

Trimestriel ■ 35^e année ■ N° 140 ■ 1^{er} octobre 2024

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

Rédacteurs en chef

- Géraldine ROSOUX, conseiller d'État (b.), référendaire honoraire de la Cour constitutionnelle (b.), professeure à l'Université de Liège.
- Christophe PETTITI, avocat au barreau de Paris, secrétaire général de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

Secrétaires de rédaction

- Marion LARCHÉ, maître de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- Laurence VANCRAVEBECK, conseiller d'État (b.).

Comité de rédaction

- Marie-Aude BEERNAERT, professeure à l'Université catholique de Louvain.
- Gauthier de BÉCO, lecturer à l'Université de Leeds, professeur invité à l'Université catholique de Louvain.
- Peggy DUCOULOMBIER, professeure à l'Université de Strasbourg (Institut de Recherches Carré de Malberg).
- Marina EUDES, professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre, membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme.
- Ludovic HENNEBEL, chercheur qualifié du F.N.R.S., Université libre de Bruxelles.
- Nicolas HERVIEU, membre du CREDOF (Université Paris Ouest), chargé d'enseignements à l'Université Panthéon Assas.
- Élisabeth LAMBERT, directrice de recherche au CNRS (Droit et changement social, Université de Nantes).
- Florence MERLOZ, conseillère référendaire à la Cour de cassation (fr.).
- Céline ROMAINVILLE, professeure à l'Université catholique de Louvain, codirectrice du Centre de recherches sur l'État et la Constitution.
- Patrick TITIUN, ancien chef de cabinet du président de la Cour européenne des droits de l'homme, membre du Conseil supérieur de la magistrature.
- Sébastien Van DROOGHENBROECK, professeur à l'UCLouvain-Université Saint-Louis – Bruxelles.
- Panayotis VOYATZIS, référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne.



NEMESIS

Anciens directeurs

Pierre LAMBERT (1990-2008), Pierre VANDERNOOT (2009-2014), Frédéric KRENC (2014-2021).

Comité scientifique

Président d'honneur: **Pierre LAMBERT †**, fondateur de la *Revue*.

Président: **Frédéric KRENC**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

Fl. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEN, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

E. BREMS, professeure à l'Université de Gand.

L. BURGORGUE-LARSEN, professeure à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

C. CHAINAIS, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université Paris II et président de la Fondation René Cassin.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller émérite à la Cour de cassation (b.).

Fr. DELPÉRÉE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, ancien greffier et juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeure à l'Université de Genève.

M. HOTTELIER, professeur émérite à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse auprès du Royaume d'Espagne et de la Principauté d'Andorre.

A. NUSSBERGER, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'État (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de chambre au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPENOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre émérite au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur émérite de l'Université de Strasbourg.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

**Le Big Bang des droits de l'homme en Europe
est-il pour bientôt ?**

PAR

Hélène GAUDIN

*Professeure à l'Université Toulouse-Capitole
Directrice de l'IRDEIC*

Résumé

C'est un nouvel espoir qu'a fait naître le projet d'accord d'adhésion du printemps 2023. Ce projet paraît conclure l'Odyssée de l'Union européenne vers la Convention européenne des droits de l'homme. Aujourd'hui, c'est moins un avis négatif de la Cour de justice qu'il faut craindre que la difficulté à régler la question du contrôle des actes de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la réticence de certains États. Si ces questions sont résolues, le statut de l'accord d'adhésion méritera toute l'attention de la Cour européenne des droits de l'homme. Il en ira de même bien sûr de ses conséquences notamment quant à la transformation du principe d'équivalence et la prise en compte de la primauté.

Abstract

Concluding the European Union's odyssey towards the European Convention on Human Rights, draft accession agreement of spring 2023 has raised a new hope. Now, what we have to fear is not so much a negative opinion from the Court of Justice as the difficulty of settling the question of judicial control of CFSP acts and the reluctance of certain States. Once these questions are solved, the status of the accession agreement, incorporated into the Convention, and its consequences, transforming the principle of equivalence and confronting EU primacy, will merit the full attention of the European Court of Human Rights.

C'est un nouvel espoir qu'a fait naître le projet d'accord d'adhésion adopté au printemps 2023¹. Se présentant comme une réponse à l'avis 2/13 rendu par la Cour de justice en 2014², il est aussi une concrétisation de l'obligation juridique d'adhésion, inscrite à l'article 6, § 2, du Traité sur l'Union européenne (ci-après : « TUE »). Cette obligation pèse sur l'Union comme sur ses États membres, maîtres des traités et à ce titre *in fine* de l'adhésion.

Initiée à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la – première – procédure d'adhésion sur le fondement de l'article 6, § 2, TUE auquel répond l'article 59, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, a été stoppée par la Cour de justice en 2014. Véritable onde de choc, l'avis 2/13 a entravé dans le temps et au fond les négociations. Les lignes rouges alors définies sont venues encadrer la rédaction du projet d'accord de 2023. Pour rappel, ces lignes sont (1) la question des rapports de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, (2) le respect du principe de confiance mutuelle dans l'Union européenne, (3) les rapports entre renvoi préjudiciel de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE ») et procédure de demande d'avis du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, (4) la préservation de l'article 344 TFUE et les litiges entre États membres de l'Union, (5) le mécanisme du codéfendeur, (6) le mécanisme de l'implication préalable, (7) le contrôle des actes de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune (ci-après : « PESC »). À l'exception notoire de ce dernier point, que l'Union a demandé à traiter en interne, et dont la Cour de justice est actuellement saisie dans les affaires *KS et KD* et *Neves 77 Solutions*³, « tous les autres volets de négociation ouverts à la suite de l'avis 2/13 semblent être clos »⁴.

Les signaux semblent donc passer au vert. Au-delà de la vigilance accordée par les négociateurs aux lignes rouges dessinées par la Cour de justice et des réponses apportées par le projet d'accord, diverses évolutions viennent étayer ce sentiment du côté de la Cour de justice mais aussi de la Cour européenne des droits de l'homme.

Du côté de la Cour de justice, l'avis 2/13 n'est sans doute plus seul à devoir être pris en compte. Pas moins de six avis et différents arrêts consacrés aux

¹ Projet d'accord d'adhésion, disponible sur <https://rm.coe.int/rapport-au-cddh/1680aa9817>.

² C.J.U.E., ass. plén., avis 2/13 du 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*.

³ *KS et KD c. Conseil, Commission et SEAE et Commission c. KS, KD, Conseil et SEAE*, aff. C-29/22 P et C-44/22 P et *Neves 77 Solutions*, aff. C-351/22. La Cour de justice rendra ses décisions sur ces affaires la semaine du 8 septembre 2024.

⁴ Av. gén. Tamara Čapeta, conclusions sur *KS et KD c. Conseil, Commission et SEAE et Commission c. KS, KD, Conseil et SEAE*, et sur *Neves 77 Solutions*.

accords internationaux et à la participation à des systèmes normatifs et juridictionnels internationaux témoignent de l'ombre portée de l'adhésion.

Certes, il n'est pas une seule décision dans laquelle la Cour de justice ne rappelle la sévérité de son contrôle sur les accords internationaux⁵. Elle peut néanmoins être relativisée à la lumière de deux évolutions jurisprudentielles notoires.

La première illustrée notamment par l'avis 1/15⁶ concerne la prise en compte des droits fondamentaux avec l'article 6, § 1^{er}, TUE et la Charte dans le contrôle des accords internationaux conclus par l'Union. Une telle jurisprudence permet de valoriser la protection de ces droits dans les compétences internationales de l'Union⁷. Elle ouvre de ce fait la possibilité d'une interprétation des limitations inscrites à l'article 6, § 2, TUE, à la lumière du volet substantiel des droits fondamentaux.

