

La protection des droits fondamentaux en Europe et l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*

Nous sommes à la veille d'un événement majeur pour la protection des droits fondamentaux en Europe. Après une trentaine d'années de discussion,¹ la question de l'adhésion de l'Union européenne (UE) à la Convention européenne des droits de l'homme est désormais réglée / acquise, du point de vue politique, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.² Tout d'abord, je voudrais rappeler les raisons de l'adhésion et le bénéfice que les citoyens européens peuvent en attendre (I). Mais il faut maintenant organiser l'adhésion, de manière harmonieuse, du point de vue juridique et technique et j'évoquerai ensuite les principales modalités de celle-ci ainsi que les principes directeurs qui devraient la guider (II). Enfin, sans faire de la jurisprudence-fiction, j'aborderai certaines questions sur les effets de l'adhésion (III).

I. Les raisons de l'adhésion

Elles sont multiples mais je me limiterai aux trois raisons principales qui justifient l'adhésion et la rendent nécessaire.

A. Une situation radicalement nouvelle

La Convention européenne des droits de l'homme énonce en son article 1^{er} qu'il appartient aux États parties de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés qu'elle définit. Il leur incombe donc au premier chef d'appliquer la Convention lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur « juridiction » et, si des violations se produisent, d'y remédier. Cette disposition – ainsi que toutes les autres dispositions

* Ce texte est une version remaniée d'une intervention lors du 8^{ème} congrès annuel de la Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) qui s'est tenu à Lisbonne les 22-24 septembre 2011, à paraître aux éditions Ant. N. Sakkoulas et Nomos Verlagsgesellschaft, dans la collection de la SIPE. L'auteur s'exprime à titre personnel, sans engager la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle elle appartient.

1 Dans un Mémoire du 4 avril 1979, la Commission avait déjà proposé que l'organisation qui portait alors le nom de « Communautés européennes » adhère à la Convention (*Bull. CE*, suppl. 2/79).

2 Sur l'ensemble de la problématique quant à la protection des droits de l'homme en Europe après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, voy. S. Douglas-Scott, « The European Union and human rights after the Treaty of Lisbon », *Human Rights Law Review*, vol. 11, n° 4, 2011, pp. 645 et s.; M. Kuijter, « The accession of the European Union to the ECHR : a gift for the ECHR's 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party? », *Amsterdam Law Forum*, vol. 3, n° 4, 2011, pp. 17 et s.

de la Convention – a été rédigée à une époque (fin des années 1940) où les États européens exerçaient un contrôle juridictionnel quasi total s’agissant des actions ou omissions des organes de l’État. Entre-temps, la situation a fondamentalement changé. Le développement des organisations internationales et, plus particulièrement, la création de la Communauté européenne en 1957 (aujourd’hui, l’Union européenne), a conduit à un transfert progressif d’un certain nombre de compétences des États eux-mêmes à ces entités internationales / supranationales et à une dépendance du processus décisionnel national à l’égard de décisions prises en-dehors de leur territoire et de leur juridiction. Dès lors, les 27 États membres de l’Union qui, en même temps, sont tous parties à la Convention, soit ont perdu totalement leur pouvoir de contrôle sur les décisions, relevant jusque là de leur juridiction, ou, à tout le moins, ont vu leur liberté juridictionnelle se réduire. Cette perte de contrôle juridictionnel n’est pas, dans la plupart des cas, sans incidence quant à la protection des droits fondamentaux. Les décisions prises par l’Union au lieu des États, de même que les actions ou omissions des institutions de l’Union, peuvent en effet entraîner la violation de droits de l’homme protégés par la Convention.

Comment la Cour européenne des droits de l’homme a-t-elle réagi à ce phénomène nouveau et de plus en plus fréquent? Il y a déjà une jurisprudence bien établie à ce sujet. Les principes essentiels sont les suivants. Tout d’abord, la Cour ne décourage pas les États de faire partie d’organisations internationales, dont elle estime qu’elles constituent un outil indispensable au développement de la coopération internationale. Ensuite, la Cour a admis qu’elle ne peut contrôler des actions ou omissions de l’Union européenne si elles ont été produites par des institutions de l’Union européenne, étant donné que l’Union n’est pas partie à la Convention. Toutefois, la situation est différente lorsque les actions de l’Union entraînent l’adoption par un État partie de mesures spécifiques qui violent un droit de l’homme protégé par la Convention. Dans de telles circonstances, l’État partie qui agit en application d’un ordre de l’Union, peut se voir attribuer la responsabilité quant à la mesure en cause.

B. Un déséquilibre et une anomalie

Depuis longtemps déjà, le système de la Convention souffre d’un déséquilibre, qui est aussi une anomalie. Alors que tous les États membres de l’UE sont soumis au contrôle extérieur de la Cour européenne des droits de l’homme, y compris quand ils mettent en œuvre le droit de l’Union, l’Union elle-même ne l’est pas. Ce sont donc les États qui, singulièrement, doivent « défendre » l’Union. De plus, l’Union ne peut pas agir comme partie dans une procédure devant la Cour, ce qui peut entraîner des problèmes pour l’exécution des arrêts qui constatent une violation de la Convention par le droit de l’Union, comme on a pu le constater pour l’exécution de l’arrêt *Matthews*.³ Depuis longtemps, on promet aux citoyens qu’il sera remédié à ces difficultés. Maintenant qu’il est enfin possible de le faire, il faut le faire rapidement et ne plus perdre de temps.

