⁷ Voir par exemple C. MAUBERNARD, « La protection des données à caractère personnel en droit européen », *RUE*, 2016, n° 600, p. 406, le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOUE* n° L 119, 4 mai 2016, p. 1 et la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985 (STE n° 108).

²⁷⁹⁸ Voir par exemple Cour EDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, req. n° 8806/12 ou Cour EDH, Gde chbr., 27 juin 2016, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia oy c/ Finlande*, req. n° 931/13.

²⁷⁹⁹ M. GUYOMAR et D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, 2009, p. 256.

²⁸⁰⁰ M. DELMAS-MARTY, « Le rôle du juge européen dans la renaissance du *jus commune*. Signification et limites », in *Protection Human Rights : The European Perspective. Mélanges en l'honneur de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Munich, 2000, p. 397.

Cette vision du *ius commune* correspond à la réalité actuelle du système européen de protection des droits fondamentaux qui comprend des principes, de subsidiarité, de proportionnalité et de sécurité juridique, servant de méthode de raisonnement.

Toutefois, c'est probablement une certaine conception de la démocratie qui permettrait de souligner la particularité du système européen de protection des droits fondamentaux par rapport à d'autres systèmes plus universalistes. Tant dans l'Union européenne que le Conseil de l'Europe, le vouloir vivre ensemble paraît être l'objectif et non le point de départ²⁸⁰¹. Ainsi, « *la CEDH représente une sorte de contrat social fondateur de la coopération européenne, coopération qui s'inscrit désormais dans le cadre d'une communauté européenne de valeurs partagées comportant à charge des États des obligations de plus en plus contraignantes* »²⁸⁰². La Cour EDH rapproche systématiquement les valeurs du standard de société démocratique²⁸⁰³, ce qui pourrait également valoir pour l'Union européenne par le biais de l'affirmation de la citoyenneté européenne et surtout dans le cadre d'un système européen de protection des droits fondamentaux. Pour certains auteurs, l'idéal serait de concrétiser cette démarche en associant pleinement les peuples européens au processus juridique – si ce n'est constitutionnel – européen²⁸⁰⁴, en imaginant donc une souveraineté européenne. Ce qui impliquerait que « *la formation d'une conscience individuelle européenne devrait passer par une élévation de ces choix à l'échelle européenne par l'entremise des juges. Ce serait alors le système de valeurs qui donnerait naissance à une société et non l'inverse. La fonction du droit ne serait pas purement expressive, mais aussi constructive* »²⁸⁰⁵. Ce tableau serait cependant incomplet sans mentionner la crise des valeurs en Europe²⁸⁰⁶, dans l'Union européenne avec les questions de politiques migratoires, du *Brexit* et des réformes surveillées par l'Union en Pologne ou en Hongrie. De son côté, le Conseil de l'Europe peine également. Le Royaume-Uni a déjà émis la possibilité de se retirer

²⁸⁰¹ S. TORCOL, « Partager des valeurs communes, préalable à l'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RUE*, 2017, p. 389.

²⁸⁰² M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11.

²⁸⁰³ C. BLANC-FILLY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 23.

²⁸⁰⁴ S. TORCOL, « Partager des valeurs communes, préalable à l'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RUE*, 2017, p. 389.

²⁸⁰⁵ É. DUBOUT, « L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'*homo europeus* », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 149.

²⁸⁰⁶ J. P. JACQUÉ, « Crise des valeurs dans l'Union européenne ? », *RTDE*, 2016, p. 213 et S. TORCOL, « Le droit constitutionnel européen peut-il endiguer la crise des valeurs de l'Union ? », *RUE*, 2017, p. 388

de l'organisation et la Russie défie régulièrement les instances du Conseil de l'Europe²⁸⁰⁷. Ces défis engagent la pérennité du projet d'intégration européenne spécifiquement sur le terrain des valeurs²⁸⁰⁸. L'approche systémique permettrait potentiellement de solidifier le socle commun structuré à partir d'un respect commun des droits fondamentaux.

²⁸⁰⁷ La Russie avait ainsi refusé pendant quelques années de ratifier le protocole 14 à la Convention EDH, bloquant le processus de réforme mais également suspendu à quelques reprises sa participation au budget du Conseil de l'Europe. Le Royaume-Uni a notamment exprimé sa position au sujet de la Cour EDH dans la déclaration de Brighton de 2012, misant sur la subsidiarité du mécanisme.

²⁸⁰⁸ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, Thèse soutenue le 12 décembre 2016 à l'Université Aix-Marseille, p. 34.

Conclusion de Chapitre

La confiance mutuelle existe en raison du respect des droits fondamentaux mais également car elle repose sur une série de valeurs communes entre les États membres²⁸⁰⁹. L'Union européenne « crée entre les États des interdépendances telles que les réalisations de chaque État dans le domaine des droits fondamentaux produisent nécessairement des conséquences sur tous les autres États »²⁸¹⁰, interdépendances qui aboutissent ensuite à la mise en commun de valeurs. C'est ainsi une donnée constitutionnelle de l'Union européenne qui s'impose au Conseil de l'Europe et dans le système européen de protection des droits fondamentaux. Évoquer les valeurs européennes entraîne naturellement sur la piste de la potentialité de valeurs universelles qui dépasseraient le cadre européen. Premier signe d'une volonté universaliste, l'ouverture des juridictions à d'autres jurisprudences, qui pourrait « traduire une conscience juridique nouvelle marquée par les préoccupations d'humanité ou d'universalité, s'appuyant sur certaines valeurs de civilisation partagées à l'échelle mondiale »²⁸¹¹. Autre signe, les conventions du Conseil de l'Europe sont de plus en plus fréquemment ouvertes aux États tiers. Cela signifie-t-il pour autant que l'Europe a une prétention universaliste ? La question est difficile à trancher mais la désignation d'un système européen de protection des droits fondamentaux paraît s'y opposer. Quoiqu'il en soit, le phénomène de globalisation du droit, et surtout des droits fondamentaux, s'accompagne d'une plus grande responsabilité des organes supranationaux et amène à repenser le constitutionnalisme hors du cadre national qui semble bien dépassé²⁸¹². Les droits fondamentaux jouent alors plusieurs rôles, ils servent de « concepts constituant un socle de valeurs universelles qui détermineraient des réponses précises et définitives »²⁸¹³ mais aussi « comme des processus transformateurs qui déclenchent un mouvement de mise en compatibilité des différences »²⁸¹⁴.

²⁸⁰⁹ CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwahltschaft*, aff. C-220/16 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, point 48.

²⁸¹⁰ O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis », in *Classer les droits de l'homme*, E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 318.

²⁸¹¹ G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolence » des juges », *Rev. de sc. Criminelle et de droit pénal comparé (RSC)*, 2005, n° 4, p. 806.

²⁸¹² P. BERTHELET, « Le droit constitutionnel européen comme remède à la crise des valeurs, ou l'aporie de la quête du fondement du droit », *RUE*, 2017, p. 396.

²⁸¹³ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit (IV)*, Seuil, Paris, 2011, p. 217.

²⁸¹⁴ *Ibidem*.

Conclusion de Titre

Le système européen de protection des droits fondamentaux a des effets sur les ordres juridiques nationaux, par le biais du croisement des principes de subsidiarité et de proportionnalité, mais également sur les ordres juridiques européens. Ces derniers effets sont plus structurels en ce qu'ils engendrent une potentielle déstabilisation constitutionnelle. D'une part, la multiplication des organisations internationales en général et la montée en puissance des deux organisations européennes en particulier nécessite de réfléchir aux rapports entre les ordres juridiques, qui peuvent nuire à ce titre à la sécurité juridique²⁸¹⁵. Ainsi, la réflexion fondée principalement sur l'autorité de la chose jugée permet de démontrer que le principe de sécurité juridique peut être respecté au sein du système européen de protection des droits fondamentaux.

D'autre part, la présence de concepts, tels que la confiance mutuelle, pose des bases, qui ne sont pas strictement juridiques, pour l'ancrage du système européen de protection des droits fondamentaux et sa potentielle considération en tant que socle du droit constitutionnel européen. Même si « *l'accumulation des concepts, rapportés en l'occurrence à l'Union européenne (UE), a de quoi rendre perplexe, à la fois par la profusion et par l'absence d'un autre concept, pourtant dominant dans les débats récents : celui de la constitutionnalisation ou de la Constitution* »²⁸¹⁶. En effet, la constitutionnalisation de ce droit européen, provenant du système européen, est une question qui se pose et qui s'exprime particulièrement en raison des règles qui portent sur la protection des droits fondamentaux.

²⁸¹⁵ J. P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », RFDC, 2007, n° 69, p. 5.

²⁸¹⁶ C. GREWE, « La normativité de l'autonomie de l'ordre de l'Union européenne ou illustration et défense du « désordre des ordres », in *(Dés)ordres juridiques européens*, S. BESSON et N. LEVRAT (dir.), LGDJ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2012, p. 243.

Conclusion de Partie

La réflexion systémique a pour objectif d'englober les différentes conséquences dues à l'expansion des deux organisations européennes, l'Union européenne tout d'abord, puis le Conseil de l'Europe. Parmi ces conséquences, il faut souligner l'existence de concepts clés qui se mélangent et tendent à se rejoindre, comme la subsidiarité, la proportionnalité, la sécurité juridique, l'autorité de la chose jugée, les notions autonomes, les obligations positives ou encore la confiance mutuelle.

La considération en tant qu'ensemble offre une vision d'une Europe plus unie, notamment par rapport à l'extérieur. *« Ce n'est pas seulement pour nous protéger – hier contre les guerres fratricides et aujourd'hui contre la mondialisation économique et financière – que nous voulons l'Europe. C'est aussi pour contribuer à un futur ordre mondial universaliste mais pluraliste. N'oublions pas que nous sommes la seule région où l'on s'efforce de conjuguer juridisme avec pluralisme, d'inventer un pluralisme ordonné. Certes ce pari ambitieux n'est pas gagné, mais si nous renonçons à cette ambition, la peur seule ne nous protégera ni du grand désordre, ni d'un ordre juridique hégémonique au profit des plus puissants, qu'il s'agisse des États ou des marchés »*²⁸¹⁷. Sans que le sujet ne soit l'universalisme de l'Europe, les effets du système européen de protection des droits fondamentaux sont considérables, pour les ordres juridiques nationaux et européens. L'analyse permet *in fine* de dégager des principes qui sont de première importance, à savoir les principes de subsidiarité, de proportionnalité et de sécurité juridique.

²⁸¹⁷ M. DELMAS-MARTY, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », RSC, 2016, p. 447.

Conclusion

L'étude des relations entre l'Union européenne et la Convention EDH était le point de départ de ces recherches. Les éléments qui en sont sortis se sont révélés si nombreux, qu'il a paru utile de les considérer comme les pièces d'un puzzle qui finissent par s'emboîter, afin de les réunir pour créer une seule image, celle du système européen de protection des droits fondamentaux. Puisque toutes les relations obéissent à un minimum de rationalité²⁸¹⁸, l'objectif des recherches était ensuite de déterminer les règles qui dirigent ces relations.

Les choix opérés ont mené à la proposition d'une vision du sujet qui n'est probablement pas l'unique approche possible de la question. Ainsi, une critique légitime est d'estimer que d'étudier un rapprochement entre des normes ne suffit pas à reconnaître une interdépendance : *« une chose est de constater que deux normes relevant de deux ordres juridiques distincts ont le même contenu – on dira alors qu'elles coïncident – une autre est de dire qu'elles sont imbriquées ou qu'elles interagissent, bref qu'elles forment une unité. Dans le premier cas, on constate un fait. Dans le second, on porte une appréciation. Étrangement, ceux qui se plaisent à souligner que les normes des ordres juridiques communautaire et étatique sont « imbriquées » se garde bien d'explicitier les conditions au regard desquelles ils se sentent autorisés à passer; du constat de la coïncidence, à la nécessité de la relation. Or, s'il faut établir une relation entre deux normes qui ont le même contenu, cela ne peut se justifier qu'au regard d'une troisième norme qui prescrit cette relation. À défaut d'une telle norme, on en vient à raisonner comme si le droit pouvait se définir par son contenu et comme si la seule connaissance du contenu de certaines normes pouvait justifier à elle seule qu'elles fussent considérées comme juridiques. Mais c'est là confondre le droit et la morale ou prendre ses propres valeurs pour le droit objectif »*²⁸¹⁹. L'étude tente ainsi de dégager les troisièmes normes mentionnées, celles qui servent à réguler l'interaction entre les normes de chacun des ordres juridiques européens.

La convergence substantielle entre les droits fondamentaux, dans le cadre des

²⁸¹⁸ J.-J. PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 135.

²⁸¹⁹ F. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 202.

politiques jurisprudentielles ainsi que dans les normes adoptées par les deux organisations européennes, est une première preuve de *ius commune*²⁸²⁰. Toutefois, ce droit commun s'entend de plusieurs manières, dont l'une des significations est que le *ius commune* est une méthode de raisonnement commune²⁸²¹. Ainsi, en plus de la convergence matérielle, des règles précises régissent cette méthode de raisonnement, abordées dans l'étude et qui peuvent être ordonnées en différentes catégories.

Il paraît possible de distinguer trois niveaux de normes. Au premier niveau, se situent les règles de conflit qui s'inscrivent dans l'organisation d'un espace (I). Au deuxième niveau, il y a les principes qui régissent le système européen de protection des droits fondamentaux (II). Enfin, au dernier niveau, se trouvent les instruments qui permettraient de réaliser un ordre juridique européen (III).

I. Les règles de conflit de l'espace européen de protection des droits fondamentaux

Les outils de première ligne, qui servent en cas de conflit de normes venant de différents ordres juridiques, ont pour fonction d'ordonner le niveau élémentaire de rencontre entre des normes, donc le « rien » ou l'espace, qui précède le système. À ce titre, deux catégories se dégagent. D'une part, il existe des concepts écrits comme les clauses de déconnexion, prévues dans les conventions du Conseil de l'Europe au bénéfice de l'Union européenne, ou le mécanisme de droits correspondants de l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Les deux ont vocation à déterminer le texte devant s'appliquer en priorité ou la prise en compte d'un autre texte pour l'interprétation du premier. D'autre part, la régulation se fait par des concepts prétoriens dégagés par nécessité, dans une situation concrète, qui servent également d'instruments pour créer un passage entre les deux

²⁸²⁰ Comparer le contenu de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal du Conseil de l'Europe, signée le 4 novembre 1998 (STE n° 172) avec la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (décision-cadre ensuite annulée par la Cour de justice : CJCE, Gde chbr., 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.* p. I-7879). La similitude a été relevée par M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, Paris, 2006, p. 43.

²⁸²¹ M. DELMAS-MARTY, « Le rôle du juge européen dans la renaissance du *jus commune*. *Signification et limites* », in *Protecting Human Rights : The European Perspective. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Munich, 2000, p. 397.

ordres juridiques européens et régler un éventuel conflit de norme. Il s'agit des principes généraux du droit et de la présomption de protection équivalente. Ces instruments au service du juge permettent pour le premier d'intégrer les normes de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union et pour le second d'articuler les obligations des États membres de l'Union européenne avec celles issues de la Convention EDH.

La nécessité d'organiser les rapports entre ces deux ordres juridiques européens ne peut aller qu'en s'accroissant, ce qui souligne l'insuffisance de ces règles de premier niveau. En effet, la Cour de justice de l'Union traite de plus en plus fréquemment de sujets qui semblaient jusqu'alors éloignés de ses considérations et relever plutôt de la compétence de la Cour EDH. Par exemple, la Cour de justice a affirmé en 2018 qu'un État devait reconnaître à un époux homosexuel les mêmes droits qu'à un époux hétérosexuel au sujet du droit à la circulation et au séjour de citoyens européens, sur le fondement de l'article 21 § 1 TFUE²⁸²². La solution paraît assez logique en termes de droit de l'Union mais s'applique en Roumanie, État où le mariage homosexuel est explicitement interdit dans le code civil et qui considère inscrire cette prohibition dans sa Constitution²⁸²³, probablement suite à la décision de la Cour de justice. De son côté, la Cour EDH n'est pas allée, pour l'instant, jusqu'à considérer le mariage homosexuel comme un droit protégé par la Convention EDH²⁸²⁴. La Cour de justice s'est également intéressée à différents éléments relatifs à la liberté de religion face au droit de l'Union. Elle a ainsi statué sur le port du voile en entreprise²⁸²⁵, confronté à l'interdiction de discrimination prévue par une directive de l'Union européenne²⁸²⁶, « *la solution retenue par la Cour réalise un subtil équilibre entre la liberté d'entreprise conférée par la Charte à l'employeur et le port de signes religieux par ses employés* »²⁸²⁷. Une autre affaire a concerné

²⁸²² CJUE, Gde chbr., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

²⁸²³ Voir à ce sujet « Roumanie : vers un référendum pour interdire le mariage aux couples homos », Libération.fr, 14 septembre 2018 ; « Roumanie : un référendum pour rendre inconstitutionnel le mariage homosexuel », Lemonde.fr, 12 septembre 2018.

²⁸²⁴ Voir à ce sujet : J.-P. MARGUÉNAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *RTD civ.*, 2010, n° 4, p. 738. Plus récemment : Cour EDH, Gde chbr., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, req. n° 37359/09, point 74 : « Dès lors, on ne peut pas dire qu'il existe au niveau européen un consensus sur l'autorisation du mariage homosexuel ni, dans les États qui interdisent pareil mariage, sur la façon dont il convient de réglementer la reconnaissance des changements de sexe dans les cas de mariages préexistants ».

²⁸²⁵ CJUE, Gde chbr., 14 mars 2017, *Achbita*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 et CJUE, Gde chbr., 14 mars 2017, *Bouagnaoui*, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204.

²⁸²⁶ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE* n° L 303, 2 décembre 2000, p. 16.

²⁸²⁷ F. BENOÎT-ROHMER, « Égalité et principe de non-discrimination (art. 21 de la Charte) », *RTDE*, 2018, n° 1, p. 467.

l'interdiction des rituels religieux d'abattages d'animaux en dehors de bâtiments agréés en Belgique²⁸²⁸. La juridiction de renvoi se pose la question de la validité d'un règlement de l'Union, portant sur le bien-être des animaux²⁸²⁹, avec la liberté de religion. Enfin, le droit à la protection des données personnelles, particulièrement protégé en Europe, s'applique, selon la Cour de justice, aux données prélevées par les témoins de Jéhovah dans leur activité de prédication²⁸³⁰. Ces derniers sont ainsi soumis au règlement de l'Union européenne relatif à la protection des données personnes de 2016²⁸³¹. Ces affaires démontrent que la Cour de justice est amenée à statuer de plus en plus frontalement sur des questions relatives à la protection des droits fondamentaux.

Ainsi, « *c'est précisément cette pluralité de contenus et de sources qui, au milieu de la complexité croissante de nos sociétés et de leurs systèmes juridiques, appelle une vision qui en intègre tous les éléments, afin de pouvoir les disposer de façon à les faire coexister harmonieusement et, ainsi, d'en assurer leur efficacité* »²⁸³². Les clauses de déconnexion, le mécanisme des droits correspondants, les principes généraux du droit de l'Union ou encore la présomption de protection équivalente ne sont plus suffisants pour organiser ces rapports.

En effet, ces catégories d'instruments ne permettent pas d'établir un système, ne décloisonnent pas les ordres juridiques européens et sont plutôt abordés comme une « *stratégie d'évitement des conflits* »²⁸³³. La présomption de protection équivalente peut être considérée comme étant le cliquet, l'élément déclencheur qui entraîne ensuite le système. Il faut dépasser ce stade, pour s'intéresser aux principes du système, plus longuement développés dans le cadre de cette recherche.

²⁸²⁸ CJUE, Gde chbr., 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, aff. C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335.

²⁸²⁹ Règlement (CE) n° 1099/2009 du Conseil du 24 septembre 2009 sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort, *JOUE* n° L 303, 18 novembre 2009, p. 1.

²⁸³⁰ CJUE, Gde chbr., 10 juillet 2018, *Jehovan todistajat*, aff. C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551.

²⁸³¹ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *JOUE* n° L 119, 4 mai 2016, p. 1.

