

Carmen ACHIMESCU

Le contrôle des actes des organisations internationales devant le juge de Strasbourg⁷

Le contrôle de la Cour EDH sur les actes nationaux de mise en œuvre des normes dérivées des organisations internationales soulève au moins deux problèmes importantes. D'un part, la Cour de Strasbourg ne dispose pas de compétence personnelle pour analyser les actes d'origine, dont les auteurs ne sont pas parties à la CEDH. D'un autre part, la compétence matérielle de la Cour à l'égard de certains comportements des Etats entre en conflit avec celle d'autres entités internationales chargées d'assurer l'équilibre des compétences, des pouvoirs et des responsabilités spécifiques à certains ordres juridiques internationaux. Ainsi, l'imputabilité de certains actes à tel ou tel sujet de droit international, ainsi que le contenu concret des obligations internationales des Etats sont de plus en plus difficile à évaluer et le chevauchement des compétences et des objectifs nationaux et internationaux donne lieu à des confusions relatives tantôt à compétence personnelle, tantôt à la compétence matérielle de la Cour EDH.

Pourtant, à la restriction (volontaire) de la compétence matérielle d'un l'Etat partie à la CEDH au profit d'une organisation internationale correspond, selon la Cour, l'obligation de s'assurer qu'un déficit de protection des droits des particuliers n'en résulte. En ce sens, la Cour distingue, dans un premier temps, l'intervention imputable à l'Etat, afin de constater sa compétence personnelle de juger la conventionalité de tel ou tel comportement. C'est uniquement dans une étape ultérieure que le juge de Strasbourg procède à l'analyse du comportement de l'Etat du point de vue matériel. Cette deuxième étape de l'analyse ne manque pas de difficultés, puisque la Cour s'impose également de vérifier si l'Etat a disposée d'une quelconque liberté d'action. L'absence de marge nationale d'appréciation de l'Etat dans l'application des obligations internationales ne signifie pas que l'acte d'application respectif ne pourrait pas être imputable à l'Etat.

La cession volontaire de l'exercice de certaines compétences aux organisations internationales ne s'oppose donc pas à l'extension de certains effets - atténués, il est vrai - de la CEDH sur l'activité des organisations internationales. A cet égard, l'identification d'un acte national d'application des décisions prises au niveau international reste néanmoins déterminante (I). La portée du contrôle de conventionalité des actes nationaux d'application est ensuite modulée en fonction de la marge nationale d'appréciation dont l'Etat dispose dans l'application du droit international, aussi qu'en fonction du niveau de protection des droits de l'homme dans tel ou tel ordre juridique international (II). C'est dans ce contexte qu'une très controversée présomption de protection des droits de l'homme à un niveau équivalent à celui offert par la CEDH a été instituée et maintenue par le juge de Strasbourg par rapport à l'ancien pilier communautaire de l'UE (III).

⁷ Acknowledgment: This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/133255, Project ID 133255 (2014), co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

I. La relativisation des limites de la compétence personnelle de la Cour EDH

La juridiction de Strasbourg a systématiquement déclaré irrecevables *ratione personae* les requêtes dirigées contre des organisations internationales en tant que telles ou contre leurs organes, alors même que tous les Etats membres de l'organisation étaient des Etats parties à la CEDH⁸. Par contre, le comportement de l'Etat en tant que tel est susceptible de faire l'objet d'un contrôle de conventionalité «dès qu'on peut identifier une intervention de l'Etat», même si ledit comportement a été déterminé par sa qualité de membre d'une organisation internationale⁹. La double qualité d'Etat membre d'une organisation internationale et partie à la CEDH a généré une jurisprudence assez riche qui a fini par inspirer la Commission du Droit International (CDI)¹⁰ par rapport à la possibilité de mettre en cause la responsabilité d'un Etat pour les actes d'une organisation internationale dont il fait partie, dans certaines circonstances. La théorie de l'insuffisance manifeste de protection, énoncée par la Cour EDH semble avoir inspirée les articles du Projet de la CDI relatifs à la responsabilité subsidiaire de l'Etat pour les agissements de l'organisation internationale dont il fait partie¹¹. Ayant à la base la répartition des compétences entre les deux sujets de droit international, la responsabilité de l'Etat pour le fait de l'organisation internationale doit néanmoins être fondée sur un comportement spécifique de l'Etat¹².

A travers sa jurisprudence, la Cour explore les possibilités de trouver l'équilibre entre l'impératif de protection des droits de l'homme et le respect des particularités des ordres juridiques internationales. Dans ce contexte, la Cour EDH maintient une conception extensive de sa compétence, par le biais d'une approche «complète» de la juridiction de l'Etat adhérent défendeur¹³. L'absence de compétence *ratione personae* de la Cour pour contrôler directement les actes communautaires ou le droit onusien ne constitue pas un obstacle au contrôle indirect de ceux-ci, à travers les mesures nationales d'exécution.

Dans l'affaire *Confédération française des travailleurs*¹⁴, la Commission Européenne des droits de l'Homme (Commission EDH/Commission) affirmait clairement que la responsabilité d'une organisation internationale ne peut pas être directement mise en cause devant la Cour EDH, vu que la juridiction de la Cour ne s'étend qu'aux Etats parties. Par contre, dès qu'un Etat partie est appelé à intervenir dans la mise en œuvre des obligations découlant de son

⁸ Commission EDH (déc.) *CFDT c. Communautés européennes et contre les Etats membres individuellement et en tant que collectivité* (Requête no13539/88), 19.01.1989. Dans l'affaire *Bosphorus Hava Yolları Turizm c. Irlande* (Requête no 45036/98), Cour EDH (GC), arrêt du 30.06.2005, il est précisé que: «même en tant que détentrice des pouvoirs souverains ainsi transférés, l'organisation internationale concernée ne peut, tant qu'elle n'est pas partie à la Convention, voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux» (§152); voir également *A. Bultrini*, La responsabilité des états membres de l'Union Européenne pour les violations imputables au système communautaire, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)* 1/2002, p. 5-43; *J. Andriantsimbazovina*, La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'Homme dans l'Union Européenne?, in *Revue française de droit administratif (RFDA)* 2/2005, p. 566-576.

⁹ *F. Benoit-Rohmer*, Bienvenue aux enfants de Bosphorus, in *RTDH* 1/2010, p. 19-37, p. 20.

¹⁰ *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, soumis par la Commission de Droit International (CDI) à l'Assemblée Générale de l'ONU, A/66/10, avril 2011.

¹¹ Art. 62 du Projet, supra.

¹² *F. Benoit-Rohmer*, supra, p. 22.

¹³ *J. Andriantsimbazovina*, supra, p. 569.

¹⁴ *CFDT c. les Communautés européennes et les Etats membres*, supra.

appartenance à l'organisation ou à la Communauté, le comportement de cet Etat est soumis au contrôle de la Cour¹⁵. Ainsi, par acte national d'application on comprend toute intervention assez individualisée pour être attribuée à l'Etat, qu'elle soit de nature normative, exécutive ou judiciaire.

A. L'inclusion des actes nationaux d'application du droit communautaire dans le concept de «juridiction» de l'Etat

L'exercice du contrôle de conventionalité des actes des Etats parties à la CEDH dans le contexte de l'intégration communautaire a été défini à plusieurs niveaux, en tenant compte de l'interpénétration des ordres juridiques, à savoir du fait que «*les actes adoptés par les institutions de l'UE peuvent être mis en application par les Etats membres et, vice-versa, les dispositions des Traités fondamentaux, conclus par les Etats membres, peuvent être mises en application par les institutions de l'Union*»¹⁶.

Concernant les *actes nationaux d'application du droit originaire*, la Cour se tient à une appréciation souple de la notion d'acte national d'application et procède à un contrôle complet de conventionalité puisque les traités sont librement consentis par les Etats parties qui doivent assumer la responsabilité pour leurs effets. L'affaire de référence est *Matthews c. Royaume-Uni*¹⁷ dans laquelle la requérante invoquait l'art. 3 du Protocole 1 concernant l'obligation des Etats parties d'organiser des élections législatives afin de contester l'impossibilité des résidents du Gibraltar de participer aux élections du Parlement européen. Cette impossibilité des résidents de Gibraltar de participer aux élections européennes résultait d'un accord entre les Etats membre de l'UE¹⁸ qui instaurait un régime spécifique pour ce territoire. Après une analyse détaillée des compétences du Parlement européen, la Cour EDH décide que celui-ci remplit des fonctions législatives qui concernaient le Gibraltar, ainsi que l'art. 3 du Protocole 1 était applicable à l'égard des élections parlementaires européennes sur ce territoire: «Le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione*

¹⁵ *F. Benoit-Rohmer*, supra, p. 21.