L’adhésion comblera ainsi des vides dans la protection juridique en donnant aux citoyens européens la même protection vis-à-vis des actes de l’Union que celle dont ils

3 Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999; CJCE (GC), arrêt *Espagne c. Royaume-Uni* du 12 septembre 2006.

jouissent actuellement vis-à-vis de tous les États membres de l'Union. En outre, l'adhésion rassurera non seulement les citoyens européens mais aussi les États tiers – auxquels l'Union demande régulièrement de respecter les droits garantis par la Convention – en leur montrant que l'UE, tout comme ses États membres, n'est pas « au-dessus de la loi » en ce qui concerne les droits de l'homme. Il s'agit d'une question de crédibilité, étant donné que les États membres ont transféré à l'Union d'importantes compétences et que la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme est une condition préalable à l'adhésion à l'UE.

C. La Charte des droits fondamentaux

Il y a encore une troisième raison qui justifie l'adhésion et, en outre, la rend urgente. Avec le Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est également entrée en vigueur et elle devient juridiquement contraignante.⁴ La Charte a désormais rang de droit primaire de l'UE. Quant à son champ d'application, ses dispositions s'adressent aux institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux États membres, mais uniquement lorsque ces derniers mettent en œuvre le droit de l'UE (art. 51 de la Charte).

La Charte reprend une grande partie des droits de la Convention européenne des droits de l'homme et elle dispose que ces droits, tels qu'ils sont interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, sont le minimum à observer par le droit de l'Union. Ce qui veut dire que, depuis le 1^{er} décembre 2009, il incombe à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'interpréter voire d'appliquer, par le biais de la Charte, des dispositions souvent importantes et sensibles de la Convention européenne des droits de l'homme.⁵ En outre, sous l'effet combiné de l'élargissement des compétences de l'UE (et je pense notamment à l'espace très sensible de liberté, de sécurité et de justice) et de l'existence de la Charte, la CJUE sera amenée à examiner beaucoup plus souvent que ce n'était le cas jusqu'à présent des affaires ayant trait aux droits fondamentaux. Sans adhésion, il est à prévoir que le nombre de divergences d'interprétation entre les deux Cours augmentera, et ce en dépit de tous les efforts pour l'éviter. Or, la Convention a investi la Cour européenne des droits de l'homme de l'obligation d'assurer, en dernier ressort, l'interprétation authentique de la Convention. Je touche ici à un point crucial. Nos deux juridictions doivent pouvoir assurer leur mission essentielle. D'un côté, la CJUE est garante de l'interprétation du droit de l'Union : elle en a le monopole et l'exclusivité. D'un autre côté, la Cour européenne des droits de l'homme est, de la même manière, garante de l'interprétation de la Convention et ceci doit également être respecté.

4 Voy. G. Raimondi, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme après Lisbonne », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 485 et s.

5 Voy. Fr. Tulkens, « Coexistence et complémentarité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme », rapport à une audition sur « La mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne deux ans après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne » organisée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) au Parlement européen, à Bruxelles, le 10 novembre 2011 (disponible en ligne : www.europarl.europa.eu/committees/fr/LIBE/events.html).

L'adhésion est donc le meilleur moyen de garantir le développement harmonieux de la jurisprudence de la CJUE et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de l'homme et de parvenir à un système cohérent de protection des droits fondamentaux dans toute l'Europe. Alors que l'Union réaffirme ses propres valeurs par le biais de sa Charte des droits fondamentaux, son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme donnera un signal politique fort de cohérence entre l'UE et la « Grande Europe ». L'incorporation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le Traité et l'adhésion sont donc des mesures complémentaires qui assurent le respect intégral des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE.

L'analyse qui précède démontre clairement, à mon avis, pourquoi l'adhésion à la Convention est nécessaire, et même impérative. Et c'est là aussi la conviction des 27 États membres de l'Union, qui se reflète dans le texte du Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. L'article 6 § 2 du TUE dispose que : « 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 ». En même temps et de manière quasi simultanée, l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme le 1^{er} juin 2010 règle le problème de l'adhésion de l'Union, du moins en ce qui concerne la Convention elle-même. Ainsi, l'article 59 § 2 de la Convention – tel qu'amendé par le Protocole – dispose que : « L'Union peut adhérer à la présente Convention ».

L'adhésion est en outre portée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui a adopté de nombreuses résolutions et recommandations appelant à cette adhésion dont les plus récentes sont la Résolution 1610(2008) et la Recommandation 1834(2008) du 17 avril 2008. Du côté de l'Union européenne, la Résolution sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union adoptée par le Parlement européen le 19 mai 2010 exprime un soutien solide en faveur d'une adhésion rapide. Dans ce rapport exhaustif, toutes les questions font l'objet d'une analyse approfondie. Le 11 mai 2011, le Parlement a adopté une nouvelle Résolution sur « l'Union européenne en tant qu'acteur mondial : son rôle dans les organisations multilatérales », dans laquelle il réaffirme son soutien en faveur de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme (ainsi qu'au Comité pour la prévention de la torture (CPT), à la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) et à la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)).

II. Les modalités de l'adhésion

Il ressort clairement de la situation que je viens de décrire que la disposition du Traité de Lisbonne et celle du Protocole n° 14 ne sont pas suffisantes pour assurer l'adhésion. Des négociations sont nécessaires afin de déterminer les modalités de l'adhésion, puisque ni le système de l'Union européenne, ni celui de la Convention, n'a été conçu pour incorporer une autre organisation au sein de sa propre structure institutionnelle.

Dans le Protocole (n° 8) annexé au Traité de Lisbonne relatif à l'article 6 § 2 du TUE, il est fait référence à un accord spécifique qui devra être adopté. Ce dernier, *inter alia*, « doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne (a) les modalités particulières de

l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne; (b) les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas » (art. 1).