La seconde est concrétisée par l'acceptation en pratique des incidences des accords internationaux sur l'Union et son ordre juridique. À ce titre, l'avis 1/17 relatif à l'Accord Économique et Commercial Global⁸ est, à n'en pas douter, le moment de basculement réservant l'incompatibilité quand sont touchés le cœur ou l'identité de l'Union⁹. En indiquant en l'espèce une acceptation « pourvu, toutefois, que les conditions essentielles de préservation de la nature de ces compétences soient remplies et que, partant, il ne soit pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de celle-ci »¹⁰, l'avis 1/17, dans une formule qui n'est pas sans rappeler celle des juges constitutionnels nationaux, ouvre la voie à l'entrée de l'Union dans la Convention.

Par ailleurs, s'il est difficile de nier la réserve de la Cour de justice quant aux juridictions internationales, les éléments de leur acceptation sont néanmoins mis en place dans les jurisprudences complémentaires que sont *Achmea*¹¹ et

⁵ C.J.U.E., Gde Ch., avis 1/15 du 26 juillet 2017, *Accord PNR*, spécialement points 67 et 70 ; voy. aussi C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Western Sahara Campaign*, 27 février 2018, aff. C-266/16.

⁶ Avis 1/15 du 26 juillet 2017, *Accord PNR*, préc., points 70-71.

⁷ C.J.U.E., Gde Ch., avis 3/15 du 14 février 2017, *Traité de Marrakech* ; C.J.U.E., Gde Ch., avis 1/19 du 6 octobre 2021, *Convention d'Istanbul*.

⁸ C.J.U.E., ass. plén., avis 1/17 du 30 avril 2019, *Accord Économique et Commercial Global (AECG)*.

⁹ K. LENAERTS, « The Autonomy of European Union Law », *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, n° 4, p. 622, ou encore, du même auteur, « Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique », in *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux, Liber amicorum Jiri Malenovský*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 285.

¹⁰ Avis 1/17 du 30 avril 2019, *AECG*, préc., spécialement point 107.

¹¹ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Achmea*, 6 mars 2018, aff. C-284/16.

AECCG. À l'aune de l'avis 1/17, il devient difficile de rejeter l'adhésion au système juridictionnel de la Convention, au regard des propres standards que doit respecter la Cour de justice.

Du côté de la Cour européenne des droits de l'homme, la question de l'Union et de son ordre juridique est également « dans les têtes »¹². Sans doute d'abord parce que depuis les années 1990¹³, les rencontres avec le droit de l'Union se sont progressivement faites plus nombreuses¹⁴. Paradoxales, dans la mesure où l'Union n'est pas partie à la Convention, et certes indirectes, par l'intermédiaire des droits nationaux, ces rencontres ont permis, d'ores et déjà, à la Cour de tracer tant des lignes de compétences¹⁵, que des trames d'harmonisation¹⁶, voire de renforcement des droits et procédures de l'Union¹⁷.

Si tous les obstacles devaient se lever, l'entrée dans le temps long de l'adhésion se profilerait. Certes, la nouvelle page à écrire n'est pas totalement blanche. Elle reste pourtant un défi majeur pour la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union, les juges nationaux, les justiciables et la doctrine. On ne fera qu'évoquer ici l'intérêt de l'adhésion que certains se plaisent à contester¹⁸. On rappellera que, lancée à l'initiative des États membres de l'Union, par principe également parties à la Convention, elle est aussi une avancée majeure substantiellement pour la protection des droits de l'homme en Europe, pour la Convention, et pour l'Union, alignée en la matière sur les droits et devoirs d'un État.

¹² Pour paraphraser Guy Braibant in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignage et commentaires*, coll. Essais, Le Seuil, Paris, 2001, spécialement p. 59.

¹³ Par exemple, Comm. eur. dr. h., décision *Étienne Tête c. France*, 9 décembre 1987, ou encore Comm. eur. dr. h., décision *M. et Co c. R.F.A.*, 9 février 1990, et Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, *Rec.*, 1999-I.

¹⁴ On renverra ici aux fiches thématiques de la Cour européenne des droits de l'homme relatives à l'Union européenne, disponibles sur www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_European_Union_FRA et, également à J. CALLEWAERT, « Trends 2021-2014, Taking Stock of the interplay between the European Convention on Human Rights and EU law », disponible sur <https://johancallewaert.eu/fr/category/european-court-of-human-rights/>.

¹⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, cité in Fr. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10^e éd., coll. Thémis droit, PUF, Paris, 2022, n° 71 (ci-après : « GACEDH »).

¹⁶ Intéressant à cet égard est le débat sur l'abattage rituel, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Executief van de Moslims van België e.a. c. Belgique*, 13 février 2024.

¹⁷ *Guide sur la jurisprudence de la Convention EDH : Le droit de l'UE dans la jurisprudence de la Cour*, disponible sur https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_eu_law_in_echr_case-law_fre.

¹⁸ Voy. par exemple J. CALLEWAERT, « Do we still need article 6 (2) TEU ? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences », *C.M.L. Rev.*, 2018, n° 55, p. 1685.

Unique en son genre, véritable laboratoire, l'adhésion de l'Union est donc un modèle juridique à créer, ici au service de la protection des droits en Europe. À cet égard, deux points méritent tout particulièrement l'attention. Ils conduisent à un exercice périlleux de droit prospectif. Le premier concerne la détermination des modalités d'application de l'accord d'adhésion (I), le deuxième, bien évidemment, l'articulation des sources de protection des droits de l'homme (II).

I. Déterminer les modalités d'application de l'accord d'adhésion

Il faut se rendre à l'évidence : malgré la simplicité des formules des articles 59, § 2, de la Convention et 6, § 2, TUE, la ratification de la Convention par l'Union ne pouvait être simple, non plus que suivre le modèle des ratifications étatiques¹⁹. Dès 2010 a été fait le choix de l'adhésion par « un ou des instruments juridiques établissant les modalités de celle-ci y compris sa participation dans le système de la Convention »²⁰, choix renouvelé en 2019.

Le passage par un accord d'adhésion n'est certes pas isolé dans l'activité internationale de l'Union. Répondant à des hypothèses complexes et aux particularités de l'Union, il n'est néanmoins pas – encore ? – répandu²¹. Celui relatif à l'adhésion à la Convention frappe à ce jour à la fois par sa complexité et sa singularité.

Si les ramifications constitutionnelles de l'adhésion ont été mises en évidence dès l'avis 2/94²², c'est son caractère d'opération complexe qui marque aujourd'hui puisqu'elle n'est rendue possible que par l'adoption d'une série d'actes juridiquement liés dont la conjonction conditionne l'acceptation et l'entrée en vigueur (A).

Sa singularité n'est pas en reste. Unique, l'accord d'adhésion l'est pour l'Union, et *a fortiori* pour la Cour européenne des droits de l'homme qui

¹⁹ J.-Cl. BONICHOT, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 TUE », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, La conscience des droits*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 49 et s., spécialement p. 59.

²⁰ Rapport final du Groupe 47+1 au CDDH, 28 juin 2013.

²¹ Voy. ainsi les traités et accords d'adhésion à l'Union européenne, de retrait, ou encore C.J.U.E., Gde Ch., avis 1/13 du 14 octobre 2014, *Convention sur l'enlèvement international d'enfants. Adhésion d'États tiers*, et peut-être surtout l'avis 1/19 du 6 octobre 2021, *Convention d'Istanbul*, préc.