¹⁶ *A. Potteau*, A propos d'un pis-aller: la responsabilité des Etats membres de pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la CEDH, in *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)* no. 2/2009, p. 697-716; voir également *D. Spielmann*, Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1784, p. 1447-1466.

¹⁷ *Matthews c. Royaume Uni* (Requête no 24833/94), Cour EDH (GC), arrêt du 18.02.1999; pour des commentaires voir *Revue universelle des droits de l'homme (RUDH)*, 1999, p. 253 ss, obs. *G. Cohen-Jonathan* et *J.-F. Flauss*; *RTDH* 3/1999, p. 873 ss, obs. *A. Potteau*, *Cahiers de droit européen (CDE)*, 2000, p. 121 ss, obs. de *O. Schutter*, *O. L'Hoest*, *RUDH* 2000, p. 50 ss, obs. *F. Tulkens*.

¹⁸ «(...) en l'espèce, la violation de la Convention résulterait de la combinaison d'une annexe à l'Acte de 1976, auquel le Royaume-Uni a souscrit, avec l'élargissement des compétences du Parlement européen opéré par le traité de Maastricht. La Décision du Conseil, l'Acte de 1976 (paragraphe 18 ci-dessus) et le traité de Maastricht ayant modifié le traité CEE constituent tous des instruments internationaux auxquels le Royaume-Uni a librement souscrit. De fait, l'Acte de 1976 ne peut être attaqué devant la Cour de justice des Communautés européennes, car il ne s'agit pas d'un acte «ordinaire» de la Communauté, mais d'un traité conclu au sein de l'ordre juridique communautaire. Le traité de Maastricht n'est pas, lui non plus, un acte de la Communauté, mais un traité, par la voie duquel s'est réalisée la révision du traité CEE (...).» *Ibidem*, §33.

materiae au titre de l'article 1 la Convention et, en particulier, de l'article 3 du Protocole n° 1, des conséquences de ce traité»¹⁹.

Quant à l'application des actes communautaires dérivés, le juge de Strasbourg a beaucoup hésité avant de trancher clairement le problème. Saisie d'une mesure nationale d'exécution du droit communautaire dans l'affaire *M & Co c. Allemagne*²⁰, la Commission EDH considérait la requête recevable *ratione personae*, mais infondée *ratione materiae*, parce que le droit communautaire offrait une protection équivalente à celle que la CEDH. A ce stade, il y avait une présomption irréfragable de conventionalité des actes pris en application du droit communautaire. Les fortes critiques vis-à-vis de cette décision ont déterminé la Commission à accepter le principe du contrôle de conventionalité d'actes adoptés par les autorités luxembourgeoises pour appliquer un règlement communautaire, dans l'affaire *Procola*²¹. Pourtant, la requête est déclarée manifestement mal fondée puisque les mesures en cause ne revêtaient pas de caractère pénal au sens de l'article 7 de la Convention.

Par contre, dans l'affaire *Cantoni c. France*²², la Cour procède au contrôle de conventionalité des actes nationaux d'application du droit communautaire dérivé: «la circonstance, rappelée par le Gouvernement, que l'article L. 511 du code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 (paragraphe 12 ci-dessus) ne le soustrait pas à l'empire de l'article 7 de la Convention (art. 7)».²³ L'argumentation n'est pas abondante. En plus, il s'agit d'un acte national de transposition d'une directive communautaire, une norme communautaire de droit dérivé dont l'effet direct n'a pas été reconnu dans le cas d'espèce et qui laisse donc une large marge de liberté à l'Etat. L'affaire *Cantoni* ne répondait donc pas aux interrogations sur la responsabilité des Etats parties au cas où l'Etat est totalement dépourvu de pouvoir discrétionnaire et de marge d'appréciation. En se déclarant compétente pour connaître l'affaire, malgré la dépendance de la loi de transposition par rapport à la directive, la Cour semblait ne pas tenir compte du pouvoir d'appréciation de l'Etat; de l'autre côté, à partir du refus de condamner la France, après une analyse minutieuse, on peut comprendre que la marge de liberté de l'Etat avait un rôle important dans la modulation de la responsabilité des Etats sur le terrain de la Convention. A ce stade on pouvait déjà affirmer que la présomption de compatibilité avec la CEDH ne concernait pas les actes nationaux d'application du droit communautaire, mais uniquement le droit communautaire.

Finalement, c'est l'arrêt *Bosphorus*²⁴ qui offre des précisions importantes sur l'obligation des Etats membres de l'UE de respecter la Convention dans l'application du droit communautaire.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ *M & Co c. RFA* (Requête no 13258/87), Commission EDH, décision du 9.02.1990.

²¹ *Procola c. Luxembourg* (Requête no 14570/89), Commission EDH (Plénière), décision du 1.07.1993 et Cour EDH (Plénière), arrêt du 28.09.1995.

²² *Cantoni c. France* (Requête no 17862/91), Commission EDH, décision du 15.11.1996; voir également l'arrêt rendu par Cour EDH (GC) le 15.11.1996.

²³ Ibidem, §30.

²⁴ *Bosphorus Hava Yolları Turizm c. Irlande* (Requête no 45036/98), Cour EDH (GC), arrêt du 30.06.2005; pour les commentaires voir *F. Sudre, J.-P. Marguinaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet*, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, 6^{ème} éd., 2011, p. 902 (GACEDH), commentaire no. 71; La semaine juridique, édition générale (JCP) 2005, II, 10128, obs. *F. Sudre*; RTDE 2005, p. 756 ss, obs. *J.-P. Jaque*; CDE 2006, p. 363 ss, obs. *V. Constantinesco*; RFDA 2006, p. 566 ss, *J. Andriantsimbazovina*; RTDH 2005, p. 827 ss, obs. *F. Benoit-Rohmer*; L'Europe des Libertés, 14/2005, obs. *F. Kauff-Gazin*.

Une société turque louant des aéronefs à une compagnie aérienne yougoslave s'était trouvée dans l'impossibilité d'utiliser l'appareil à la suite de la saisie de celui-ci par les autorités irlandaises sur la base d'un règlement communautaire²⁵. Ce règlement mettait en œuvre des sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies à l'encontre de la RFY. L'analyse de la Cour porte d'abord sur le point de savoir si la saisie en cause relevait d'un libre exercice du pouvoir des autorités irlandaises ou bien d'un acte imposé par les obligations communautaires de l'Irlande: *«la Cour estime que l'atteinte litigieuse ne procédait pas de l'exercice par les autorités irlandaises d'un quelconque pouvoir d'appréciation, que ce soit au titre du droit communautaire ou au titre du droit irlandais, mais plutôt du respect par l'Etat irlandais de ses obligations juridiques résultant du droit communautaire (...).»*²⁶. Le manque de marge d'appréciation ne rend pas la Cour incompétente ni *ratione personae*, ni *ratione materiae*.

Par la suite, la Cour continue à analyser l'acte de saisie de l'aéronef en tant qu'ingérence des autorités irlandaises dans le droit de propriété. La Cour retient que la juridiction suprême irlandaise n'avait pas eu la possibilité d'interpréter le règlement communautaire suite à la réponse de la CJCE qui était obligatoire à son égard. Ainsi, cette ingérence n'était pas le résultat de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire des autorités irlandaises. Concernant le but légitime de l'ingérence, la Cour fait référence à l'importance croissante de la coopération internationale²⁷. L'étape suivante, relative à l'analyse de la proportionnalité de l'ingérence est marquée par la théorie de la protection équivalente, détaillée au-delà du stade de la simple affirmation. La réconciliation du principe de la responsabilité des Etats parties à la Convention pour tous leurs actes et de l'autonomie fonctionnelle des organisations internationales auxquelles les Etats ont attribué des compétences se fait de manière similaire aux fameux arrêts *Solange* rendus par la Cour constitutionnelle allemande²⁸. La Cour EDH entend renoncer à son pouvoir de contrôle du respect des droits de l'homme en faveur du système juridique de l'UE à condition qu'un niveau «équivalent» de protection soit garanti au niveau de ce système. Concernant l'existence ou non d'une protection équivalente, la Cour EDH procède à un contrôle *in abstracto* du système communautaire des droits fondamentaux, mais celui-ci *«n'exclut pas l'examen in concreto d'une affaire donnée»*²⁹.

Ainsi, concernant les effets des actes issus de l'ordre juridique communautaire, la Cour privilégie *«la complétude de la juridiction de l'Etat défendeur, synonyme d'une conception élargie de sa compétence»*³⁰. Comme le remarquait le professeur Joël Andriantsimbazovina, *«ratione personae, ratione loci et ratione materiae, elle arrive au terme d'une évolution progressive concernant à la fois l'application des actes communautaires originaires et des actes dérivés. La Cour possède une compétence complète, même si elle n'est pas sans limites»*. En

²⁵ L'avion était restitué à la compagnie propriétaire en 1997 suite aux modifications du régime des sanctions et après de nombreuses démarches administratives et judiciaires dont la saisie de la CJCE en 1996 par le biais de la voie préjudicielle (C – 84/95, arrêt du 30.07.1996).