Des négociations se sont ouvertes en juillet 2010 entre la Commission européenne (mandatée par le Conseil de l'Union) et le Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (CDDH). Un groupe de travail informel (CDDH-UE) composé de quatorze personnes (sept parmi les États membres de l'Union et sept parmi les États non membres) a été mis en place. Les représentants de la société civile ont été entendus. En date du 19 juillet 2011, un Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union à la Convention constitué d'un projet d'Accord portant adhésion de l'Union et d'un projet de Rapport explicatif est proposé.⁶ Dans le délai imparti d'une année, ce qui est précieux, nous sommes en présence d'un texte complet, qui couvre tous les points qui devaient l'être, sans laisser aucune question sans proposition de réponse. Ces projets doivent être soumis à l'approbation du CDDH lors de sa réunion en séance plénière des 11-14 octobre 2011⁷ ainsi que de la Commission européenne, également dans le courant du mois d'octobre 2011. Si cette première étape est franchie, la procédure en vue de leur adoption sera engagée. Du côté de l'Union : avis conforme du Parlement européen; unanimité au Conseil de l'Union européenne; approbation par les États membres de l'Union selon leurs règles constitutionnelles respectives (art. 218 §§ 6 et 8 du TFUE). Avant que l'Accord d'adhésion ne soit soumis au Conseil, la Cour de justice sera invitée par la Commission à formuler un avis sur la compatibilité de celui-ci avec les Traités.⁸ Du côté du Conseil de l'Europe, l'Accord d'adhésion devra être approuvé par le Comité des ministres après avis de l'Assemblée parlementaire ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme; ensuite, il devra être ratifié par les États membres du Conseil de l'Europe.

6 Document CDDH-UE(2011)16fin (disponible en ligne : www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/cddh-ue_documents_FR.asp). Voy., pour une première analyse, X. Groussot, T. Lock et L. Pech, « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 », *Questions d'Europe*, n° 218, 7 novembre 2011, disponible en ligne sur le site de la Fondation Robert Schuman (www.robert-schuman.eu).

7 A l'issue de cette réunion, il est apparu « que, compte tenu des implications politiques de certains des problèmes en suspens, ceux-ci ne peuvent pas être résolus à ce stade par le CDDH lui-même ni par le CDDH-UE. Pour cette raison, le CDDH estime que dans les circonstances actuelles il a fait tout ce qui est en son pouvoir en tant que Comité directeur. Il décide ainsi de transmettre au Comité des ministres un rapport sur l'état des discussions pour examen et nouvelles instructions ». Cf. le Rapport de la réunion extraordinaire du Comité directeur pour les droits de l'homme du 14 octobre 2011, document CDDH(2011) R Ex (disponible en ligne : www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/CDDH-UE_meetings_en.asp).

8 Voy. V. Skouris, « First thoughts on the forthcoming accession of the European Union to the European Convention on Human Rights », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, op. cit.*, pp. 555 et s., spéc. pp. 562 et s.

Des solutions équilibrées et raisonnables

Les solutions proposées me semblent à la fois équilibrées et nuancées, ce qui témoigne de l'importance du travail de réflexion qui a été mené par les négociateurs. Elles le sont essentiellement, à mes yeux, parce qu'elles sont fondées sur des principes solides *et* qu'elles tiennent compte des spécificités de chacun des ordres juridiques concernés. Pour ce qui est de l'Union, cette exigence figure de manière explicite dans le Traité de Lisbonne. Je pense bien sûr à la place de l'UE et de ses États membres dans la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, à la représentation de l'UE dans les instances de contrôle de la Convention, au maintien de la subsidiarité du système de la Convention à l'égard de l'UE et au rôle de la CJUE à cet égard. Pour ce qui est de la « nature propre » du système de la Convention qu'il convient, également, de respecter autant que possible, comme l'a rappelé la Commission européenne dans sa Recommandation en vue de l'ouverture des négociations, il y a notamment le principe de l'égalité entre les Parties contractantes, lequel commande d'éviter toute modification du système qui ne serait pas rendue strictement nécessaire par les spécificités de l'UE et qui pourrait dès lors passer pour un « privilège » au bénéfice de celle-ci. Dans l'ensemble, on peut raisonnablement soutenir que les négociateurs sont parvenus à maintenir un juste équilibre entre ces deux types d'exigences, entre ces deux types de spécificités. Comme toujours dans ce genre de situations, il s'agit de faire des bons compromis, ce qui me semble avoir été le cas.

Je pense que les modalités de l'adhésion sont guidées et inspirées par trois principes fondateurs qui doivent être pensés fermement et appliqués souplement.

A. L'égalité devant la Convention

En adhérant à la Convention, l'UE est appelée à devenir une Partie contractante à part entière, au même titre que les autres États contractants. Elle rejoindra ainsi un groupe d'États liés par les mêmes droits et obligations dans l'application de la Convention et tous les États, nous le savons, sont « égaux devant la Convention ». Or, le but de l'adhésion de l'UE à la Convention a toujours été, précisément, de soumettre l'UE au même contrôle extérieur que les États : il faut donc assurer, autant que possible, qu'elle soit soumise aux mêmes droits et obligations vis-à-vis de la Convention que les États, de façon à ce que l'« égalité devant la Convention » s'étende aussi à l'UE.