²² C.J.C.E., avis 2/94 du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

devra en apprivoiser les modalités d'application dès lors que cet accord est intégré à la Convention (B).

*A. Un accord suspendu aux évolutions du droit de l'Union :
le cas symptomatique des actes de la Politique étrangère
et de sécurité commune (PESC)*

Le projet d'accord est accompagné d'un certain nombre de textes²³. Ils ne permettent pourtant pas à eux seuls l'adhésion : certaines évolutions doivent être mises en œuvre en interne par l'Union. Elles constituent une obligation pour celle-ci, qu'il s'agisse notamment des précisions sur le mécanisme du codéfendeur et de l'implication préalable, ou du règlement des litiges entre États membres de l'Union. La plus épineuse est sans doute la résolution du contrôle des actes de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

On le sait : la combinaison des articles 24, § 1^{er}, TUE²⁴ et 275 TFUE²⁵ exclut explicitement, sauf exceptions dûment précisées par eux²⁶, les actes PESC de la compétence de la Cour de justice. On le sait aussi, la Cour de justice, dans

²³ Avec le projet d'accord d'adhésion viennent un projet de déclaration de l'Union européenne, un projet de règle à ajouter aux Règles du Comité des ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables dans les affaires auxquelles l'Union européenne est partie, un projet de modèle de memorandum d'accord, et un projet de rapport explicatif à l'Accord d'adhésion.

²⁴ L'article 24 exprime la particularité de la PESC en matière d'exercice des compétences et des pouvoirs, de la procédure normative et en matière juridictionnelle, et dans son § 1^{er}, dernière phrase, indique : « *La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne ces dispositions, à l'exception de sa compétence pour contrôler le respect de l'article 40 du présent traité et pour contrôler la légalité de certaines décisions visées à l'article 275, second alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

²⁵ « *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 TUE 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* ».

²⁶ Art. 40 TUE : « *La mise en œuvre de la politique étrangère et de sécurité commune n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union visées aux articles 3 à 6 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. De même, la mise en œuvre des politiques visées auxdits articles n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union au titre du présent chapitre* ».

son avis 2/13, avait fait de la possibilité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme une ligne rouge²⁷.

Il y a donc un verrou dans les traités consacrant ceux des actes PESC qui ne peuvent aujourd'hui, par exception, être contrôlés par la Cour de justice. Deux types de solutions sont envisageables, soit une solution interne à l'Union, qui, pour permettre l'adhésion, conduirait à l'ouverture d'un contrôle de ces actes à la Cour de justice (1), soit une solution externe qui, au nom de l'adhésion, permettrait de soustraire ces actes PESC au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1. Résoudre le verrou des traités en interne : comment ouvrir un contrôle ?

On sait qu'à la reprise des négociations, l'Union s'est réservé la résolution en interne de la question des actes PESC, la soustrayant aux négociations d'adhésion. Ce choix fait par l'Union est intéressant et mérite d'être questionné : l'Union a-t-elle estimé qu'une résolution interne serait plus simple ? Et autonome car non soumise à l'appréciation des autres États parties du Conseil de l'Europe ? En toute hypothèse, ce choix renvoie aussi à la jurisprudence de la Cour de justice qui interdit la révision des traités européens par la voie d'un accord international²⁸.

Dans son avis 2/13, la Cour de justice s'était montrée prudente sur les modes de résolution de la question, n'excluant ni n'annonçant une évolution par voie jurisprudentielle²⁹. Il est vrai aussi que depuis 2014, la Cour de justice a pu faire avancer sa compétence en matière de PESC³⁰. Un point a déjà été résolu, celui de la qualification donnée par la Cour à la dérogation posée par les articles 24 TUE et 275 TFUE, considérée comme une exception au principe général de l'article 19 TUE³¹. Exception à la compétence générale de la Cour de justice, exception dans le cadre du respect de l'État de droit,

²⁷ Avis 2/13 du 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, préc., spécialement point 256.

²⁸ C.J.C.E., avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Espace Économique Européen*, ou C.J.U.E., ass. plén., arrêt *Thomas Pringle*, 27 novembre 2012, aff. C-370/12.

²⁹ Avis 2/13 du 18 décembre 2013, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, préc., points 251-253.

³⁰ Un panorama des jurisprudences est fourni dans les conclusions de Mme l'avocate générale Čapeta dans les affaires *KS et KD* et *Neves 77 Solutions*.

³¹ Par exemple C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Rosneft*, 28 mars 2017, aff. C-72/15 ; Gde Ch., arrêt *H*, 19 juillet 2016, aff. C-455/14 P ; et aussi Gde Ch., arrêt *Parlement européen c. Conseil (Maurice)*, 24 juin 2014, aff. C-658/11, arrêt *Elitania*, 12 novembre 2015, aff. C-439/13 P ; Gde Ch., arrêt *Bank Refah*, 6 octobre 2020, aff. C-134/19 P ; arrêt *Eulex Kosovo*, 24 février 2022, aff. C-283/20.

le nouveau contexte jurisprudentiel peut certes laisser augurer des avancées supplémentaires.

Mais jusqu'où ces avancées interprétatives peuvent-elles se faire au nom du nouveau paradigme du droit de l'Union ? Peuvent-elles aller jusqu'à faire sauter le verrou explicite qui entrave l'adhésion ? En un mot, le curseur entre l'interprétation (toujours possible) et la réécriture des traités (non possible) doit être déplacé avec la plus grande vigilance par la Cour de justice, gardienne des traités. Et le contexte de l'adhésion quoi qu'on puisse en penser ne peut être un argument incitatif en faveur d'un saut de ce curseur. La Cour n'a pas à porter le poids de l'échec précédent ni du risque à venir sur le cas de la PESC. L'article 6, § 2, TUE, en indiquant que l'adhésion « *ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* », et sa lecture à la lumière de l'article 2 du Protocole n° 8, pourrait bloquer *a fortiori* toute interprétation-révision des traités à cet égard.

Si étendre le champ des exceptions à l'absence de contrôle relève certes de l'interprétation, renverser la dérogation des articles 24 TUE et 275 TFUE, solution qui permettrait, supposément, de débloquent l'adhésion, relève d'un pouvoir différent. Interpréter n'est pas réécrire et réécriture il y a lorsque l'interprétation est *contra legem*. Or, le jeu combiné et clair des articles 24, § 1^{er}, TUE et 275 TFUE exclut de manière explicite la compétence de la Cour de justice (en interprétation, en légalité, voire en indemnité). Car la question n'est pas que les traités ne prévoient pas expressément la compétence de la Cour³², mais que les traités l'excluent³³. C'est à cet égard que les décisions de la Cour de justice dans les affaires *KS et KD*³⁴ et *Neves 77 Solutions*³⁵ sont particulièrement attendues.

Mme l'avocate générale Ćapeta propose dans ses conclusions sur ces affaires d'admettre un recours en indemnité des personnes privées sur la base des droits fondamentaux³⁶, voire même un recours en légalité (annulation ou appréciation de validité), à l'exclusion de l'interprétation. S'il s'agit là d'accepter ces recours de manière générale, c'est le verrou des traités qui saute certes, mais à quel prix juridique et politique ? Quant au maintien de l'exclusion du renvoi en interprétation, il semble difficile à concilier avec la réalité du pouvoir du juge : comment contrôler en légalité, ou réparer, si l'on n'interprète pas ?

³² Ce qui était le cas par exemple dans les affaires sur le statut contentieux du Parlement européen.

³³ Point de départ différent de celui proposé par Mme Ćapeta, voy. conclusions sur *KS et KD*, point 95.

³⁴ Aff. jtes n° C-29/22 P et n° C-44/22 P.