²⁶ *Bosphorus*, supra, §148.

²⁷ *Bosphorus*, supra, §150.

²⁸ Arrêts *«Solange»* I et II du 29.05.1974, respectivement 22.10.1986, par lesquels la Cour constitutionnelle allemande se réservait le droit de vérifier la conformité du droit européen avec la Constitution allemande du point de vue de la protection des droits fondamentaux.

²⁹ *Bosphorus*, supra, §156.

³⁰ *J. Andriantsimbazovina*, supra, p. 570.

établissant le «*parallélisme entre la juridiction des Etats adhérents et sa propre compétence*», le juge de Strasbourg affirme «*la plénitude de celle-ci*»³¹. Cela signifie que l'art. 1^{er} de la CEDH fait qu'aucune partie de la «juridiction» des parties contractantes ne puissent être soustraite à l'empire de la Convention; pourtant, la Cour donne beaucoup de crédit à la participation des Etats aux organisations internationales par le biais de la présomption de la protection équivalente, qui sera analysée plus largement par la suite.

B. L'inclusion de certains actes nationaux d'application du droit onusien dans le concept de juridiction de l'Etat

Actuellement, la Cour EDH a établi une distinction claire entre le contrôle de conventionalité des actes imputables à l'ONU directement, pour lequel elle s'était déjà déclarée incompétente *ratione personae* et *ratione materiae*³², et le contrôle de conformité des actes pris par les Etats membres en application des résolutions du Conseil de Sécurité, pour lequel la Cour est compétente³³. Pourtant, un contrôle opéré par analogie avec celui des actes d'application du droit communautaire se heurterait aux articles 25 et 103 de la Charte de l'ONU³⁴ qui peuvent faire obstacle à la compétence *ratione materiae* de la Cour en cas de conflit entre le droit conventionnel et celui onusien.

1) *Le maintien implicite des «zones fermées» au contrôle de la Cour EDH.* Concerne les actes du Haut représentant des Nations Unies au Kosovo, la Cour se déclarait incompétente pour juger une requête dirigée contre la Bosnie³⁵. Le requérant invoquait l'impossibilité de contester une décision du Haut Représentant qui lui interdisait de participer à la vie politique de son pays. Alors même que le Haut représentant exerçait des fonctions de gouvernement par rapport au dit territoire avec l'accord de l'Etat territorial, la Cour considère qu'en vertu du principe de l'autonomie de décision dont cette institution bénéficiait, en raison de son rattachement au Conseil de sécurité, ses décisions ne pouvaient pas être imputables à l'Etat d'accueil.

Deux autres affaires confirment que le contrôle de la Cour EDH sur les actes des institutions rattachées à l'ONU se trouvait limité par l'autonomie fonctionnelle de ces dernières. Dans les affaires *Galić et Blagojević c. Pays-Bas*³⁶ la Cour constatait que la responsabilité du Pays-Bas

³¹ Ibidem, p. 566 ss; pour plus de nuance voir *F. Benoit-Rohmer*, «*Bienvenue...*», supra.

³² *Behrami c. France* (Requête no 71412/01) et *Saramati c. France, Allemagne et Norvège* (Requête no 78166/01), Cour EDH (GC), décisions du 17.05.2007; pour des commentaires voir JCP 2007, I, 182, obs. *F. Sudre*, AFDI 2007, p. 43 ss, obs. *P. Klein*, RDP 2009, p. 893 ss, obs. *G. Gonzalez*.

³³ *Nada c. Suisse*, (Requête no 10593/2008), Cour EDH (GC), arrêt du 12.09.2012 ; pour des commentaires voir JCP 2012, I, 1016, obs. *H. Surrel*; CEJE 19.09.2012, obs. *L. Grozdanovski*, disponible via (www.unige.ch/ceje); RTDH 2013, p. 457 ss, obs. *F. Finck*. Alors que le problème pouvait se poser par rapport à l'affaire *Bosphorus*, la Cour avait évité la réponse à la question de savoir si la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour les actes d'application des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies.

³⁴ Art. 25: «Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte»; Art. 103: «En cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront».

³⁵ *Berić et a. c. Bosnie* (Requête no 36357/04) Cour EDH, décision du 16.10.2007.

³⁶ *Galić et Blagojević c. Pays-Bas*, (Requêtes no 22617/07 et 49032/07), Cour EDH, décision du 09.06.2009.

ne pouvait pas être engagée pour le fonctionnement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPY) du simple fait que cette institution avait son siège au Pays-Bas. Le déroulement de la procédure devant le TPY ne relevait pas de la «juridiction» de cet Etat puisque la création et le fonctionnement de l'institution avaient été décidées par résolution du Conseil de sécurité de l'ONU³⁷.

2) *L'extension du contrôle de conventionalité sur les sanctions ciblées décidées par le Conseil de Sécurité de l'ONU.* Quant aux actes nationaux d'application des sanctions individuelles ciblées adoptées par le Conseil de Sécurité de l'ONU en vertu du Chapitre VII de la Charte, le juge de Strasbourg n'accepte plus l'argument de l'autonomie fonctionnelle des institutions internationales pour limiter sa compétence. Alors que la non-imputabilité à la Suisse des actes nationaux d'application des sanctions individuelles imposées par le Conseil de sécurité avait été invoquée par le Gouvernement, qui soulignait l'absence de marge de manœuvre pour les Etats, la Cour EDH refuse totalement cet argument dans l'affaire *Nada* (supra).

Dans l'arrêt *Nada c. Suisse* (supra), le raisonnement de la Cour ne paraît en rien différent par rapport à celui appliqué à la mise en œuvre nationale du droit communautaire: recherche d'un acte imputable à l'Etat, recherche de la marge nationale d'appréciation, évaluation de l'ingérence en fonction de l'existence/ inexistence de la liberté d'action des Etats. La Cour relève aussi que la plus faible marge de manœuvre peut jouer en faveur d'un requérant, mais, comme il résultera par la suite de l'affaire *Al-Dulimi*³⁸, l'imputabilité d'un acte d'application n'est pas particulièrement liée à la marge d'appréciation de l'Etat.

Concernant la compétence personnelle de la Cour suite à l'identification d'un acte national d'application, l'arrêt *Nada* insiste sur la différence de nature entre la mise à la disposition de l'ONU des forces armées nationales (l'hypothèse de la décision *Behrami*, supra) et les actes nationaux de mise en œuvre des sanctions ciblées. Concernant l'affaire *Behrami*, elle rappelle que «les actions et omissions litigieuses de la KFOR, dont les pouvoirs avaient été valablement délégués par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII de la Charte, et de la MINUK, un organe subsidiaire de l'ONU instauré en vertu du même chapitre, étaient imputables à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective». En revanche, dans l'affaire *Nada* «les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité (...) chargent les Etats d'agir en leur propre nom et de les mettre en œuvre au niveau national»³⁹. Les mesures imposées par les résolutions du Conseil de sécurité avaient été mises en œuvre au niveau national par une ordonnance du Conseil fédéral. Les demandes du requérant de bénéficier d'une dérogation à l'interdiction d'entrer sur le territoire suisse ont été rejetées par des autorités suisses. Ainsi, la Cour EDH conclut que l'on se trouve «en présence d'actes nationaux d'application d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU» et que «les mesures litigieuses ont été prises dans l'exercice par l'Etat suisse de sa «juridiction» au sens de l'article 1 de la Convention».

³⁷ Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (S/RES827), 25.05.1993.

³⁸ *Al-Dulimi et Montana Management INC. c. Suisse* (Requête no 5809/08), arrêt du 26.11.2013 – la Suisse ayant demandé la révision, l'affaire est actuellement pendante devant la Grande Chambre; pour des commentaires voir Journal d'actualités des droits européens 4.02.2014, obs. S. Platon, disponible via (<http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=node/695>).

³⁹ *Nada*, supra, §120.

II. La mise en œuvre d'un contrôle de conventionalité différencié

La Cour EDH essaye pourtant de concilier la liberté des Etats de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale et la nécessité d'élargir leur responsabilité conventionnelle à l'égard de la mise en œuvre des obligations découlant de l'appartenance à une telle organisation⁴⁰. L'intensité du contrôle de la Cour semble déterminée par deux concepts: la marge nationale d'appréciation et l'insuffisance manifeste de protection. La marge nationale d'appréciation dans la mise en œuvre nationale des obligations internationales des Etats est à la base d'un contrôle approfondi de conventionalité des actes nationaux d'application. En absence de cette marge, le contrôle de la Cour sur l'acte national d'application est limité au constat d'une éventuelle insuffisance manifeste de protection.