Mais, bien sûr, l'UE n'est pas un État mais une organisation supranationale dotée de la personnalité juridique et il faudra en tenir compte au niveau des modalités de fonctionnement de la Convention. Le Protocole (n° 8) au Traité de Lisbonne que je viens d'évoquer demande d'ailleurs explicitement qu'il soit tenu compte des spécificités du droit de l'Union et c'est normal. Une égalité absolue entre l'UE et les autres États contractants n'est ni possible ni même souhaitable. Néanmoins, dans la préparation de l'adhésion, il faut se laisser guider autant que possible par le principe de l'égalité devant la Convention et ne s'en écarter que là où – et dans la seule mesure où – c'est indispensable pour respecter la nature propre de l'Union. En d'autres termes, il faut chercher à appliquer à l'Union, autant que faire se peut, le régime applicable aux États. Non seulement parce que c'est la solution la plus simple et donc sans doute aussi la plus

rapide, mais aussi et surtout parce que l'on ne peut donner l'impression qu'on crée, à l'intérieur même du système de la Convention, des privilèges au bénéfice de l'Union. Ce serait le plus mauvais service à rendre à l'Union, car cela saperait sa crédibilité alors que par l'adhésion, elle veut précisément la renforcer, en se soumettant au même contrôle extérieur que ses États membres.

B. L'autonomie du droit communautaire

Quelles sont les implications de l'adhésion sur le principe d'autonomie du droit de l'Union? Le principe d'autonomie du droit de l'UE, que la CJUE déduit de l'article 19 § 1 du TUE et de l'article 344 du TFUE, exige que les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit de l'UE soient réglés selon les modes de règlement prévus par les traités, et non selon des procédures externes à l'UE, et que la CJUE, elle seule, ait le dernier mot sur l'interprétation du droit primaire et dérivé de l'UE.

L'adhésion ne doit pas conduire à une remise en cause de ce principe. Aussi faudrait-il sans aucun doute apporter un certain nombre d'adaptations à la procédure applicable devant la Cour européenne des droits de l'homme pour en assurer le respect. Mais il faudra aussi trouver des solutions qui satisfassent toutes les parties autour de la table, car si le droit de l'Union présente des spécificités, il en va de même du système de la Convention. On doit certes aménager la Convention mais dans le respect de sa nature profonde.

Il est évident que l'adhésion ne peut porter atteinte au monopole de la CJUE en matière d'interprétation des dispositions matérielles du droit de l'UE. Il est vrai toutefois que, pour se prononcer sur la question de savoir, par exemple, si une mesure prise par un organe de l'UE est « prévue par la loi », la Cour européenne des droits de l'homme devra porter une appréciation sur le contenu des dispositions du droit de l'UE mises en cause. Cela dit, le contrôle de la conventionnalité d'un acte d'une partie contractante fait l'objet d'une jurisprudence constante d'où il ressort qu'« il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter la législation interne ».⁹ En outre, 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 la Cour européenne des droits de l'homme 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. La CJUE demeurera le juge ultime en la matière et je pense que notre Cour prendra soin dans ses arrêts de bien le faire comprendre.

Les modalités de l'adhésion doivent évidemment tenir compte des spécificités du droit de l'Union. Cela va de soi. Je dirais même qu'on l'aurait fait même sans que le Traité de Lisbonne ne le demande, ainsi qu'en témoigne l'étude qui a été réalisée, en 2002 déjà, par le Conseil de l'Europe sur les aspects juridiques et techniques de l'adhési-

9 Voy., en dernier lieu, Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010, § 100, ainsi que les références qui s'y trouvent citées.

on.¹⁰ L'une des particularités du système de l'Union est le fait que les actes adoptés par les institutions de l'Union européenne peuvent être mis en œuvre par les organes de ses États membres et, inversement, que les dispositions des traités fondateurs de l'Union adoptés par les États membres peuvent être mis en œuvre par les organes de l'Union. Avec l'adhésion de l'Union à la Convention, une situation unique dans le système de la Convention va se créer dans laquelle un acte juridique peut être adopté par un État et mis en œuvre par un autre.

La spécificité du droit de l'Union est particulièrement pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer qui sera le « défendeur » devant la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 1 b) du Protocole (n° 8) relatif à l'article 6 § 2 du TUE prévoit d'ailleurs que l'accord d'adhésion devra prévoir « les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas ». En principe, conformément au Traité de Lisbonne et à l'accord qui l'accompagne, les parties défenderesses devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire où une personne introduit une requête alléguant une violation des droits qui lui sont reconnus par la Convention, peuvent être soit un État membre de l'Union – car c'est à travers des mesures nationales de mise en œuvre que les actes de l'Union produisent des effets à l'égard des personnes –, soit des institutions de l'Union elles-mêmes, lorsqu'elles affectent les personnes au niveau institutionnel (par exemple : sanctions imposées par la Commission, absence alléguée de garanties procédurales prévues par l'article 6 de la Convention); ou encore les deux, un État membre et l'Union.

Le partage des compétences

Le fait que l'Union partage des compétences avec les États membres est une caractéristique essentielle du système juridique communautaire. La Cour européenne des droits de l'homme devra en tenir compte lorsque, pour déterminer si une situation dénoncée devant elle peut être imputée à la partie défenderesse (l'UE et/ou un ou plusieurs de ses États membres), elle sera appelée à répondre à la question de savoir si la situation en question relève de la « juridiction » de cette partie au sens de l'article 1 de la Convention.

Ainsi, par exemple, une décision d'un tribunal ordonnant la détention d'une personne en vue d'exécuter contre elle un mandat d'arrêt européen (dans les conditions prévues à l'article 12 de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002).¹¹ Certes, dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, l'article 6 de la Convention qui établit les exigences du procès équitable ne s'applique pas au mandat d'arrêt européen (en raison de son aspect « extradition »). Mais, en revanche, l'article 5 de la Convention (la garantie contre

10 Document CDDH(2002)010 Addendum 2, *Etude des questions juridiques et techniques d'une adhésion éventuelle des CE / de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme*, rapport adopté par le CDDH lors de sa 53^{ème} réunion (25-28 juin 2002).

