

Carmen ACHIMESCU

Les rapports entre les systèmes juridictionnels européens dans la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention Européenne des Droits de l'homme*

Suite à une «*préexistante coopération sous la forme du dialogue des juges ou de la coexistence rationalisée*»¹, les rapports entre l'Union européenne (UE) et le Conseil de l'Europe ont progressivement acquis une consécration formelle. Puisque la Cour de Strasbourg interprète déjà certaines obligations des Etats membres de l'Union à la lumière des dispositions de la Convention, pendant que la Cour de Luxembourg s'inspire largement de la jurisprudence strasbourgeoise, l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a été finalement acceptée et rendue possible par le Protocole 14 à la CEDH et par l'article 6(2) du Traité sur l'Union européenne². A la fin de la Conférence à haut niveau réunie à Brighton³ il était mentionné dans les dispositions finales que «*la Conférence note (...) l'avancée des préparatifs du projet d'accord d'adhésion*» et qu'elle lance également «*un appel pour que ces travaux soient rapidement menés à bonne fin*». Le sens du terme «rapidement» doit pourtant être interprété en tenant compte de la complexité des aspects institutionnels à régler.

Un groupe de travail a été constitué afin d'élaborer l'instrument d'adhésion, la version finale du Projet d'accord pour l'adhésion de l'Union à la CEDH étant adoptée en juin 2013⁴. Dans le futur proche, la Cour de Justice de l'Union (CJUE) doit se prononcer sur la compatibilité du projet d'accord avec les traités de l'UE. Le Conseil de l'UE doit ensuite autoriser à l'unanimité la signature de l'accord et chaque Etat membre de l'UE doit ratifier

* 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.

¹ Selon l'expression de A. Garapon, «Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ?», Séminaire Cour EDH (Dialogue entre juges 2011), p36, disponible sur (www.echr.coe.int).

² Traité sur l'Union européenne, ci-après «TUE», tel qu'il résulte des modifications introduites par le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

³ Conférence de Brighton, 19 et 20 avril 2012 réunie à l'initiative de la présidence britannique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Déclaration disponible sur (<http://www.coe.int/fr/20120419-brighton-declaration/>).

⁴ Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – ci-après CDDH 47+1(2013)008rev2, 10 juin 2013, disponible sur (<http://www.coe.int>); 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 Mémoire 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>), J.O.C.E 1979-C-127, 1982-C-304, respectivement 1994-C-44.

l'accord selon sa procédure interne. L'UE doit aussi ratifier l'accord et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe doit l'adopter⁵.

Tellement attendue mais toujours pas achevée, cette adhésion reflète la mise en *cohérence* des deux systèmes juridiques, consolidée dans le temps⁶ à base d'une influence réciproque entre leurs juridictions respectives (la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg). Ce dialogue informel entre les deux juridictions a généré une «*cohérence normative*» dont la base institutionnelle et procédurale est encore en construction. Ainsi peut-on parler d'un effet secondaire de «*désordre contentieux*»⁷, difficile à éviter ou à combattre dans un contexte d'interaction sur trois niveaux entre les systèmes juridictionnels nationaux, la Cour EDH et la CJUE.

En parallèle avec le processus d'adhésion de l'UE à la CEDH, un processus de réforme du système de la Convention s'est concrétisé dans l'adoption des Protocoles additionnels 15 et 16 à la CEDH. Ces protocoles reflètent l'option pour une consécration généralisée (substantielle et procédurale) du principe de la subsidiarité, afin de réduire la surcharge de requêtes introduites devant la Cour de Strasbourg. En bref, ces deux instruments sont censés renforcer du rôle des instances nationales dans un cadre de «*dialogue institutionnalisé*»⁸ coordonné par la Cour EDH, afin d'assurer la meilleure application de la Convention dans un système décentralisé. La conséquence immédiatement visible a été la diminution de la portée du recours individuel devant la Cour de Strasbourg, les questions liées au rôle de la Cour – instance de contrôle ou instance de coordination des juridictions nationales – n'étant que secondaires.