La Cour considère qu'en principe les Etats sont responsables de tous leurs agissements et de toutes leurs omissions, qu'ils découlent du droit national ou de leurs obligations internationales. L'interpénétration des compétences souveraines de l'Etat avec celles d'une organisation internationale ne fait pas obstacle à la mise en cause de la responsabilité de l'Etat partie à la CEDH: «Lorsque des Etats créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renfoncer leur coopération, et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné»⁴¹.

En vertu de la jurisprudence *Bosphorus*, une ingérence dans les droits garantis par la Convention est en principe justifiée dès lors que cette ingérence résulte strictement de la mise en œuvre par l'Etat, sans marge d'appréciation, d'une obligation résultant de son appartenance à une organisation internationale, à condition que cette organisation offre une protection des droits fondamentaux équivalente, à celle résultant de la Convention. Cette présomption de protection équivalente ne peut être renversée que si le niveau de protection des droits de l'homme au niveau de l'organisation, considéré équivalent à un moment donné, diminue par la suite, ou bien si, dans un cas précis, il est manifeste que la protection des droits de l'homme au niveau de l'organisation soit insuffisante.

⁴⁰ *Bosphorus*, supra: «Lorsqu'elle tente de concilier ces deux aspects et d'établir, ce faisant, dans quelle mesure il est possible de justifier l'acte d'un Etat par le respect des obligations découlant pour lui de son appartenance à une organisation internationale à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, la Cour reconnaît qu'il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné: les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective (M. & Co., décision précitée, p. 152-153, et Waite et Kennedy, arrêt précité, §67). *L'Etat demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention*» §154 ns.

⁴¹ *Waite et Kennedy c. Allemagne* (Requête no 26083/94) et *Beer et Regan c. Allemagne* (Requête no 28934/95), Commission EDH (Plénière), décision du 24.02.1997 et Cour EDH (GC), arrêt du 18.02.1999.

A. Le contrôle de conventionalité inhérent à la marge nationale d'appréciation

Les actes nationaux d'exécution ne font l'objet d'un contrôle complet de conventionalité que dans la mesure où l'Etat intervenant garde une marge d'appréciation importante. Dans ce cas, l'acte d'application d'une norme internationale est tout simplement assimilé aux actes nationaux de même nature.

Dans l'affaire *M.S.S contre Belgique et Grèce*⁴² la Cour de Strasbourg se déclarait compétente pour analyser sous l'angle de l'art. 3 CEDH un acte de refoulement des demandeurs d'asile en application du règlement communautaire «Dublin II» concernant l'asile communautaire. L'acte de refoulement imputable à la Belgique, adopté en application du règlement «Dublin II», a été pourtant considéré comme résultat de son propre choix et non pas d'une obligation communautaire, puisque le règlement lui-même laissait à l'Etat membre la liberté de se déclarer compétent pour traiter la demande d'asile. La Cour précisait par la suite que de toute façon elle entend «limiter la portée de l'arrêt Bosphorus au droit communautaire au sens strict, à l'époque le «premier pilier» du droit de l'Union européenne»⁴³.

Il résulte ainsi de manière indirecte que rien n'empêche la Cour de faire un contrôle détaillé des actes d'application lorsque l'Etat dispose d'une marge d'appréciation dans n'importe quel domaine, même dans le domaine de l'ancien premier pilier.

Afin de procéder au contrôle des mesures nationales de mise en œuvre des sanctions ciblées, le juge de Strasbourg suit la jurisprudence *Kadi* de la CJCE⁴⁴, au sens qu'il procède au contrôle de conventionalité des actes nationaux en tant que tels, en mettant l'accent sur le rôle actif de l'Etat dans l'implémentation des sanctions. Dans l'arrêt *Nada*, la Cour EDH mettait en premier plan les obligations positives inhérentes à la Convention pour constater la marge nationale d'appréciation dans l'application des sanctions, alors que l'Etat n'avait pas de véritable contrôle du mécanisme dans son ensemble. Alors que l'arrêt *Kadi* mettait l'accent sur les garanties procédurales lors de la mise en œuvre des sanctions ciblées, l'arrêt *Nada* met en premier plan le volet substantiel de l'art. 8. L'originalité de ce dernier consistait en ce que la marge nationale d'appréciation ait été évaluée non pas par rapport au degré d'impérativité de la norme internationale, mais par rapport à l'attitude proactive que l'on attendait de la part de la Suisse, en vertu de certaines obligations positives sur le terrain de l'art. 8 de la CEDH. En plus, la Cour soulignait qu'à la différence des normes communautaires les résolutions du Conseil de sécurité sont dépourvues d'effet direct et que leur mise en œuvre est ainsi imputable à l'Etat, même si les résolutions ne leur laissent pas la liberté l'individualisation des mesures.

Dans l'arrêt *Nada*, l'analyse de l'ingérence de l'Etat restait pourtant centrée sur la marge nationale d'appréciation. Par la suite, l'arrêt *Al-Dulimi* rendu dans une affaire similaire reflétait

⁴² *M.S.S c. Belgique et Grèce* (Requête no 30696/09), Cour EDH (GC), arrêt du 21.01.2011; pour des commentaires voir JCP 2011, II, 914, obs. *F. Sudre*, JCP 2011, IV, 124, obs. *C. Picheral*, RTDH 2011, p. 1023 ss, obs. *C. Raux*; Près d'un millier de requêtes de ce type sont pendantes devant la Cour EDH ; voir également l'affaire *N.S.* (C411/10 C493/10), CJUE, arrêt du 21.12.2011 qui, par le biais d'une question préjudicielle posée par le juge britannique confirme que les conditions de détention des demandeurs d'asile en Grèce étaient contraires à l'art. 3 CEDH.

⁴³ *Ibidem*, §338.

⁴⁴ *Kadi et Al-Barkaat* (T-315/01 et T-306/01), TPICE, arrêt du 21.09.2005, pour des commentaires voir la revue *Europe*, déc. 2005, p. 4 ss, obs. *D. Simon* et *F. Mariatte*; *Kadi et Al-Barkaat* (C-402/05 P et C-415/05), CJCE, arrêt du 3.09.2008, commenté dans la *Revue du Marché Commun* 524/2009, p. 32 ss, obs. *M. Beulay* et RTDE 2009, p. 161 ss, obs. *J.P. Jacque*; *Kadi* (T-85/09), TPIUE, arrêt du 30.09.2010.

une argumentation basée plutôt sur la théorie de l'insuffisance manifeste de protection des droits de l'homme dans la procédure onusienne des sanctions ciblées analysée par ensemble: «tant qu'il n'existe pas d'examen judiciaire efficace et indépendant, au niveau des Nations unies, de la légitimité de l'inscription des personnes et entités sur leurs listes, il est essentiel que ces personnes et entités soient autorisées à demander l'examen par les tribunaux nationaux de toute mesure prise en application du régime des sanctions. Or, les requérants n'ont pas bénéficié d'un tel contrôle. Il s'ensuit que leur droit d'accès à un tribunal a été atteint dans sa substance même» (§134).

B. La relation équivoque entre l'absence de marge nationale d'appréciation et l'exigence d'un niveau de protection équivalent

Suivant la jurisprudence de la Cour EDH concernant les actes d'application du droit international dérivé, là où la marge nationale d'appréciation s'arrête, la présomption de protection équivalente devrait commencer. Cette présomption justifiée par l'existence de systèmes internationaux de protection des droits individuels similaires (et non pas identiques) à celui de la Convention, pourrait être renversée uniquement par la preuve d'une insuffisance manifeste de protection. Cela fait que le concept d'insuffisance manifeste de protection se distingue de celui de violation de la Convention. Ainsi apparaît la possibilité que le standard minimum garanti ne soit pas le même dans les deux systèmes, situation potentiellement défavorable aux justiciables qui se voient opposer la présomption de protection équivalente sans qu'un examen détaillé de leur situation ne soit fait par le juge de Strasbourg.

Cette construction originale⁴⁵ peut s'interpréter sous deux angles: en tant qu'élargissement indirecte du champ d'application de la Convention afin de corriger les insuffisances manifestes dans la protection des droits fondamentaux par des organisations internationales qui ne sont même pas parties à la Convention, ou bien en tant que réduction du contrôle de la Cour à un niveau purement hypothétique⁴⁶. La question qui se pose c'est de savoir si la distinction entre «insuffisance manifeste» et «violation» de la Convention a des effets réels sur l'efficacité du contrôle de conventionnalité. Ce contrôle reste-il «potentiel» lorsque la protection communautaire des droits fondamentaux est présumée être équivalente à celle résultant de la CEDH?

La Cour EDH a précisé que «pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste». Dans un tel cas, le rôle de la Convention «en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen» dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale⁴⁷. L'on suggère que le potentiel renversement de cette présomption se ferait suite à un contrôle *in concreto*, dans le cadre d'une «affaire donnée»⁴⁸.