11 Art. 12 de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen : « Lorsqu'une personne est arrêtée sur la base d'un mandat d'arrêt européen, l'autorité judiciaire d'exécution décide s'il convient de la maintenir en détention conformément au droit de l'État membre d'exécution. La mise en liberté provisoire est possible à tout moment conformément au droit interne de l'État membre d'exécution, à condition que l'autorité compétente dudit État membre prenne toute mesure qu'elle estimera nécessaire en vue d'éviter la fuite de la personne recherchée ».

les détentions arbitraires) s'y applique sans aucun doute. Imaginons qu'il y ait une difficulté avec la décision du tribunal et qu'il y ait une violation de la Convention. La question va immédiatement surgir de savoir où se situe le problème : au niveau interne ou au niveau de l'Union? En d'autres termes : (1) est-ce le juge interne qui a mal appliqué le droit interne transposant la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen? (2) est-ce le législateur interne qui a mal transposé? (3) ou le défaut se situe-t-il dans la décision-cadre elle-même? Il faut évidemment le savoir pour exécuter le jugement de la Cour : qui doit porter remède au défaut? Un autre exemple, mais réel celui-ci. Une requête est en effet actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, dirigée contre la Bulgarie, et qui a été introduite par un ressortissant russe d'origine tchétchène détenu en vue d'être expulsé vers la Russie. Le requérant se plaint, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, de la décision d'expulsion et, sous le visa de l'article 5, de la décision du juge ordonnant sa détention en vue de son expulsion.¹² Pendant ce temps, dans la même affaire, la Cour de justice a répondu à une question préjudicielle sur l'interprétation de certaines dispositions de la Directive 2008/115 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, qui s'applique en l'espèce.¹³ Mais cet arrêt du 30 novembre 2009 ne couvre pas toutes les questions soulevées dans la requête devant la Cour européenne des droits de l'homme et qui sont aussi pertinentes pour le droit de l'Union.

Il ne revient certainement pas à la Cour européenne des droits de l'homme de juger de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Le principe d'autonomie du droit de l'UE 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. Il est donc essentiel de mettre en place un mécanisme qui évite à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si un acte relève de la compétence exclusive de l'Union, de la compétence exclusive de ses États membres ou d'une compétence partagée.

Le co-défendeur

Le mécanisme du co-défendeur a été pensé et proposé pour répondre à la nécessité de tenir compte des spécificités du droit de l'Union, parmi lesquelles le fait que l'Union partage des compétences avec les États membres. L'article 3 du projet d'Accord rattache très subtilement le co-défendeur à la tierce intervention et ajoute un paragraphe 4 à l'article 36 de la Convention : « L'Union européenne, ou un État membre de l'Union européenne, peut devenir codéfendeur dans une procédure par décision de la Cour dans les circonstances prévues dans l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le codéfendeur est partie à l'affaire. La recevabilité d'une requête est examinée indépendamment de la participation d'un codéfendeur à la procédure ». Devenant ainsi pleinement partie à l'affaire, si la Cour européenne des droits de l'homme établit une violation

12 Requête n° 56437/07, *Kadzoev c. Bulgarie*.

13 CJUE (GC), affaire C-357/09 PPU, arrêt du 30 novembre 2009.

de la Convention, le co-défendeur sera lié par les obligations découlant de l'article 46 de la Convention, au même titre que le défendeur principal.

Concrètement, cette nouvelle disposition permettra à l'Union de devenir co-défenderesse dans des affaires dans lesquelles le requérant a dirigé sa requête seulement contre un ou plusieurs États membres de l'Union alors qu'elle soulève un problème de compatibilité du droit de l'Union avec la Convention; de manière similaire, elle permettra aux États membres de l'Union de devenir co-défendeurs dans des affaires dans lesquelles le requérant a dirigé sa requête seulement contre l'Union alors qu'elle soulève un problème de compatibilité du droit primaire avec la Convention (art. 3, §§ 2 et 3). Le mécanisme est complexe, j'en conviens, mais il répond à la complexité des scénarios qu'il faut envisager sur ce terrain.

Par ailleurs, un État devient co-défendeur uniquement à sa propre demande et sur décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière, sans préjuger du fond, se limitera à évaluer si les arguments présentés sont plausibles au regard des conditions prévues aux paragraphes 2 et 3 (art. 3 § 5). Concrètement, sans trop m'avancer, je ne vois pas dans quels cas notre Cour pourrait refuser une telle demande. En revanche, plus problématique pourrait être le cas où un co-défendeur ne ferait pas cette demande alors qu'au vu du problème de compatibilité que pose la requête, il devrait la faire. Puisqu'il n'appartiendra pas à notre Cour de l'y contraindre, il semble bien qu'il reviendra à l'Union de se doter des moyens permettant d'éviter qu'une telle « défection » ne se produise.

Enfin, quid d'un éventuel arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu contre les défendeurs pris solidairement? La clé se trouve à l'article 3 § 7 qui dispose que le défendeur et le co-défendeur se présentent – et donc participent – conjointement dans la procédure devant notre Cour, en principe jusqu'à la conclusion de celle-ci.