²⁸³² L. WILDHABER et J. CALLEWAERT, « Espace constitutionnel européen et droits fondamentaux en Europe. Une vision globale pour une pluralité de droits et de juges », in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV, Berlin, 2003, p. 62.

²⁸³³ C. GREWE, « Repenser les fondements des rapports de systèmes », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET (dir.), LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 561.

II. *Les principes du système européen de protection des droits fondamentaux*

Les principes du système européen de protection des droits fondamentaux servent de règles, de méthode de raisonnement, pour estimer qu'un système existe tout en reconnaissant qu'il n'est pas encore abouti. Il s'agit des principes de subsidiarité, de proportionnalité, de sécurité juridique, qui ont notamment pour point commun l'origine allemande, principe de subsidiarité excepté. Ainsi, le système doit s'appuyer sur le principe de subsidiarité pour fonctionner, en laissant les juges nationaux et ceux de l'Union européenne protéger les droits fondamentaux en premier, avec une intervention à défaut de la Cour EDH. C'est d'ailleurs l'option qui était retenue dans le cadre du projet d'accord d'adhésion avec la création d'un mécanisme d'implication préalable au profit de la Cour de justice, qui était cependant conditionné par la mise en place d'une codéfense. Dans le système, le principe de proportionnalité, permettrait, par son contrôle juridique et politique, de moduler les exigences relatives aux atteintes aux droits fondamentaux, encadré par celui de sécurité juridique, qui remplit le critère de stabilité du système.

Cependant, pour ne pas paraître trop idéaliste, le défaut majeur de ces principes est leur caractère polymorphe. Chacun de ces principes, de ces méta-règles, comprend de nombreux développements dont les contours ne sont pas clairs. *A contrario*, cette indétermination permet une certaine souplesse, et une gestion concrète par les juges du système, européens et nationaux. Ces critères pourraient mener à imaginer ces principes comme des standards du système européen de protection des droits fondamentaux. En effet, les standards sont des notions assez floues²⁸³⁴, définies par leur fonction en tant que règle de droit et par leur indétermination. De plus, les standards sont majoritairement, mais non exclusivement, dégagés par le juge. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont été ainsi désignés comme standards, en raison de leur normativité et de leur indétermination²⁸³⁵. Ils sont tous deux à la maîtrise du juge, même s'ils peuvent être encadrés ou définis en amont par le législateur ou le constituant. Le principe de sécurité juridique pourrait également accéder à la qualification de standard : sa normativité est évidente mais

²⁸³⁴ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 20.

²⁸³⁵ *Ibid.*, p. 92 pour le principe de subsidiarité et p. 159 pour le principe de proportionnalité.

le critère d'indétermination l'est moins. Le principe de sécurité juridique comprend surtout un nombre indéterminé de concepts, comme par exemple l'autorité de la chose jugée ou le principe *ne bis in idem*. C'est dans ce cadre qu'il remplit les deux critères précités et peut prétendre au statut de standard.

Considérés ainsi, les principes mentionnés deviennent les standards du système européen de protection des droits fondamentaux, façonnés par le juge. « *L'importance de la position du juge parmi les autres institutions du système juridique communautaire résulte essentiellement de la faiblesse de l'organe législatif, qui s'est révélé inapte à jouer un rôle prépondérant dans le processus de l'intégration européenne* »²⁸³⁶. L'absence de décision politique incite les juges à agir dans le cercle de leur compétence et à dégager de grands principes, des standards, afin de faire fonctionner le système européen de protection des droits fondamentaux. La question qui se pose ici est celle de déterminer quel niveau est le plus pertinent pour agir : « *pour promouvoir une Europe tout à la fois unie et diverse doit-on mettre l'accent sur la responsabilité de la Cour dans la définition des standards ou sur la latitude laissée aux États pour déterminer les moyens d'y satisfaire ?* »²⁸³⁷. Le principe de subsidiarité jouerait ainsi un rôle politique en amont, dans l'application des standards du système, prenant une position plus importante que les principes de proportionnalité et de sécurité juridique, qui interviendraient en aval.

La troisième phase de négociation qui s'est ouverte à compter de l'avis 2/13 de 2014, concernant l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH²⁸³⁸, pourrait s'appuyer sur ces principes. La Cour de justice n'a pas soutenu le projet d'accord d'adhésion qui était pourtant un texte abouti²⁸³⁹, autant par les articles qu'il énonçait que les explications accompagnant les articles. Une solution serait ainsi de fonctionner autrement, en ne désignant que les grands principes de fonctionnement du système. Le principe de subsidiarité rappellerait le rôle premier que doivent jouer les institutions de l'Union, y compris la Cour

²⁸³⁶ *Ibid.*, p. 354.

²⁸³⁷ P. WACHSMANN, « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1025.

²⁸³⁸ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454. La première phase précède l'avis 2/94 (CJCE, 28 mars 1996, Avis 2/94, *Rec.* p. I-1759), la deuxième phase se situe entre les deux avis.

²⁸³⁹ Projet d'accord d'adhésion, arrêté lors de la cinquième réunion de négociation du 5 avril 2013 entre le groupe de négociation *ad hoc* du CDDH et de la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 47+1(2013)008rev2.

de justice, afin de faire respecter les droits issus de la Convention EDH. Le principe de proportionnalité servirait de règle d'ajustement à la Cour EDH afin de déterminer si la violation en cause commise par l'Union européenne peut être justifiée. Inversement, la place du contrôle de proportionnalité pourrait être reconnue plus formellement pour la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice, qui s'appuierait sur la Convention EDH ou sur la Charte. Enfin, le principe de sécurité juridique obligerait les acteurs concernés à proposer des solutions stables en faveur de la protection des droits fondamentaux. Ainsi, les règles plus précises à mettre en place pour un fonctionnement harmonieux de l'ensemble pourraient être décidées dans un second temps en s'adaptant à la pratique. Le projet d'accord d'adhésion avait probablement ce défaut paradoxal d'être, d'une part, trop précis, laissant place à la critique sur les choix qui avaient été faits, et, d'autre part, insuffisamment précis sur les règles internes à l'Union européenne qui nécessitent d'être tranchées. Cependant, ces règles étant internes, elles n'ont pas à faire l'objet de négociations avec le Conseil de l'Europe mais doivent être définies pour faire fonctionner l'ensemble. Admettre l'adhésion, avec comme support des grands principes, permettrait de remplir l'obligation de l'article 6 § 2 TUE et de prévoir ensuite un texte plus concret de fonctionnement. Le second texte plus concret n'aurait pas à être soumis à la Cour de justice de l'Union qui pourrait plutôt donner des indications d'interprétation sur la façon d'utiliser les standards, subsidiarité, proportionnalité et sécurité juridique.

Les standards définis, ou les principes, sont des règles pertinentes dans le cadre du système, pour le développement d'un *ius commune* compris comme une méthode de raisonnement à destination des acteurs du système. Toutefois, ils n'entraînent pas un basculement vers un ordre juridique européen commun.

III. Les outils d'un potentiel ordre juridique européen commun

Certes, l'étape n'est pas encore franchie, mais dans une volonté d'harmonie, il faudrait élargir la confiance mutuelle au système européen de protection des droits fondamentaux, dépassant le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne. L'idée de cette confiance mutuelle implantée dans le système européen de protection des droits fondamentaux impliquerait une entente entre les États membres du Conseil de l'Europe, comprenant ceux de l'Union européenne. Cela permettrait aux juges et différents organes du système d'établir des notions européennes communes, détachées des notions nationales, parce qu'ils se font confiance, et de dégager des obligations positives européennes, correspondantes, pour assurer une protection effective des droits fondamentaux. « *Les ordres juridiques ne sont pas clos. Ils sont ouverts, et ils doivent l'être aux influences qui viennent de part et d'autre [...] pour tirer profit de l'expérience d'autrui* »²⁸⁴⁰. Ces influences seraient pleinement reçues par la mise en commun des notions autonomes et obligations positives, en matière de protection des droits fondamentaux.

Cette conception pourrait entraîner la constatation d'un ordre juridique, en considérant les critères invoqués en introduction, à savoir l'efficacité des normes, l'unité, la cohérence d'ensemble et la complétude des normes. Il manque en effet la cohérence et la complétude pour estimer que le système européen de protection des droits fondamentaux est un ordre juridique. Ces deux outils, notions autonomes et obligations positives permettent de satisfaire le critère de cohérence mais pour celui de la complétude, il faudrait un organe de contrôle qui ne semble pouvoir être que le juge en l'état actuel du débat. « *Bien que ses principaux artisans s'en défendent, comme R. Dworkin, ou R. Alexy par exemple, n'y a-t-il pas derrière cette « fondamentalisation », un simple argument rhétorique afin de justifier un gouvernement des juges que le recours à ces droits cherche à dissimuler ? En définitive, cette évolution aboutit à repenser la place du juge dans l'équilibre des pouvoirs* »²⁸⁴¹. En

²⁸⁴⁰ F. DELPÉRÉE, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 66.

²⁸⁴¹ É. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2010, p. 15.

effet, le juge tient un rôle central dans la protection des droits fondamentaux européens. Toutefois, il est probablement nécessaire de ne pas strictement s'appuyer dessus. Pour finaliser l'ordre juridique, il faudrait établir des points de contacts, des institutions compétentes et probablement une prise de décision politique pour fonder un ordre juridique européen, nécessitant une fusion de la pluralité dans le système. « *La fondation est un « acte de dessaisissement » des fondateurs, écrivait M. Hauriou, évoquant par-là le phénomène, plus large que le transfert de compétence, d'une création échappant à ses créateurs pour se développer conformément à sa finalité, et parfois indépendamment de leur accord* »²⁸⁴².

L'acte de fondation par la décision politique permet de basculer vers un ensemble réellement complet, mais c'est une option qui ne semble pas être considérée. « *Les reproches s'adressent moins aux juristes dont c'est le devoir de tenter de mettre en théorie la situation actuelle et d'en prévoir l'évolution qu'aux autorités politiques qui semblent s'en satisfaire* »²⁸⁴³. Cette critique reprend le préalable évoqué en introduction : un sujet qui porte sur les relations entretenues entre deux organisations européennes, même envisagées dans le cadre d'un système, est en équilibre entre le droit et la politique. Les limites juridiques de l'études sont atteintes en l'absence de décision politique engageant les deux ordres juridiques européens dans un même ensemble. L'image proposée par un auteur de l'existence indépendante des différentes organisations européennes traduit cette absence de mise en cohérence politique : « *la galaxie contemporaine est constituée de planètes qui évoluent les unes par rapport aux autres et dont la course se croise à de multiples reprises. Ce ballet devrait être réglé par les lois de la mécanique céleste, mais le Grand Architecte ne semble guère s'en être soucié* »²⁸⁴⁴.

²⁸⁴² C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, Paris, 2001, p. 183.

²⁸⁴³ J. P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, n° 69, p. 5.

²⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 6.

Bibliographie thématique

I. Dictionnaires

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P, *et alii* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, 864 p.

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 1993, 758 p.

BARAV A. et PHILIP C. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, Paris, 1993, 1180 p.

BLED J.-P, JOUVE E. et REVEILLARD C. (dir.), *Dictionnaire historique et juridique de l'Europe*, PUF, Paris, 2013, 410 p.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 8^e éd., 2005, p. 685

II. Droit interne

A. Mélanges

Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public, Tome II, LGDJ, Paris, 1974, 858 p.

Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, Paris, 2002, 720 p.

Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, 1105 p.

B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)

AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, 16^e éd., 387 p.

CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, Paris, 2012, 904 p.

FAVOREU L. et MASTOR W., *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2016, 169 p.

FAVOREU L., GAIA P., GHEVONTIAN R., *et alii*, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, Paris, 2018, 20^e éd., 1117 p.

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, 759 p.

JACQUÉ J. P., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2016, 262 p.

LOSCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 2015, 349 p.

MALPEL-BOUYJOU C., *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, Paris, 2014, 588 p.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, tome I : Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, Paris, 7^e éd., 1997, 1068 p.

C. Revues

CRISTAU A., « Grève dans le secteur privé », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mis à jour en avril 2016

LE BARS T., « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, août 2007, étude 12

GUILLAUMÉ J., « La Cour de réexamen des décisions civiles rend ses premières décisions en matière de gestation pour autrui », *D.*, 2018, n° 15, p. 825

L'HEUREUX-DUBÉ C., « La pratique des opinions dissidentes au Canada. L'opinion dissidente : voix de l'avenir ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2000, n° 8

MONTECLER (DE) M.-C., « Le commissaire du gouvernement est mort ! Vive le rapporteur public ! », *AJDA*, 2008, p. 1230

PACTEAU B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, p. 151

PAUL-LOUBIÈRE C., « L'autorité de la chose jugée gage de la sécurité juridique », *D.*, 2009, p. 1060

PELLISSIER G., « L'obligation d'informer les parties, à leur demande et avant l'audience, du sens des conclusions du commissaire du gouvernement », *AJDA*, 2006, p. 912

RENAUT M.-H., « Révision et réexamen : les condamnations pénales sont de moins en moins définitives », *LPA*, 18 mars 2003, n° 55, p. 6

ROUSSEAU D., « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, juillet 2000, n° 8

TROPER M., « La Constitution comme système juridique autonome », *Droits*, 2001, n° 35, p. 63

ZAGREBELSTKY G., « Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006

III. Théorie du droit

A. Mélanges

Mélanges Paul Amselek, Bruylant, Bruxelles, 2005, 857 p.

La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, 538 p.

B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)

- ALEXY R., *A theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 462 p.
- BARRAUD B., *Théories du droit et pluralisme juridique. Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAMM, Aix-en-Provence, 2016, 582 p.
- CADIET L. et LORIFERNE D. (dir.), *L'autorité de la chose jugée*, IRJS Editions, Paris, 2012, 177 p.
- CHEVALLIER J., LOSCHAK D., DRAÏ R., et alii, *Le droit en procès*, Centre de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, Paris, 1983, 230 p.
- CLERGERIE J.-L., *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, Paris, 1997, 126 p.
- DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, Paris, 2006, 303 p.
- DELMAS-MARTY M., *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit (IV)*, Seuil, Paris, 2011, 423 p.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, 344 p.
- LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris, 2013, 437 p.
- MAGNON X., *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Paris, 2008, 167 p.
- MÜLLER M., *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, Berne, 2016, 125 p.
- PIAZZON T., *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, 2009, 630 p.
- PUECHAVY M. (dir.), *Le principe ne bis in idem*, Anthémis, Bruxelles, 2012, 301 p.
- SÈVE R., *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, Paris, 2017, 2^e éd., 545 p.
- WALKER N. (dir.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 556 p.
- ZARKA Y.-C. (dir.), *Hobbes et son vocabulaire, Études de lexicographie philosophique*, Librairie philosophie J. Vrin, Paris, 1992, 296 p.

C. Revues

- BÉCHILLON (DE) D., « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Dalloz*, 2002, n° 12, p. 973
- BERTRAND B., « La systématique des présomptions », *RFDA*, 2016, n° 2, p. 331
- BLÉRY C., « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures*, août 2007, étude 11
- CHALTIEL F., « De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale ? », *LPA*, juillet 2008, n° 138, p. 73
- CRISTAU A., « L'exigence de sécurité juridique », *D.*, 2002, p. 2814
- DRAGO G., « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDC*, 1994, p. 585

- FLORY M., « Souveraineté », *Répertoire de droit international*, Dalloz, juillet 2016
- GARAPON A., « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1994, p. 13, spéc. p. 16
- GRUEL T., « La sécurité juridique, une valeur universelle : son histoire », *JCP N*, 1^{er} mai 2015, n° 18, p. 1143
- LANNEAU R., « La sécurité juridique, un essai de théorisation », *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2013, n° 3, p. 1111
- LEBEN C., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n° 34, p. 19
- MAZIAU N., « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 9 juillet 2015, n° 28, p. 1343
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.
- SOULAS DE RUSSEL D. et RAIMBAULT P., « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, n° 1, p. 85
- TIMSIT G., « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 2001, n° 34, p. 3
- TROPER M., « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », *EJLS*, 2007, n° 2, numéro spécial « Judging Judges »

IV. Droit international public et droit comparé

A. Mélanges

- Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, Paris, 1938, 558 p.
- Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, 561 p.
- Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 2000, 1587 p.

B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)

- Le droit comparé face à l'harmonisation des droits*, Actes de la XV^e édition des journées juridiques franco-roumaines, 16-18 juin 2011
- Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ?*, Rencontres inter-réseaux du Collège de France, 2012, notamment disponible sur www.conseil-etat.fr
- CRÉPEAU F., DELAS O., GILBERT G., *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 184 p.
- DEVIN G. et SMOUTS, M.-C., *Les organisations internationales*, Armand Colin, Paris, 2016, 2^e éd., 285 p.
- DI MANNO T. (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 266 p.

DUBIN L. et RUNAVOT M.-C. (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Pedone, Paris, 2014, 276 p.

LAGRANGE E. et SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2013, spéc.

C. Revues

ASCENSIO H., « Étude : l'extraterritorialité comme instrument », 10 décembre 2010, disponible sur www.diplomatie.gouv

AUDIT M., « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, p. 792

BOISSON P., « Navigation maritime », *Répertoire de droit international*, Dalloz, janvier 2007, mis à jour en mars 2011

BURGORGUE-LARSEN L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2015) », *RDP*, 2016, p. 1307

CALLE Y CALLE J. J., *Annuaire de la Commission de droit international*, 1977, vol. I, p. 119

COHEN A., « Interdépendance et différenciation des assemblées parlementaires supranationales (années 1950 - années 1970) », *Cultures et conflits*, 2012, n° 85-86, p. 13

EL RASHEED MOHAMED AHMED et FLÉTAN, *Annuaire de la Commission de droit international*, 1982, vol. I, p. 16

GAUDEMET-TALLON H., « Droit international privé », *D.*, 2012, n° 19, p. 1228

GAUTIER Y., « Les organisations internationales », *Répertoire de droit européen*, mars 2009

GUILLAUMÉ J., « Ordre public international », *JCL droit international public*, Fasc. 42

KELSEN H., « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, 1932

GODECHOT-PATRIS S. et LEQUETTE Y., « Titre 2 – Enlèvement international d'enfants », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mis à jour en avril 2016

GUIMEZANES N., « Expulsion », *Répertoire de droit international*, Dalloz, janvier 2009, mis à jour en avril 2018

HOFFMEISTER F., « Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations ? », *EJIL*, 2010, n° 3, p. 723

MASING J., « Unité et diversité dans la protection européenne des droits fondamentaux », *RDP*, 2016, n° 2, p. 623

NAY O. et PETITEVILLE F., « Éléments pour une sociologie du changement dans les organisations internationales », *Critique internationale*, 2011/4, n° 53, p. 214

SOREL J.-M., « Frontière, territoire et État », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mis à jour en juillet 2017

STERN B., « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 1998, mis à jour en mars 2009

V. Droits fondamentaux et droits de l'homme

A. Mélanges

Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 1990, 758 p.

Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruylant, Bruxelles, 1992, 1931 p.

Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant, Bruxelles, 1998, 791 p.

Liber Amicorum Marc-André Eissen, Bruylant, Bruxelles, 1995, 487 p.

Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 1999, 1072 p.

Territoires & Liberté. Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot, Bruylant, Bruxelles, 2000, 513 p.

Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, 1784 p.

L'homme et le droit : en hommage au Professeur Jean-François Flauss, Paris, Pedone, 2014, 842 p.

Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin, Anthemis, Bruxelles, 2014, 830 p.

B. Ouvrages (monographiques, ouvrages collectifs, colloques)

La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international (SFDI), Pedone, Paris, 1998, 344 p.

BRIBOSIA E. et HENNEBEL L. (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 398 p.

DELMAS-MARTY M. (dir.), *Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1989, 512 p.

DUBOUT É. et TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, 336 p.

GRISEL G., *Application extraterritoriale du droit international des droits de l'homme*, Helbing Lochtenhahn, Bâle, 2010, 461 p.

HENNETTE-VAUCHEZ S. et SOREL J.-M. (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 293 p.

HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 2017, 3^e éd., 836 p.

ILIOPOULOS-STRANGAS J. (dir.), *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, Nomos, Baden-Baden, 1993, 391 p.