Les questions relatives au rôle de la Cour EDH gagnent néanmoins une importance particulière par rapport au Projet d'adhésion de l'UE à la CEDH. Puisque, dans la perspective de l'adhésion, la bonne administration de la justice semble inévitablement liée à une «*subsidiarité multiple*»⁹ qui se retrouve dans la relation triangulaire juge national - Cour EDH et CJUE, il devient ainsi évident que l'interpénétration des ordres juridiques communautaire et conventionnel «*constitue le nouvel horizon des juridictions européennes (Cour de Luxembourg et Cour de Strasbourg) comme des juridictions nationales*». Ce système ayant besoin d'une articulation institutionnelle solide, la coopération entre les juridictions «*doit répondre à la convergence ou la complémentarité des ordres juridiques*». Derrière le principe de subsidiarité s'expriment ainsi des enjeux de pouvoir entre les juges¹⁰.

Comme le soulignait le professeur Sudre¹¹, «*le principe de subsidiarité – qui combine nécessairement ses effets avec l'effet direct de la convention – implique une application décentralisée de la convention*». Dès les années '60 la Cour européenne a affirmé «*qu'elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue*

⁵ Informations disponible sur (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/default_fr.asp).

⁶ B. Bertrand, Cohérence normative et désordres contentieux – À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* 1/2012, p. 181ss.

⁷ Ibidem.

⁸ F. Sudre, La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme, in *La semaine juridique (édition générale)* 42/2013, 1086, p. 1912 ss.

⁹ B. Bertrand, supra.

¹⁰ M. Guyomar, Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. Conclusions sur CE, Sect., 10 avril 2008, Conseil national des barreaux, in *RFDA*, 2008, p. 575, cité par B. Bertrand, supra.

¹¹ F. Sudre, *JurisClasseur...*, supra.

le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la convention»¹². Ainsi, la subsidiarité est le pilier central de l'autonomie des systèmes juridiques nationaux par rapport au système de la Convention¹³. Par conséquent, aucune uniformité absolue ne s'impose, et les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées pour la mise en œuvre de leurs obligations conventionnelles, sous réserve de respecter le standard minimum de la convention. Le contrôle de la Cour européenne ne porte alors que sur la compatibilité à la convention de ces mesures nationales¹⁴. *Mutatis mutandis*, dans la perspective de l'adhésion de l'UE à la CEDH, le contrôle de la Cour de Strasbourg ne devrait porter que sur la compatibilité à la convention des mesures prises dans l'application du droit de l'Union, que cela se fasse au niveau national ou européen.

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 des compétences de l'Union, qui n'est pas un cadre général comme celui d'un Etat¹⁵, impose un régime différent en ce qui la concerne. Le Protocole 8 relatif à l'article 6(2) TUE précise que l'Accord d'adhésion de l'Union à la CEDH doit instaurer les mécanismes nécessaires pour garantir que les requêtes entre les Hautes Parties contractantes et celle individuelles sont correctement dirigées contre les Etats membres et/ou contre l'Union¹⁶. En plus, l'adhésion à la Convention doit se faire de manière à ne pas affecter les compétences de l'Union. Cet objectif n'est pas facile à atteindre, puisque la mise en œuvre du droit européen se fait normalement à deux niveaux – à la fois par les institutions européennes et par l'intermédiaire des Etats membres.

Comme affirmé ci-dessus, le cadre officiel du dialogue des juges, mentionné par le Protocole 16 (d'application générale) et par le Projet d'adhésion (concernant uniquement les situations liées à l'application du droit européen) n'est qu'une «traduction procédurale» du

¹² Cour EDH, affaire dite «linguistique belge», requêtes 1474/62, 1677/62 et 1691/62, arrêt du 23 juillet 1968.