³⁵ Aff. C-351/22.

³⁶ Conclusions sur *KS et KD*, aff. jtes n° C-29/22 P et n° C-44/22 P, spécialement points 89-90.

Si les frontières entre interprétation et révision sont parfois floues, disons de suite, à titre comparatif, que l'interprétation ici projetée va bien au-delà de ce qui était demandé à la Cour de justice pour la recevabilité des recours des personnes privées dans le cadre du recours en annulation³⁷. Or, la position de l'arrêt *UPA* est constamment rappelée par la Cour³⁸, au motif qu'il ne lui appartient pas de se substituer au pouvoir de révision³⁹. Si l'appel aux valeurs de l'article 2 TUE, et à l'article 47 de la Charte, pourrait se présenter comme une évidence, tel n'est pas nécessairement le cas ici, notamment parce que la rédaction des articles 24 TUE et 275 TFUE est concomitante de celle des articles 2 TUE et 6 TUE. L'échappatoire historique au nom des valeurs de l'Union n'en est donc pas une, respect de l'État de droit et exclusion ayant été affirmés en même temps. Il reste que dans les affaires *KS et KD* et *Neves 77 Solutions*, la Cour de justice pourrait, comme elle l'a fait dans l'affaire *UPA*⁴⁰, en appeler au pouvoir de révision ou à toute autre solution faisant intervenir les États membres.

Pour ne pas être la plus facile, la révision des articles 24 TUE et 275 TFUE est celle qui pourrait s'imposer du point de vue juridique. Est-elle politiquement possible ? Faisons simplement remarquer que, dès lors qu'ils ont poussé à l'adhésion, les États membres de l'Union ne peuvent, sans se contredire, s'opposer à cette révision.

2. Résoudre le verrou des traités en externe : soustraire les actes PESC à la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme ?

Le point de départ est différent. Il peut obliger l'Union à revenir sur sa décision de traiter la question en interne. Deux hypothèses sont envisageables.

La première passe par la formulation d'une réserve conformément à l'article 57 de la Convention, qui est d'ailleurs enrichi d'une disposition spécifique à l'Union : « *l'Union européenne peut, au moment de l'adhésion à la présente Convention, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une disposition du droit de l'Union européenne alors en vigueur n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article* ». Dès lors que la

³⁷ C.J.C.E., arrêt *UPA*, 25 juillet 2002, aff. C-50/00 P.

³⁸ Par exemple C.J.U.E., arrêt *Carvalho*, 25 mars 2021, aff. C- 565/19 P.

³⁹ K. LENAERTS et J.-A. GUTIÉRREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union*, Bruylant, Bruxelles, 2020 ; C.J.C.E., arrêt *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, 14 décembre 1962, aff. jtes n° 16/62 et n° 17/62.

⁴⁰ C.J.C.E., *UPA*, préc., point 45, et la réforme par le traité de Lisbonne des articles 19 TUE et 263 TFUE.

réserve concernant les articles 24, § 1^{er}, TUE et 275 TFUE implique la juridiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit de recours individuel, il faut supposer qu'elle ne franchirait pas les fourches caudines de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹, sauf pour celle-ci à se fonder sur les particularités de l'Union. Ce qui paraît largement improbable⁴². Par ailleurs, la voie de la réserve dès lors que son interprétation est donnée à la Cour européenne des droits de l'homme est inacceptable pour la Cour de justice, d'autant qu'elle risque de conduire à une violation de l'avis 2/13.

Seconde hypothèse, le retour de la voie conventionnelle, écartée à la reprise des négociations. À défaut d'autres solutions, les raisons de son exclusion mériteraient d'être réévaluées. Substantiellement, elle pourrait prendre la forme de l'inscription dans le projet d'accord d'adhésion, d'un commun accord, d'une exception à la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme (art. 32, § 1^{er}, de la Convention) en matière d'actes PESC et pourrait être décrite en reflet de l'exclusion de la compétence de la Cour de justice. Son explication serait liée aux spécificités de l'ordre juridique de l'Union sur lesquelles l'accord d'adhésion se plaît à insister. Son interprétation renvoyée à la compétence de la Cour de justice, et non à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, ne serait pas isolée dans l'accord d'adhésion. De manière temporelle, une clause « tant que » (tant que la compétence de la Cour de justice est exclue, celle de la Cour européenne l'est également, par exemple) pourrait être utilisée à bon escient puisqu'évoluant au gré de l'évolution du droit de l'Union. Reste que l'exclusion par voie conventionnelle doit aussi être acceptée par les États parties au Conseil de l'Europe et non membres de l'Union, ce qui ouvre une nouvelle forme d'incertitude.

B. *Un accord intégré à la Convention européenne des droits de l'homme*

Conformément au Préambule du projet d'accord d'adhésion, l'article 59, § 2, de la Convention est modifié comme suit : « b) *l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales fait partie intégrante de la présente Convention* ». L'accord d'adhésion vient donc amender la Convention et s'intégrer à elle. Adoptée dans un souci de simplicité, une telle solution permet à

⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988.

⁴² Voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, cité in Fr. SUDRE et al., *GACEDH*, op. cit., comm. n° 1.

la fois de limiter les amendements à la Convention, d'inclure l'Union dans les parties sans que celle-ci ait besoin de déposer un instrument d'adhésion et, enfin, de rendre impossible une dénonciation séparée de l'accord et de la Convention. Mais sa première et évidente conséquence réside dans le pouvoir d'interprétation dévolu à la Cour européenne des droits de l'homme sur l'accord (1).

Pourtant, derrière la simplicité, se cache la difficulté d'acter la disparition totale de l'accord dans la Convention, puisque son objet est la constitution d'un statut propre et pérenne de l'Union dans la Convention. Liée à l'Union, c'est donc une Convention duale qui se met en place (2) au risque de modifier l'équilibre du texte d'origine.

1. Pouvoir d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et autonomie de l'ordre juridique de l'Union

Dans l'avis 2/13, la Cour de justice a « précisé qu'un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union »⁴³. L'interprétation par le juge de l'Union est la garantie de cette autonomie. Or, l'intégration de l'accord d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme fait de la compétence d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'accord, à la suite de la Convention, le principe, dans le respect de l'article 32, § 1^{er}⁴⁴.

Certes, la jurisprudence de la Cour de justice a évolué. Le tournant inscrit notamment à l'avis 1/17 conduit d'abord à l'acceptation *concrète* du contrôle juridictionnel externe et avec elle de l'interprétation des conventions internationales par des organes propres à ces conventions. L'intérêt des formules employées alors par la Cour de justice rend utile leur citation *in extenso* : « s'agissant des accords internationaux conclus par l'Union, la compétence des juridictions visées à l'article 19 TUE pour interpréter et appliquer ces accords ne prévaut ni sur celle des juridictions des États tiers avec lesquels ces accords ont été conclus ni sur celle des juridictions internationales que de tels accords instaurent. Partant, si lesdits accords font partie intégrante du droit de l'Union et peuvent dès lors faire l'objet de renvois préjudiciels, ils concernent tout autant lesdits États tiers et peuvent donc également être interprétés par

⁴³ Point 183.

⁴⁴ « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47 ».

les juridictions de ces États. C'est, en outre, précisément en raison du caractère réciproque des accords internationaux et de la nécessité de préserver la compétence de l'Union dans les relations internationales qu'il est loisible pour celle-ci, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée au point 106 du présent avis, de conclure un accord qui confère à une juridiction internationale la compétence pour interpréter cet accord sans que cette juridiction soit soumise aux interprétations dudit accord que fournissent les juridictions des Parties »⁴⁵.