- LAGEOT C. (dir.), *Les libertés politiques : socle pour un ordre public européen ?*, LGDJ, Paris, 2015, 223 p.
- RIVERO J. et MOUTOUH H., *Libertés publiques*, Tome I, Thémis, Paris, 2003, 9^e éd., 269 p.
- ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Pedone, Paris, 2012, 460 p.

C. Revues

- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « De la difficulté de construire un *ius commune* européen des droits de l'homme », *CDE*, 2006, n° 1-2, p. 238
- DOS-REIS E., « Sécurité juridique, autorité de la chose jugée et droits fondamentaux », *LPA*, 24 mai 2017, n° 103, p. 16
- DREYER E., « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 748
- GLÉNARD G., « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », *RFDA*, 2015, p. 869
- LÖWENTHAL P., « Ambiguïtés des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, 2008-2009, n° 7, p. 2
- MATHIEU B., « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.*, 2005, n° 25, p. 1649
- SAUVÉ J.-M., « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 1368
- SAUVÉ J.-M., « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », conférence du 22 octobre 2012, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr>
- SAUVÉ J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Conférence du 17 mars 2017, disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr>
- SPIELMANN D. et VOYATZIS P., « L'étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l'aune de l'expérience judiciaire comparée », *RTDH*, 2017, n° 112, p. 911
- WACHSMANN P., « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, n° 4, p. 883

VI. Droit de l'Union européenne

A. Mélanges

- Études de Droit des Communautés Européennes. Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, Paris, 1984, 530 p.
- Les progrès du droit des gens (volume I), La construction européenne (volume II). Mélanges Fernand Dehousse*, Nathan, Paris, 1979, 340 p.
- Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Diez de Velasco*,

Tecnos, Madrid, 1993, 1436 p.

BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U. et CUJO E. (dir.), *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, Paris, 2012, 912 p.

L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruylant, Bruxelles, 2015, 829 p.

B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)

L'Europe dans les relations internationales. Unité et diversité, SFDI, Pedone, Paris, 1982, 332 p.

Étude de la Cour de cassation, « Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen », 27 octobre 2015, disponible sur le site de la Cour de cassation

AKANDJI-KOMBÉ J.-F., LECLERC S., et REDOR M.-J. (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 235 p.

ALSTON Ph. (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 983 p.

AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris, 2010, 990 p.

AUBY J.-B et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2014, 1356 p.

BARNARD C. et SCOTT J., *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, 414 p.

BEAUCILLON C., *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 712 p.

BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 643 p.

BERROD F., *La systématique des voies de droit communautaire*, Dalloz, Paris, 2003, 1136 p.

BLUMANN C. (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 295 p.

BLUMANN C. et DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^e éd., 2016, 922 p.

BOSSE-PLATIÈRE I. et RAPOPORT C. (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 501 p.

BRAUM S. et WEYEMBERGH A., *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Éd. de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2009, 348 p.

BURGORGUE-LARSEN L., PICOD F. et LEVADE A. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 837 p.

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2011, 168 p.

CARIAT N., *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1041 p.

CARLIER J.-Y. et DE SCHUTTER O. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 304 p.

CARTABIA M., LUPO N. et SIMONCINI A. (dir.), *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Il Mulino, Bologne, 2013, 506 p.

CASSESE A., CLAPHAM A. et WEILER J. H. H., *Human Rights and the European Community : Methods of protection*, vol. 2, Nomos, Baden-Baden, 1991, 647 p.

CASTELLARIN E., *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales*, Pedone, Paris, 2017, 664 p.

CHEVALLIER-GOVERS C. et SCHNEIDER C. (dir.), *L'Europe et la lutte contre la piraterie maritime*, Pedone, Paris, 2015, 321 p.

CLAPHAM A., *Human Rights and the European Community : A critical overview*, Nomos, Baden-Baden, 1991, 272 p.

CLAUSEN F., *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2018, 840 p.

CLÉMENT-WILZ L., *La fonction de l'avocat général près de la Cour de justice*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 1092 p.

CLÉMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, à paraître

CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, LGDJ, Paris, 1974, 492 p.

COUZINET J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, 306 p.

DEHOUSSE R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, Monchrestien, Paris, 2e éd., 1997, 160 p.

FAVREAU B. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 382 p.

FENET A. et SINAY-CYTERMANN A. (dir.), *Union européenne : intégration et coopération*, PUF, Paris, 1995, 258 p.

FENET A. (dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 2006, 396 p.

FLAESH-MOUGIN C. (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 441 p.

FLAVIER H., *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 885 p.

FRIEDEL-SOUCHE E., *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, LGDJ, Paris, 1994, 494 p.

GUILLARD C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 619 p.

HERVOUËT F. (dir.), *Démarche communautaire et construction européenne*, La Documentation française, Paris, 2000, 440 p.

JOS E. et PERROT D. (dir.), *L'outre-mer et l'Europe communautaire. Quelle insertion ? Pour quel développement ?*, Economica, Paris, 1994, 589 p.

KERCHOVE (DE) G. et WEYEMBERGH A. (éd.), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, 325 p.

KERCHOVE (DE) G. et WEYEMBERGH A. (dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, 337 p.

LABAYLE S., *Les valeurs de l'Union européenne*, Thèse soutenue le 12 décembre 2016 à l'Université Aix-Marseille, 580 p.

LEBOEUF L., *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Anthémis, Limal, 2016, 470 p.

LEBON L., *La territorialité et l'Union européenne : approches de droit public*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 719 p.

MARCIALI S., *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 878 p.

MARTI G., *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 803 p.

MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, Hypercours, Paris, 2017, 914 p.

MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013, Paris, 365 p.

MOLINIER J. (dir.), *La dimension externe du marché unique européen*, Presses de

- l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1994, 187 p.
- MOLINIER J. (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 264 p.
- M'SAÏDIÉ T., *Les pays et territoires d'outre-mer dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 647 p.
- NEFRAMI E. (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 438 p.
- PAILLER L., *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017, 547 p.
- PAPADOPOULOU R.-E., *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 319 p.
- PICHERAL C., *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, Paris, 2001, 426 p.
- PICOD F. et S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2017, 1279 p.
- RIDEAU J. (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 489 p.
- ROCCATI M., *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 623 p.
- RODIÈRE P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, 768 p.
- ROSAS A. (dir.), *The Court of Justice and the Construction of Europe : Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law. La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Asser Press, La Haye, 2013, 727 p.
- TINIÈRE R., *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 708 p.
- TINIÈRE R. et VIAL C. (dir.), *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 414 p.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, 2e éd., 591 p.
- TUCNY E., *L'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale. La conditionnalité politique*, L'Harmattan, Paris, 2000, 185 p.
- TURMO A., *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, 581 p.
- VAN MEERBEECK J., *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique*

dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, Anthémis, Bruxelles, 2014, 736 p.

VERDURE C. et GIACOBBO PEYRONNEL V. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 679 p.

VESTRIS I., *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 670 p.

WILLIAMS A., *EU Human Rights Policies. A study in Irony*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 219 p.

XENOU L., *Les principes généraux du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence administrative française*, Bruylant, Bruxelles, 2017, 522 p.

YETANO A. M., *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, Paris, 2014, 560 p.

C. Revues

ADAM V., BLUMANN C. et CAPPELLETTI L., « Commission européenne », *ADUE*, 2016, p. 454

ALEMANNO A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le marché intérieur – Quelques réflexions à propos des arrêts *Schmidberger* et *Omega* », *RDUE*, 2004, n° 4, p. 709

ALEMANNO A., « Dans quelle mesure le « Mieux légiférer » est-il meilleur ? Une première analyse de l'impact de la nouvelle initiative « Mieux légiférer » sur l'Union européenne », *RDUE*, 2015, n° 4, p. 513

ARNOLD R., « L'identité constitutionnelle allemande – un nouveau concept jurisprudentiel », *Constitutions*, 2017, n° 4, p. 515

ARNULL A., « Arrêt « *Inuit* » : la recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers contre des actes réglementaires », *JTDE*, 2014, n° 205, p. 14

AUVRET-FINCK J., « Les procédures de sanction internationale en vigueur dans l'ordre interne de l'Union et la défense des droits de l'homme dans le monde », *RTDE*, 2003, n° 1, p. 1

BACHSCHMIDT P., « Mai 2012 : premier « carton jaune » européen », *Constitutions*, 2012, p. 423

BARBIER DE LA SERRE É., « Le traité de Lisbonne, les droits fondamentaux et le droit processuel de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010, n° 22

BAREÏT N., « La Cour de justice de l'Union européenne artisanne de la lutte contre enlèvements d'enfants. Observations sur une jurisprudence bien éclairée », *RDTE*, 2011, n°

3, p. 537

BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet*, 2014, n° 3, p. 96

BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (Rapport annuel 2012) : les droits fondamentaux, victimes de la crise », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 juin 2013, disponible sur le site www.revdh.org

BAUCHY J., CORNETTE F., COUTTS S. *et alii*, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice : un droit à géométrie variable ? », *RTDE*, 2012, n° 4, p. 839

BENLOLO-CARABOT M., « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, 2009, p. 380

BENOÎT-ROHMER F., « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *LPA*, 1996, n° 129

BENOÎT-ROHMER F., « Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable », *RTDE*, 2001, n° 4, p. 727

BENOÎT-ROHMER F., « Égalité et principe de non-discrimination (art. 21 de la Charte) », *RTDE*, 2018, n° 1, p. 467

BERGÉ J.-S., BAZEX M., BERKANI E., *et alii*, « Questionnement sur la place des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire. Chronique n° II », *LPA*, 2002, n° 149, p. 9

BERGÉ J.-S., « La mise à niveau européen de l'office du juge et de l'ordre public national », *Revue des contrats*, 2015, n° 4, p. 960

BERRADA S., « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998, n° 1 et 2, p. 48

BERTHELET P., EL BOUSTANI Y., FÉRIEL L. *et alii*, « Le volet externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : instruments et réalisations », *RTDE*, 2014, n° 3, p. 667

BERTRAND B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, p. 329

BERTRAND B., « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2012, n° 4, p. 741

BERTRAND B., « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2013, p. 1217

BERTRAND B., « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs ; le dualisme des pouvoirs d'exécution », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 21

BERTRAND B., « La particularité du contrôle des mesures restrictives : les « considérations impérieuses touchant à la sûreté ou à la conduite des relations internationales de l'Union et

de ses États membres », *RTDE*, 2015, n° 3, p. 555

BÉTAILLE J., « Accès à la justice de l'Union européenne, le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus s'immisce dans le dialogue des juges européens : à propos de la décision n° ACCC/C/2008/32 du 14 mars 2011 », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, n° 4, spéc. p. 557

BLUMANN C., « Les compétences de l'Union européenne en matière de Droits de l'homme », *RAE*, 2006, n° 1, p. 11

BONIFAYE., COLLARD M., DA FONSECAA. *et alii*, « Le cadre et les principes présidant au développement de la dimension externe de l'ELSJ », *RTDE*, 2014, n° 3, p. 655

BOSSE-PLATIÈRE I., « Première évaluation et recommandations pour une révision de l'organisation et du fonctionnement du Service européen pour l'action extérieure (SEAE) », *RTDE*, 2014, n° 1, p. 177

BOT (LE) F., « La protection des passagers aériens dans l'Union européenne. Réflexions sur l'interprétation du droit dérivé par la Cour de justice », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 753

BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A., « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : « back to the future », *CDE*, 2016, n° 2, p. 483

BROSSET E., « Les enseignements de l'affaire *Inuit Tapiriit Kanatami*. Bien-être animal, bien-être des populations Inuit et bien-être des requérants individuels », *RUE*, 2015, p. 173

BURRIEZ D., « L'individualisation des sanctions adoptées par l'Union européenne sous forme de mesures restrictives », *RTDE*, 2015, n° 2, p. 301

BUSTIN O., « Vers la création du brevet européen à effet unitaire », *Dalloz actualité*, 21 janvier 2013

CADILHAC M.-C., « L'action extérieure de l'Union européenne. Réforme de la politique de voisinage : premier bilan de la consultation publique », *RTDE*, 2016, n° 1, p. 127

CANDELA-SORIANO M., « L'Union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement : le rôle de la conditionnalité politique », *RTDH*, 2002, n° 52, p. 886

CARIAT N., « Le droit de l'Union européenne et les normes nationales de protection des droits fondamentaux. L'article 53 de la Charte ou la tension entre la primauté et la différenciation », *ADUE*, 2013, p. 142

CAZET S., « Relevé d'office », *Europe*, 2016, n° 5, p. 13

CHALTIEL TERRAL F., « Le principe de subsidiarité après Lisbonne », *LPA*, 3 mai 2013, n° 89, p. 4

CHARBONNEAU L., « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, p. 21

CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts *Viking* et *Laval* », *Revue de droit du*

travail, 2014, p. 160

CHITI E., « European Agencies' Rulemaking : Powers, Procedures and Assessment », *European Law Journal*, janvier 2013, vol. 19, n° 1, p. 93

CLASSEN C. D., « Confiance mutuelle et identité constitutionnelle allemande – quel avenir dans l'espace juridique européen ? », *CDE*, 2016, n° 2

CONSTANTINESCO V. et MICHEL V., « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en avril 2017

COUTRON L., « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, n° 4, 2009, p. 643

COUTRON L., « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *AJDA*, 2014, p. 548

COUTRON L., « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2015, p. 1601

COUTRON L., « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 39

DA FONSACA A., « Principe de subsidiarité et déficit démocratique de l'Union européenne », *Politeia*, 2015, p. 391

DARMON M., « La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes », *RCS*, 1995, p. 23

DARMON M. et VAHDAT C., « Cour de justice », *Répertoire droit européen*, Dalloz, août 2007 mis à jour en juin 2013

DAUSES M. A., « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, n° 3, spéc. p. 402

DELCOURT C., « Chronique de l'action extérieure de l'Union européenne. La Commission est compétente non seulement pour représenter l'Union mais aussi pour décider de la position de celle-ci devant le Tribunal international du droit de la mer », *RTDE*, 2016, n° 1, p. 113

DELILE J. F., « L'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité des actes de l'Union européenne. État des lieux à l'occasion des arrêts *Verniging Milieudefensie* et *Stichting Natuur en Milieu* », *CDE*, 2005, n° 1, p. 158

DINTILHAC F., « Subsidiarité », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en septembre 2012

DUBOUT É., « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ? », *RTDE*, 2010, n° 2, p. 277

DUBOUT É., « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *EJLS*, 2013, vol. 6, p. 5

- DUBOUT É., « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel », *CDE*, 2013, n° 2, p. 293
- DUBOUT É., « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À propos de l'arrêt *Association de médiation sociale*, (CJUE, 14 janv. 2014, aff. C-176/12) », *RTDE*, 2014, p. 409
- DUBOUT É., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chronique n° 9
- FARTUNOVA M., « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *CDE*, 2016, n° 1, p. 207
- FÉLIX S., « Le transfert des demandeurs d'asile dans l'espace Dublin entre présomption de sécurité et présomption de vulnérabilité : regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDLF*, 2015, chron. n° 25
- FINES F., « Le champ d'application, reflet des compétences communautaires ? », *RAE*, n° 1, 2003, p. 37
- FINES F., « L'association des parlements nationaux au contrôle du principe de subsidiarité », *RUE*, 2012, n° 556, p. 192
- FLAESCH-MOUGIN C. et HAMONIC A., « L'Union dans les organisations internationales : activisme confirmé en dépit de contraintes persistantes », *RTDE*, 2013, n° 3, p. 588
- FLAUSS J.-F. et SCIOTTI C., « Les droits de l'homme dans l'Union européenne. Suite et fin », *LPA*, 28 juillet 1999 n° 149, p. 5
- FROMAGE D., « Le rôle des parlements nationaux en vertu du traité de Lisbonne : l'exemple du contrôle du respect du principe de subsidiarité en Espagne », *RAE*, 2015, n° 3, p. 483
- GACON H., « L'harmonisation des politiques d'asile », *Plein droit*, 2001, n° 2, p. 42
- GALLOUX J.-C., « Le brevet européen à effet unitaire : un volapük juridique intégré ? », *D.*, 2013, p. 520
- GARDE A. et MAHÉ S., « L'affaire *Viking* : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement ? », *RMCUE*, 2009, n° 525, p. 97
- GAUDIN H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, spéc. p. 13
- GAZIN F., « Acte réglementaire ne comportant pas de mesure d'exécution », *Europe*, n° 3, 2016, comm. 89
- GAZIN F., « La jurisprudence post-*Melloni* concernant l'exécution des mandats d'arrêt européens : une confiance mutuelle enfin (re)trouvée ? », *RTDH*, 2017, n° 111, p. 517

GERKRATH J., « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? », *RAE*, 2006, n° 1, p. 31

GERMAIN J., « La protection par l'Union européenne des droits fondamentaux contre les programmes d'ajustement macroéconomiques », *RUE*, 2017, n° 606, p. 166

GILLIAUX P., « L'arrêt *Union de pequenos agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, n° 1-2, 2003

GIRERD P., « Les principes d'équivalence et d'effectivité. Encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, n° 1, p. 75

GRUBER A., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les droits sociaux », *LPA*, n° 257, 2010, p. 6

GUIRESSE M., « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux », 8 février 2016, disponible sur www.gdr-elsj.eu

GUIRESSE M., « Confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen : évolution ou inflexion de la Cour de justice ? », 12 avril 2016, disponible sur www.gdr-elsj.eu

GUIOT F.-V., « L'affaire *Inuit* : une illustration des interactions entre recours individuel et équilibre institutionnel dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE », *RTDE*, n° 2, 2014, p. 389

HUGLO J.-G., « La répétition de l'indu communautaire », étude disponible sur le site de la Cour de cassation, 2000

HUGLO J.-G., « Droits fondamentaux et ordre juridique communautaire », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 60, p. 34

ILIOPOULOU A., « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *CDE*, 2007, n° 3/4, spéc. p. 434

JACQUÉ J. P., « La participation de la Communauté économique européenne aux organisations internationales universelles », paragraphe sur le couple « Commission-Conseil » sous II « Les modalités internes de la participation communautaire », *AFDI*, 1975, p. 922

JACQUÉ J. P., « Coopérations renforcées », *RTDE*, 2010, n° 4, p. 819

JACQUÉ J. P., « Droit institutionnel de l'Union européenne », *RTDE*, 2017, n° 1, p. 75

KADDOUS C., « Politique commerciale commune », *ADUE*, 2016, p. 699

KAUFF-GAZIN F., « Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté », Dossier – Le traité de Lisbonne : oui, non, mais à quoi ?, *Europe*, 2008

KOKOTT J. et SOBOTTA C., « The Charter of fundamental rights of the European Union

after Lisbon », *EUI Working Papers*, n° 6, 2010

KUHL L. et PANAIT R., « Les négociations pour un Parquet européen : un organe d'enquête et de poursuite d'enquête et de poursuite européen pour la lutte antifraude dans l'Union européenne, ou un deuxième acteur de coordination judiciaire ? », *RSC*, 2017, p. 41

LABAYLE H., « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 75

LABAYLE H. et BERGÉ J.-S., « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, 2006, n° 3, p. 589

LABAYLE H., « Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne : l'équation impossible », *RAE*, 2006, n° 1, p. 93

LABAYLE H. et MEHDI R., « Le Conseil d'État et la protection communautaire des droits fondamentaux », *RFDA*, 2008, n° 4, p. 711

LABAYLE H., « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, n° 4, p. 659

LABAYLE H., « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », disponible sur le site www.gdr-elsj.eu, article du 3 mars 2013

LABAYLE H., « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 511

LABAYLE H., « Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe*, mars 2016, dossier, p. 3

LABAYLE H., Visas dits « humanitaires » : la régulation *a minima* du droit d'asile par la Cour de justice de l'Union », *JCP G*, 1^{er} mai 2017

LAMBERT A., « Les interventions « militaires » de l'Union européenne dans les Balkans », *Relations internationales*, 2006, n° 125, p. 128

LAMBERT E., FLAUSS J.-F., SCOTTI C., « Les droits de l'homme dans l'Union européenne (1ère partie) », *LPA*, 26 juillet 1999, p. 5.