¹³ Cour EDH, *Austin et a. c. Royaume-Uni*, requêtes 39692/09, 40713/09 et 41008/09, arrêt du 15 mars 2012; *Animal defenders c. Royaume-Uni*, requête 48876/08, arrêt du 22 avril 2013.

¹⁴ *F. Sudre*, *JurisClasseur...*, supra.

¹⁵ 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* in «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.cede.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.

¹⁶ La même idée se retrouve dans les rapports explicatifs des projets d'accord qui parlent de la situation «unique» au sein du système de la Convention où un acte est adopté par une Haute Partie contractante et mis en application par une autre - CDDH 47+1(2013)008rev2; voir également *I. Gâlea*, *Aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană a drepturilor omului. Analiză critică*, C.H. Beck, București, 2012, p. 160.

principe de la subsidiarité¹⁷. Ainsi, les difficiles problèmes du partage de la responsabilité entre l'Union et les Etats membres et de l'identification des niveaux d'intervention sont pris en compte par le Projet d'adhésion, qui institue deux mécanismes permettant d'impliquer dans la procédure devant la Cour EDH tous les acteurs concernés¹⁸. Le mécanisme «codéfendeur» a le rôle d'assurer la délimitation correcte de la responsabilité de l'UE et des Etats membres dans des situations liées au droit de l'Union (A), pendant que le mécanisme «d'intervention préalable» de la CJUE représente une adaptation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes au système juridique atypique de l'UE (B).

I. Le mécanisme facultatif et controversé de «codéfendeur»

Dans la situation assez fréquente d'interpénétration des ordres juridiques nationales et européenne, il est difficile pour le requérant d'identifier l'acte et l'autorité qui est à l'origine de la prétendue violation de la CEDH. C'est la raison pour laquelle il est préférable que l'Union et les Etats membres puissent être tous les deux parties au procès devant la Cour EDH¹⁹.

1. La nécessité d'impliquer l'UE et les Etats membres dans le difficile processus de délimitation de leur compétences

En essence, le mécanisme «codéfendeur» constitue une prémisse pour déterminer correctement la nature des actes nationaux d'application. Ce mécanisme est essentiellement différent de la possibilité d'engager la responsabilité de plusieurs Hautes Parties. Dans le cas des requêtes dirigées contre plusieurs Etats défendeurs, chacun agit indépendamment et la Cour établit la responsabilité de chacun pour ses propres actes, pendant que les codéfendeurs n'agissent pas indépendamment l'un de l'autre. Le but du mécanisme ne devrait pas se limiter à la délimitation des compétences dans le cadre de l'Union, mais, tel qu'il résulte de l'instrument d'adhésion, il vise également la question de l'opposabilité des arrêts²⁰ quand une violation se produit suite à l'exercice d'une compétence d'édiction par un sujet de droit international et d'une compétence d'exécution par un autre.

Le nouvel article 36, paragraphe 4, de la Convention devrait aussi prévoir que le codéfendeur a le statut de partie à l'affaire. Conformément au Rapport explicatif, si la Cour constate une violation de la Convention, le codéfendeur sera également lié par les obligations découlant de l'article 46 de la Convention. Le mécanisme de codéfendeur n'est donc pas un privilège procédural pour l'UE ou pour ses Etats membres, mais un moyen d'éviter toute lacune dans le système de la Convention liée à la participation, à la responsabilité et à

¹⁷ F. Sudre, La subsidiarité..., supra, p. 1914.

¹⁸ 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.

¹⁹ T. Lock, Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order, in Law and Governance in Europe Working Paper Series 12/2011, Centre for Law and Governance in Europe, London (http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl_clge_012_11.pdf).

²⁰ Le mécanisme est différent de celui de tierce intervention prévu à l'art 36 de la CEDH (les arrêts de la Cour ne sont pas opposables aux tiers intervenants); e.g. l'affaire *Bosphorus*, (requête 45036/98) relative à la conventionalité des mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire, où l'UE est intervenue en vertu de l'art. 36 CEDH.

l'opposabilité. Cela correspond au but ultime de l'adhésion de l'UE, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice²¹.