Évolution encore sur la question de l'autonomie, dont le respect est recentré notamment sur certaines notions. Sa portée se trouve ainsi réduite. Si la terminologie de l'accord d'adhésion et la transposition à l'Union des notions employées par la Convention pour les États (art. 1^{er}, § 5⁴⁶, § 6⁴⁷, et § 7⁴⁸) pourraient être un point de crispation, ce risque a été préventivement mesuré : leur interprétation n'est pas laissée à la discrétion de la Cour européenne des droits de l'homme mais fait l'objet d'un guide⁴⁹ dont la logique est proche de celle des articles 52, § 3 et § 4, de la Charte des droits fondamentaux. Comme l'indique l'annexe 5, dans une formule positive, « la compétence de la Cour de contrôler la conformité du droit de l'UE avec les dispositions de la Convention ne remettra nullement en question le principe de l'interprétation autonome du droit de l'UE »⁵⁰.

Le souci de simplicité qui anime l'article 1^{er}, § 5⁵¹, doit être salué. Spécifiquement, dans le contexte du nouvel accord, et malgré l'avis 2/13, le passage de l'Union sous la rubrique « État », peut passer les herses du contrôle de la Cour de justice. Il en va de même de la notion de « loi », déjà utilisée par l'article 52, § 1^{er}, de la Charte sous son double aspect de loi nationale et de loi européenne. Plus difficile est sans doute la question de l'interprétation de notions telles que « sécurité nationale », « intégrité territoriale », ou encore « vie de la nation » qui sont partagées par la Convention et par l'Union, et qui relèvent d'une interprétation propre à chacune des juridictions européennes,

⁴⁵ Avis 1/17 du 30 avril 2019, *AECG*, préc., points 116-117.

⁴⁶ Art. 1^{er}, § 5, concernant les termes « État », « États », « États parties », « droit national », « administration de l'État », « lois nationales », « instance nationale » « internes » ; « sécurité nationale », « bien-être économique du pays », « vie de la nation ».

⁴⁷ Art. 1^{er}, § 6, concernant la formule « toute personne relevant de leur juridiction ».

⁴⁸ Art. 1^{er}, § 7, concernant les termes « pays », « territoire », « territoire d'un État ».

⁴⁹ Voy. projet de rapport explicatif à l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention, spécialement points 31 à 35.

⁵⁰ Projet de rapport explicatif à l'accord portant adhésion, notamment § 5.

⁵¹ Les termes « État (s) », « États parties » sont compris comme s'appliquant à l'Union en tant que partie non étatique à la Convention, les termes « droit national », « administration de l'État », « lois nationales », « instances nationales » et « internes » sont compris comme s'appliquant à l'ordre juridique de l'Union ainsi qu'à ses institutions, organes et organismes.

sans oublier qu'il peut aussi s'agir de notions passerelles avec les droits constitutionnels nationaux⁵².

Que signifie encore pour le droit de l'Union, « toute personne relevant de sa juridiction » ? Le texte indique notamment qu'« elle est comprise comme se référant, en ce qui concerne l'Union européenne, aux personnes se trouvant sur les territoires des États membres de l'Union européenne auxquels le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'appliquent » et « dans la mesure où cette expression se réfère à des personnes ne se trouvant pas sur le territoire d'une Haute Partie contractante, elle est comprise comme se référant, en ce qui concerne l'Union européenne, aux personnes qui, si la violation alléguée en cause avait été imputable à une Haute Partie contractante étatique, auraient relevé de la juridiction de cette Haute Partie contractante » (art. 1^{er}, § 6). Comment concilier ces définitions avec ce qui fait la particularité de l'applicabilité territoriale du droit de l'Union et qui réside en ce qu'elle est liée au dépassement des frontières, créant un espace superposé à ceux des États membres et propre à l'Union ? Comment les concilier avec la définition d'un statut personnel du citoyen de l'Union ?

Autre problème potentiel, l'autonomie des notions de « territoire », « pays » ou « territoire d'un État ». D'après l'accord d'adhésion, celles-ci désignent « chacun des territoires des États membres de l'Union européenne auxquels le TUE et le TFUE s'appliquent » (art. 1^{er}, § 7). Le renvoi au droit de l'Union, avec la diversité de ces statuts territoriaux et la particularité de son applicabilité, est bienvenu. Met-il ces notions hors de la compétence d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, comme pourraient le laisser supposer le renvoi et le projet de rapport explicatif ? L'arrêt *The Gibraltar Betting and Gaming Association*⁵³ pousse à incliner en ce sens, rappelant que les territoires visés par l'article 355, point 3, TFUE relèvent d'une interprétation autonome du droit de l'Union, dans le respect du droit constitutionnel et international.

2. Une Convention duale ?

Une triple spécificité plane ici sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme : celle, générale, de l'Union, celle de

⁵² Sur les clauses passerelles, voy. par exemple M.-Cl. Ponthoreau, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », VII^e Congrès mondial de l'AIDC, Athènes, 11-15 juin 2007 ; H. Gaudin, « Les nouveaux visages de la primauté du droit de l'Union au miroir des contestations nationales », in H. Gaudin (dir.), *La primauté du droit de l'Union – Nouveaux visages, nouvelles questions, nouveaux raisonnements*, Mare & Martin, Paris, 2024.

⁵³ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *The Gibraltar Betting and Gaming Association Ltd (GBGA)*, 13 juin 2017, aff. C-591/15.

l'accord d'adhésion et enfin celle du statut de l'Union au sein du système de la Convention. Dès lors, l'accord d'adhésion conduit à l'émergence d'une dualité au sein de la Convention.

L'exemple le plus évident concerne les relations entre les États membres de l'Union au sein de la Convention. Dans son avis 2/13, la Cour de justice avait indiqué la particularité des relations se nouant entre eux, notamment en ce qu'ils sont liés par le principe de confiance mutuelle au nom des valeurs de l'Union⁵⁴, et au service d'un espace juridique sans frontières intérieures⁵⁵. De ce point de vue, le précédent projet méconnaissait « la nature intrinsèque de l'Union » et notamment « la circonstance que les États membres de l'Union, en raison de leur appartenance à l'Union, ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet du transfert de compétences des États membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union, à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit »⁵⁶.

La réponse du projet d'accord d'adhésion a été simple, faisant desdites relations un sous-système au sein de la Convention. Si la résolution des relations entre les deux articles 53 – de la Convention et de la Charte – ne brille pas par sa clarté, un principe de non-affectation de la confiance mutuelle en vertu du droit de l'Union est posé à l'article 6 à destination de la Cour européenne des droits de l'homme : « *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention n'affecte pas l'application du principe de confiance mutuelle au sein de l'Union européenne* ». Clin d'œil à une confiance non aveugle⁵⁷, le texte précise « dans ce contexte, la protection des droits humains garantis par la Convention doit être assurée ». Plus avant, au nom de la confiance mutuelle mais aussi du respect de l'article 344 TFUE, les affaires entre États membres de l'Union et entre ceux-ci et l'Union bénéficient d'un régime spécifique résultant de l'article 33 modifié de la Convention qui donne préséance au juge de l'Union⁵⁸.

⁵⁴ Avis 2/13 du 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, préc., spécialement point 168.

⁵⁵ *Ibid.*, spécialement point 191.

⁵⁶ *Ibid.*, point 193.

⁵⁷ K. LENAERTS, « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *C.M.L. Rev.*, 2017, vol. 54, n° 3, p. 805.