LAMBLIN-GOURDIN A.-S., « Les coopérations renforcées au secours du brevet unique européen », *RUE*, n° 557, avril 2012

LEBULLENGER J. et FLAESCH-MOUGIN C., « Association, partenariat et coopération », *ADUE*, 2012, spéc. p. 950

LELIEUR J., « Réfugiés politiques : la protection des droits fondamentaux s'articule sur la confiance mutuelle », *AJ Pénal*, 2016, p. 92

LELIEUR J., « Mandat d'arrêt européen », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, actualisé en février 2018

LENAERTS K., et VAN YPERSELE P., « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude

de l'article 3 B du traité CE », *CDE*, 1994, p. 10

LENAERTS K., « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, n° 3, p. 487

LENAERTS K., « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers », *CDE*, 2009, p. 711

LENAERTS K., « Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *ECLR*, 2012, vol. 8, n° 3, p. 375

LOPEZ-ESCUADERO M., « Contrôle externe et confiance mutuelle : deux éléments clés du raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 2/13 », *RAE*, 2015, n° 1, p. 100

MADDALON P., « L'action extérieure de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2008, n° 7, dossier 11

MARIATTE F., « Lutte contre le terrorisme, sanctions économiques et droits fondamentaux », *Europe*, 2007, n° 2, comm. 45

MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST A., « Coopération et harmonisation (matière pénale) », *Répertoire droit européen*, Dalloz, mis à jour en avril 2016

MARTI G., « Les valeurs communes de l'Union européenne et la question du pouvoir constituant », *RUE*, 2017, p. 606

MARTIN D., « Droit d'établissement », *ADUE*, 2013, p. 562

MARZO C., « La Cour de justice et les droits fondamentaux : une illustration des splendeurs et misères de la régulation sociale par la mobilisation des droits sociaux fondamentaux par le juge », *Droit social*, 2016, n° 3, p. 209

MEHDI R., « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'*aggiornamento* n'aura pas lieu... », *RTDE*, 2003, n° 1, p. 23

MEHDI R., « Retour sur l'arrêt *Melloni* : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », disponible sur www.gdr-elsj.eu, article du 29 mars 2013

MEHDI R., et NOURRISAT C., « L'avis 1/13, ou comment la Cour de justice confirme une conception traditionnellement extensive de sa compétence et privilégie l'efficacité des règlements de l'Union sur l'unité des conventions internationales », publié le 7 décembre 2014 sur le site <www.gdr-elsj.eu>

MERTENS DE WILMARS J., « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, n° 1, p. 8

MERTENS DE WILMARS J., « Du bon usage de la subsidiarité », *RMCUE*, 1992, n° 4, p. 197

MICHEL V., et THOUVENIN J.-M., « Approche critique du vocabulaire juridique

- européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat », *LPA*, 2010, n° 22, p. 11
- MICHEL V., « Recours en constatation de manquement », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en janvier 2015
- MICHEL V., « Du statut contentieux de la mission Eulex Kosovo », *Europe*, janvier 2016, n° 1, p. 32
- MOLINIER J., « Principes généraux », *Répertoire de droit européen*, mars 2011
- MOLINIER J., « Principe de proportionnalité », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mis à jour en mars 2011
- MUSSO C., « Les clauses « droits de l'homme » dans la pratique communautaire », *Droits fondamentaux*, n° 1, 2001
- NABLI B., « L'Union européenne : source d'un « malaise constitutionnel » », *RUE*, 2012, n° 554, p. 29
- NABLI B., « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RUE*, 2012, n° 556, p. 210
- NASCIMBENE B., « Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle », *RAE*, 2011, n° 4, p. 788
- NEFRAMI E., « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RUE*, 2012, p. 197
- NIHOUL P., « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *RTDE*, 1994, n° 2 p. 171
- NIHOUL P., « Les recours des particuliers contre les actes communautaires de portée générale », *JDE*, n° 96, 2003, p. 38
- NOURISSAT C., « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », *Procédures*, 2007, n° 8, étude n° 20, p. 48
- NOVIC E., « La Cour de justice des Communautés européennes face aux carences de l'ordre juridique international », *CDE*, 2009, n° 3/4, p. 390
- ONORIO (D') J.-B., « La subsidiarité à la mode européenne », *LPA*, 23 juin 1995, n° 75, p. 28
- PASCOUAT Y., « Crise des réfugiés » et contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, mars 2016, dossier n° 4
- PEERBUX-BEAUGENDRE Z., « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 473
- PETIN J., « La protection subsidiaire devant la Cour de justice : un concept autonome du

droit de l'Union européenne », février 2014, disponible sur www.gdr-elsj.eu

PESCATORE P., « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RID. comp.*, 1980

PEYRÓ LLOPIS A., « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne. La résistance du Tribunal constitutionnel espagnol face à l'arrêt *Melloni* de la CJUE », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 230

PEYRÓ LLOPIS A., « La résistance du Tribunal constitutionnel espagnol face à l'arrêt *Melloni* de la CJUE », *RTDE*, 2015, n° 2, p. 230

PEYROU S., « La Cour de justice, garante du droit « constitutionnel » à la protection des données à caractère personnel », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 117

PICHERAL C., « L'œuvre de la Cour de justice dans la politique européenne d'asile et d'immigration », *RDUE*, 2011, p. 117

PLATON S., « La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte », *RDLF*, 2013, chron. n° 11, www.revuedlf.com

PLATON S., « L'invocabilité horizontale des normes du droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *RUE*, 2015, n° 584, p. 33

PLIAKOS A., « Le contrôle *ultra vires* et la Cour constitutionnelle allemande : le retour au dialogue royal », *RUE*, 2012, n° 554, p. 21

POIARES MADURO M., « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *EJLS*, 2007, n° 2, numéro spécial « Judging Judges »

PORTA J. et ROBIN-OLIVIER S., « Droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : quelques développements récents », *Rev. trav.*, 2011, n° 10, p. 589

POTVIN-SOLIS L., « Le principe de coopération loyale », *ADE*, 2008

RIDEAU J., « L'Union européenne et les droits de l'homme », *RCADI*, 1997, p. 354

RIDEAU J., « Accords internationaux », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, Paris, mars 2011 mis à jour en avril 2014

RIDEAU J., « Union européenne. Nature, valeurs et caractères généraux », *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 110, mis à jour en janvier 2015

RIEL J.-P., « L'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence et les entreprises canadiennes », *Revue générale de droit*, 1989, p. 693

RITLENG D., « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union-Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTDE*, 2013, n° 2 ?

p. 267

RIZCALLAH C., « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'immuable poids des origines ? », *CDE*, 2015, n° 2/3, p. 400

ROBIN-OLIVIER S., « Chronique Politique sociale de l'Union européenne. Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *RTDE*, 2014, n° 2, p. 530

RUIZ FABRI H., « Principes généraux du droit communautaire et droit comparé », *Droits*, 2007, n° 1, p. 129

SADELEER (DE) N. et PONCELET C., « Contestation des actes des institutions de l'UE susceptibles de porter atteinte à l'environnement et à la santé humaine : un pas en avant, deux en arrière », *RTDE*, 2013, n° 1, p. 7

SALORD M., « L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce », *AJ fam.*, 2011, p. 97

SAUVÉ J.-M., « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », 19 octobre 2017, disponible sur le site du conseil d'État

SHELTER K., « La subsidiarité : principe directeur de la future Europe », *RMCUE*, 1991, n° 344, p. 138

SCHMITT M., « Droit du travail de l'Union européenne », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mis à jour juin 2014

SCHMITT M., « La recomposition du droit de l'Union européenne », *Droit social*, 2016, p. 703

SCHNEIDER C., « Politique européen de sécurité et de défense », *ADUE*, 2013, p. 514

SCHNEIDER C., « Politique étrangère et de sécurité commune 2014-2015 », *ADUE*, 2015

SCHNEIDER C., « Politique étrangère et de sécurité commune », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2017

SCHUTTER (DE) O., « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *JDE*, 2012, n° 4, p. 114

SCHWOB J., « L'amendement constitutif de la FAO visant à permettre l'admission en qualité de membre d'organisations d'intégration économique régionale et la Communauté européenne », *RTDE*, 1993, n° 1, p. 1

SICARD F., « La fiscalité européenne sur la voie des coopérations renforcées ? », *ADUE*, 2013, p. 203

SIMON D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14

SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17

SIMON D., « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, actualisé en septembre 2012

STERN B., « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres... », *AFDI*, 1992, p. 252

STROZZI G., « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne. Une énigme et beaucoup d'attentes », *RTDE*, 1994, n° 3, p. 373

SUDRE F., « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme », *JCP G*, 1998, n° 1, doct. 100

TAMBOU O., « Le brevet européen à effet unitaire : un brevet tant attendu », *Europe*, n° 4, avril 2013

TAUPIAC-NOUVEL G., « Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », juin 2017, disponible sur www.gdr-elsj.eu

TESSEYDRE J., « Le respect de l'identité nationale : outil de préservation d'une diversité intrinsèque à l'Union », *ADUE*, 2013, p. 107

THELLIER DE PONCHEVILLE B., « Mandat d'arrêt européen et droits fondamentaux : la CJUE à la recherche d'un équilibre », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2013, p. 409

TINIÈRE R., « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : le discours sans la méthode », *RDLF*, 8 juin 2013, www.rdlf.com

TINIÈRE R., « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, 2014, chron. n° 14, www.rdlf.com

TOTH A. G., « Is subsidiarity Justiciable ? », *ELR*, 1994, p. 168

TOTH A. G., « The European Union and Human Rights : the Way Forward », *CMLR*, 1997, n° 34, p. 491

VANDERSANDEN G., « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *CDE*, 1995, n° 3, p. 535

VIAL C., « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux », *RTDH*, 2004, n° 58, p. 439

VIANGALLI F., « Compétence de l'Union européenne et compétences nationales ou la frontière oubliée (réflexions sur la proposition de règlement de la Commission relatif au droit commun de la vente) », *LPA*, 10 avril 2013, n° 72, p. 4

WAELEBROECK D. et BOMBOIS T., « Des requérants « privilégiés » et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE*, 2014, n° 1, p. 21

WEILER J. H. H., « The transformation of Europe », *The Yale Journal*, n° 8, juin 1991

YANNAKOPOULOS C., « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne. Un « dialogue vivant » des juges hante le droit européen ! », *RTDE*, 2017, n° 1, p. 107

ZAMPINI F., « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire », *RTDE*, 1999, n° 4, p. 659

VII. Conseil de l'Europe

A. Mélanges

La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant, Bruxelles, 2011, 762 p.

Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss, L'homme et le droit, Pedone, Paris, 2014, 842 p.

B. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)

Le patrimoine constitutionnel européen, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, 235 p.

Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme, ouvrage collectif de l'Institut des droits de l'homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n° 6, 1997, 138 p.

BENOÎT-ROHMER F. et KLEBES H., *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, 267 p.

BLANC-FILY C., *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2016, 756 p.

BURGORGUE-LARSEN L., *La Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2012, 219 p.

CHRISTOFFERSEN J. et MADSEN M. R. (dir.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, New York, 2011, 236 p.

COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS (J.-F. dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 276 p.

- COSTA J.-P., *Des juges pour la liberté*, Dalloz, Paris, 2013, 282 p.
- DECAUX E., PETTITI L.-E. et IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2e éd., 1999, 1230 p.
- DELZANGLES B., *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2009, 528 p.
- DOURNEAU-JOSETTE P. et LAMBERT ABDELGAWAD E. (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, 567 p.
- DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 745 p.
- EVANS P. et SILK P., *Assemblée parlementaire : Pratique et procédure*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, 392 p.
- FLAUSS J.-F. et SALVIA (DE) M. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 198 p.
- GRABARCZYK K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008, 558 p.
- KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 480 p.
- LAFOURCADE M., *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutive à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, 2014, 495 p.
- MACDONALD R. S. J., MATSCHER F. et PETZOLD H., *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993, 940 p.
- MADELAINÉ C., *La technique des obligations positives*, Dalloz, Paris, 2014, 572 p.
- MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2016, 212 p.
- MUZNY P., *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAMM, Aix-Marseille, 2005, 734 p.
- RIVIÈRE F., *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 464 p.
- SOUVIGNET X., *La prééminence du droit dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 574 p.

SUDRE F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 354 p.

SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 412 p.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13e éd. refondue, 2016, 1005 p.

SUDRE F. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, 8e éd., 2017, 967 p.

TAVERNIER P. (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite »*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 513 p.

TITIRIGA R., *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, Paris, 2011, 368 p.

TOUZÉ S. (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme, une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, 2016, 248 p.

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 785 p.

WASSENBERG B., *Histoire du Conseil de l'Europe*, Éd. du Conseil de l'Europe, 2013, Strasbourg, 261 p.

WEBER A., *Les mécanismes non contentieux du Conseil de l'Europe*, Pedone, Paris, 2008, 411 p.

C. Revues

AFROUKH M., « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : ou quand la subsidiarité permet la coexistence harmonieuse des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *Constitutions*, 2014, p. 483

AKANDJI-KOMBÉ J.-F., « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux en matière professionnelle », *Rev. de droit du travail*, 2014, n° 5, p. 359

AILINCAI M., « L'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de la conférence ministérielle d'Interlaken », *CDE*, 2010, n° 3/4, p. 478

AILINCAI M., « La *soft law* est-elle l'avenir des droits fondamentaux ? », *RDLF*, 2017, chron. n° 20, dossier spécial « Le droit des libertés en question(s) : colloque des 5 ans de la RDLF »

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (2e partie) », *RFDA*, 1997, p. 1246

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Splendeurs et misères de l'ordre public européen : les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 1996-1997-1998) », *CDE*, 2000, n° 5, p. 673

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La Cour européenne des droits de l'Homme, cour éminente des droits de l'Homme dans la construction européenne – Quelques réflexions sur les protocoles n° 15 et n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 10 mars 2014, n° 49

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « L'infléchissement de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la peine perpétuelle au Royaume-Uni », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 10, p. 32

BEAUMONT P., TRIMMINGS K., WALKER L., *et alii*, « Child abduction: recent jurisprudence of the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 39

BENOÎT-ROHMER F., « Les modalités d'accès au Conseil d'État pour contester la légalité d'un décret de classement d'un site pittoresque sont-elles conformes aux dispositions de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *D.*, 1993, p. 561

BONFILS P., « L'absence d'effet direct des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière civile », *JCP G*, 21 décembre 2005, n° 51

BOURSICOT (LE) M.-C., « La CEDH fait émerger un ordre public européen en matière d'adoption internationale », *Revue juridique Personnes et Famille*, 2007, n° 11, p. 23

BULTRINI A., « La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les conventions européennes des droits de l'homme imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, n° 49, spéc. p. 6

BURGORGUE-LARSEN L., « Des droits invoqués aux droits protégés. « Morceaux choisis » des ombres et lumières du système européen de garantie », *LPA*, 14 février 2011, n° 31

CALLEJON-SERENI L., « La Cour européenne et l'imputation aux États parties des actes adoptés en vertu d'obligations internationales : entre labyrinthe méthodologique et effectivité des droits », *RTDH*, 2014, n° 102, p. 341

CHÉNÉDÉ F., « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, n° 31, p. 1797

CHÉNÉDÉ F., « Réexamen d'une décision civile après condamnation de la CEDH », *AJ Famille*, 2016, p. 595

COSTA D., « L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », *AJDA*, 2002, p. 1394

COSTA J.-P., « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence des différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 101

- COURCELLE T., « Le Conseil de l'Europe et ses limites. L'organisation paneuropéenne en pleine crise identitaire », *Hérodote*, 2005, n° 118, p. 52
- DECAUX E., « L'Europe a ses miroirs », *Droits fondamentaux*, n° 1, 2001, p. 47
- DOMINO X., « De la tenace autorité de la chose in conventionnellement jugée », *AJDA*, 2012, n° 39, p. 2162
- DUBOUT É., « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, n° 74, p. 383
- DUCOULOMBIER P., « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : le cas britannique (1) », *RDP*, 2016, n° 1, p. 223
- FLAUSS J.-F., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2008, n° 18, p. 978
- FLAUSS J.-F., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, p. 1936
- FRICERO N., « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CEDH », *Procédures*, août 2007, étude 21
- GRANATA-MENGHINI S., « La Commission de Venise du Conseil de l'Europe : méthodes et perspectives de l'assistance constitutionnelle en Europe », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 55-56, p. 69
- GRÉVISSE V., « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.*, 2000, p. 884
- GRÜNDLER T., « La protection des droits sociaux par le Comité européen : entre réticence des États et indifférence de l'Union européenne », *RTDH*, 2012, n° 89, p. 125
- GUINCHARD S., « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mis à jour en avril 2017
- HERVIEU N., « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, n° 5, p. 288
- KISS A.-C., « L'admission des États comme membres du Conseil de l'Europe », *AFDI*, 1963, p. 695
- LAMBERT ABDELGAWAD E. et TOUZÉ S., « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2010
- LÉCUYER Y., « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 197
- LÉCUYER Y., « Existe-t-il un ordre public européen devant les juridictions nationales ? », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 264
- MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, n° 1, p. 16

- MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *Revue de droit du travail*, 2009, n° 9, p. 499
- MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP*, 2011, n° 3, p. 685
- MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail (année 2014) », *Droit social*, 2015, p. 719
- MARTIN D., « La discrimination fondée sur le sexe dans l'octroi de prestations sociales : un peu, beaucoup... pas du tout », *RTDH*, 2012, n° 89, p. 177
- MARZO C., « Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2010, n° 1-2, p. 95
- MILANO L., « Contrôle de la Cour européenne sur les procédures de réexamen », *JCP G*, 4 septembre 2017, p. 904
- NIEUWENHUIS A., « The concept of pluralism in the case-law of the European Court of Human Rights », *ECLR*, 2007, n° 3, p. 367
- OLINGA A.-D. et PICHERAL C., « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 24, p. 569
- PASTRE-BELDA B., « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n° 89, p. 26
- PERDU S., « Vers un réexamen d'une décision définitive du juge administratif français après une condamnation européenne ? », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 175
- PERLO N., « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *RFDC*, 2015, n° 104, p. 889
- PETTITI C., « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000 », *RTDH*, 2001, n° 45, p. 12
- RAIMONDI G., « La relation de la Cour de Strasbourg avec les juges internes », *AJDA*, 2016, p. 2434
- RUNAVOT M.-C., « Le protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, p. 71
- SALVIA (DE) M., « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11
- SCHUTTER (DE) O., « La contribution de la Charte sociale européenne au développement du droit de l'Union européenne » *CRIDHO Working paper*, 2006/10, <http://cridho.uclouvain.be>

SERMET L., « Bilan de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1997, p. 1010

SERMET L., « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 49, p. 26

SUDRE F., « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, p. 363

SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, juillet 2001, n° 28, doct. 335

SUDRE F., « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ? », *RTDH*, 2003, n° 55, p. 755

SUDRE F., « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », colloque *L'office du juge*, 29 et 30 septembre 2006, disponible sur le site www.senat.fr.

SUDRE F., « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, n° 76, p. 919

SUDRE F., « La mystification du « consensus » européen », *JCP G*, 7 décembre 2015, n° 50, p. 2293

SUDRE F., « La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2013, p. 1912

SUDRE F., « La Convention européenne des droits de l'homme. Caractères généraux », *Jurisclasseur*, Fasc. 6500, mis à jour en février 2016

SUDRE F., « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289

SURREL H., « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, n° 90, p. 271

SZYMCZAK D., « Convention européenne des droits de l'homme : application interne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, juillet 2017

TINIÈRE R., « Les « black lists » du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2013, n° 3, p. 515

TULKENS F. et DONNAY L., « L'usage de la marge nationale d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, n° 1, p. 3

TULKENS F., « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive ? », *Dialogues des juges*, 2011, <http://www.echr.coe.int>

TULKENS F., « La Cour EDH et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *CDE*, 2012, n° 2, p. 330

VAILHÉ J., « L'apport des opinions individuelles des juges dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne », *RSC*, 1998, n° 1, p. 83

VIII. Rapports entre les ordres juridiques

A. Mélanges

Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, Paris, 2002, 901 p.

La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber Amicorum Jean-Clause Escarras, Bruylant, Bruxelles, 2005, 980 p.

Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz, Paris, 2009, 1166 p.

La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, 1087 p.

Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff, LGDJ, Issy-Les-Moulineaux, 2015, 303 p.

Europe(s), droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco, Bruylant, Bruxelles, 2015, 934 p.

B. Ordre juridique national et ordres juridiques européens

1. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)

Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens, Journées juridiques franco-polonaises, Mare & Martin, Paris, 2013, 682 p.

2. Revues

CANIVET G., « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolance » des juges », *RSC*, 2005, n° 4, p. 802

DRAGO G., « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Droit administratif*, n° 6, 2004

FOUCHET J., « Plaidoyer pour la reconnaissance du moyen d'ordre public tiré de la violation du droit européen », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2012, p. 1479

C. Entre ordres juridiques européens

1. Ouvrages (monographies, ouvrages collectifs, colloques)

AVBELJ M., *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2012, 424 p.

BERROD F. et WASSENBERG B. (dir.), *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Complémentarité ou Concurrence ?*, L'Harmattan, Paris, 2016, 247 p.

BERGÉ J.-S. et ROBIN-OLIVIER S., *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, PUF, 2e éd., 2011, Paris, 540 p.

BONNET B., *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, Paris, 2013, p. 68

BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, 1821 p.

BRIBOSIA E., SCHEECK L. et UBEDA DE TORRES A. (dir.), *L'Europe des Cours, loyautés et résistances*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 342 p.

BURCA (DE) G. et WEILER J.H.H. (dir.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 348 p.

CALLEWAERT J., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2013, 108 p.

DERO-BUGNY D., *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015 227 p.

FLAUSS J.-F. (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 226 p.

GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2016, 518 p.

GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, 425 p.

HARBO T.-O., *The Function of Proportionality. Analysis in European Law*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, 331 p.

LOBIER V., *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Thèse de doctorat soutenue en 2016, Université Grenoble-Alpes, 595 p.

PICHERAL C., *L'ordre public européen : Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La Documentation française, Paris, 2001, 426 p.

PICHERAL C. et COUTRON L. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 159

p.

PLATON S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, 709 p.

L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 577 p.

SENDEN H., *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Insertia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, 455 p.

VERDUSSEN M. (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 283 p.

2. Revues

AFROUKH M., « La notion de droits correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RAE*, 2011, n° 4, p. 765

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n° 1 et 2, p. 28

APPANAH D., « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : entre cohérence et légitimation. À propos des arrêts *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson* et *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal* rendus par la Cour de justice le 23 février 2013 », *RGDIP*, 2014, n° 1, p. 349

BAILLEUX A., « Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *RTDE*, 2010, n° 1, p. 31

BARBIER DE LA SERRE É., « Protection des droits fondamentaux, Charte des droits fondamentaux, CEDH », *Lamy droit économique*, fasc. 1809, mis à jour en septembre 2016

BENOÎT-ROHMER F., « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, n° 64, p. 828

BENOÎT-ROHMER F., « Bienvenue aux enfants de *Bosphorus* : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *RTDH*, 2010, n° 81, p. 19

BENOÎT-ROHMER F., « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2013, n° 3 p. 662

BENOÎT-ROHMER F., « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? », *RTDE*, 2015, n° 3, p. 593

BERGUES G. (DE), COLAS D. et ROUAM N., « La France dans le cadre des négociations d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de

l'homme », *AFRI*, spéc. p. 340 et 349

BERNARD E., « L'Europe des valeurs communes : un récit judiciaire », *ADUE*, 2017, à paraître

BERTHELET P., « Le droit constitutionnel européen comme remède à la crise des valeurs, ou l'aporie de la quête du fondement du droit », *RUE*, 2017, p. 396

BERTRAND B., « Cohérence normative et désordre contentieux. À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2011, n° 1, p. 181

BESSELINK L., CLAES M. et REESTMAN J.-H., « A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not) », *ECLR*, 2015, n° 1, p. 2

BOSSE-PLATIÈRE I. et HERVÉ A., « La CJUE juge le projet d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme incompatible avec les traités : quelques réflexions concernant l'action extérieure de l'UE », *RTDE*, 2015, n° 5, p. 220

BRILLAT R., « La participation de la Communauté européenne aux conventions du Conseil de l'Europe », *AFDI*, 1991, p. 828

BULTRINI A., « La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, n° 49, spéc. p. 16

BURGAUD F. et ROTH C., « Charte des droits fondamentaux vs Convention européenne des droits de l'homme : dommages collatéraux en vue », *D.*, 2013, n° 29, p. 1977

CALLEWAERT J., « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination », *RTDH*, 2005, n° 61, p. 166

CANIVET G., « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolance » des juges », *RSC*, 2005, n° 4, p. 809

CARLIER J.-Y., « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *Revue québécoise de droit international*, 2000, n° 1 p. 37

CATELAN N., « Constitution vs CESDH vs UE : *ne bis in idem* et la répression des opérations d'initiés », *RSC*, 2016, n° 3, p. 467

CHALTIEL TERRAL F., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne est-elle impossible ? », *LPA*, 2015, n° 105, p. 6

CLÉMENT-WILZ L., « Le renvoi préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé ? », *RAE*, 2015, n° 1, p. 69

CONSTANTINESCO V., « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande chambre] *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005) », *CDE*, 2006, n° 3, p. 363

CORTÉS MARTÍN J., « Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur », *RDUE*, 2011, n° 4, p. 615

DELMAS-MARTY D., « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *RSC*, 2016, p. 447

DIDERON C., « Une vision de l'Europe », *Annales de géographie*, 2010, n° 673, p. 211

DUBOUT É., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2015, n° 1, p. 78

ECONOMIDES C. P. et KOLLIPOULOS A. G., « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *RGDIP*, 2006, n° 2, p. 273

FLAUSS J.-F. (dir.), Dossier « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », *RUDH*, 1995

FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et « dynamique des normes », *RTD Civ.*, 2017, n° 2, p. 271

GAUDIN H., « Si proches, si lointaines ... L'Union européenne face à la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2015, n° 19, p. 1079

GENEVOIS B., « La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *LPA*, 2010, n° 254, p. 17

GRAGL P., « A giant leap for European Human Rights ? The Final Agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights », *CMLR*, 2014, n° 1, p. 14

GUYOMAR M., « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. À propos du secret professionnel des avocats », *RFDA*, 2008, n° 3, p. 575

HERVIEU N., « Renvoi préjudiciel : le juge de Strasbourg s'invite fermement mais courtoisement dans la relation entre juges nationaux et juge de Luxembourg », disponible sur le site combats pour les droits de l'homme, www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr, 23 septembre 2011

JACQUÉ J. P., « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence « *Solange II* » de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDE*, 2005, n° 4, p. 749

JACQUÉ J. P., « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, n° 69, p. 3

JACQUÉ J. P., « The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *CMLR*, 2011, n° 4, p. 1019

JACQUÉ J. P., « Union européenne et Conseil de l'Europe », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 195

JACQUÉ J. P., « L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », 26 décembre 2014, disponible sur le site www.free-group.eu

JACQUÉ J. P., « *Pride and/or prejudice* ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *CDE*, 2015, n° 1, p. 19

LABAYLE H., « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, p. 75

LABAYLE H., « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », 22 décembre 2014, disponible sur le site du GDR : <www.gdr-elsj.eu>

LABAYLE H. et SUDRE F., « L'avis 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 ? », *RFDA*, 2015, n° 1, p. 3

LENAERTS K., « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *CMLR*, 2017, n° 3, p. 805

LHERNOULD J.-P., « Égalité entre les sexes et protection sociale : la Cour européenne des droits de l'homme sous influence communautaire », *Revue de jurisprudence sociale*, 2006, n° 8-9, p. 21

LOCK T., « Walking on a tightrope : The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order », *CMLR*, 2011, n° 4, p. 1029

MALHIÈRE F., « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP*, 2013, n° 6, p. 1523

MARCUS-HELMONS S., « L'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1996, p. 340

MARTI G., « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ? », *RUE*, 2015, p. 638

MARTIN D., « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence ? », *RTDH*, 2007, n° 69, p. 116

MATHIEU S., « L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *RMCUE*, 1998, p. 35

MAUBERNARD C., « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE*, 2006, n° 1, p. 65

MAUBERNARD C., « La protection des données à caractère personnel en droit européen », *RUE*, 2016, n° 600, p. 406

MAULET L., « Le principe *ne bis in idem*, objet d'un « dialogue » contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2017, n° 109, p. 109

MAYER F. et PERNICE I., « De la Constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, n°

4, p. 623

MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente », *RFDA*, 2012, n° 2, p. 307

NIVARD C., « Un destin divergent : les relations entre l'Union européenne et la Charte sociale européenne », *RUE*, 2016, n° 600, p. 419

OLIVER P. et BOMBOIS T., « *Ne bis in idem* » en droit européen : un principe à plusieurs variantes », *JDE*, 2012, n° 193, p. 266

PERNICE I., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue. Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014 », *CDE*, 2015, n° 1, p. 51

PICHERAL C., « L'application revisitée de la présomption de protection équivalente », *JCP G*, n° 7, 2013, p. 188

PICHERAL C., « Des réponses potentielles de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avis 2/13 », *RUE*, 2016, p. 426

PICOD F., « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau de Kirchberg », *JCP G*, n°6, 9 février 2015, p. 230-234

PIPKORN J., « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1993, n° 14, p. 223

PLATON S., « Le juge administratif, les directives et la CEDH : de l'art de la translation... », *RDLF*, 2013, chron. n° 8, www.revuedlf.com

PLATON S., « The « Equivalent Protection Test ». From European Union to United Nations, from Solange II to Solange I », *ECLR*, 2014, n° 2, p. 226

POTTEAU A., « À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme. Remarques relatives à plusieurs décisions « post-*Bosphorus* » de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2009, n° 4, p. 698

RAPOPORT C., « L'Union européenne, sa politique de voisinage et le Conseil de l'Europe », *CDE*, 2009, n° 45, p. 72

RENUCCI J.-F., « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *JCP G*, 2007, n° 11

RIDEAU J., « L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard de la PESC. « Les sages se rebiffent », *RAE*, 2015, n° 1, p. 29

RITLENG D., « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 267

RUDEVSKIS J., « L'application du principe de subsidiarité par les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg : une comparaison générale », *Baltic Yearbook of International Law*, 2004, p. 146

SCHUTTER (DE) O., « L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1994/15, n° 1440, p. 1

SCHUTTER (DE) O., « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », Rapport au Conseil de l'Europe du 8 juillet 2014

SCHNEIDER C., « Politique européenne de sécurité et de défense 2012-2013 », *ADUE*, 2013, p. 514

SIMON D., « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : “je t’aime, moi non plus” ? », *Pouvoirs*, 2001, n° 1, p. 31

SIMON D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d’arrêt à l’adhésion de l’Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, février 2015, n° 2, p. 4

STANGOS P., « Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l’Union européenne. Le rôle singulier du Comité européen des droits sociaux et de sa jurisprudence », *CDE*, 2013, n° 2, p. 319

STONE SWEET A. et MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Yale Faculty Scholarship Series*, 2008, Paper 14

SURREL H., « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, 2004, n° 57, p. 141

SZYMCZAK D., « L’avis 2/13 du 18 décembre 2014 : de l’art d’être contre-productif », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 11-18

TORCOL S., « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *RFDC*, 2016, n° 105, p. 101

TORCOL S., « Du discours sur les valeurs à leur juridicisation : le défi du droit constitutionnel européen », *RUE*, 2017, p. 596

TULKENS F., « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTDE*, 2011, n° 1, p. 27

VAN COMPERNOLLE J., « Le secret professionnel de l'avocat à l'épreuve des dispositifs de lutte contre le blanchiment des capitaux : quand les chemins de Luxembourg et de Strasbourg se rencontrent », *RTDH*, 2013, n° 96, p. 959

WACHSMANN P., « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDE*, 1996, n° 3, p. 467

F. ZAMPINI, « Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire de la concurrence », *RMCUE*, 1999, p. 628

Index de jurisprudence

I. Juridictions de l'Union européenne

A. Cour de justice

CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. 9/56, *Rec.* p. 11

CJCE, 4 février 1959, *Storck c/ Haute Autorité*, aff. 1/58, *Rec.* p. 43

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3

CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c/ Commission de la Communauté économique européenne*, aff. 25/62, *Rec.* 1963, p. 199

CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, *Rec.* p. 367

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141

CJCE, Ord., 22 juin 1965, *Acciaierie San Michele c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 9/65, *Rec.* p. 35

CJCE, 12 juillet 1967, *Algera*, aff. 7/56, *Rec.* p. 81

CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 26/69, *Rec.* 1969 p. 419

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125

CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide c/ Köster*, aff. 25/70, *Rec.* p. 1161

CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, aff. jtes 21/72 à 24/72, *Rec.* p. 1219

CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman II*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449

CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.* p. 491

CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219

CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75, *Rec.* p. 1355

CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c/ Sabena*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455

CJCE, 25 janvier 1977, *Bauhuis*, aff. 46/76, *Rec.* p. 5

CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, aff. 149/77, *Rec.* p. 1365

CJCE, 10 octobre 1978, *Hansen*, aff. 148/77, *Rec.* p. 1787

CJCE, 20 février 1979, *Buitoni*, aff. 122/78, *Rec.* p. 677

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649

- CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec.* p. 691
- CJCE, 26 juin 1980, *Panasonic*, aff. 136/79, *Rec.* p. 2033
- CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denavit Italiana*, aff. 61/79, *Rec.* p. 1205
- CJCE, 23 février 1983, *Fromançais c/ Forma*, aff. 66/82, *Rec.* p. 395
- CJCE, Ord., 5 mars 1986, *Wünsche Handellsgesellschaft*, aff. 69/85, *Rec.* p. 947
- CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339
- CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-frost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 235
- CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö e. a. c/ Commission*, aff. jtes 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85, *Rec.* p. 5193
- CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, *Rec.* p. 2609
- CJCE, 11 juillet 1989, *Schräder c/ Hauptzollamt Gronau*, aff. 265/87, *Rec.* p.
- CJCE, 19 février 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-281/89, *Rec.* p. I-347
- CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925
- CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. C-106-77, *Rec.* p. 3757
- CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357
- CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91 sur le projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, *Rec.* p. I-6079
- CJCE, 16 décembre 1992, *Koua Poirrez*, aff. C-206/91, *Rec.* p. I-6685
- CJCE, 19 mars 1993, *Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, Avis 2/91, *Rec.* p. I-1061
- CJCE, 19 octobre 1995, *Richardson*, aff. C-137/94, *Rec.* p. I-3407
- CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.* p. I-4705
- CJCE, 28 mars 1996, *Avis sur l'adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, *Rec.* p. I-1759
- CJCE, 30 avril 1996, *P. et S.*, aff. C-13/94, *Rec.* p. I-2143
- CJCE, 3 décembre 1996, *Portugal c/ Conseil*, aff. C-268/94, *Rec.* p. I-6177
- CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, *Rec.* p. I-2405
- CJCE, 4 novembre 1997, *Christian Dior*, aff. C-337/95, *Rec.* p. I-6013

- CJCE, 17 février 1998, *Lisa Grant*, aff. C-249/96, *Rec.* p. I-621
- CJCE, 10 mars 1998, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-122/95, *Rec.* p. I-973
- CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec.* p. I-3055
- CJCE, 16 décembre 1999, *Taylor*, aff. C-382/98, *Rec.* p. I-8955
- CJCE, 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, *Rec.* p. I-675
- CJCE, 16 mai 2000, *Preston et Fletcher*, aff. C-78/98, *Rec.* p. I-3201
- CJCE, 18 mai 2000, *Rombi et Arkopharma*, aff. C-107/97, *Rec.* p. I-3367
- CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.* p. I-10663
- CJCE, 18 avril 2002, avis 1/00 sur le projet d'accord portant création d'un espace aérien commun entre la Communauté européenne et les pays tiers, *Rec.* p. I-3493
- CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse*, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99P, C-251/99 P, C-252/99 P et C-254/99 P, *Rec.* p. I-8375
- CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, *Rec.* p. I-9011
- CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.* p. I-11453
- CJCE, 12 décembre 2002, *Commission c/ Conseil*, aff. C-281/01, *Rec.* p. I-12049
- CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales c/ Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jtes. C-187/01 et C-385/01, *Rec.* p. I-1345
- CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659
- CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239
- CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.* p. I-13031
- CJCE, Gde chbr., 6 décembre 2005, *ABNA e. a.*, aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.* p. I-10423
- CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec.* p. I-885
- CJCE, Ass. plén., 7 février 2006, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Avis 1/03, *Rec.* p. I-1145
- CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/03, *Rec.* p. I-2585
- CJCE, Gde chbr., 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, *Rec.* p. I-5769
- CJCE, Gde chbr., 12 septembre 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04, *Rec.* p. I-8089
- CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, aff. C-300/04, *Rec.* p. I-8055
- CJCE, 28 septembre 2006, *Gasparini*, aff. C-467/04, *Rec.* p. I-9199

- CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, *Rec.* p. I-3633
- CJCE, 4 octobre 2007, *Geuting*, aff. C-375/05, *Rec.* p. I-7983
- CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05 *Rec.*, p. I-10779
- CJCE, Gde chbr., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767
- CJCE, 14 février 2008, *Varec SA c/ État belge*, aff. C-450/06, *Rec.* p. I-581
- CJCE, Gde chbr., 11 mars 2008, *Jager*, aff. C-420/06, *Rec.* p. I-315
- CJCE, Gde chbr., 20 mai 2008, *Commission c/ Conseil*, aff. C-91/05, *Rec.* p. I-3651
- CJCE, Gde chbr., 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351
- CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, aff. C-388/07, *Rec.* p. I-1569
- CJUE, Gde chbr., 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* p. I-365
- CJUE, Gde chbr., 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08, *Rec.* p. I-4999
- CJUE, Gde chbr., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, *Rec.* p. I-5667
- CJUE, Gde chbr., 29 juin 2010, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-526/08, *Rec.* p. I-6181
- CJUE, 1er juillet 2010, *Povse*, aff. C-211/10, *Rec.* p. I-6673
- CJUE, Gde chbr., 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, *Rec.* p. I-7091
- CJUE, 5 octobre 2010, *McB.*, aff. C-400/10 PPU, *Rec.* p. I-8965
- CJUE, Gde chbr., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, aff. C-92/09, *Rec.* p. I-11063
- CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, aff. C-491/10 PPU, *Rec.* p. I-14247
- CJUE, Ass. plén., 8 mars 2011, *Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, Avis 1/09, *Rec.* p. I-01137
- CJUE, 17 mars 2011, *AJD Tuna Ltd*, aff. C-221/09, *Rec.* p. I-1655
- CJUE, Gde chbr., 29 mars 2011, *ThyssenKrupp*, aff. C-352/09 P, *Rec.* p. I-2359
- CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.* p. I-3727
- CJUE, 12 mai 2011, *Ving Sverige*, aff. C-122/10, *Rec.* p. I-3903
- CJUE, 8 septembre 2011, *Hennings*, aff. jtes C-297/10 et C-298/10, *Rec.* p. I-7965
- CJUE, Gde chbr., 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10, *Rec.* p. I-9821

- CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2011, *N.S. c/ Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a. c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905
- CJUE, 16 février 2012, *Costa et Cifone*, aff. jtes C-72/10 et C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80
- CJUE, 26 avril 2012, *Hofmann*, aff. C-419/10, ECLI:EU:C:2012:240
- CJUE, Ord., 12 juillet 2012, *Mugraby*, aff. C-581/11 P, ECLI:EU:C:2012:466
- CJUE, Gde chbr., 19 juillet 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472
- CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*, aff. C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719
- CJUE, Gde chbr., 19 décembre 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott*, aff. C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826
- CJUE, Gde chbr., 27 novembre 2012, *Italie c/ Commission*, aff. C-566/10 P, ECLI:EU:C:2012:752
- CJUE, Gde chbr., 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39
- CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105
- CJUE, Gde chbr., 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio fiscal*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107
- CJUE, 7 mars 2013, *Painer*, aff. C-145/10, ECLI:EU:2013:138
- CJUE, 21 mars 2013, *PFC Clinic*, aff. C-91/12, ECLI:EU:C:2013:198
- CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F.*, aff. C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358
- CJUE, Gde chbr., 22 juin 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28
- CJUE, 26 septembre 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588
- CJUE, 26 septembre 2013, *HK Danmark*, aff. C-476/11, ECLI:EU:C:2013:590
- CJUE, Gde chbr., 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e. a. c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625
- CJUE, 17 octobre 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661
- CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz c/ Stadt Bochum*, aff. C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670
- CJUE, 7 novembre 2013, *Commission c/ Pologne*, aff. C-90/12 P, ECLI:EU:C:2013:724, point 60
- CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. C-159/12, ECLI:EU:2013:791
- CJUE, Gde chbr., 10 décembre 2013, *Abdullahi*, aff. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813