Conformément au projet d'accord, une requête dirigée contre l'UE et contre un Etat membre n'impliquerait pas l'activation automatique du mécanisme «codéfendeur». Ce mécanisme ne concerne que la situation où la requête est dirigée contre une seule Partie contractante – soit l'Union, soit un Etat membre²². La condition substantielle pour que celui-ci puisse être activé est que l'affaire concerne le droit de l'Union. Pourtant, cette condition n'est pas suffisante: pour que le mécanisme soit déclenché il faut encore que la Partie absente de la procédure initiale souhaite devenir codéfendeur. Uniquement si la Partie le souhaite la Cour se prononce par décision sur les conditions substantielles d'activation du mécanisme.

a) Les deux types de situations envisagées

Il y a deux types de situations envisagées par le projet d'Accord. La première concerne les violations ayant leur origine dans le droit secondaire de l'Union mis en application par les Etats membres (comme dans l'affaire *Bosphorus, supra*). Dans cette situation, le réflexe du requérant serait de contester l'acte d'application et donc d'introduire la requête contre l'Etat, même si en réalité la violation de ses droits résulte du droit européen. Ainsi, l'Union devrait-elle avoir la possibilité de devenir codéfendeur dans l'affaire. En ce qui concerne les prétendues violations liées à l'application du droit secondaire, le mécanisme codéfendeur peut être cumulé avec celui de l'intervention préalable dans la mesure où la Cour de Luxembourg n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation ou sur la validité de l'acte par rapport à la protection des droits fondamentaux. La deuxième situation concerne les violations ayant leurs origines dans le droit primaire²³, situation dans laquelle le réflexe du requérant serait de se tourner contre l'Union, dont les institutions appliquent les traités. Pourtant, ce n'est pas l'Union qui a le contrôle du contenu des traités, mais les Etats membres qui les ont conclus. Encore une fois, le fait que le mécanisme soit facultatif et non pas obligatoire peut avoir l'effet au fond injustifié que l'arrêt de la Cour ne soit opposable qu'aux Etats qui ont choisi d'intervenir dans la procédure, à moins que le réglage ne se fasse à une étape ultérieure dans le cadre de l'Union.

b) Le caractère flou du critère substantiel de d'activation du mécanisme

Le critère substantiel de d'activation du mécanisme, à savoir le lien entre la prétendue violation et le droit européen a aussi suscité des débats, car la nature de ce lien n'était pas tout à fait claire. Les premières versions du projet parlaient d'un lien intrinsèque²⁴, pendant que le projet de février 2011 opérait une différence entre l'hypothèse où la requête est initialement dirigée contre les Etats parties où contre l'Union²⁵. L'intervention de l'Union en tant que codéfendeur aurait été possible à condition qu'un *lien intrinsèque* existe entre le droit européen et la prétendue violation, pendant que l'intervention d'un Etat membre aurait été décidée par la Cour sans aucune référence à la condition du lien intrinsèque. Il est possible que l'absence de cette précision ne reflète que l'intention de souligner la différence

²¹ CDDH 47+1(2013)008rev2, Art. 3, §39

²² CDDH 47+1(2013)008rev2, Art. 3, §42

²³ Voir l'hypothèse de l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*, requête 24833/94, arrêt de la Cour EDH du 18 février 1999.

²⁴ CDDH-UE (2011)04 art. 4.

²⁵ CDDH-UE (2011)05 art. 47; voir *I.Gâlea*, op. cit.

procédurale et non pas substantielle, d'autant plus que dans la version ultérieure il n'y a plus de référence au caractère intrinsèque du lien²⁶.