L'introduction sous cette forme du co-défendeur me semble pleinement conforme à l'article 1 b) du Protocole (n° 8) au Traité de Lisbonne selon lequel l'Accord d'adhésion doit prévoir « les mécanismes nécessaires pour garantir que (...) les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas ». Pour la Cour européenne des droits de l'homme, ce mécanisme du co-défendeur n'est pas un privilège procédural pour l'Union, ni pour les États membres, mais un moyen d'éviter une lacune dans le système de la Convention qui pourrait provenir de ce que l'auteur d'une norme dont la compatibilité avec la Convention est mise en cause ne participerait pas à la procédure devant notre Cour, avec tous les droits et les obligations que cela comporte, notamment sur le plan de l'exécution des arrêts. Il correspond ainsi au but ultime de l'adhésion, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Enfin, je pense que les rédacteurs du projet ont eu raison de limiter l'application du mécanisme au strict nécessaire, à savoir les cas où une allégation de violation met en cause la compatibilité d'une disposition du droit de l'Union avec la Convention, la tierce intervention classique pouvant souvent demeurer la manière la plus appropriée d'impliquer l'UE dans une affaire.

Maintenant, restons réalistes. Si on suit cette logique minimaliste, ce mécanisme ne sera appelé à s'appliquer que dans un nombre limité d'affaires. Il a ainsi été estimé que, dans les années récentes, les seules affaires dans lesquelles un co-défendeur aurait été nécessaires sont *Matthews c. Royaume-Uni* (1999), *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve*

Ticaret Anonim Sirketi (« Bosphorus Airways ») c. Irlande (2005) et Cooperatieve Productenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas (2009).

C. Le principe de subsidiarité

Ce principe est essentiel pour la Cour européenne des droits de l'homme car il est le fondement de sa légitimité et de sa crédibilité. Sa mise en oeuvre soulève la question de l'épuisement des voies de recours internes ainsi que celle d'une intervention préalable (*prior involvement*) de la CJUE pour préserver le monopole de cette dernière pour ce qui est de l'interprétation du droit de l'Union. La situation est toutefois devenue beaucoup plus aisée à partir du moment où les présidents des deux Cours, MM. Skouris et Costa, ont publié une communication commune en janvier 2011 dans laquelle ils donnent leur avis sur la manière dont la question devrait être abordée.

Actions directes et indirectes

A cet égard, il convient de distinguer les actions directes et les actions indirectes, c'est-à-dire, d'une part, les requêtes individuelles directement dirigées contre des mesures qui seront adoptées par les institutions de l'UE après l'adhésion et, d'autre part, celles dirigées contre des actes pris par les autorités nationales pour l'application ou la mise en œuvre du droit de l'UE. Dans le premier cas, la condition d'épuisement des voies de recours internes obligera les requérants désireux de s'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme à saisir au préalable les juridictions de l'Union européenne, à savoir la CJUE ou le Tribunal de l'Union européenne (ex-TPI), dans les conditions prévues notamment par les articles 263 et suivants du TFUE. Ce mécanisme garantit pleinement que les juridictions de l'UE auront l'occasion d'exercer un contrôle de la conformité des actes de l'UE aux droits fondamentaux. En revanche, la question de l'intervention préalable de la CJUE se pose lorsqu'il s'agit de la mise en cause, devant notre Cour, d'une mesure prise par une autorité d'un État membre en application du droit de l'UE. Dans ce second cas, le requérant devra au préalable saisir les juridictions de l'État concerné, lesquelles peuvent ou doivent – selon l'article 267 du TFUE et la jurisprudence de la CJUE – adresser à cette dernière une question préjudicielle sur la validité ou l'interprétation des dispositions litigieuses du droit de l'UE. Mais, dans l'hypothèse où les juridictions de cet État membre décideraient de ne pas renvoyer l'affaire devant la CJUE,¹⁴ la Cour européenne des droits de l'homme pourrait se voir appelée à se prononcer sur une requête mettant en cause des dispositions du droit de l'UE sans que la CJUE ait eu l'occasion d'en contrôler la conformité aux droits fondamentaux, notamment aux droits garantis par la Charte des droits fondamentaux.

En pareil cas, la question qui se pose est celle de savoir si le recours préjudiciel devant la CJUE devra figurer au nombre des recours à épuiser aux fins de l'article 35 § 1 de la Convention avant que de telles requêtes ne puissent être introduites devant notre Cour.

¹⁴ Ce même cas de figure pourrait concerner un acte qui n'a pas été examiné par la CJUE au titre de l'annulation parce qu'il ne concernait pas directement et individuellement la personne ayant introduit le recours.

Mais, selon notre jurisprudence constante, les seuls recours à épuiser sont ceux qui sont disponibles et effectifs.¹⁵ Or les parties à la procédure suivie devant les juridictions d'un État membre n'ont pas le pouvoir de déclencher la procédure de renvoi préjudiciel : le juge national est seul habilité à décider s'il convient ou non de poser une question préjudicielle. Si son arrêt est motivé et dépourvu d'arbitraire, nous avons récemment jugé, dans l'arrêt *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, qu'il n'y avait pas de violation de l'article 6 de la Convention.¹⁶

L'intervention préalable

En ce qui concerne le *prior involvement* / l'intervention préalable de la CJUE lorsqu'une juridiction interne aurait omis de la saisir, cette question relève du principe de subsidiarité, qui est au fondement de la légitimité et de la crédibilité de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans leur communication commune de janvier 2011, les présidents des deux Cours suggéraient de mettre en place une procédure souple pour veiller à ce que la Cour de justice puisse, dans ce cas, effectuer un contrôle interne avant que n'intervienne le contrôle externe exercé par notre Cour.