De manière similaire à la théorie des obligations positives, le concept d'insuffisance manifeste de protection y intervient afin d'assurer la subsistance des garanties des droits de l'homme, en autorisant la Cour à sanctionner l'Etat pour les effets que le comportement d'un tiers produit dans la sphère de sa juridiction. L'Etat est en quelque sorte responsable pour avoir

⁴⁵ *F. Benoit-Rohmer*, supra, p. 21, mentionnait qu'il s'agissait d'une jurisprudence de type «Solange».

⁴⁶ *J. Adriantsimbazovina*, supra, p. 566 ss.

⁴⁷ *Bosphorus*, supra, §156.

⁴⁸ Voir les conclusions de *F. Benoit-Rohmer*, supra.

transféré des compétences à l'organisation internationale qui, elle, n'assure pas un standard minimal de protection des droits de l'homme.

1) *Le contrôle atténué des actes d'application sans marge d'appréciation du droit communautaire dérivé.* Comme le remarquait le juge Ress dans son opinion séparée vis-à-vis de l'arrêt *Bosphorus*, l'on pourrait parler d'un traitement privilégié accordé aux États membres de l'Union puisque l'exception de «l'insuffisance manifeste» ne serait qu'une fausse menace à l'égard des actes d'application du droit communautaire. On ne peut qu'acquiescer à cette opinion, dans la mesure où, jusqu'à présent, il n'y a aucune condamnation des actes nationaux d'application du droit communautaire suite au constat d'une insuffisance manifeste de protection au niveau de l'Union.

Puisque l'arrêt *Bosphorus* ne faisait aucune précision sur la notion d'insuffisance manifeste de protection, on ne pouvait que penser à une violation évidente des droits individuels, qui peut être constatée suite à un examen global extérieur d'une situation. En même temps, on ne pouvait pas ignorer que le constat d'une violation est une démarche plus subtile qui va plus loin qu'un simple examen d'ensemble. C'est la décision *Coopérative des Agriculteurs de la Mayenne*⁴⁹ qui apporte plus d'indices. Les sanctions appliquées par les autorités françaises pour le dépassement des quotas laitiers en application à la lettre d'un règlement communautaire sont analysées comme toute autre ingérence dans le droit de propriété. La Cour de Strasbourg procède à un examen tout à fait traditionnel qui conclut à la légitimité de la mesure, à sa nécessité pour des raisons de stabilité du marché, et à sa proportionnalité puisqu'un marché stable correspond également aux intérêts de l'association requérante⁵⁰.

Dans une décision ultérieure, *Biret c. 15 États membres de l'UE*⁵¹, la Cour revient au style laconique adopté dans la motivation de l'arrêt *Bosphorus*. Le requérant accusait l'inexistence d'une voie de recours contre les directives européennes interdisant les importations de viande élevée aux hormones qui aurait entraîné la faillite de la société. Les directives en cause étant

⁴⁹ *Coopérative des agriculteurs de la Mayenne c. France* (Requête no 16931/04) Cour EDH, décision du 10.10.2006.

⁵⁰ «Si la Cour a reconnu que de tels prélèvements pouvaient en effet constituer une *ingérence* dans le droit des producteurs ou des acheteurs au respect de leurs biens (*Procola et autres c. Luxembourg*, no 14570/89, décision de la Commission du 1er juillet 1993, Décisions et rapports 75), elle estime qu'en l'espèce cette ingérence est, sans conteste, *justifiée au regard de l'article 1* du Protocole no 1. Elle relève en effet tout d'abord que la *base légale* litigieuse est constituée par des dispositions de droit communautaire (à savoir notamment l'article 1er du règlement (CEE) no 857/84, voir supra, «Le droit pertinent») qui posent en termes précis le montant du prélèvement contesté, sans que les autorités françaises aient pu disposer d'un quelconque pouvoir d'appréciation sur ce montant. La Cour rappelle ensuite, quant à la *légitimité du but poursuivi*, que les organes de la Convention ont déjà eu l'occasion de souligner *l'intérêt général d'une maîtrise de la production laitière*, politique qualifiée à cette occasion de «cause d'utilité publique, dans la mesure où elle vise à stabiliser ce marché» (*Procola et autres*, décision précitée). La Cour ajoute que le respect de cette politique par les autorités des États membres de l'Union européenne concourt légitimement à l'efficacité de la coopération internationale et à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des organisations internationales (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c. Irlande* ([GC], no 45036/98, CEDH 2005-VI). La Cour note enfin et surtout, comme la Commission l'avait elle-même souligné dans la décision *Procola et autres*, que la stabilisation du marché du lait *bénéficie directement aux requérantes* et que le système choisi par la France permet de répercuter le prélèvement litigieux sur les producteurs en dépassement» (ns), *ibidem*.

⁵¹ *Biret c. 15 États membres de l'UE* (Requête no 13762/04), Cour EDH, décision du 9.12.2008.

déclarées incompatibles avec l'accord entre la Communauté et l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC), le requérant avait essayé de faire valoir ses droits devant la juridiction communautaire. Celle-ci qui avait décidé que la responsabilité de la Communauté ne pouvait pas être mise en cause pour des faits antérieurs à la décision de l'organisme de règlement des différends de l'OMC. Vu que le requérant avait cessé son activité avant cette date, sa requête était rejetée par la juridiction communautaire. Sans exposer ses arguments, la Cour EDH conclut tout court à l'inexistence d'insuffisance manifeste de protection, sans examiner les détails de la requête comme elle avait fait dans l'affaire précédente.

Par la suite, la Cour revient à un argumentaire plus détaillé. Dans l'affaire *CPNKV*⁵², relative à l'impossibilité de répondre aux conclusions de l'avocat général devant la CJCE dans le cadre d'une procédure préjudicielle, la Cour EDH se retrouvait encore une fois devant l'hypothèse des affaires *Emesa Sugar* (supra) et *Senator Lines*⁵³ qu'elle avait déclaré irrecevables à l'époque sans avoir à se prononcer sur sa compétence *ratione personae*. L'affaire *CPNKV* n'étant pas irrecevable *ratione materiae*, la Cour EDH est arrivée à se prononcer sur le problème de l'équivalence de la protection offerte au niveau communautaire concernant le principe du contradictoire. La motivation de la Cour EDH est cette fois complète. D'abord elle souligne soigneusement les différences entre l'hypothèse de l'affaire et celles des arrêts *Vermeulen*⁵⁴ et *Kress*⁵⁵.

La théorie de l'apparence qui, dans l'affaire *Kress* mettait en cause la présence du commissaire du gouvernement français au délibéré du Conseil d'Etat ne trouvait pas à s'appliquer lorsque l'avocat général auprès de la CJCE ne participait pas au délibéré. En même temps, la Cour avait affirmé que la communication de la réponse formulée par une partie aux conclusions de la note en délibérée suffisait pour assurer le caractère contradictoire de la procédure. En ce sens, dans l'affaire *CPNKV*, la Cour EDH examine les possibilités de continuer la procédure en contradictoire après que les conclusions de l'avocat général soient posées devant la CJCE. Pour cela, elle rappelle la spécificité de la procédure préjudicielle, basée sur le dialogue des juges. La Cour EDH apprécie que la CJCE n'avait pas à se prononcer sur des éléments de fait, mais simplement sur l'interprétation de la directive communautaire. Ainsi la preuve et la qualification juridique des faits se fait devant juge national⁵⁶, dans le cadre d'une procédure qui, prise dans

⁵² *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas* (Requête no 13645/05), Cour EDH décision du 20.07.2009.

⁵³ *Emesa Sugar c. Pays-Bas* (Requête no 62023/00), Cour EDH, décision du 15.01.2005 obs. *D. Spielman*, RTDH 2000, p. 585 ss ; *Senator Lines c. 15 Etats* (Requête no 56672/00), Cour EDH (GC), décision du 10.03.2004, obs. *F. Benoit-Rohmer*, L'Europe des libertés 2001, p. 1 ss et obs. *F. Krenc*, RTDH 2005, p. 121 ss ; la Cour EDH avait déclaré la requête irrecevable *ratione materiae*, puisque les mesures en cause concernaient des tarifs douaniers qui, relevant du domaine fiscal, n'entraient pas dans la sphère de l'article 6 ; ainsi, la Cour de Strasbourg évite de se prononcer dans une affaire qui avait déjà été examinée par le CJCE (la conclusion de la CJCE était que les règles procédurales applicables aux Etats n'étaient pas applicables aux procédures devant la CJCE).

⁵⁴ *Vermeulen c. Belgique Vermeulen c. Belgique* (Requête no 19075/91), Cour EDH (GC), arrêt du 20.12.1996.

⁵⁵ *Kress c. France* (Requête no 39594/98), Cour EDH (GC), arrêt du 7.06.2001.