Une des possibilités résultant du mécanisme tel qu'il était conçu par la version antérieure aurait été la responsabilité solidaire du défendeur et du codéfendeur, qui ne figure plus dans la dernière version. La version finale prévoit pourtant avec plus de clarté les conditions dans lesquelles une Partie contractante «peut» devenir codéfendeur ainsi que les effets du mécanisme, qui sera réglementé par l'article 36 (4) de la CEDH. Malgré les critiques, le mécanisme codéfendeur n'a toujours pas acquis un caractère obligatoire dans la dernière version du projet d'adhésion. A condition que l'UE et respectivement l'Etat membre souhaitent participer en tant que codéfendeur, la Cour EDH rend une première décision par laquelle l'on établit si les conditions substantielles paraissent être remplies²⁷. Cela n'empêche pas la Cour d'arriver à une conclusion contraire à l'occasion du jugement au fond.

2. Les effets du lien entre la prétendue violation et le droit de l'Union

Le projet final propose aussi que l'admissibilité de la requête initiale soit jugée indépendamment de la participation du codéfendeur. Cette approche souligne encore une fois la différence entre la qualité de codéfendeur et celle de défendeur. Par rapport au codéfendeur, il n'est donc pas nécessaire d'épuiser les voies internes de recours, comme dans la situation d'une requête dirigée contre plusieurs défendeurs, où l'obligation d'épuisement des voies internes se réfère à chacun d'entre eux²⁸. S'agissant des requêtes déjà dirigées contre l'UE et l'Etat membre en tant que défendeurs, chacun des deux défendeurs peut demander à la Cour la conversion du statut de défendeur en celui de codéfendeur. Cela produit des conséquences en ce qui concerne la recevabilité de la requête à son égard, mais également en ce qui concerne le partage de la responsabilité.

Il faut néanmoins préciser que la distinction entre droit primaire et droit dérivé a pour effet que les Etats membres ne puissent devenir codéfendeurs qu'en ce qui concerne les violations ayant leur origine dans le droit primaire, à savoir les traités et les autres actes à valeur équivalente. L'Union, par contre, peut devenir codéfendeur en ce qui concerne les violations qui résultent du droit primaire, mais aussi celles qui ont des origines dans le droit dérivé – situation beaucoup plus fréquente²⁹. En ce sens, il est intéressant de rappeler que la Cour EDH n'a pas encore déclaré recevables des affaires mettant en cause la *responsabilité collective* des Etats membres de l'UE pour la mise en œuvre des actes émis par les institutions communautaires³⁰.

La condition substantielle du lien entre la prétendue violation et le droit de l'Union apparaît métamorphosée dans un problème de compatibilité d'une disposition du droit de l'Union avec la

²⁶ CDDH 47+1(2013)008rev2.

²⁷ CDDH 47+1(2013)008rev2, art. 3.

²⁸ 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, European Issues 218/2011 (http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=qe-218).

²⁹ I. Gâlea, supra.

³⁰ Sans exclure le principe qu'une telle responsabilité puisse être envisagée, il convient de rappeler que la Cour EDH avait déclaré irrecevables les affaires *Guérin* (requête 25201/94) et *Senator Lines* (requête 56672/00).

CEDH³¹, notamment par rapport au cas où le respect de la Convention n'aurait pu être assuré que dans le non-respect d'une obligation imposée par le droit (primaire ou dérivé) de l'Union. Du point de vue procédural, l'option définitive semble en faveur du libre choix de l'UE ou des Etats parties de devenir codéfendeurs si les conditions substantielles sont remplies. Le rapport explicatif mentionne que, de l'économie générale du système de la CEDH, il résulte qu'aucune partie ne peut être obligée à devenir codéfendeur contre son gré. En même temps, la décision de la Cour EDH ne concernerait pas la responsabilité, mais uniquement l'acceptation formelle de la demande de devenir codéfendeur après une vérification sommaire des conditions substantielles. La Cour ne vérifie pas si la violation alléguée n'aurait pu être évitée que par le non-respect du droit européen, elle vérifie uniquement si cette hypothèse est plausible³².