⁵⁸ Le titre de l'article 33 de la Convention est modifié comme suit : « *Affaires entre les Parties* ». « (3) *L'Union européenne et ses États membres, dans leurs relations mutuelles, ne se prévalent pas de l'article 33 de la Convention. De même, les États membres de l'Union européenne ne se prévalent pas de l'article 33 de la Convention dans la mesure où un litige qui les oppose concerne l'interprétation ou l'application du droit de l'Union européenne.* (4) *La Cour accorde à l'Union européenne, à sa demande, un délai suffisant pour apprécier, en priorité, si – et si oui, dans quelle mesure – un litige entre Parties, au sens de l'article 33 de la Convention, entre des États membres de l'Union européenne concerne l'interprétation ou l'application du droit de l'Union européenne* ».

C'est bien donc une dualité qui est instaurée au cœur de la Convention, différenciation à laquelle elle avait échappé en grande partie jusque-là. L'impact sur la Convention de cette différenciation au profit de l'Union reste à ce jour un mystère. Sans doute, l'observation du phénomène similaire qui avait frappé les Constitutions nationales lors de l'insertion en leur sein de clauses « Europe » participerait de la réflexion sur cette nouvelle dualité : une logique propre à l'Union va-t-elle intégrer la Convention ? Dans quelle proportion et avec quelle portée ? Quelles en seraient les conséquences sur les États parties à la Convention mais tiers à l'Union ?

II. Gérer l'articulation des protections européennes des droits de l'homme

Parmi les symboles de l'adhésion, celui du respect par l'Union du catalogue de droits protégés par la Convention est à la fois le plus évident et en théorie le moins problématique : Cour de justice et Cour européenne des droits de l'homme ont veillé, autant que faire se peut, à l'articulation de ces droits dans l'espace européen. La présence d'une logique pluraliste en la matière y incite, sensible dans les rédactions des arrêts des deux Cours européennes, multipliant les références et des interprétations croisées des différents textes.

Dès lors, la question de l'articulation des catalogues des droits de l'homme que sont la Charte et la Convention n'est guère abordée par l'accord d'adhésion. Pourtant, ce sont l'adhésion des justiciables et leur gestion quotidienne par les juges qui en feront le succès. Elle a bien sûr déjà et assez largement été ébauchée à travers l'équivalence et/ou la concordance des protections (A), ou bien les débats sur le niveau de protection (B). Mais qu'advient-il des principes de cette articulation, une fois l'Union liée par la Convention ? Les principes devront-ils être revus ? Dans quelle proportion, sous la limite du respect de la primauté du droit de l'Union ? L'ensemble des questions s'étend aux ordres juridiques et aux juges nationaux, qui se retrouveront en première ligne de la mise en œuvre et du bon fonctionnement de l'adhésion.

A. *Équivalence et concordance des droits et procédures après l'adhésion*

Il appartient au droit constitutionnel d'avoir introduit dans le vocabulaire européen le principe de l'équivalence de protection, dans ses relations avec le droit communautaire et la Cour de justice à propos des droits fondamen-

taux⁵⁹. Non irréfragable, la présomption d'équivalence permet de suspendre le contrôle du juge constitutionnel sur le droit de l'Union. C'est cette même logique que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de l'Union. Celle-ci (1), comme l'idée d'une correspondance des droits inscrite dans la Charte (2), mérite un nouvel examen à l'aune de l'adhésion.

1. Principe d'équivalence et adhésion

Le principe de la protection équivalente a fait son entrée dans les relations entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit communautaire dans les années 1990, d'abord avec la Commission européenne des droits de l'homme⁶⁰. Il a ensuite été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹. L'arrêt *Bosphorus* pose non seulement le principe, mais en précise également les modalités et la portée : équivalent signifie comparable et non identique, le constat d'équivalence n'est pas irréfragable⁶², il est étendu aux droits et aux procédures⁶³.

La plasticité de l'équivalence explique en partie son succès devant les juges constitutionnels, la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁴ et la Cour de justice⁶⁵. Cette plasticité réside principalement en ce que le principe d'équivalence assouplit la résolution des conflits de normes dans des relations de systèmes où la hiérarchie juridique est floue. Elle valorise la substance de la protection, ce qui explique le caractère non irréfragable de la présomption, et son caractère évolutif : « un constat de protection équivalente [...] ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux »⁶⁶.

⁵⁹ Bundesverfassungsgericht, 22 octobre 1986, 2 BVR 197/83.

⁶⁰ Comm. eur. dr. h., *M. et Co c. R.F.A.*, préc., *R.U.D.H.*, 1991, p. 134.

⁶¹ Cour eur. dr. h., *Matthews c. Royaume-Uni*, préc. ; *Bosphorus c. Irlande*, préc. ; Fr. SUDRE *et al.*, *GACEDH*, *op. cit.*, comm. n° 71.

⁶² Cour eur. dr. h., arrêt *Bivolaru et Moldovan c. Roumanie*, 25 mars 2021 ; arrêt *Castano c. Belgique*, 9 juillet 2019.

⁶³ À propos de la procédure préjudicielle devant la Cour de justice, voy. Cour eur. dr. h., décision *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij UA c. Pays-Bas*, 20 janvier 2009.

⁶⁴ Y compris dans ses relations avec d'autres organisations internationales, par exemple Cour eur. dr. h., décision *Gasparini c. Italie et Belgique*, 12 mai 2009.

⁶⁵ À propos des décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies, C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Kadi et Al Barakaat*, 3 septembre 2008, aff. jtes n° C-402/05 P et n° C-415/05 P, ou encore, dans les relations avec des États tiers, Gde Ch., arrêt *Schrems*, 6 octobre 2015, aff. C-362/14.

⁶⁶ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *MSS c. Grèce*, 21 janvier 2011, ou Gde Ch., arrêt *Tarakhel c. Suisse*, 4 novembre 2014.

Dès lors que le principe de protection équivalente ouvre une présomption de respect des droits de l'homme et suspend le contrôle, un tel traitement de faveur impliquant un « contrôle limité »⁶⁷ pourra-t-il se maintenir après l'adhésion ? La question est difficile et conduit à revenir sur la logique de l'équivalence. Pour tenter d'y répondre, peut-être convient-il de dissocier le principe (de l'équivalence) et sa conséquence (la suspension/limitation du contrôle) ?

Post-adhésion, le premier (principe d'équivalence) mérite d'être relu à la lumière du principe de subsidiarité. Il peut intégrer ensuite une logique de cohérence de la protection à l'image de la correspondance des droits inscrite à l'article 52, § 3, de la Charte. Enfin, le passage d'un examen abstrait à un examen concret semble s'imposer.

À cet égard, les particularités du système juridictionnel de l'Union, intégrant les juges nationaux, mériteront d'être passées au crible de la protection juridictionnelle effective, ce qu'a commencé la Cour européenne des droits de l'homme autour du renvoi préjudiciel. D'ailleurs, dès lors que des droits correspondants sont invoqués, le projet d'accord d'adhésion réduit la portée du Protocole n° 16 au profit du renvoi préjudiciel, dont l'avis 2/13 avait assuré la défense. Le projet d'adhésion exclut par son article 5 « le recours à la procédure d'avis consultatif devant la Cour lorsque le droit de l'UE, tel qu'interprété par la CJUE, impose à une juridiction de soumettre à la CJUE une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 du TFUE ».

Le second (contrôle) est nécessairement davantage affecté par l'adhésion puisque lié à la compétence (de contrôle) de la Cour européenne des droits de l'homme. Reste que la situation actuelle (hors adhésion) ne brille pas par sa clarté puisque la Cour ne déclare pas les recours irrecevables en soi, sa compétence de contrôle (limitée) étant liée au caractère réfragable de l'équivalence⁶⁸. Post-adhésion, la question de l'équivalence ne sera plus un critère de la compétence non plus que du degré de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, le déplacement du curseur du contrôle pourrait ne pas être si important au regard du traitement spécifique réservé aux États membres de l'Union dans l'accord d'adhésion.