Les négociateurs les ont entendus et la réponse se trouve à l'article 3 § 6 du projet d'Accord d'adhésion dont le champ d'application est calqué sur celui du co-défendeur : « 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 de la Convention en question conformément au paragraphe 2 du présent article, le temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen et, ensuite, aux parties pour formuler leurs observations à la Cour. L'Union européenne veille à ce que cet examen soit effectué rapidement, de manière à ce que la procédure devant la Cour ne soit pas indûment prolongée. Les dispositions de ce paragraphe n'affectent pas les pouvoirs de la Cour. ».

Le projet de Rapport explicatif apporte des précisions utiles. D'une part, la CJUE ne serait pas appelée à examiner l'acte ou l'omission qui fait l'objet du grief du requérant mais sa base juridique dans le droit de l'Union. D'autre part, l'intervention préalable de

15 Voy., entre autres, Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 16 septembre 1996, §§ 65-66, et les références qui s'y trouvent citées.

16 Cour eur. D.H., arrêt *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique* du 20 septembre 2011. A cet égard, il convient de relever que, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, le refus de renvoi préjudiciel opposé par une juridiction nationale appelée à se prononcer en dernière instance pourrait porter atteinte au droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6 § 1 de la Convention s'il était entaché d'arbitraire (voy., entre autres, *Société Divagsa c. Espagne*, décision de la Commission du 12 mai 1993; *F.S. et N.S. c. France*, décision de la Commission du 28 juin 1993; Cour eur. D.H., décision *Predil Anstalt S.A. c. Italie* du 8 juin 1999; Cour eur. D.H., décision *Schweighofer et autres c. Autriche* du 24 août 1999; Cour eur. D.H., décision *Dotta c. Italie* du 7 septembre 1999; Cour eur. D.H., décision *Bakker c. Autriche* du 13 juin 2002; Cour eur. D.H., décision *Junnila c. Finlande* du 13 janvier 2004; Cour eur. D.H., décision *Matheis c. Allemagne* du 1^{er} février 2005; Cour eur. D.H., décision *John c. Allemagne* du 13 février 2007; et Cour eur. D.H., décision *Abrahamian c. Autriche* du 10 avril 2008).

la Cour de justice n'affecterait pas les pouvoirs et la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme et son examen ne lierait pas cette dernière. Toutefois, les parties auront le loisir de tenir compte de l'examen par la CJUE dans les observations qu'ils soumettront à la Cour européenne des droits de l'homme et c'est là le grand apport du mécanisme retenu. Enfin, afin de ne pas prolonger indûment la procédure devant notre Cour, la décision de la CJUE devrait intervenir aussi rapidement que possible, selon une procédure accélérée.

Maintenant, ici aussi il faut rester modestes. Dans aucune des affaires récentes devant la Cour européenne des droits de l'homme que j'ai citées, la nécessité d'une intervention préalable ne s'est posée, puisque dans *Bosphorus* et *Kokkelvisserij* la Cour de justice était déjà intervenue et que dans *Matthews* le litige échappait à sa compétence.

D. Des questions institutionnelles

Pour le surplus, il y a évidemment encore dans le processus d'adhésion d'autres questions et notamment des questions institutionnelles. Ainsi, la question des modalités de la « représentation » de l'UE au sein de la Cour et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe est intimement liée à la nature propre de l'Union et demande des solutions adaptées. En ce qui concerne le juge au titre de l'Union, il faudra déterminer l'étendue de sa participation aux travaux de la Cour et, en même temps, se pencher sur le problème plus général de la composition des organes de la Cour qui traiteront les affaires relatives à l'Union. Toutefois, conformément au principe d'égalité, celui-ci devra participer aux travaux de la Cour de la même manière que les autres juges, avec le même statut et les mêmes attributions que ces derniers. Tout aussi important est la participation de l'Union aux travaux du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, puisque c'est ce dernier qui supervise l'exécution des arrêts de la Cour et invite les parties défenderesses à adopter les mesures générales ou individuelles qui s'imposent afin de se conformer aux arrêts de la Cour.

Ces questions ont déjà été abondamment évoquées dans la Résolution du Parlement européen du 19 mai 2010 sur les aspects institutionnels de l'adhésion, dans laquelle ont été formulées des recommandations intéressantes et, je dirais, réalistes.

III. Les effets de l'adhésion

Je me limiterai ici aussi à aborder trois points sous forme de questions.

Sur le plan substantiel, *quelles sont au regard de la Convention les conséquences de l'adhésion sur le droit de l'Union?* Plus précisément, lorsqu'elle sera partie contractante à la Convention, l'Union pourra voir sa responsabilité engagée du fait des actes de ses organes; d'où la question de savoir si la jurisprudence *Bosphorus* pourra ou devra être maintenue dans le nouveau cadre juridique issu de l'adhésion. Bien sûr, il appartiendra à la Cour européenne des droits de l'homme de le décider, le moment venu, dans le contexte d'un litige concret. Je ne vais donc évidemment pas anticiper sur une décision judiciaire mais plutôt rappeler les termes du débat. D'un côté, le maintien de la jurisprudence *Bosphorus* qui a développé, par rapport à l'Union, la présomption d'équiva-

lence, pourrait se justifier par le fait que l'adhésion ne fait pas disparaître l'une des raisons d'être ou même, plus fondamentalement, la fonction de la figure juridique de la présomption établie dans l'arrêt *Bosphorus*, à savoir la nécessité de ne pas entraver la coopération internationale au sein de l'organisation supranationale qu'est l'Union européenne. D'un autre côté, il peut être difficile de concilier le maintien de la présomption d'équivalence – qui pourrait apparaître comme une sorte de « privilège » accordé à l'ordre juridique de l'Union – avec le principe d'égalité de toutes les parties contractantes à la Convention. En outre, la compatibilité de cette présomption avec deux des objectifs poursuivis par l'adhésion de l'UE à la Convention – à savoir assurer une interprétation cohérente des droits de l'homme dans toute l'Europe et renforcer la crédibilité de l'UE en matière de protection des droits fondamentaux en subordonnant l'ordre juridique de cette organisation au même contrôle juridictionnel que celui applicable aux actes de ses États membres – paraît sujette à caution.