Le rapport explicatif du projet mentionne expressément la distinction entre la compétence d'édition et la compétence d'exécution, en expliquant que la partie qui peut devenir codéfendeur n'est pas à l'origine de l'acte ou de l'omission qui a généré la prétendue violation, mais uniquement de la base juridique de cet acte³³. Ainsi, au moment de l'activation du mécanisme on fait la différence entre le défendeur qui a commis la prétendue violation et le codéfendeur qui a édicté la base juridique de l'acte ou de l'omission contestée. Dans cette logique apparemment incomplète, l'intervention de l'UE en qualité de codéfendeur quand la Cour EDH doit se prononcer sur la compatibilité du droit primaire avec la Convention n'est pas justifiée. Puisque la Cour doit décider si la prétendue violation ne pouvait être évitée par l'Etat membre que par le non respect du droit primaire, ce sont tous les Etats membres qui devraient être codéfendeurs, parce que les Etats membres (non pas l'Union) sont les auteurs des traités.

Pour résumer le fonctionnement du mécanisme, le rapport explicatif du projet d'adhésion fait référence aux trois hypothèses où le mécanisme peut être activé. D'abord, la communication des requêtes considérées admissibles après l'analyse préliminaire ne se fait qu'au défendeur initial. Le potentiel codéfendeur ne reçoit pas de communication formelle, puisqu'on a considéré suffisant le système de publicité de la Cour³⁴. Si la requête est formulée soit contre l'Union, soit contre un ou plusieurs Etats membres, il y a deux possibilités: soit l'autre partie n'intervient pas et il y reste le seul défendeur initial, soit l'autre partie fait une demande pour devenir codéfendeur et la Cour vérifie les conditions substantielles après avoir entendu toutes les parties, y inclus le requérant. Le défendeur initial ne pourra pas changer sa qualité pour devenir codéfendeur et vice-versa. Par contre, si la requête est dirigée contre l'UE et contre un ou plusieurs Etats membres, le statut de défendeur peut changer en codéfendeur³⁵.

Les effets de l'activation du mécanisme se répercutent surtout sur la responsabilité du défendeur et du codéfendeur. La version du février 2011 du projet prévoyait que les deux sont responsables solidairement³⁶, mais dans la version finale il est mentionné uniquement que le défendeur et le codéfendeur apparaissent ensemble dans les procédures devant la Cour³⁷. Quant à l'étendue de la responsabilité de chacun, les discussions ont tourné autour de la nature du

³¹ CDDH 47+1(2013)008rev2, art. 3.

³² CDDH 47+1(2013)008rev2, art. 3(5).

³³ CDDH 47+1(2013)008rev2, art. 3, §48.

³⁴ CDDH 47+1(2013)008rev2, art. 3, §52.

³⁵ CDDH 47+1(2013)008rev2, art. 3, §56; la Cour-même peut indiquer le changement de statuts, mais une requête en ce sens est absolument nécessaire vu le caractère facultatif du mécanisme.

³⁶ CDDH-UE (2011)04, art. 4.

³⁷ CDDH 47+1(2013)008rev2.

problème, à savoir si la répartition relève du droit européen ou bien si la Cour EDH devrait établir l'étendue de la responsabilité comme dans les affaires à défendeur multiple³⁸. La solution retenue a été celle de laisser à la Cour la liberté de moduler l'étendue de la responsabilité du défendeur et du codéfendeur, sans lui imposer la solution de la responsabilité solidaire, ni celle d'une répartition exclusivement selon les règles internes de l'Union. Pour le moment la seule certitude concerne l'opposabilité de l'arrêt au défendeur ainsi qu'au codéfendeur, qui ont tous les deux l'obligation de remédier les effets de la violation.