2. Principe de concordance et adhésion

En énonçant que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde

⁶⁷ FR. SUDRE *et al.*, *GACEDH*, *op. cit.*, p. 902, § 17.

⁶⁸ *Ibid.*, comm. n° 71, J.A., pp. 889 et s.

des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue », l'article 52, § 3, de la Charte fait sans doute partie des articles les plus riches de la Charte. Proche du principe d'équivalence, il s'en distingue pourtant d'abord en ce qu'il est un principe d'interprétation à destination de la Cour de justice, et ce, que l'Union soit ou non partie à la Convention, et non un principe de délimitation du contrôle du juge. S'inscrivant dans une logique de pluralisme des sources de protection des droits, il permet de les gérer dans le souci de leur cohérence et s'est à maints égards substitué à l'article 53 de la Charte.

Une fois que l'Union aura adhéré à la Convention, l'obligation pesant sur la Cour de justice au titre de l'article 52, § 3, se verra confortée par le statut juridique qui sera conféré à la Convention dans l'ordre juridique de l'Union. On peut dès lors supposer que des conceptions différentes d'un même droit ne seront plus possibles sauf exception. Il est vrai que la similarité des droits faisait partie – faut-il le rappeler ? – des motivations de l'adhésion.

L'objectif de la concordance s'étend aux limitations des droits, elles aussi prévues par la Charte⁶⁹. Les conditions entourant celles-ci sont proches, que l'on se place au regard de la Convention ou de la Charte. Si la notion d'objectif d'intérêt général prévue par la Charte est plus facile à manier que celles de sécurité publique, ordre public, santé publique, morale publique inscrites dans la Convention⁷⁰, plus complexe est le critère de la loi et du débat démocratique. La Cour de justice dans son avis 1/17 se montre sensible à la défense de l'intérêt général et au processus démocratique qui y conduit : « Si l'Union concluait un accord international susceptible d'avoir pour effet que l'Union – ou un État membre dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union – doive modifier ou retirer une réglementation en raison d'une appréciation faite par un tribunal extérieur à son système juridictionnel du niveau de protection d'un intérêt public fixé, conformément au cadre constitutionnel de l'Union, par les institutions de celle-ci, force serait de conclure qu'un tel accord compromet la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel. Il y a lieu de souligner, à cet égard, que le législateur de l'Union adopte les réglementations de celle-ci à l'issue du processus démocratique défini

⁶⁹ Explications *ad* article 52, § 3 : « le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH, qui sont donc rendues applicables aux droits couverts par ce paragraphe, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne ».

⁷⁰ Voy. les affaires sur l'abattage rituel : Cour eur. dr. h., *Executief van de Moslims van België e.a. c. Belgique*, préc.

dans les traités UE et FUE, et que ces réglementations sont censées, en vertu des principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité, édictés à l'article 5 TUE, être à la fois appropriées et nécessaires pour réaliser un objectif légitime de l'Union. Conformément à l'article 19 TUE, c'est au juge de l'Union qu'il appartient d'assurer le contrôle de la conformité du niveau de protection des intérêts publics fixé par une telle réglementation avec, notamment, les traités UE et FUE, la Charte et les principes généraux du droit de l'Union »⁷¹. Sans doute une telle jurisprudence peut-elle faire écho à celles de la Cour européenne des droits de l'homme prenant dûment en compte le débat démocratique et la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire pour accepter des limitations aux droits protégés⁷². Dans l'arrêt sur les abattages rituels, la Cour de Strasbourg a estimé que « s'agissant de la qualité de l'examen parlementaire auquel il importe d'avoir particulièrement égard lorsqu'une norme générale est en cause [...], [elle] constate que les décrets litigieux ont été adoptés à la suite d'une vaste consultation de représentants de différents groupes religieux, de vétérinaires ainsi que d'associations de protection des animaux [...] et que des efforts considérables ont été déployés sur une longue période par les législateurs tour à tour fédéral, flamand et wallon afin de concilier au mieux les objectifs de promotion du bien-être animal et le respect de la liberté de religion. Les législateurs régionaux ont cherché à peser les droits et intérêts en présence au terme d'un processus législatif dûment réfléchi »⁷³.

B. *La question des rapports de normes après l'adhésion : focus sur niveau de protection et primauté*

Les droits fondamentaux ont été historiquement le point d'entrée de la contestation constitutionnelle du principe de primauté du droit de l'Union. Une telle contestation a connu des fluctuations et des évolutions au gré des échanges entre la Cour de justice et les juges constitutionnels nationaux. Après une première stabilisation, son regain a été lié non plus seulement à l'existence des droits et de leur protection, ou à la prise en compte de certaines particularités constitutionnelles, mais au niveau de protection des droits. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la Cour de justice s'est montrée particulièrement vigilante dans son avis 2/13 quant aux risques de l'adhésion sur la primauté, notamment à travers la question de l'article 53 de la Convention (1). La permanence de ces risques et leur possible résurgence ne

⁷¹ Avis 1/17 du 30 avril 2019, *AECG*, préc., points 150-151.

⁷² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013.

⁷³ Cour eur. dr. h., *Executief van de Moslims van België e.a. c. Belgique*, préc., § 109.

peuvent que conduire à la réflexion sur l'émergence d'un standard propre à l'Union dans le respect du principe de subsidiarité (2).

1. Gérer les relations de l'article 53 de la Convention et de la primauté

À l'occasion du premier projet d'adhésion, le débat d'abord constitutionnel du niveau de protection s'est étendu au système de la Convention, notamment aux rapports entre l'article 53 de la Charte⁷⁴ et l'article 53 de la Convention⁷⁵. La similarité de leurs énoncés aurait pu rassurer. C'était sans compter l'interprétation traditionnelle de la Cour de justice au regard des particularités de son ordre juridique : « l'identité des termes des dispositions de l'accord et des dispositions communautaires correspondantes ne signifie pas qu'elles doivent nécessairement être interprétées de façon identique. En effet, un traité international doit être interprété non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs »⁷⁶.

Or, le principe de primauté est typique de l'ordre juridique de l'Union et particulièrement protégé. C'est à cet égard qu'il est protégé de la logique de la clause la plus protectrice de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux dont l'affaire *Melloni*⁷⁷ avait révélé les potentialités antagoniques quant à la primauté. Si l'interprétation délivrée à cette occasion face au droit constitutionnel espagnol a été critiquée, elle n'en a pas moins été étendue par l'avis 2/13⁷⁸ à la Convention et notamment son article 53, et ce, pour des raisons similaires liées à la primauté. Sans doute le risque était-il encore plus grand en la matière.

Concilier les deux articles 53 (Charte et Convention) avec le principe de primauté relève encore et toujours de la gageure⁷⁹. Cette conciliation, sans

⁷⁴ « Niveau de protection – 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 ».

⁷⁵ « Sauvegarde des droits de l'homme reconnus – 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 ».

⁷⁶ Avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Espace Économique Européen*, préc., point 14.

⁷⁷ C.J.U.E., arrêt *Melloni*, 26 février 2013, aff. C-399/11, point 60.

⁷⁸ Avis 2/13 du 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, préc., spécialement point 189.

⁷⁹ Fr.-X. MILLET, « Présomption(s) d'équivalence et article 53 de la Charte : sur la dialectique entre ordre juridique d'intégration et droits fondamentaux », in H. Gaudin (dir.), *Réseau de normes, réseau de juridictions*, Mare & Martin, Paris, 2021, spécialement pp. 59 et s.

empiéter sur le *principe* de primauté du droit de l'Union, fait partie des défis de l'adhésion et de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁰.