- CJUE, Gde chbr., 19 décembre 2013, *Fish Legal et Shirley*, aff. C-279/12, ECLI:EU:C:2013:853
- CJUE, Gde chbr., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2
- CJUE, 30 janvier 2014, *Diakité*, aff. C-285/12, ECLI:EU:C:2014:39
- CJUE, 6 février 2014, *Mömax Logistik, iaff.* C-528/12, ECLI:EU:C:2014:51
- CJUE, Gde chbr., 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317
- CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350
- CJUE, 27 mai 2014, *Spasic*, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586
- CJUE, 10 juillet 2014, *Nikolaou c/ Cour des comptes*, aff. C-220/13 P, ECLI:EU:C:2014:2057
- CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12, ECLI:EU:C:2014:2062
- CJUE, Gde chbr., 4 septembre 2014, *Commission européenne et Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne soutenu par la République Tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Pologne et le Royaume-Uni*, aff. C-114/12, ECLI:EU:C:2014:2151
- CJUE, 11 septembre 2014, *MasterCard e. a. c/ Commission*, aff. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201
- CJUE, Gde chbr., 14 octobre 2014, *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, Avis 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303
- CJUE, 22 octobre 2014, *Bianco et Fabretti*, aff. C-344/13, ECLI:EU:C:2014:2311
- CJUE, 5 novembre 2014, *Mukarubega*, aff. C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, point 82
- CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454
- CJUE, Gde chbr., 13 janvier 2015, *Conseil et Commission c/ Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network europe*, aff. C-404/12 P, ECLI:EU:C:2015:5
- CJUE, 11 mars 2015, *Oberto et Europäische Schule München*, aff. jtes C-464/13 et C-465/13, ECLI:EU:C:2015:163
- CJUE, Ord., 15 avril 2015, *Stefano Burzio*, aff. C-497/15, ECLI:EU:C:2015:475
- CJUE, Gde chbr., 21 avril 2015, *Anbouba c/ Conseil*, aff. C-630/13 P, ECLI:EU:C:2015:247
- CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288
- CJUE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary*, aff C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386

- CJUE, Gde chbr., 16 juillet 2015, *Commission c/ Rusal Armenal*, aff. C-21/14 P, ECLI:EU:C:2015:494
- CJUE, 16 juillet 2015, *Coty Germany*, aff. C-580/113, ECLI:EU:C:2015:485
- CJUE, 16 juillet 2015, *ClientEarth*, aff. C-612/13 P, ECLI:EU:C:2015:486
- CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Dragoș Constantin Târșia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662
- CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana SpA c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, ECLI:EU:C:2015:753
- CJUE, 19 novembre 2015, *P c/ Q*, aff. C-455/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:763
- CJUE, 17 décembre 2015, *Abdoulaye Amadou Tall c/ Centre public d'action sociale de Huy*, aff. C-239/14, ECLI:EU:C:2015:824
- CJUE, Gde chbr., 16 juillet 2015, *Lanigan*, aff. C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474
- CJUE, Ord., 1^{er} septembre 2015, Avis 1/14, ECLI:EU:C:2015:607
- CJUE, 1^{er} octobre 2015, *O. c/ Bio Philippe Auguste SARL*, aff. C-432/14, ECLI:EU:C:2015:643
- CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650
- CJUE, Gde chbr., 6 octobre 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-73/14, ECLI:EU:C:2015:663
- CJUE, Ord., 14 janvier 2016, *Royal County of Berkshire Polo Club Ltd c/ OHMI*, aff. C-278/15 P, ECLI:EU:C:2016:20
- CJUE, Gde chbr., 15 février 2016, *N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84
- CJUE, 17 février 2016, *Air Baltic Corporation*, aff. C-429/14, ECLI:EU:C:2016:88
- CJUE, 10 mars 2016, *Safe Interenvios*, aff. C-235/14, ECLI:EU:C:2016:154
- CJUE, 17 mars 2016, *Abdelhafid Bensada Benallal c/ État belge*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175
- CJUE, Gde chbr., 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198
- CJUE, 7 avril 2016, *Central Bank of Iran c/ Conseil*, aff. C-266/15 P, ECLI:EU:C:2016:208
- CJUE, Ord., 14 avril 2016, *Dalli c/ Commission européenne*, aff. C-394/15 P, ECLI:EU:C:2016:262
- CJUE, Gde chbr., 19 avril 2016, *Dansk Industri*, aff. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278
- CJUE, 21 avril 2016, *Khachab*, aff. C-558/14, ECLI:EU:C:2016:285
- CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323

- CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brand SA*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325
- CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401
- CJUE, 9 juin 2016, *Pesce e. a.*, aff. C-78/16, ECLI:EU:C:2016:428
- CJUE, Gde chbr., 14 juin 2016, *Marchiani*, aff. C-566/14 P, ECLI:EU:C:2016:437
- CJUE, Ord., 12 juillet 2016, *Gutiérrez c/ Commission européenne*, aff. C-604/15 P, ECLI:EU:C:2016:545
- CJUE, 28 juillet 2016, *JZ*, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610
- CJUE, 28 juillet 2016, *Astone*, aff. C-332/15, ECLI:EU:C:2016:614
- CJUE, Gde chbr., 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, aff. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:785
- CJUE, Gde chbr., 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874
- CJUE, 1^{er} décembre 2016, *Daoudi*, aff. C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917
- CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. C-203/15, ECLI:EU:C:2016:970
- CJUE, Gde chbr., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972
- CJUE, 21 décembre 2016, *TDC*, aff. C-327/15, ECLI:EU:C:2016:974
- CJUE, 26 janvier 2017, *Villeroy et Boch c/ Commission*, aff. C-644/13 P, ECLI:EU:C:2017:59
- CJUE, 16 février 2017, *C.K.*, aff. C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127
- CJUE, Gde chbr., 14 mars 2017, *Achbita*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203
- CJUE, Gde chbr., 14 mars 2017, *Bouagnaoui*, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204
- CJUE, Gde chbr., 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236
- CJUE, 30 mars 2017, *Lingurár*, aff. C-315/16, ECLI:EU:C:2017:244
- CJUE, 5 avril 2017, *Orsi et Baldetti*, aff. jtes C-217/15 et C-350/15, ECLI:EU:C:2017:264
- CJUE, 26 avril 2017, *Farkas*, aff. C-564/15, ECLI:EU:C:2017:30
- CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, aff. C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431
- CJUE, Gde chbr., 13 juin 2017, *Florescu e. a.*, aff. C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448
- CJUE, 14 juin 2017, *Online Games Handels*, aff. C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452
- CJUE, Gde chbr., 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, aff. C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496
- CJUE, 6 juillet 2017, *Fries*, aff. C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513
- CJUE, 14 septembre 2017, *Petrea*, aff. C-184/16, ECLI:EU:C:2017:684

- CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725
- CJUE, 20 décembre 2017, *Incyte Corporation*, aff. C-492/16, ECLI:EU:C:2017:995
- CJUE, 21 septembre 2017, *Trayan Beshkov*, aff. C-171/16, ECLI:EU:C:2017:710
- CJUE, 20 décembre 2017, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGe*, aff. C-516/16, ECLI:EU:C:2017:1011
- CJUE, Gde chbr., 23 janvier 2018, *Piotrowski*, aff. C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27
- CJUE, Gde chbr., 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117
- CJUE, Gde chbr., 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197
- CJUE, Gde chbr., 17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257
- CJUE, Gde chbr., 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, aff. C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335
- CJUE, Gde chbr., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385
- CJUE, Gde chbr., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-218/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, point 72.
- CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589
- CJUE, 19 septembre 2018, *R O*, aff. C-327/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589
- CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, aff. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811

B. Conclusions

Conclusions de l'avocat général A. DUTHEILLET DE LAMOTHE du 2 décembre 1970 sur l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rec.* p. 1125

Conclusions de l'avocat général M. LAGRANGE du 11 février 1955 sur l'affaire *Assider*, aff. 3/54, *Rec.* p. 123

Conclusions de l'avocat général J. MISCHO sur l'affaire *Hoechst* du 21 février 1989, aff. 46/87, *Rec.* p. 2859

Conclusions de l'avocat général F. G. JACOBS du 13 mars 1990 sur l'affaire *HAG GF*, aff. C-10/89, *Rec.* p. I-3711

Conclusions de l'avocat général P. LÉGER du 17 septembre 2002 sur l'affaire *Commission c/ Conseil des communes et régions d'Europe*, aff. C-87/01 P, *Rec.* p. I-7617

Conclusions de l'avocat général P. MENGGOZZI du 22 novembre 2007 sur l'affaire *Commission c/ Marie-Claude Girardot*, aff. C-348/06 P, *Rec.* p. I-833

Conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO du 9 septembre 2008 sur l'affaire *Elgajfali*, aff. C-465/07, ECLI:EU:C:2008:479

Conclusions de l'avocat général Y. BOT du 15 juillet 2010 sur l'affaire *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* p. I-13019

Conclusions de l'avocat général V. TRSTENJAK du 7 septembre 2010, sur l'affaire *AJD Tuna*, aff. C-221/09, *Rec.* p. I-1655

Conclusions de l'avocat général E. SHARPSTON du 30 septembre 2010, sur l'affaire *Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.* p. I-1177

Conclusions de l'avocat général Y. BOT du 19 mars 2013, sur l'affaire *Kadi II*, aff. C-584/10 P, ECLI:EU:C:2013:176

Conclusions de l'avocat général Pedro CRUZ VILLALÓN du 18 juillet 2013 sur l'affaire *Association médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2013:491

Prise de position de l'avocat général J. KOKOTT du 13 juin 2014 sur l'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475

Conclusions de l'avocat général M. WATHELET du 4 décembre 2014 sur l'affaire *Gazprom*, aff. C-536/13, ECLI:EU:C:2014:2414

Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT du 23 décembre 2015, sur l'affaire *Pologne c/ Parlement et Conseil UE*, aff. C-358/14, ECLI:EU:C:2015:323

Conclusions de l'avocat général M. WATHELET du 17 mars 2016 sur l'affaire *Genetech Inc.*, aff. C-567/14, ECLI:EU:C:2016:177

Conclusions de l'avocat général M. WATHELET du 31 mai 2016 sur l'affaire *Rosnet Oil Company OJSC c/ Her Majesty's Treasury*, aff. C-72/15, ECLI:EU:C:2016:381

Conclusions de l'avocat général H. SAUGMANDSGAARD ØE du 19 juillet 2016, sur l'affaire *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572

Conclusions de l'avocat général Y. BOT du 1er décembre 2016, *W, V c/ X*, aff. C-499/15, ECLI:EU:C:2016:920

Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT du 23 juillet 2017, sur l'affaire *UBS*, aff. C-358/16, ECLI:EU:C:2017:606

Conclusions de l'avocat général H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 octobre 2017, sur l'affaire *DOCERAM*, aff. C-395/16, ECLI:EU:C:2017:779

Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR du 7 août 2018, sur l'affaire *Minister for Justice and Equality*, aff. C-327/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:644

C. Tribunal

TPICE, 21 février 1995, *SPO e. a. c/ Commission*, aff. T-29/92, *Rec.* p. II-289

- TPICE, 12 décembre 2006, *OMPI c/ Conseil*, aff. T-228/02, *Rec.* p. II-4665
- TPICE, 11 juillet 2007, *Alrosa c/ Commission*, aff. T-170/06, *Rec.* p. II-2601
- Trib. UE, Ord., 6 septembre 2011, *Mugraby*, aff. T-292/09, *Rec.* p. II-255
- Trib. UE, 17 avril 2013, *TCMFG c/ Conseil*, aff. T-404/11, ECLI:EU:T:2013:194
- Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi E.A. / Conseil*, aff. T-187/11, T-188/11 et T-200/11, ECLI:EU:T:2013:273
- Trib. UE, 4 juin 2013, *Elitaliana SpA c/ Eulex Kosovo*, aff. T-213/12, ECLI:EU:T:2013:292
- Trib. UE, 18 septembre 2014, *Georgias c/ Conseil et Commission*, aff. T-168/12, ECLI:EU:T:2014:781
- Trib. UE, 14 janvier 2015, *Abdulbasit Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. T-127/09 RENV, ECLI:EU:T:2015:4
- Trib. UE, Ord., 23 avril 2015, *Antonios Chatzianagnostou*, aff. T-383/13, ECLI:EU:T:2015:246, point 27
- Trib. UE, 5 mai 2015, *Petropars Iran c/ Conseil*, aff. T-433/13, ECLI:EU:T:2015:255
- Trib. UE, Ord., 1^{er} septembre 2015, *Eyad Makhlouf*, aff. T-441/13, ECLI:EU:T:2015:591
- Trib. UE, 10 décembre 2015, *Front Polisario*, aff. T-512/12, ECLI:EU:T:2015:953
- Trib. UE, Ord., 1^{er} septembre 2015, *Eyad Makhlouf*, aff. T-441/13, ECLI:EU:T:2015:591
- Trib. UE, 8 septembre 2015, *Ministry of Energy of Iran c/ Conseil*, aff. T-564/12, ECLI:EU:T:2015:599
- Trib. UE, 15 septembre 2016, *Yanukovych c/ Conseil*, aff. T-348/14, ECLI:EU:T:2016:508
- Trib. UE, 30 novembre 2016, *Rotenberg c/ Conseil*, aff. T-720/14, ECLI:EU:T:2016:689
- Trib. UE, 5 octobre 2017, *Mabrouk c/ Conseil*, aff. T-175/15, ECLI:EU:T:2017:694
- Trib. UE, 15 juin 2017, *Kiselev c/ Conseil*, aff. T-262/15, ECLI:EU:T:2017:392

II. Cour et Commission européenne des droits de l'homme

- Comm. EDH, 10 juin 1958, *Kahn c/ Allemagne*, req. n° 235/56
- Cour EDH, 14 novembre 1960, *Lawless c/ Irlande*, req. n° 332/57
- Comm. EDH, Ass. plén., 25 septembre 1965, *X c/ Allemagne*, req. n° 1611/62
- Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64

- Cour EDH, Ass. plén., 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n° 4451/70
- Comm. EDH, 26 mai 1975, *Chypre c/ Turquie*, req. n° 6780/74 et 6950/75
- Cour EDH, Ass. plén., 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71 et 5354/72
- Cour EDH, Ass. plén., 7 décembre 1976, *Handyside*, req. n° 5493/72
- Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72
- Comm. EDH, 10 juillet 1978, *Confédération française du travail c/ Communautés européennes*, req. n° 8030/77
- Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74
- Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73
- Comm. EDH, Ass. plén., 7 octobre 1980, *Freda c/ Italie*, req. n° 8916/80
- Cour EDH, Ass. plén., 27 septembre 1980, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84
- Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 8777/79
- Cour EDH, Ass. plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/91
- Cour EDH, Ass. plén., 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81
- Cour EDH, 26 février 1988, *Pafitis c/ Grèce*, req. n° 20323/02
- Cour EDH, Ass. plén., 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, req. n° 10328/83
- Cour EDH, 19 janvier 1989, *Dufay c/ Communautés européennes*, req. n° 13539/88
- Cour EDH, Ass. plén., 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, req. n° 14038/88
- Comm. EDH, 2 octobre 1989, *Reinette c/ France*, req. n° 14009/88
- Comm. EDH, 9 février 1990, *Melchers & Co*, req. n° 13258/87
- Cour EDH, Ass. plén., 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84
- Comm. EDH, Ass. plén., 4 mars 1991, *Chrysostomos, Papacrysostomou et Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15299/89
- Comm. EDH, 4 mars 1991, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89
- Cour EDH, Ass. plén., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, req. n° 13585/88
- Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, req. n° 12849/87
- Cour EDH, 24 juin 1992, *Schuler-Zraggen c/ Suisse*, req. n° 14518/89
- Cour EDH, Ass. plén., 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, req. n° 12747/87

- Comm. EDH, 12 mai 1993, *Société Divagsa c/ Espagne*, req. n° 20631/92
- Cour EDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, req. n° 13580/88
- Cour EDH, Gde chbr., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89, (décision sur la recevabilité)
- Cour EDH, 27 avril 1995, *Piermont c/ France*, req. n° 15773/89 et 15774/89
- Comm. EDH, 12 avril 1996, *Reber, Reber Systematik GmbH et Kinkel c/ Allemagne*, req. n° 27410/95
- Comm. EDH, Ass. plén., 24 juin 1996, *Sanchez Ramirez c/ France*, req. n° 28780/95
- Cour EDH, 25 septembre 1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, req. n° 20348/92
- Cour EDH, Gd. Chbr., 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, req. n° 22414/93
- Cour EDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89
- Cour EDH, 21 février 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, req. n° 20060/92
- Cour EDH, Gde chbr., 18 février 1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, req. n° 26083/94
- Cour EDH, Gde chbr., 29 avril 1999, *Chassagnou e. a. c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95
- Cour EDH, Gde chbr., 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n° 28342/95
- Cour EDH, Gde chbr., 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, req. n° 28541/95
- Cour EDH, Gde chbr., 16 février 2000, *Amann c/ Suisse*, req. n° 27798/95
- Cour EDH, 6 avril 2000, Gde chbr., *Thlimmenos c/ Grèce*, req. n° 34369/97
- Cour EDH, Gde chbr., 27 juin 2000, *Salman c/ Turquie*, req. n° 21986/93
- Cour EDH, 4 juillet 2000, *Société Guérin automobiles c/ les 15 États de l'Union européenne*, req. n° 51717/99
- Cour EDH, Gde chbr., 23 novembre 2000, *Ex-roi de Grèce c/ Grèce*, req. n° 25701/94
- Cour EDH, 14 décembre 2000, *Nivette c/ France*, req. n° 44190/98
- Cour EDH, Gde chbr., 18 janvier 2001, *Smith c/ Royaume-Uni*, req. n° 25154/94
- Cour EDH, Gde chbr., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98
- Cour EDH, Gde chbr., 10 mai 2001, *Z. e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 29392/95
- Cour EDH, 12 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, req. n° 25781/94
- Cour EDH, Gde chbr., 7 juin 2001, *Kress c/ France*, req. n° 39594/98
- Cour EDH, Gde chbr., 4 juillet 2001, *Ilașcu c/ Moldova et Russie*, req. n° 48787/99 (décision sur la recevabilité)

- Cour EDH, Gde chbr., 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, req. n° 42527/98
- Cour EDH, Gde chbr., 21 novembre 2001, *McElhinney c/ Irlande*, req. n° 31253/96
- Cour EDH, Gde chbr., 12 décembre 2001, *Banković c/ Belgique e. a.*, req. n° 52207/99
- Cour EDH, 14 mai 2002, *Gentilhomme Schaff-Behadji et Zerouki c/ France*, req. n° 48205/99, 48207/99 et 48209/99
- Cour EDH, 23 mai 2002, *Segi e. a. et Gestoras pro-amnistia c/ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède*, req. n° 6422/02 et n° 9916/02
- Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis c/ Royaume-Uni*, req. n° 36042/97
- Cour EDH, Gde chbr., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin*, req. n° 28957/95
- Cour EDH, Gde chbr., 8 juillet 2003, *Hatton c/ Royaume-Uni*, req. n° 36022/97
- Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, req. n° 40892/98
- Cour EDH, 23 octobre 2003, *Gençel c/ Turquie*, req. n° 53431/99
- Cour EDH, Gde chbr., 12 février 2004, *Perez c/ France*, req. n° 47287/99
- Cour EDH, Gde chbr., 10 mars 2004, *Senator Lines GmbH*, req. n° 56672/00
- Cour EDH, 25 mars 2004, *Vikulov c/ Lettonie*, req. n° 16870/03 (décision sur la recevabilité)
- Cour EDH, Gde chbr., 8 avril 2004, *Assanidzé c/ Géorgie*, req. n° 71503/01
- Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, req. n° 59320/00
- Cour EDH, 18 novembre 2004, *Prokopovitch c/ Russie*, req. n° 58255/00
- Cour EDH, 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. n° 66289/01
- Cour EDH, 25 janvier 2005, *Enhorn c/ Suède*, req. n° 56529/00
- Cour EDH, Gde chbr., 4 février 2005, *Mamatkulov c/ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99
- Cour EDH, 12 avril 2005, *Chamaïev e. a. c/ Géorgie et Russie*, req. n° 36378/02
- Cour EDH, Gde chbr., 12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, req. n° 46221/99
- Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98
- Cour EDH, Gde chbr., 28 septembre 2005, *Broniowski c/ Pologne*, req. n° 31443/96
- Cour EDH, 12 juillet 2005, *Okuy e. a. c/ Turquie*, req. n° 36220/97
- Cour EDH, Gde chbr., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01
- Cour EDH, Gde chbr., 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99