⁵⁶ Décision *CPNKV* (supra): «Dans le cas présent, la CJCE a dit dans son arrêt qu'en vertu du droit communautaire, l'Etat défendeur pouvait accorder à l'association requérante une licence pour la pêche mécanique à la coque s'il était démontré au-delà de tout doute raisonnable d'un point de vue scientifique cette activité n'endommagerait pas les habitats naturels de la mer des Wadden. Ainsi, si l'association requérante avait pu apporter une telle preuve, rien ne se serait opposé à ce que la Section du contentieux administratif rejette les recours introduits par l'Association de la mer des Wadden».

son ensemble, présentait asse de garantie afin d'assurer le principe du débat contradictoire.⁵⁷ En plus, l'association requérante aurait pu remettre en question la réponse de la CJCE devant la juge national, afin de montrer que cette dernière s'était fondée sur une appréciation erronée des faits. Le cas échéant, le juge national aurait pu formuler une nouvelle question préjudicielle. Le constat d'absence d'insuffisance manifeste après une analyse assez détaillée ne fait que confirmer l'attitude conciliatrice qui a toujours permis à la Cour EDH de préserver à la fois l'effectivité du recours et l'obligation de respecter le droit international.

Même si la décision finale ne dépend pas d'une autorité nationale, comme c'est le cas de l'intervention décisive des organes juridictionnels de l'UE par le biais des questions préjudicielles, le lien juridictionnel est établi par l'ouverture de la procédure devant le juge national. Ainsi, le lien juridictionnel entre l'Etat et le justiciable est-il extrêmement faible, dans la mesure où l'interprétation donnée par l'organe juridictionnel supranational revêt l'autorité de chose jugée, l'Etat n'ayant aucune marge d'appréciation⁵⁸. En même temps, par rapport au principe de l'indépendance de la justice, une procédure juridictionnelle au niveau national ne peut pas non plus être assimilée à un acte national d'exécution. Dans l'affaire *CPNKV U.A. c. Pays-Bas* l'Etat est considéré partie active dans le processus décisionnel, même si l'issue de la procédure sera déterminée par la CJCE, dont les décisions s'imposent aux organes juridictionnels nationaux. Il est étonnant que la Cour accepte de prendre en compte l'intervention du juge national de manière isolée afin d'établir la «juridiction» du Pays-Bas, mais qu'ensuite elle précise qu'il s'agissait d'une procédure juridictionnelle où la répartition des compétences n'est pas strictement délimitée et dont la conventionalité doit être examinée par ensemble. En fait, l'intervention du juge national est à la limite du transfert de la compétence de juger et de l'acte d'application d'une décision prise au niveau supranational.

La prise en compte de la dynamique des compétences dans le cadre d'une procédure judiciaire est pourtant un moyen d'intervention subsidiaire, lorsqu'il n'y a pas d'autre lien de rattachement entre le requérant qui subit les effets d'un acte imputable à l'organisation internationale exécuté par l'Etat ayant la double qualité de membre de l'organisation et partie à la CEDH.

Cette attitude de la Cour peut être interprétée à la fois comme confirmation et infirmation de la théorie des doubles standards, qui est de plus en plus controversée à partir de l'arrêt *Bosphorus*⁵⁹. D'un côté, l'allusion à la théorie de l'apparence donnait de l'espoir, de l'autre, le refus de l'appliquer à la procédure communautaire en tant que telle légitime la question que les sceptiques se posent, à savoir quel est le sens et la portée réelle du concept d'insuffisance manifeste. Si la présomption de protection équivalente n'est en principe pas contestée, le mécanisme de sa mise en œuvre sera toujours contestable aussi longtemps que le concept d'insuffisance manifeste n'est pas clarifié⁶⁰.

⁵⁷ Ibidem: «A la lumière de ces considérations, la Cour doit conclure que l'association requérante n'a pas démontré que le fait qu'elle n'ait pas pu répondre aux conclusions de l'avocate générale ait «entaché d'une insuffisance manifeste» la protection dont elle a bénéficié et n'a donc pas renversé la présomption selon laquelle la procédure menée devant la CJCE avait protégé ses droits de manière équivalente à ce que prévoit la Convention».

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ *F. Benoit-Rohmer*, supra, p. 36; *K. Kuhnert*, Double standards in European human rights protection, in *Utrecht Law Review*, disponible via (<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/31>).

⁶⁰ *F. Benoit-Rohmer*, supra, p. 37.

2) *La mise en œuvre progressive d'un contrôle de conventionalité complet des actes d'application sans marge d'appréciation du droit onusien.* La situation reste néanmoins ambiguë en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux au niveau de l'ONU. Même si la Cour est arrivée à constater la non-conformité du système onusien des sanctions ciblées à l'art. 6 de la CEDH, suivant les mêmes étapes du raisonnement que dans l'affaire *Bosphorus*, aucune référence explicite n'est faite aux concepts tels la présomption de protection équivalente ou l'insuffisance manifeste de protection.

Jusqu'à présent, le juge de Strasbourg a analysé deux catégories d'actes de mise en œuvre des résolutions du Conseil de Sécurité: les actes accomplis sous mandat de l'ONU, non imputables aux Etats, et les actes nationaux d'application des sanctions individuelles décidées par le Conseil de Sécurité, imputables aux Etats parties à la CEDH et soumis au plein contrôle de conventionalité.

Les arguments que la Cour EDH retenait dans l'affaire *Behrami (supra)* ne se limitaient pas pourtant à justifier son incompétence *ratione personae* pour connaître les actes accomplis par les Etats sous mandat de l'ONU. Comme pour l'éventualité où l'irrecevabilité *ratione personae* pouvait être contestée, la Cour citait son arrêt *Bosphorus* pour affirmer son incompétence *ratione materiae* de se prononcer sur la conventionalité des actes d'application du droit international dérivé aussi longtemps que la présomption de protection équivalente n'était pas renversée. La référence à l'arrêt *Bosphorus* était pourtant forcée, puisque dans l'affaire *Behrami* il ne s'agissait pas d'actes d'exécution sans aucune marge d'appréciation, comme c'était le cas dans l'affaire *Bosphorus*. Les activités opérationnelles des contingents militaires qui mettent en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité, par leur nature, bénéficient d'une large marge de manœuvre. Pourtant, ces activités n'étaient pas imputables aux Etats dont les agents avaient la nationalité, parce qu'ils agissaient sous le contrôle général des Nations unies et non pas de leurs Etats. Enfin, une conclusion peut être formulée à l'issue de cette analyse, à savoir que la présomption de protection équivalente était susceptible de s'appliquer au système juridique onusien.

Il est pourtant étonnant que ni l'arrêt *Nada*, ni l'arrêt plus récent *Al-Dulimi*⁶¹ ne font pas référence expresse aux théories de la protection équivalente et de l'insuffisance manifeste de protection énoncées dans l'arrêt *Bosphorus*, alors que l'hypothèse est similaire – mise en œuvre au niveau national des décisions obligatoires adoptées par des organisations internationales⁶². Par contre, tout comme l'affaire *Bosphorus* et, à la différence de l'affaire *Behrami*, les deux arrêts ne reprennent pas l'analyse de la supériorité du droit onusien en cas de conflit avec d'autres sources conventionnelles du droit international, alors que l'argument des tribunaux suisses qui s'étaient déclarées incompétents de juger des recours contre les mesures nationales d'application des résolutions du Conseil de sécurité était notamment la primauté de la Charte de l'ONU.

La Cour a simplement analysé si l'ingérence dans le droit d'accès au tribunal était ou non conforme à la CEDH. Dans les deux cas, la Cour décidait ainsi que l'ingérence poursuivait un but légitime à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationale. Dans l'affaire *Nada* était en cause une sanction dirigée contre les suspects de terrorisme international, qui était une menace imminente. Dans l'affaire *Al-Dulimi*, les sanctions ciblées s'inscrivaient dans le prolongement de l'invasion du Koweït en 1990. Ainsi, le contrôle de la nécessité de l'ingérence est légèrement différent dans chacune des affaires mentionnées. La Cour en déduit que «des

⁶¹ *Al-Dulimi*, supra.

⁶² *R. Tinierre*, Les black lists du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme, RTD E 2/2013, p. 515 ss.

mesures plus différenciées et ciblées semblent dès lors plus facilement compatibles avec une mise en œuvre efficace des résolutions» dans l'affaire *Al-Dulimi*. La Cour insiste aussi sur l'élément temporel, à savoir le fait que les requérants ont été privés de leur propriété pendant un laps de temps considérable. Les mots de la Cour sont ici particulièrement évocateurs: «l'impossibilité de contester la confiscation pendant des années est à peine concevable dans une société démocratique»⁶³.

Ceci fait que le rattachement tantôt à la marge d'appréciation de l'Etat, tantôt à l'insuffisance manifeste des garanties procédurales au niveau de la procédure des sanctions ciblées évaluée dans son ensemble, ne permette pas d'avoir une image claire de la portée du contrôle de conventionalité des actes d'application en absence de la marge d'appréciation de l'Etat.