Le projet d'accord d'adhésion fournit à celle-ci un guide d'interprétation de l'article 53 de la Convention. Néanmoins, en indiquant que cette disposition ne doit pas être interprétée « comme empêchant les Hautes Parties contractantes d'appliquer conjointement un niveau commun juridiquement contraignant de protection des droits humains et des libertés fondamentales, à condition qu'il ne soit pas inférieur au niveau de protection garanti par la Convention et, le cas échéant, ses protocoles, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme », le projet d'adhésion brille de la même sombre clarté que l'arrêt *Melloni*. Le renvoi au dialogue entre les juridictions européennes en devient encore plus évident.

2. Un standard de protection propre à l'Union ?

Certes, la possibilité laissée à l'Union d'accorder une protection supérieure à celle des droits constitutionnels nationaux mais surtout ici à celle de la Convention reprend la logique de subsidiarité chère à celle-ci. Elle est également compatible avec l'article 52, § 3, de la Charte en ce qu'il indique que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Elle l'est enfin et aussi avec l'article 53 de la Charte comme avec l'article 53 de la Convention.

Paraissant une évidence, le choix en faveur de la protection la plus élevée n'est pourtant pas si évident à mettre en œuvre pour la Cour de justice. Il a d'ailleurs été débattu dès l'origine concernant les traditions constitutionnelles communes aux États membres. Des difficultés similaires se retrouvent dans les jurisprudences sur le mandat d'arrêt européen et l'asile, domaines qui révèlent la disparité des niveaux de protection entre les droits nationaux au sein de l'Union. Ceci explique la prudence de la Cour de justice dans la définition d'un seuil de protection, standard commun aux États membres de l'Union, qui pourrait être opposable à la Cour européenne des droits de l'homme.

Les avantages de celui-ci pour l'Union seraient néanmoins assez évidents, permettant de garantir d'abord la confiance mutuelle et de préserver l'Union face au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Par contre, dès que la protection s'abaisse au-dessous de ce seuil, la spécificité de l'Union ne serait plus opposable. Le dialogue entre les deux Cours européennes sur les

⁸⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Convention européenne des droits de l'homme et primauté du droit de l'Union européenne », in H. Gaudin (dir.), *La primauté du droit de l'Union – Nouveaux visages, nouvelles questions, nouveaux raisonnements*, op. cit., p. 93.

critères liés à « des circonstances exceptionnelles » ou encore des « cas exceptionnels »⁸¹, dès lors qu'existent « des difficultés sérieuses de fonctionnement » entraînant des risques « sérieux » d'atteinte aux droits fondamentaux avec « défaillance systémique »⁸² et qu'il existe une protection insuffisante⁸³ sera d'autant plus important. Sans doute appartiendra-t-il à la Cour européenne des droits de l'homme de veiller à ce que le standard commun de l'Union ne s'abaisse pas au-dessous du sien propre à la fois quant aux droits et quant à leur limitation et à ce que la prise en compte des droits intangibles au sens de la Convention soit effective, comme s'y est engagée la Cour de justice⁸⁴.

Tant que... le niveau de protection de l'Union ne s'abaisse pas au-dessous de celui de la Convention, le conflit avec la primauté ne devrait pas apparaître. On peut espérer que ce qui fonctionne, bon gré, mal gré, dans les rapports entre les juges constitutionnels et la Cour de justice pourrait être transposé aux relations de celle-ci avec la Cour européenne des droits de l'homme.



Est-il vraiment possible à ce jour de lister l'ensemble des questions juridiques que soulève l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme ? Est-il possible de proposer des pistes prospectives, mais réalistes, de résolution desdites questions ? Bien téméraire sans doute faut-il être ! L'ensemble ne peut cacher que la terre inconnue qui est abordée révélera de nouveaux défis, déjà présents ou inconnus, mais qui, dans leur ensemble, contribuent à faire des droits européens, de véritables laboratoires au profit des justiciables.

⁸¹ Avis 2/13 du 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, préc., spécialement points 191-192.

⁸² C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *N.S.*, 21 décembre 2011, aff. jtes n° C-411/10 et n° C-493/10.

⁸³ Voy. sur ces points, en plus des arrêts *N.S.*, préc., et Gde Ch., *Aranyosi et Căldăraru*, 5 avril 2016, aff. jtes n° C-404/15 et n° C-659/15 PPU, les arrêts *C.K., H.F. et A.S.*, 16 février 2017, aff. C-578/16 PPU et Gde Ch., *L.M. (Défaillance du système judiciaire)*, 25 juillet 2018, aff. C-216/18 PPU.

⁸⁴ *Ibid.* (pour le MAE) et C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Abubacarr Jawo*, 19 mars 2019, aff. C-163/17 (asile).

La Revue est disponible en version numérique sur les sites :

www.lexnow.io



www.cairn.info



Conditions d'abonnement pour 2025

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 279 € TVAC

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 319 € TVAC

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 359 € TVAC

Abonnement électronique : 236 € TVAC

Prix au numéro : 80 € TVAC

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T. : +32 (0)10 42 02 93

F. : +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2024/10.622/6

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeurs responsables : Marc-Olivier Lifrange et Anne Eloy

Sommaire

COLLOQUE DE LA REVUE : « LES DÉFIS ACTUELS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME »

Actes du colloque - Introduction par <i>Christophe Pettiti et Géraldine Rosoux</i>	825
La réforme de la procédure de mesures provisoires ordonnées par la Cour européenne des droits de l'homme par <i>Klaudiusz Ryngielewicz</i>	831
L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme - Le Big Bang des droits de l'homme en Europe est-il pour bientôt? par <i>Hélène Gaudin</i>	845
Le réchauffement climatique et ses remèdes strasbourgeois : au cœur d'une politique judiciaire - À propos de l'arrêt <i>Verein KlimaSeniorinnen Schweiz</i> et des décisions <i>Careme et Duarte Agostinho</i> de la Cour européenne des droits de l'homme par <i>Sébastien Van Drooghenbroeck</i>	867
Commentaires du colloque par <i>Linos-Alexandre Sicilianos</i>	891
Conclusions du colloque par <i>Frédéric Krenc</i>	901

DOCTRINE

La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne de l'ordre juridique européen Entretien avec <i>Koen Lenaerts</i>	919
La terminaison des traités relatifs aux droits de l'homme et le contentieux russe devant la Cour européenne des droits de l'homme - À l'occasion de la décision <i>Pivkina et autres contre Russie</i> par <i>Linos-Alexandre Sicilianos</i>	941

CHRONIQUE

Chronique relative à l'exécution des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (2015-2023) - Aspects institutionnels par <i>Anna Glazewski</i>	965
---	-----

JURISPRUDENCE

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les réformes de la Justice en Pologne s'enrichit de la dimension de la discrimination basée sur le sexe (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Pajqk et autres c. Pologne</i> , 24 octobre 2023) par <i>Guido Raimondi</i>	991
Une leçon de réalisme pour le Conseil d'État (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Legros et autres c. France</i> , 9 novembre 2023) par <i>Ludovic Benezech</i>	1021
La jurisprudence européenne relative à la Covid-19 : le troublant triomphe de l'irrecevabilité (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt <i>CGAS c. Suisse</i> , 27 novembre 2023) par <i>Mustapha afroukh et Jean-Pierre Marguénaud</i>	1037
La bonne foi des dénonciatrices de violences sexistes et sexuelles au tams de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Allée c. France</i> , 18 janvier 2024) par <i>Thomas Besse</i>	1053