Le caractère facultatif du mécanisme laisse l'impression de privilège accordé à une Haute Partie dont le spécifique a toujours été respecté, ce qui rend inutiles ce genre de précaution qui vise l'opposabilité des arrêts de Strasbourg, surtout que l'ordre communautaire s'est montrée en générale très réceptive à la jurisprudence de la Cour EDH. En plus, l'objectif principal de l'adhésion de l'UE à la CEDH devrait la meilleure protection des droits fondamentaux des individus et non pas la protection de l'Union contre l'intervention de la Cour EDH dans la délimitation des compétences³⁹. En tout cas le débat est inutile, car les deux objectifs pourraient très bien être conciliés avec le caractère obligatoire du mécanisme qui permettrait, en plus, d'orienter le requérant vers la source des violations de ses droits.

II. L'intervention préalable de la CJUE

Le mécanisme d'intervention préalable de la CJUE tel que prévu par le projet d'adhésion CDDH-UE est étroitement liée à l'activation du mécanisme codéfendeur⁴⁰ et concerne uniquement le droit secondaire. Au cas où une requête est introduite directement contre l'Union européenne, la condition de l'épuisement des voies de recours internes est problématique dans la mesure où la seule voie directe ouverte aux individus est le recours en annulation dans les situations limitées prévues à l'art. 263(4) TFUE. Selon la jurisprudence constante de Cour, la condition de l'épuisement des voies de recours internes devrait être considérée remplie si le requérant ne dispose pas de telles voies. Ainsi, au cas où les requérants n'ont pas la possibilité légale de contester un acte de l'Union, ils pourront contester l'acte devant la CEDH sans que le juge de Luxembourg ne rende une décision préalable.

1. Une condition substantielle de déclenchement: la prétendue violation ne peut être évitée que par le non respect du droit de l'Union

Dans l'hypothèse où l'Etat membre à la qualité de défendeur principal et l'Union devient codéfendeur, normalement le requérant doit avoir épuisé les voies de recours internes de l'Etat défendeur. Vu que le mécanisme du codéfendeur est activé notamment dans la situation où la prétendue violation ne peut être évitée que par le non respect du droit de l'Union, il est fort probable que l'affaire ait déjà été présentée au juge de Luxembourg par la voie des questions préjudicielles. D'un côté, l'art. 267 (3) TFUE impose aux instances des Etats

³⁸ *I. Gálea*, supra.

³⁹ *J. Adriantsimbazovina*, La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'homme dans l'Union Européenne. Remarques autour de l'arrêt de grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari ve Ticaret anonim sirketi c. Irlande*, in *Revue Française de Droit Administratif* 2006, p. 566 ss.

⁴⁰ CDDH-UE 47+1(2013)007, §57 ss.

membres qui statuent en dernier ressort l'obligation de transmettre les questions préjudicielles et, de l'autre, le juge national ne peut pas se prononcer sur la validité des normes européennes. Pourtant, il n'y a pas de garantie absolue que le juge de Luxembourg ait eu la possibilité d'intervenir, puisque l'instance nationale peut apprécier l'absence de nécessité de poser des questions préjudicielles⁴¹. L'épuisement des voies internes de recours de l'Etat défendeur ne garantit donc pas que la CJUE ait eu à se prononcer sur la validité ou sur l'interprétation de l'acte européen qui est à l'origine de la mesure nationale contestée par le requérant.

De ce point de vue, la possibilité d'intervention préalable de la CJUE pourrait stimuler l'Union devenir codéfendeur dans la situation où le requérant n'a pas dirigé sa requête directement contre elle. Il est vrai qu'en participant à la procédure en qualité de codéfendeur la requête lui sera opposable, mais au moins la CJUE aurait eu la possibilité d'exprimer sa position avant que la CEDH se prononce. Au cas où l'Union choisit de ne pas activer le mécanisme de codéfendeur, l'arrêt de la CEDH rendu sans consultation préalable de la CJUE fera partie de la jurisprudence applicable par la suite, quand d'autres individus choisiront peut-être de diriger leurs requêtes directement contre l'Union.