- Cour EDH, Gde chbr., 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie*, req. n° 36813/97
- Cour EDH, Gde chbr., 12 avril 2006, *Stec c/ Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 et 65900/01
- Cour EDH, 9 mai 2006, *Salem c/ Portugal*, req. n° 26844/04
- Cour EDH, Gde chbr., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, req. n° 59450/00
- Cour EDH, 18 septembre 2006, *Youb Saoudi c/ Espagne*, req. n° 22871/06
- Cour EDH, 19 septembre 2006, *Quark Fishing LTD c/ Royaume-Uni*, req. n° 15305/06
- Cour EDH, 5 octobre 2006, *Bolat c/ Russie*, req. n° 14139/03
- Cour EDH, 10 octobre 2006, *Coopérative des agriculteurs de Mayenne et la coopérative laitière Maine Anjou c/ France*, req. n° 16931/04
- Cour EDH, Gde chbr., 14 décembre 2006, *Markovic e. a. c/ Italie*, req. n° 1398/03
- Cour EDH, 27 mars 2007, *Karaçay c/ Turquie*, req. n° 6615/03
- Cour EDH, Gde chbr., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05
- Cour EDH, Gde chbr., 2 mai 2007, *Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et n° 78166/01
- Cour EDH, 7 juin 2007, *Garabaïev c/ Russie*, req. n° 38411/02
- Cour EDH, 5 juillet 2007, *Celniku c/ Grèce*, req. n° 21449/04
- Cour EDH, 16 octobre 2007, *Beric e. a. c/ Bosnie-Herzégovine*, req. n° 36357/04
- Cour EDH, Gde chbr., 13 novembre 2007, *D. H. c/ République Tchèque*, req. n° 57325/00
- Cour EDH, Gde chbr., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04
- Cour EDH, Gde chbr., 29 janvier 2008, *Saadi c/ Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, point 62
- Cour EDH, Gde chbr., 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, req. n° 13378/05
- Cour EDH, Gde chbr., 23 juin 2008, *Maslov c/ Autriche*, req. n° 1638/03, point 76.
- Cour EDH, Gde chbr., 19 septembre 2008, *Korbely c/ Hongrie*, req. n° 9174/02
- Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97
- Cour EDH, Gde chbr., 4 décembre 2008, *Marper c/ Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04
- Cour EDH, 9 décembre 2008, *Connolly c/ 15 États membres de l'Union européenne*, req. n° 73274/01
- Cour EDH, 20 janvier 2009, *Cooperatieve producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c/ Pays-Bas*, req. n° 13645/05
- Cour EDH, Gde chbr., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, req. n° 14939/03

- Cour EDH, Gde chbr., 19 février 2009, *A. e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 3455/05
- Cour EDH, 7 avril 2009, *Peraldi c/ France*, req. n° 2096/05 (décision d'irrecevabilité)
- Cour EDH, Gde chbr., 9 avril 2009, *Šilih c/ Slovénie*, req. n° 71463/01
- Cour EDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi Yol Sen c/ Turquie*, req. n° 68959/01
- Cour EDH, 12 mai 2009, *Gasparini c/ Italie et Belgique*, req. n° 10750/03
- CEDH, 16 juin 2009, *Beygo c/ 46 États membres du Conseil de l'Europe*, req. n° 36099/06
- Cour EDH, Gde chbr., 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie*, req. n° 10249/03
- Cour EDH, Gde chbr., 18 septembre 2009, *Varnava e. a. c/ Turquie*, req. n° 16064/90 à 16066/90, n° 16068/90 à 16073/90
- Cour EDH, 15 octobre 2009, *Macallef c/ Malter*, req. n° 17056/06
- Cour EDH, Gde chbr., 27 octobre 2009, *Bayatyan c/ Arménie*, req. 32459/03
- Cour EDH, Gde chbr., 3 décembre 2009, *Kart c/ Turquie*, req. n° 8917/05
- Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c/ Chypre et Russie*, req. n° 25965/04
- Cour EDH, Gde chbr., 16 mars 2010, *Oršuš et autres c/ Croatie*, req. n° 15766/03
- Cour EDH, Gde chbr., 29 mars 2010, *Medvedyev e. a. c/ France*, req. n° 3394/03
- Cour EDH, Gde chbr., 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c/ Allemagne*, req. n° 22978/05
- Cour EDH, Gde chbr., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, req. n° 41615/07
- Cour EDH, Gde chbr., 2 novembre 2010, *Sakhnovski c/ Russie*, req. n° 21272/03
- Cour EDH, 18 novembre 2010, *Consorts Richet et Le Ber c/ France*, req. n° 18990/07
- Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens c/ Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08
- Cour EDH, Gde chbr., 16 décembre 2010, *A. B. et C. c/ Irlande*, req. n° 25579/05
- Cour EDH, Gde chbr., 6 janvier 2011, *Paksas c/ Lituanie*, req. n° 34932/04
- Cour EDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09
- Cour EDH, 1^{er} février 2011, *Karoussiotis c/ Portugal*, req. n° 23205/08
- Cour EDH, Gde chbr., 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c/ Italie*, req. n° 23458/02
- Cour EDH, 26 mai 2011, *Legrand c/ France*, req. n° 23228/08
- Cour EDH, 21 juin 2011, *Adamov c/ Suisse*, req. n° 3052/06
- Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, req. n° 27021/08
- Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 55721/07

- Cour EDH, Gde chbr., 7 juillet 2011, *Stummer c/ Autriche*, req. n° 37452/02
- Cour EDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten c/ Belgique*, req. n° 3989/07 et n° 38353/07
- Cour EDH, 27 septembre 2011, *Menarini c/ Italie*, req. n° 43509/08
- Cour EDH, Gde chbr., 3 novembre 2011, *S.H. C/ Autriche*, req. n° 57813/00
- Cour EDH, Gde chbr., 21 novembre 2011, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, req. n° 35763/97
- Cour EDH, Gde chbr., 14 décembre 2011, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06
- Cour EDH, 17 janvier 2012, *Othman c/ Royaume-Uni*, req. n° 8139/09
- Cour EDH, Gde chbr., 7 février 2012, *Von Hannover c/ Allemagne (n° 2)*, req. n° 4066/08 et 60641/08
- Cour EDH, Gde chbr., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c/ Italie*, req. n° 27765/09
- Cour EDH, Gde chbr., 15 mars 2012, *Austin e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 39692/09
- Cour EDH, Gde chbr., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/ Russie*, req. n° 30078/06
- Cour EDH, 3 avril 2012, *Lechouritou e. a. c/ Allemagne et 26 États membres de l'Union européenne*, req. n° 37937/07
- Cour EDH, 29 mai 2012, *Flores Cardoso c/ Portugal*, req. n° 2489/09
- Cour EDH, Gde chbr., 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08
- Cour EDH, 25 septembre 2012, *Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c/ Turquie*, req. n° 20641/05
- Cour EDH, 25 septembre 2012, *Sfinx c/ République de Moldava*, req. n° 28439/05
- Cour EDH, 19 octobre 2012, *Catan e. a. c/ Moldova et Russie*, req. n° 43370/04, 18454/06 et 8252/05
- Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11
- Cour EDH, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c/ France*, req. n° 22689/07
- Cour EDH, Gde chbr., 19 février 2013, *X c/ Autriche*, req. n° 19010/07
- Cour EDH, 26 mars 2013, *Valiulienė c/ Lithuania*, req. n° 33234/07
- CEDH, Gde chbr., 22 avril 2013, *Animal defenders international c/ Royaume-Uni*, req. n° 48876/08
- Cour EDH, 25 avril 2013, *Savridin Dzhurayev c/ Russie*, req. n° 71386/10
- Cour EDH, 11 juin 2013, *Stichting mothers of Srebrenica e. a. c/ Pays-Bas*, req. n° 65542/12
- Cour EDH, 18 juin 2013, *Povse c/ Autriche*, req. n° 3890/11, (décision d'irrecevabilité)
- Cour EDH, 2 juillet 2013, *Kandyrine de Brito Paiva c/ France*, req. n° 42269/13

- Cour EDH, Gde chbr., 9 juillet 2013, *Vinter e. a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10
- Cour EDH, 17 octobre 2013, *Winterstein e. a. c/ France*, req. n° 27013/07
- Cour EDH, 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c/ Espagne*, req. n° 42750
- Cour EDH, Gde chbr., 12 novembre 2013, *Söderman c/ Suède*, req. n° 5786/08
- Cour EDH, 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana Management Inc c/ Suisse*, req n° 5809/08
- Cour EDH, Gde chbr., 26 novembre 2013, *X c/ Lettonie*, req. n° 27853/09
- Cour EDH, Gde chbr., 12 juin 2014, *Fernandez c/ Espagne*, req. n° 56030/07
- Cour EDH, 27 février 2014, *Zarmayev c/ Belgique*, req. n° 35/10
- Cour EDH, Gde chbr, 12 mars 2014, *Kuric c/ Slovénie*, req. n° 26826/06
- Cour EDH, 18 mars 2014, *Öcalan c/ Turquie (n°2)*, req. n° 24069/03
- Cour EDH, 8 avril 2014, *Dhahbi c/ Italie*, req. n° 17120/09
- Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c/ Royaume-Uni*, req. n° 31045/10
- Cour EDH, Gde chbr., 27 mai 2014, *Marguš c/ Croatie*, req. n° 4455/10
- Cour EDH, Gde chbr., 12 juin 2014, *Fernandez c/ Espagne*, req. n° 56030/07
- Cour EDH, Gde chbr., 1^{er} juillet 2014, *S.A.S*, req. n° 43835/11
- Cour EDH, Gde chbr., 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c/ Roumanie*, req. n° 47848/08
- Cour EDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c/ Pologne*, req. n° 28761/11
- Cour EDH, 4 septembre 2014, *Trabelso c/ Belgique*, req. n° 140/10
- Cour EDH, Gde chbr., 16 septembre 2014, *Hassan c/ Royaume-Uni*, req. n° 29750/09
- Cour EDH, Gde chbr., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, req. n° 29217/12
- Cour EDH, Gde chbr., 20 novembre 2014, *Jaloud c/ Pays-Bas*, req. n° 47708/08
- Cour EDH, 27 novembre 2014, *Hrvatski Lijecnicki Sindikat c/ Croatie*, req. n° 36701/09
- Cour EDH, Gde chbr., 27 janvier 2015, *Rohlena c/ République Tchèque*, req. n° 59552/08
- Cour EDH, 21 avril 2015, *Junta Rectora c/ Espagne*, req. n° 45892/09
- Cour EDH, Gde chbr., 16 mai 2015, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06
- Cour EDH, 4 juin 2015, *Chitos c/ Grèce*, req. n° 51637/12
- Cour EDH, Gde chbr., 5 juin 2015, *Lambert c/ France*, req. n° 46043/14

- Cour EDH, Gde chbr., 5 juin 2016, *Lambert c/ France*, req. n° 46043/14, point 148.
- Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Chriagov c/ Arménie*, req. n° 13216/05
- Cour EDH, Gde chbr., 16 juin 2015, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06
- Cour EDH, Gde chbr., 30 juin 2015, *Khoroshenko c/ Russie*, req. n° 41418/04
- Cour EDH, Gde chbr., 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, req. n° 46470/11
- Cour EDH, Gde chbr., 15 octobre 2015, *Kudrevičius e. a. c/ Lituanie*, req. n° 37553/05
- Cour EDH, Gde chbr., 15 octobre 2015, *Perinçek c/ Suisse*, req. n° 27510/08
- Cour EDH, Gde chbr., 4 décembre 2015, *Zakharov c/ Russie*, req. n° 47143/06
- CJUE, 14 janvier 2016, *Grüne Liga Sachsen*, aff. C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10
- Cour EDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c/ Italie*, req. n° 448983/09
- Cour EDH, Gde chbr., 17 mai 2016, *Karacsnoy e. a. c/ Hongrie*, req. n° 42461/13
- Cour EDH, Gde chbr., 24 mai 2016, *Biao c/ Danemark*, req. n° 38590/10
- Cour EDH, Gde chbr., 23 mai 2016, *Avotiņš c/ Lettonie*, req. n° 17502/07
- Cour EDH, Gde chbr., 21 juin 2016, *Al-Dulimi c/ Suisse*, req. n° 5809/08
- Cour EDH, Gde chbr., 24 juin 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, req. n° 10511/10
- Cour EDH, Gde chbr., 27 juin 2016, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia oy c/ Finlande*, req. n° 931/13
- Cour EDH, 12 juillet 2016, *A. B. e. a. c/ France*, req. n° 11593/12
- Cour EDH, 12 juillet 2016, *A.M. c/ France*, req. n° 24587/12
- Cour EDH, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, aff. C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861
- Cour EDH, 10 novembre 2016, *Poltorak*, aff. C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858
- Cour EDH, Gde chbr., 15 novembre 2016, *A. et B. c/ Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11
- Cour EDH, Gde chbr., 17 janvier 2017, *Hutchinson c/ Royaume-Uni*, req. n° 57592/08
- Cour EDH, 17 janvier 2017, *J. e. a. c/ Autriche*, req. n° 58216/12
- Cour EDH, Gde chbr., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, req. n° 25358/12
- Cour EDH, Gde chbr., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c/ Finlande*, req. n° 931/13
- Cour EDH, Gde chbr., 15 juin 2017, *Harkins c/ Royaume-Uni*, req. n° 71537/14, point 42.
- Cour EDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, req. n° 8806/12 ou Cour EDH
- Cour EDH, Gde chbr., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c/ Portugal (n° 2)*, req. n° 19867/12

- Cour EDH, 5 septembre 2017, *Tekin et Arslan, req.* n° 37795/13
- Cour EDH, 10 octobre 2017, *Khadzhimuadov c/ Russie, req.* n° 21194/09
- Cour EDH, 18 janvier 2018, *FNASS, req.* n° 48151/11 et 77769/13
- Cour EDH, 17 avril 2018, *Pirozzi c/ Italie, req.* n° 21055/11
- Cour EDH, 31 mai 2018, *Al Nashiri c/ Roumanie, req.* n° 33234/12
- Cour EDH, 31 mai 2018, *Abu Zubaydah c/ Lituanie, req.* n° 33234/12

III. Comité européen des droits sociaux

- Comité EDS, 30 novembre 2004, *CFE-CGC c/ France*, réclamation n° 16/2003
- Comité EDS, 18 octobre 2006, *Centre européen des droits des Roms c/ Bulgarie*, réclamation n° 31/2005
- Comité EDS, 9 septembre 2009, *CFDT c/ France*, réclamation n° 50/2008
- Comité EDS, 23 juin 2010, *Confédération générale du travail (C.G.T.) c/ France et Confédération française de l'encadrement C.F.E.-C.G.C. c/ France*, réclamations n° 55/2009 et n° 56/2009
- Comité EDS, 25 juin 2010, *Centre on Housing rights and evictions c/ Italie*, réclamation n° 58/2009
- Comité EDS, 24 janvier 2012, *Forum européen des Roms et des gens du voyage c/ France*, réclamation n° 64/2011
- Comité EDS, 14 mai 2013, *Finnish Society of Social Rights c/ Finlande*, réclamation n° 88/2012
- Comité EDS, 19 mars 2013, *Comité européen d'action spécialisée pour l'enfant et la famille dans leur milieu de vie c/ France*, réclamation n° 82/2012
- Comité EDS, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c/ Suède*, réclamation n° 85/2012
- Comité EDS, 23 mars 2017, *Confédération générale grecque du travail c/ Grèce*, réclamation n° 111/2014

IV. Juridictions nationales

A. Conseil constitutionnel

Cons. cstit., 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*

Cons. cstit., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*

Cons. cstit., 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information*

B. Conseil d'État

CE, 18 novembre 1996, *Préfet des Yvelines c/ M. Merabet*, n° 154956

CE, Ass. plén., 6 décembre 2002, *Maciolak*, n° 239540

CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845

CE, 18 juin 2008, n° 295831

CE, 28 juillet 2011, n° 322672

CE, 27 mars 2013, *Phytoservice*, n° 351528

CE, 3 décembre 2014, *M. B.*, n° 367822

CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, n° 288460

CE, 21 septembre 2016, *Lactalis*, n° 394360

C. Cour de cassation

C. Cass civ. 1, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613

C. Cass, chbr. com., 10 février 2009, pourvois n° 07-13448 et 07-13562

C. Cass, 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, pourvoi n° 10-40002

C. Cass, chbr. civ. 1, 1er février 2012, pourvoi n° 10-27815

C. Cass, chbr. soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28398

C. Cass, chbr. crim., 9 juin 2015, pourvoi n° 15-82.750

C. Cass chbr. civ 1, 15 juin 2016, pourvoi n° 15-20022

C. Cass, chbr. civ. 1, 20 avril 2017, pourvoi n° 16-1698

C. Cass, chbr. civ. 2, 9 mars 2017, pourvoi n° 16-10851

C. Cass, chbr. civ. 2, 30 mars 2017, pourvoi n° 16-10933

D. Cour constitutionnelle allemande

Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, *So Lange I*, 2BvL 52/71, *Bverfge* 37, p. 271

Cour constitutionnelle allemande, 22 octobre 1986, *So Lange II*, 2BvR 197/83, *Bverfge* 73, p. 339

Index thématique

A

Acte unique européen, 212, 325, 567

Adhésion, 18, 25, 29, 32, 33, 34, 51, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 69, 78, 80, 83, 87, 88, 92, 96, 98, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 160, 164, 165, 169, 176, 177, 191, 204, 208, 212, 214, 232, 239, 249, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 269, 272, 275, 276, 280, 281, 282, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 304, 305, 334, 346, 357, 361, 366, 405, 465, 469, 515, 516, 519, 521, 522, 540, 559, 580, 581

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 71, 72, 120

Agence européenne de garde-frontières et garde-côtes, 239

Allemagne, 26, 31, 37, 38, 39, 47, 52, 79, 82, 83, 84, 139, 167, 173, 222, 227, 228, 264, 265, 303, 328, 341, 375, 402, 416, 432, 438, 439, 445, 449, 494, 500, 535, 539, 552, 567

Arrêts pilotes, 322, 460, 535, 555

Autonomie procédurale et institutionnelle, 476, 487

Autorité de la chose interprétée, 453, 455, 458, 461, 473, 491

Autorité de la chose jugée, 444, 445, 446, 447, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 462, 463, 466, 470, 471, 472, 474, 475, 476, 477, 574, 581

B

Bases juridiques, 55, 57, 65, 113, 463

Belgique, 31, 39, 83, 100, 102, 103, 164, 167, 170, 195, 204, 206, 225, 228, 283, 290, 316, 321, 322, 337, 367, 390, 395, 448, 460, 492, 494, 497, 501, 521, 524, 525, 531, 532, 533, 579

Brexit, 539, 571

Bureau de liaison, 33, 267, 270

C

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, 56, 147, 325

Charte sociale européenne, 56, 81, 91, 92, 93, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 154, 156, 182, 320, 392, 494, 549