III. La remise en question de la présomption de protection équivalente

Puisque les dispositions de la CEDH sont déjà intégrées dans le droit de l'Union Européenne en tant que «principes généraux» conformément à l'art. 6 TUE et à la jurisprudence de la CJCE, la CJCE/CJUE est compétente d'interpréter et d'appliquer la Convention, la présomption de protection équivalente des droits de l'homme au niveau de l'UE semble *prima facie* justifiée. Pourtant, des interprétations différentes des droits substantiels et procéduraux garantis par la CEDH sont tout-a-fait possibles, ce qui soulève le problème de l'émergence de standards multiples de protection. En plus, la Cour de Strasbourg ne confirme pas l'applicabilité de la présomption de protection équivalente au delà de l'ancien pilier communautaire⁶⁴.

A. Le sens incertain de la marge nationale d'appréciation

Le contrôle de conventionalité des actes nationaux d'application du droit international avec marge d'appréciation devrait se faire de la même manière que le contrôle des actes nationaux proprement dits. Pourtant, une question subsiste concernant le sens réel de la marge d'appréciation. Si dans les affaires *Bosphorus* et *MSS (supra)* l'inexistence, respectivement l'existence de la marge nationale d'appréciation étaient indiscutables, il y a des situations où la délimitation n'est pas tellement claire. Si par exemple un Etat membre prétend qu'il ne dispose pas de marge d'appréciation, cela suppose que le juge de Strasbourg fasse l'interprétation de cette marge, ce qui l'emmène indirectement à interpréter le droit européen⁶⁵. On n'envisage pas la situation, déjà évoquée, de l'interpénétration des deux ordres juridiques dans le cadre du renvoi préjudiciel. La Cour a déjà décidé que l'autorité de chose jugée de la réponse de la Cour réduit la marge d'appréciation du juge national et, suite à l'analyse d'ensemble de la procédure du renvoi préjudiciel, a considéré que cette procédure communautaire offrait assez de garanties pour le bon déroulement du procès.

Une autre hypothèse problématique est celle du droit dérivé qui impose une obligation encadrée par un minimum et un maximum d'intervention de l'Etat. Un exemple est offert par la

⁶³ *Al-Dulimi*, supra, §131; voir également les observations de *S. Platon*, supra.

⁶⁴ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, supra.

⁶⁵ *T. Lock*, *Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, Law and Governance in Europe Working Paper Series 12/2011, Centre for Law and Governance in Europe, London, disponible sur (http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl_clge_012_11.pdf).

directive européenne 2006/24/CE⁶⁶ qui concerne l'obligation de stockage de certaines informations personnelles par l'intermédiaire des services de communications électroniques pendant une période entre 6 mois et 2 ans. La seule marge d'appréciation laissée aux Etats membres dans l'application de la directive concerne le délai, puisqu'aucun indice concernant la façon de moduler ce délai n'y figure pas. Ainsi, les mesures nationales de mise en application constituent une ingérence dans la vie privée au sens de l'art. 8 de la Convention, peu importe si l'Etat a opté pour le délai minimum ou maximum. La proportionnalité de l'ingérence pourrait se décider sur la base de la durée de stockage, mais également sur la base d'autres éléments qui sont imposées par la directive. A supposer que la conventionalité de la mesure arrive à être évaluée par la Cour de Strasbourg, on est en présence d'un acte d'application mixte – concernant la liberté de choisir la durée de stockage entre un minimum et un maximum sera analysé comme tout acte bénéficiant d'une marge d'appréciation, pendant que pour les autres éléments on est dans l'hypothèse de l'arrêt *Bosphorus*.

Ainsi, la Cour devrait se prononcer sur l'existence d'une insuffisance manifeste de protection dans le système européen qui pourrait résulter du manque de clarté de la directive communautaire qui devrait préciser le lien entre les éléments obligatoires et celles laissées au gré des Etats afin d'éviter des standards multiples arbitrairement décidés par les Etats membres. Autrement dit, la Cour doit décider quelles étaient les éléments impératifs et ceux flexibles de la norme communautaire. Ensuite, les éléments impératifs feraient l'objet d'un contrôle de protection équivalente, pendant que les autres feraient l'objet d'un contrôle complet.

L'adhésion de l'Union à la CEDH ne résout que partiellement ce genre de problème, d'un côté parce la possibilité de sanction des omissions imputables à l'Union reste limitée et, de l'autre, parce que la tendance naturelle du requérant est de se tourner contre l'Etat qui applique la directive, pendant que l'Union, conformément au projet d'adhésion (voir supra), ne peut pas être obligée à devenir codéfendeur. En plus, la condition substantielle pour que le mécanisme codéfendeur puisse être activé est que la prétendue violation ne puisse être évitée que par le non respect du droit européen, ce qui suppose un conflit normatif. Un tel conflit n'existe que dans l'hypothèse où l'Etat dispose d'une marge d'appréciation⁶⁷.

B. L'absence d'une obligation de conformité du droit de l'UE par rapport à la CEDH

Pourtant, la CJCE/CJUE semble pleinement consciente que l'exigence de protection équivalente ne signifie pas obligation de conformité. Ainsi, malgré l'engagement de l'UE politique à respecter la CEDH et malgré l'évolution certaine du droit primaire, la période d'après le traité d'Amsterdam reflète une multiplication des cas de jurisprudence divergente des deux Cours.

⁶⁶ Directive 2006/24/CE du 15.03.2006, l'exemple est extrait de la monographie: *I. Galea*, Aderarea UE la Conventia Europeană a Drepturilor Omului/L'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, C.H. Beck, Bucarest, 2012, p. 160.

⁶⁷ Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – CDDH-UE (2011)16 final, juin 2011 ; Projet de rapport explicatif de l'accord portant sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – CDDH-UE (2011)16 final, juin 2011; voir également *T. Lock*, supra; pour des commentaires voir *X. Groussot*, *T. Lock*, *L. Pech*, EU Accession on the European Convention on Human Rights. a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011, in *European Issues* 218/2011 disponible sur (http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=qe-218).

Dans les affaires *Hoechts*⁶⁸ et *Niemietz*⁶⁹, la CJCE et la Cour EDH ne semblaient pas s'accorder sur l'applicabilité de l'article 8 en ce qui concerne les activités professionnelles. Pendant que la Cour EDH incluait certaines activités professionnelles et d'affaires dans le champ d'application de l'art. 8, la CJCE estimait que les affaires d'une société commerciale n'étaient pas concernées.

Une autre catégorie de divergences se présente sur le terrain de l'art. 6. En ce sens, un exemple de fonctionnement du dialogue des juges est illustré par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en matière de présomption d'innocence à partir de l'affaire *Orkem*⁷⁰ revisitée dans l'affaire *Huls*⁷¹, suite à l'arrêt de la Cour EDH *Funke c. France*⁷² qui reconnaissait à l'accusé le droit de ne pas présenter des preuves contre soi-même.

Dans l'affaire *Emesa Sugar*⁷³ le dialogue des juges semblait fonctionner de nouveau, mais cette fois en défaveur de la protection des droits de l'homme. Devant la CJCE le requérant avait invoqué l'art. 6 de la CEDH pour contester l'impossibilité de répondre aux conclusions de l'avocat général. En ce sens, il invoquait l'arrêt *Vermeulen (supra)* qui décidait que l'impossibilité de répondre aux conclusions générales du procureur violait le principe du contradictoire. La CJCE rejeta cet argument, puisqu'elle ne considérait pas que les deux situations fussent similaires. Par la suite, le requérant invoquait devant la Cour EDH que la décision du juge néerlandais rendue conformément à la réponse préjudicielle de la CJCE ne respectait pas les exigences de l'art. 6. Le juge de Strasbourg invoquait l'argument, soutenu par la jurisprudence antérieure, que l'objet du litige concernait le paiement des taux de douane et que le domaine de la fiscalité sortait du champ de l'art. 6, malgré son prononcé caractère pécuniaire. Dans l'affaire *Biret (supra)* la Cour précisait que l'équité de la procédure communautaire s'évaluait par ensemble, prenant en compte la procédure devant le juge national dans le cas de la voie préjudicielle.

Cette approche d'ensemble de la procédure communautaire s'imposait aussi dans la perspective de l'adhésion de l'UE à la CEDH, puisqu'une solution contraire arriverait à remettre en cause l'entier mécanisme juridictionnel de Luxembourg, à partir de l'accès à la justice et jusqu'au remède effectif.