Après l'adhésion, l'UE restera-t-elle libre de maintenir et de développer son propre ordre juridique? La Convention européenne des droits de l'homme contient des normes minimales. Les Parties, y compris l'UE après l'adhésion, restent libres d'offrir une protection plus large des droits de l'homme.¹⁷ Par ailleurs, les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg sont pour l'essentiel des arrêts déclaratoires. La Cour elle-même ne peut ni annuler ni modifier des mesures ou décisions de justice nationales. En cas d'adhésion, il appartiendra à l'Union, comme à toute autre Partie à la Convention, de décider quelle est la manière qui convient le mieux pour se conformer aux arrêts de la Cour, à condition que les arrêts soient exécutés.

Enfin, *quelles seront les relations entre la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg) et la Cour de justice de l'Union européenne (Luxembourg)?* La position de la CJUE sera analogue à celle des juridictions nationales vis-à-vis de la Cour de Strasbourg à l'heure actuelle. La CJUE restera l'autorité suprême en ce qui concerne l'interprétation du droit de l'UE; la Cour de Strasbourg sera l'autorité suprême en ce qui concerne l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme ne saurait être considérée comme une instance supérieure (au sens où une Cour suprême nationale est supérieure à une Cour d'appel nationale) mais plutôt comme une juridiction spécialisée dans les droits de l'homme exerçant un contrôle externe sur les obligations de droit international de l'Union résultant de l'adhésion à la Convention. Il n'y aura pas plus de conflit ou de chevauchement entre leurs rôles qu'il n'y en a entre le rôle de la Cour suprême ou constitutionnelle d'un État membre et celui de la Cour de Strasbourg. L'existence d'un mécanisme de contrôle européen, fonctionnant en dehors du système dont il examine les actes juridiques, apporte aux citoyens une garantie supplémentaire pour la protection effective de leurs droits, en sus de la protection assurée par l'UE.

Je voudrais encore dire un mot au sujet d'une constatation qui est souvent soulevée, à savoir la charge de travail importante de la Cour européenne des droits de l'homme. Quel est son impact sur l'adhésion et cette adhésion risque-t-elle d'aggraver la situation? Ces questions appellent une réponse en plusieurs volets et je vais me limiter à l'essentiel.

Tout d'abord, il me semble que le surcroît de travail auquel on peut s'attendre par suite de l'adhésion de l'UE sera somme toute assez modeste. En effet, il faut garder à

17 Voir art. 53 CEDH.

l'esprit que dès à présent, la Cour contrôle les arrêts nationaux rendus à la suite d'un arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice. Le surcroît de travail provoqué par l'adhésion proviendra donc uniquement des arrêts au fond rendus par la Cour de justice de l'Union européenne, dont le nombre reste assez limité. Ensuite, l'adhésion et la charge de travail de la Cour de Strasbourg sont deux problèmes distincts qui appellent des réponses distinctes. De notre côté, le Protocole n° 14 à la Convention entré en vigueur le 1^{er} juin 2010 nous fournit des instruments utiles pour accélérer nos procédures. Lors de la récente Conférence d'Interlaken sur l'avenir de la Cour en 2010 et celle d'Izmir en 2011, nous avons déjà entamé une réflexion post-Protocole n° 14 et, notamment, sur le renforcement de la subsidiarité. Un plan d'action se met en place. En outre, paradoxalement, l'adhésion pourrait bien faire partie, elle aussi, des solutions à ce problème. En effet, une fois qu'elle aura adhéré, l'Union fera partie intégrante du système. Elle ne sera pas seulement soumise à la Convention mais, avec les autres États contractants, elle en sera aussi responsable et, à ce titre, elle aura la possibilité d'influencer son destin, en l'adaptant, la modernisant, la perfectionnant. C'est en ce sens aussi que s'est exprimée la Commissaire Viviane Reding lors de la Conférence d'Interlaken et, comme elle, je n'ai aucun doute que la coopération entre Strasbourg et Bruxelles peut, dans ce domaine aussi, être très fructueuse, grâce à un échange d'expérience et de savoir-faire. En tout état de cause, n'oublions pas non plus que, quelle que soit la charge de travail de la Cour européenne des droits de l'homme, l'adhésion entraînera aussi des bénéfices immédiats, notamment par le surcroît de crédibilité qu'elle conférera à l'UE et la participation de celle-ci aux procédures devant la Cour. Enfin, plus fondamentalement, l'enjeu de l'adhésion ne peut se mesurer en termes de charge de travail. L'enjeu de l'adhésion est la création d'une situation plus cohérente, plus conforme à nos principes, en termes d'égalité entre les États et l'Union ainsi que sur le plan de la sauvegarde des droits de l'homme et de la protection des citoyens. A cet égard, la décision des États membres de l'Union en faveur de l'adhésion de cette dernière à la Convention européenne des droits de l'homme contribue sans nul doute au renforcement de la protection des droits de l'homme en Europe. Il aboutira à terme à la création d'un espace commun de protection des droits de l'homme sur l'ensemble du continent européen. Il y va de l'intérêt de tous les citoyens européens ainsi que des droits fondamentaux en Europe, ces droits qui sont notre patrimoine commun.

Françoise Tulkens