Circonstances exceptionnelles, 194, 199, 203, 205, 221, 516, 529, 533

Citoyen européen, 56, 241, 400, 532

Clause de flexibilité, 71, 120, 381

Clause de standard minimum, 361, 362, 365, 368

Clauses de déconnexion, 46, 79, 271, 272, 577, 579

Codéfense, 111, 113, 119, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 357, 580

Comité des ministres, 30, 72, 78, 80, 104, 110, 156, 157, 167, 268, 269, 270, 298, 306, 393, 396, 469, 474, 519, 548, 549, 552

Comité directeur pour les droits de l'Homme du Comité des ministres, 33

Comité EDS, 81, 91, 93, 98, 152, 153, 156, 161, 306, 321, 354, 369, 390, 391, 392, 393, 478, 494, 499, 520, 525

Commissaire aux droits de l'homme, 32, 525

Commission de Venise, 32, 345, 552, 553

Commission du droit international, 85

Commission européenne, 33, 60, 63, 71, 72, 73, 77, 79, 80, 83, 89, 93, 107, 108, 110, 111, 114, 149, 156, 186, 213, 233, 234, 237, 240, 241, 247, 255, 258, 268, 269, 271, 273, 274, 281, 290, 292, 296, 312, 325, 327, 328, 329, 330, 344, 358, 359, 380, 381, 383, 384, 391, 433, 459, 464, 466, 467, 497, 511, 518, 520, 532, 552, 553, 581

Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, 72, 156, 520

Common law, 126, 132, 138, 158

Communauté européenne du charbon et de l'acier, 33

Confiance légitime, 68, 187, 447, 449, 529, 568

Confiance mutuelle, 122, 145, 219, 261, 367, 368, 506, 507, 508, 509, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 560, 565, 568, 573, 574, 583

Confiance réciproque, 325, 509, 511, 514, 515, 527, 528

Conseil constitutionnel, 37, 101, 132, 143, 160, 284, 285, 345, 364, 370, 449, 457, 541, 546, 552, 571

Conseil de sécurité, 85, 168, 226, 227, 228, 229, 238, 264, 404

Conseil européen, 57, 109, 218, 246, 359, 509, 535, 567

Contrôle de proportionnalité, 173, 353, 385, 395, 396, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 413, 414, 415, 416, 419, 422, 425, 426, 428, 429, 430, 431, 436, 441, 456, 547, 582

Convention d'Aarhus, 96

Convention de Vienne, 130, 193, 197, 232, 548

Coopération renforcée, 209, 210, 359, 360

Cour internationale de justice, 87, 515

D

Danemark, 31, 83, 156, 167, 172, 210, 212, 213, 228, 390, 407, 410

Déclaration universelle des droits de l'homme, 45

Défaillance systémique, 322, 497, 536, 537, 538

Démocratie, 36, 43, 52, 56, 59, 63, 72, 159, 231, 232, 235, 237, 259, 268, 327, 393, 544, 552, 553, 556, 566, 567, 571

Dignité humaine, 36, 39, 56, 255, 399, 499, 566, 567, 570

Droit à la propriété, 168, 425, 557

Droit de légation, 77

Droit international privé, 143, 174, 176, 256, 338, 483, 484, 485, 488, 489, 490, 510, 520, 521, 523, 524

Droit international public, 17, 30, 207, 226, 232, 255, 265, 331, 368, 487, 547, 564

Droits sociaux, 31, 56, 81, 90, 91, 92, 93, 94, 141, 142, 143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 179, 182, 210, 233, 321, 325, 392, 494, 499, 504, 525

Dualisme, 20, 357, 506, 560

E

Effet direct, 49, 180, 301, 461, 504

Effet horizontal, 45, 136, 491, 502, 504

Effet utile, 136, 137, 400, 487, 494, 498, 534

Égalité, 36, 56, 73, 170, 172, 187, 226, 287, 300, 345, 349, 392, 399, 479, 488, 493, 495, 560, 566, 567, 578

ELSJ, 63, 143, 144, 162, 169, 170, 174, 177, 210, 217, 218, 219, 402, 513, 519, 520, 521

Épuisement des voies de recours internes, 282

Espace de liberté, de sécurité et de justice, 56, 142, 143, 210, 215, 217, 218, 219, 236, 267, 338, 359, 402, 473, 484, 509, 510, 511, 513, 515, 518, 519, 524, 525, 528, 583

État de droit, 36, 269, 376, 441, 445, 447, 468, 552, 553, 556, 566, 567

États-Unis, 33, 167, 215, 216, 224, 229, 241, 245, 375, 549

Étude d'impact, 57, 70

Extradition, 143, 184, 206, 218, 223, 224, 225, 365

Extraterritorialité, 205, 215, 216, 217, 220, 221, 224, 226, 229, 230

F

Force exécutoire, 453, 455, 457, 460, 463, 466, 473

France, 26, 31, 37, 38, 39, 41, 43, 45, 52, 72, 81, 82, 83, 84, 85, 91, 100, 101, 108, 111, 118, 133, 139, 152, 153, 154, 155, 163, 167, 171, 174, 200, 201, 202, 213, 218, 220, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 265, 284, 290, 321, 333, 338, 341, 342, 344, 346, 350, 353, 355, 358, 369, 370, 373, 390, 391, 392, 398, 403, 408, 409, 417, 420, 425, 436, 439, 446, 449, 452, 457, 461, 464, 465, 471, 474, 478, 480, 481, 483, 486, 489, 497, 498, 515, 525, 530, 531, 532, 539, 546, 551, 552, 567, 570

FRONTEX, 239, 241, 242, 243, 244

G

Géométrie variable, 209, 249, 351, 395, 408, 414, 547

Grèce, 31, 39, 83, 102, 103, 164, 167, 172, 195, 206,
228, 290, 319, 392, 398, 464, 483, 521, 533, 549

Groupe de travail II, 61, 64, 65

Groupe de travail informel, 33

H

Harmonisation, 40, 49, 128, 144, 145, 149, 174, 261,
262, 287, 288, 343, 364, 366, 417, 442, 460, 473,
477, 489, 505, 511, 514, 531, 561

Hétérarchie, 559, 560

Hiérarchie des normes, 28, 38, 559

Hongrie, 228, 258, 345, 417, 468, 486, 532, 553, 570,
571

I

Identité constitutionnelle, 538, 544, 545, 546, 547, 553

Identité nationale, 545

Implication préalable, 111, 113, 276, 286, 291, 357,
580

Insuffisance manifeste, 99

Irlande, 18, 24, 31, 51, 83, 89, 90, 95, 108, 109, 155,
163, 165, 167, 212, 264, 290, 302, 352, 405, 408,
522, 524, 525, 527

Islande, 31, 228, 391, 474

Italie, 26, 31, 68, 83, 100, 104, 131, 155, 164, 166, 167,
204, 222, 223, 224, 228, 229, 283, 319, 320, 324,
333, 348, 365, 367, 392, 397, 420, 455, 457, 460,
470, 477, 480, 483, 524, 537

K

Kosovo, 82, 226, 228, 229, 246, 247, 520

L

Liberté d'expression, 68, 184, 395, 405, 417, 435, 438,
439, 503, 581

Liberté de religion, 439, 557, 568, 578

Libertés de circulations, 45, 56, 123, 381

Libertés fondamentales, 18, 19, 34, 36, 37, 38, 40, 42,
45, 51, 56, 62, 67, 106, 107, 108, 109, 110, 112,
113, 115, 116, 117, 118, 119, 122, 171, 181, 187,
253, 261, 262, 269, 276, 281, 287, 288, 289, 291,
335, 341, 391, 427, 438, 465, 470, 490, 549, 566

Loi fondamentale, 37, 88, 99, 314, 376, 541, 553

Luxembourg, 19, 31, 52, 83, 100, 101, 108, 114, 124,
138, 160, 164, 165, 167, 171, 173, 174, 177, 228,
275, 331, 336, 347, 348, 355, 391, 401, 406, 424,
458, 484, 490, 558

M

Mandat d'arrêt européen, 143, 144, 145, 365, 367,
481, 484, 487, 494, 497, 507, 511, 513, 514, 515,
517, 519, 520, 521, 523, 524, 525, 530, 531, 535,
538, 539

Manifestement mal fondée, 83, 102, 353, 524

Marché intérieur, 45, 56, 134, 135, 138, 142, 147, 170,
215, 217, 384, 435, 439, 483, 497, 504, 509, 513,
519, 545

Marge d'appréciation, 88, 103, 155, 173, 322, 332,
343, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 373, 375, 396,
405, 406, 407, 409, 410, 413, 427, 434, 435, 436,
439, 456, 475, 490, 547, 581

Marge nationale d'appréciation, 39, 133, 173, 317,
330, 348, 349, 350, 352, 353, 354, 406, 408, 410,
415, 431, 544, 547, 570

Mariage homosexuel, 494, 557, 558, 578

Mécanisme des droits correspondants, 46, 69, 185,
303, 373, 579

Mémoires d'accord, 72, 297

Mesures restrictives, 85, 112, 166, 167, 168, 231, 236,
237, 238, 239, 247, 392, 401, 403, 404, 427

MINUK, 82, 228

Monisme, 20, 506, 560, 561

N

Nations Unies, 37, 53, 75, 77, 82, 85, 87, 89, 98, 167,
218, 226, 227, 228, 238, 255, 302, 404, 464, 533,
546, 564, 566, 574, 584

Ne bis in idem, 340, 341, 342, 343, 447, 512, 514, 530,
581

Non-discrimination, 56, 67, 134, 136, 162, 169, 170,
171, 173, 174, 187, 346, 352, 411, 467, 468, 483,
504, 531, 568, 578, 597

- Norvège, 31, 227, 228, 265, 297, 342
- Notions autonomes, 126, 165, 277, 278, 334, 444, 477, 478, 479, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 498, 501, 505, 583
- O**
- Obligation positive, 199, 227, 397, 493, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 503
- Obligations positives, 65, 109, 350, 397, 398, 444, 477, 488, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 505, 583
- Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, 70, 72, 270
- Opinions séparées, 128, 131, 132, 133, 138, 139, 140, 141, 155, 188, 206, 284, 450
- Opt-out*, 195, 208, 210, 214
- Ordre juridique, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 37, 38, 39, 43, 46, 47, 49, 51, 52, 53, 58, 61, 65, 68, 69, 74, 90, 91, 106, 109, 114, 115, 116, 119, 122, 125, 127, 129, 131, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 151, 181, 182, 183, 188, 189, 191, 192, 220, 252, 253, 255, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 270, 272, 274, 277, 280, 281, 285, 287, 293, 294, 295, 300, 301, 303, 304, 305, 306, 309, 312, 314, 315, 316, 318, 341, 346, 347, 351, 361, 363, 364, 365, 367, 368, 371, 374, 376, 379, 380, 385, 386, 395, 396, 437, 439, 447, 449, 453, 455, 461, 463, 469, 472, 477, 481, 488, 489, 505, 543, 544, 545, 548, 549, 550, 553, 554, 556, 558, 560, 561, 562, 563, 564, 566, 575, 577, 578, 582, 583
- Ordre public européen, 550
- Organisation de coopération et développement économiques, 77
- Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, 77
- P**
- Parlement européen, 33, 56, 61, 62, 64, 67, 73, 77, 79, 93, 95, 96, 97, 103, 107, 108, 143, 145, 149, 167, 209, 216, 231, 234, 235, 236, 240, 241, 242, 243, 256, 267, 273, 291, 326, 328, 329, 333, 356, 359, 360, 372, 384, 393, 403, 418, 437, 468, 479, 480, 481, 490, 495, 496, 510, 513, 518, 525, 532, 544, 554, 570, 579
- Parquet européen, 210, 359
- Pays-Bas, 31, 79, 83, 84, 105, 163, 171, 173, 194, 201, 213, 222, 228, 229, 331, 341, 342, 343, 350, 478, 503
- PESC, 73, 111, 112, 115, 162, 166, 167, 169, 218, 230, 234, 236, 237, 244, 246, 247, 403
- PGD, 7, 65, 66, 68, 69, 91, 99, 162, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 188, 233, 303, 373, 382, 400
- Pluralisme, 21, 56, 261, 326, 350, 363, 364, 365, 366, 373, 395, 402, 545, 547, 559, 560, 561, 562, 563, 569, 575, 576, 577
- Politique extérieure et de sécurité commune, 162
- Politique jurisprudentielle, 106, 114, 115, 120, 126, 128, 129, 131, 141, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 166, 177, 178, 179, 181, 182, 189, 190, 413, 488
- Pologne, 79, 147, 167, 210, 228, 258, 322, 344, 345, 356, 381, 424, 468, 532, 535, 538, 555, 571
- Pouvoir discrétionnaire, 71, 377, 406, 412, 464, 505
- Présomption de protection équivalente, 18, 24, 83, 88, 89, 90, 91, 94, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 112, 124, 154, 163, 165, 168, 191, 265, 292, 347, 360, 361, 367, 368, 369, 370, 371, 405, 444, 507, 522, 524, 526, 527, 530, 578, 579
- Principe d'attribution des compétences, 53, 325
- Principe d'équivalence, 336, 374, 472, 476
- Principe de coopération loyale, 289, 337, 512, 517, 518, 545, 568
- Principe de légalité des peines et des délits, 381, 449
- Principe de primauté, 49, 66, 118, 135, 138, 179, 260, 261, 331, 362, 364, 366, 438, 454, 487, 518, 539, 545, 557, 559
- Principe de proportionnalité, 185, 355, 356, 376, 377, 378, 379, 381, 382, 383, 384, 385, 400, 401, 410, 418, 429, 430, 434, 441
- Principe de sécurité juridique, 126, 186, 412, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 462, 472, 475, 477, 488, 505, 507, 574, 580, 582
- Principe de spécialité, 52, 53, 76, 549
- Principe de subsidiarité, 39, 61, 113, 117, 122, 133, 177, 283, 291, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 334, 335, 336, 339, 340, 343, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 367, 371, 375, 376, 378, 380, 381, 382, 384, 385, 386, 387, 397, 407, 408, 415, 418, 419, 425, 431, 444, 460, 461, 479, 500, 502,

- 570, 580, 581
- Principes généraux du droit, 18, 40, 46, 65, 66, 67, 69, 88, 90, 117, 131, 134, 160, 161, 177, 178, 179, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 329, 372, 376, 380, 410, 413, 450, 467, 485, 488, 504, 563, 567, 578, 579
- Procès équitable, 84, 162, 163, 177, 215, 225, 277, 333, 334, 398, 434, 471, 475, 482, 523, 524, 525
- Projet d'accord d'adhésion, 63, 116, 121, 259, 280, 288, 290, 297, 357, 465, 581, 582
- Protection des données personnelles, 69, 215, 216, 283, 345, 403, 433, 437, 438, 467, 468, 570, 579
- Protection juridictionnelle effective, 69, 96, 142, 165, 293
- Protocole n° 2 (UE), 137, 328, 357, 359, 360, 383, 402
- Protocole n° 4 (CEDH), 223
- Protocole n° 7 (CEDH), 225, 341, 343, 461, 530
- Protocole n° 8 (UE), 115, 289
- Protocole n° 12 (CEDH), 171
- Protocole n° 14 (CEDH), 18, 319, 469
- Protocole n° 15 (CEDH), 122, 210, 318, 319, 349
- Protocole n° 16 (CEDH), 129, 134, 280, 282, 283, 285, 302, 321, 410, 470, 564
- Protocole n° 30 (UE), 147, 210, 380
- R**
- Rapports de systèmes, 20, 22, 41, 52, 174, 304, 362, 366, 369, 486, 579
- Ratione materiae*, 81, 82, 277
- Ratione personae*, 81, 82, 168, 204, 229
- Reconnaissance mutuelle, 29, 143, 145, 326, 365, 370, 476, 484, 499, 507, 509, 511, 512, 513, 514, 518, 524, 527, 528
- Recours en annulation, 83, 94, 95, 96, 113, 142, 164, 293, 301, 327, 356, 358, 404, 452, 454, 459, 463, 473
- Recours en manquement, 301, 344, 463, 466, 473
- Réexamen, 97, 329, 346, 359, 460, 470, 471, 474, 475, 476, 505
- Règles internes, 110
- Renversement de la présomption, 99, 100, 101, 373, 528, 529, 532, 533, 537, 538
- Renvoi préjudiciel, 90, 95, 97, 101, 113, 122, 134, 143, 164, 195, 278, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 292, 293, 301, 333, 346, 356, 373, 406, 410, 454, 458, 470, 472, 473, 557, 564
- Réouverture, 30, 319, 451, 460, 462, 470, 471, 473, 474, 475, 476, 477
- Responsabilité des États, 83, 84, 85, 86, 87, 99, 100, 102, 104, 108, 205, 344
- Responsabilité internationale, 75, 85
- Royaume-Uni, 30, 31, 47, 79, 83, 108, 126, 130, 131, 147, 153, 156, 167, 171, 173, 194, 197, 201, 202, 205, 207, 210, 212, 213, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 254, 265, 278, 295, 319, 322, 341, 353, 354, 379, 390, 395, 397, 398, 411, 413, 418, 424, 425, 427, 434, 435, 448, 463, 493, 503, 539, 546, 549, 556, 571, 572
- Russie, 32, 196, 198, 199, 200, 205, 206, 224, 225, 237, 241, 254, 300, 319, 320, 341, 342, 348, 403, 427, 463, 478, 483, 491, 499, 503, 572
- S**
- Schengen, 297, 340, 341, 400, 514, 515, 516, 523, 528, 535
- Service européen de l'action extérieure, 239, 244
- Situations purement internes, 174, 332, 341
- Société démocratique, 255, 352, 371, 377, 378, 388, 389, 392, 394, 395, 397, 407, 411, 413, 414, 417, 419, 420, 422, 427, 429, 430, 431, 432, 433, 436, 437, 441, 485, 505, 571
- Soft law*, 30, 32, 156, 167, 218, 249, 255, 388, 392, 542
- Souveraineté, 62, 64, 85, 103, 150, 193, 197, 203, 207, 210, 217, 220, 232, 254, 255, 454, 490, 522, 531, 534, 541, 543, 544, 545, 549, 571
- Spill over*, 138, 450, 505
- Statut du Conseil de l'Europe, 74, 469, 542, 548, 566
- Suède, 31, 83, 91, 93, 155, 167, 369, 420
- Systematique des voies de droit, 94, 97
- Système Dublin, 104
- Système européen commun d'asile, 122

Système européen d'asile, 102

327, 348, 355, 380, 545

T

Terrorisme, 154, 155, 156, 163, 167, 168, 236, 271,
389, 391, 392, 393, 403, 432

Traité de Rome, 31, 52, 170, 566

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 509,
517

Tierce intervention, 111, 290, 297

Traitement inhumain et dégradant, 224, 497, 521, 538

Torture, 156, 184, 224, 390, 391, 492, 497, 520, 549,
570

Turquie, 31, 68, 92, 117, 127, 130, 146, 152, 156, 205,
206, 222, 228, 250, 254, 363, 391, 416, 423, 425,
433, 448, 456, 465, 474, 475, 493, 496, 554

Traditions constitutionnelles communes, 40, 67

Traité d'Amsterdam, 34, 38, 531, 552

V

Traité de Lisbonne, 18, 19, 33, 55, 60, 62, 63, 65, 66,
69, 72, 95, 96, 109, 114, 115, 120, 141, 143, 147,
165, 166, 173, 174, 179, 182, 183, 185, 188, 189,
209, 210, 211, 219, 230, 236, 244, 245, 289, 293,
325, 326, 328, 358, 359, 373, 380, 382, 473, 509,
511, 517, 527, 531, 545, 546, 548, 552, 559, 567

Valeurs, 35, 36, 39, 56, 62, 161, 167, 180, 181, 231,
249, 250, 253, 254, 255, 256, 264, 265, 308, 345,
365, 377, 393, 412, 419, 435, 468, 469, 515, 532,
535, 540, 542, 543, 549, 551, 554, 556, 558, 559,
564, 565, 566, 567, 568, 569, 571, 572, 573, 576

Traité de Londres, 52, 74, 80

Vie privée, 47, 56, 67, 69, 155, 175, 179, 184, 345, 351,
390, 404, 433, 435, 439, 468, 483, 489, 492, 502

Traité de Maastricht, 38, 67, 137, 210, 231, 236, 325,