La présomption de protection équivalente dont bénéficient les actes de l'Union européenne se résume pourtant aux actes communautaires de l'ancien premier pilier⁷⁴. Vu que le dialogue des deux Cours paraissait bien fonctionner et que la CJUE avait acquis certaines compétences dans l'ancien deuxième pilier, le crédit accordé au système communautaire aurait pu légitimement évoluer en parallèle avec la compétence de la CJUE. Pourtant, dans l'affaire *M.S.S c. Belgique et Grèce* la Cour EDH précisait clairement qu'en dehors du droit communautaire au sens stricte, les Etats disposaient en principe d'une large marge de manœuvre et que la présomption de protection équivalente ne s'appliquait pas. Il est néanmoins surprenant qu'une référence aux piliers communautaires soit nécessaire puisque, de toute façon, les actes nationaux adoptés avec une marge d'appréciation ne sont pas susceptibles de déclencher la présomption de protection équivalente.

⁶⁸ *Hoechts c/Commission* (C-46/87, C-227/88), CJCE, arrêt du 21.09.1989.

⁶⁹ *Niemietz c. Allemagne* (Requete 13710/88), Cour EDH, arrêt du 16.12.1992.

⁷⁰ *Orkem c/ Commission* (CJCE C374/84), arrêt du 18.10.1989.

⁷¹ *P. Huls c/Commission* (C199/92 CJCE), arrêt du 8.07.1999.

⁷² *Funke c. France* (Requête no 10828/84), Commission EDH, décision du 06.10.1988.

⁷³ *Emesa Sugar c. Aruba* (C-17/98) et *Emesa Sugar c. Pays-Bas*, supra.

⁷⁴ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, supra.

Suite à une «*préexistante coopération sous la forme du dialogue des juges ou de la coexistence rationalisée*»⁷⁵, la relation entre l'UE et le Conseil de l'Europe semble aujourd'hui évoluer à un niveau supérieur. L'adhésion de l'UE à la CEDH a été finalement acceptée et rendue possible par le Protocole 14 de la CEDH et par l'article 6(2) du Traité sur l'Union européenne⁷⁶. Le projet d'accord pour l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme qui sera à la base de l'analyse ci-dessous a été publié le 14 octobre 2011 par le Comité directeur pour les droits de l'Homme du Conseil de l'Europe⁷⁷.

Alors que l'adhésion de l'Union à la Convention devrait se faire sur pied d'égalité avec les autres Hautes Parties, la spécificité du cadre de compétences de l'Union, qui n'est pas un cadre général comme celui où se manifeste la «*juridiction*» d'un Etat⁷⁸, impose encore une fois un régime différent en ce qui la concerne. Le difficile problème du partage de compétences entre l'Union et les Etats membres se reflète dans l'aménagement de deux mécanismes, de «*codéfendeur*» et d'intervention préalable, qui permettent d'impliquer dans la procédure devant la Cour EDH les Etats et l'UE⁷⁹. Ces aspects institutionnels reflètent le maintien d'un contrôle de conventionalité différencié selon les caractéristiques du défendeur : une organisation internationale comprenant des Etats ne peut pas raisonnablement être assimilée à un Etat, puisque le fonctionnement des institutions d'une organisation internationale n'est pas comparable aux affaires internes des Etats.

⁷⁵ Selon l'expression de *A. Garapon* in *Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention?*, in *Séminaire Cour EDH (Dialogue entre juges 2011)*, p. 36, disponible sur (www.echr.coe.int).

⁷⁶ Traité sur l'Union européenne, ci-après «*TUE*», tel qu'il résulte des modifications introduites par le traité de Lisbonne signé le 13.12.2007 (entrée en vigueur le 1.12.2009).

⁷⁷ Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – ci-après CDDH-UE (2011)16 final, juin 2011, disponible sur (http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/source/Docs%202011/CDDH-UE_2011_16_final_fr.pdf); Depuis la fin des années 1970, la Commission a tenté à plusieurs reprises d'obtenir l'autorisation du Conseil pour négocier avec le Conseil de l'Europe un accord d'adhésion (voir le *Mémorandum de la Commission européenne du 4 avril 1979*, Bulletin des CE, supplément 2/79 et la *Communication du 19 novembre 1990*, Conseil de l'Europe Feuille info no 27, p. 260; voir aussi les *Résolutions du Parlement européen du 27 avril 1979, du 29 octobre 1982 et du 18 janvier 1994*, disponibles sur (<http://eur-lex.europa.eu>), JOCE 1979-C-127, 1982-C-304, respectivement 1994-C-44.

⁷⁸ Dans son étude sur le rôle de la fonction dans la théorie des organisations internationales, *M. Virally* opposait la «*finalité intégrée*» de l'Etat, à la valeur instrumentale des organisations internationales; voir *La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale*, in *La communauté internationale. Mélanges offerts à C. Rousseau, Pedone, 1974*, p. 277-300. Néanmoins, les valeurs communes, à l'origine portées et mises en commun par les Etats, sont susceptibles de subir des transformations suite à la *dynamique fonctionnelle des organisations internationales*. Ainsi, elles sont susceptibles de faire l'objet d'une «*appropriation fonctionnelle*» par le nouveau sujet de droit, qui justifie ainsi l'élargissement de ses compétences par l'importation de certaines valeurs de l'ordre interne de chaque Etat, tout en essayant de les «*acclimater à son objectif*». *M. Benlolo*, *Les Communautés et l'Union Européennes face aux défis de l'élargissement*, Actes du colloque CEDECE de Besançon 17-18 octobre 2002, disponible sur (www.cedece.org). L'adhésion de l'UE à la CEDH est ainsi une nécessité intrinsèque, générée par l'importation des droits de l'homme dans le système de l'Union et par l'effort de conciliation avec les autres objectifs de l'organisation.

⁷⁹ *J.P. Jaqué*, *The accession of the European Union to the European Convention of human rights*, in *Common Market Law Review* 2011, p. 995-1093.

C. La mise en question de la compatibilité du système de recours communautaire avec la CEDH

Le niveau de protection offert par le système communautaire a surtout été examiné par rapport à la mise en œuvre du droit dérivé. Dans la perspective de l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention, on a pu constater que la Cour pourrait devenir compétente à analyser non seulement les actes nationaux de mise en œuvre du droit de l'Union, mais également les actes de l'Union proprement dits. Par rapport à cette dernière catégorie, le problème de «l'accès au tribunal» pourrait générer des discriminations entre d'une part les destinataires des actes qui nécessitent des mesures nationales de mise en œuvre (et qui ont accès au juge national et donc qui bénéficient de garanties plus nombreuses) et d'autre part des destinataires des actes communautaires qui n'impliquent pas de mesures nationales d'application. Le seul recours ayant un effet utile pour eux serait celui exercé devant le juge de Luxembourg, avec moins de garanties.

A présent, l'exigence niveau «équivalent» de protection ne signifie pas nécessairement un niveau identique. La question se pose est de savoir si après l'adhésion de l'UE à la CEDH la Cour se contentera toujours à rechercher seulement l'insuffisance manifeste de protection ou si elle procèdera à un contrôle complet de conventionalité des actes de l'UE. On estime que l'adhésion de l'Union à la CEDH n'aurait plus de sens si son système juridique ne pouvait pas faire l'objet d'un contrôle approfondi. D'ailleurs, le projet d'adhésion prévoit expressément que la l'UE adhère à la Convention sur un pied d'égalité avec les autres Hautes Parties contractantes. De ce point de vue, un traitement préférentiel ne serait pas justifié.

Pourtant, il n'est pas exclu que la spécificité de la construction communautaire impose des solutions différentes de celles que la Cour aurait adoptées dans des situations similaires si l'acte était imputable à un Etat partie. En ce sens, la jurisprudence de la Cour EDH a toujours soutenu l'idée que la Cour procède à un contrôle *in concerto* de chaque affaire et que là où il n'y a pas de consensus européen chaque Etat a la liberté d'action à condition qu'il assure un standard minimum de protection. Le spécifique de l'UE par rapport aux autres Hautes Parties rendrait impossible, à notre avis, l'application de la théorie du dénominateur européen commun à l'égard de certaines questions concernant le fonctionnement de l'Union. Pour l'instant, une telle possibilité a été effleurée uniquement par le biais des obligations positives inhérents à l'article 6.

Conclusion

Il résulte de la jurisprudence de la Cour qu'elle a une vision très large de sa compétence, mais qu'en cas de conflit entre obligations issus de deux ordres juridiques internationaux, la Cour ne chercherait pas toujours laquelle des obligations internationales est la plus forte. Il s'agit au contraire, «dans une perspective dialectique imaginative et par voie de concessions réciproques qui rabotent les exigences contradictoires, de repousser le plus loin possible le moment de l'inéluctable sacrifice»⁸⁰. Ainsi l'obligation internationale qui pèse le plus lourd ne provoque pas un sacrifice automatique des autres intérêts à prendre en compte.

⁸⁰ J.-E. Helgesen, in *Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ?*, Séminaire Cour EDH (Dialogue entre juges 2011), p. 30 (www.echr.coe.int).