Le principal risque que le mécanisme de l'intervention préalable se propose d'éviter est que la Cour de Strasbourg ne soit pas mise dans la situation de se prononcer sur la répartition des compétences d'édition et d'exécution au sein de l'Union à la place de la CJUE qui, selon le droit de l'UE, est la seule qui a la compétence de le faire. Ainsi, dans l'avis 1/91, la CJCE expliquait que la possibilité qu'une instance de contrôle externe statue sur le partage de compétences en ce qui concerne le droit substantiel de l'Union affecterait l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. *A partir de ce moment, la CJCE liait le problème plus général de la répartition des compétences au niveau de l'Union de sa propre compétence dont l'exercice exclusif serait essentiel pour l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.* En ce sens, lors d'une audition devant le Parlement européen, le juge Timmermans affirmait que l'exigence formulée par le Protocole 8 concernant l'intangibilité des compétences de l'Union visait surtout l'activité de la CJUE⁴².

2. Un mode de fonctionnement à clarifier

Le projet d'accord et le rapport explicatif contiennent peu de références à la procédure d'intervention préalable. Il est prévu que la CJUE ait à sa disposition assez de temps pour pouvoir intervenir, ce qui vaut que l'Union élabore les règles d'intervention au niveau interne⁴³. Le projet d'adhésion précise également que le mécanisme de l'intervention préalable

⁴¹ Surtout dans les situations consacrées par l'arrêt *CILFIT* (C-281/81), rendu par la CJCE le 6.10.1982 ; voir néanmoins la position de la Cour EDH sur la nécessité de justifier le refus, affaire *Dhahbi c. Italie*, requête 17120/09, arrêt du 8 avril 2014.

⁴² L'adhésion de l'Union Européenne à la CEDH, audition organisée par la Commission des affaires constitutionnelles, Bruxelles, 18 mars.2010; voir également le communiqué des présidents *Costa et Skouris* du 17.01.2011 (<http://www.europarl.europa.eu>).

⁴³ Le Rapport explicatif CDDH 47+1(2013)008rev2 précise qu'il est souhaitable qu'une procédure interne de l'UE soit instituée afin d'assurer la possibilité pour la CJUE de contrôler la compatibilité entre la CEDH et les dispositions du droit de l'UE qui ont déclenché la participation de l'Union en tant que codéfendeur.

n'influence pas les compétences de la CJUE⁴⁴, au sens où la Cour EDH, par l'activation du mécanisme de l'intervention préalable, ne peut pas donner à la CJUE la compétence de se prononcer dans des domaines où le traité ne lui reconnaisse pas de compétence. Cela est pourtant discutable, puisque la CJUE a déjà reconnu la possibilité que de nouvelles compétences lui soient reconnues par des traités internationaux conclus par l'UE, à condition que les fonctions essentielles de la Cour ne soient pas affectées⁴⁵. Dans le projet d'accord il n'est pas expressément prévu qu'une nouvelle compétence de la Cour soit créée; il s'agit uniquement de la possibilité qu'une telle compétence soit créée par des règles internes. Pourtant, rien n'empêche que la CJUE ne fasse une interprétation de l'art 3(6) de manière à en déduire une base juridique pertinente pour s'attribuer de nouvelles compétences. En effet, c'est la CJUE-même qui décide si la base juridique de sa compétence sera l'accord d'adhésion-même en tant que norme de droit primaire, ou bien la décision d'adhésion en tant que norme de droit dérivé, qui peut être contestée par les Etats membres, par le Conseil ou par la Commission⁴⁶.

Il convient pourtant de rappeler que les décisions de la CJUE ne peuvent pas être obligatoires pour la Cour EDH. Cela ne signifie pas que la Cour de Strasbourg peut ignorer leurs effets. Le rapport explicatif d'avril 2013 précisait expressément que les décisions de la CJUE ne peuvent pas avoir d'effet direct sur la procédure devant la Cour EDH. Elles peuvent néanmoins avoir un effet indirect au cas où le requérant pourrait perdre la qualité de victime suite à certaines conséquences automatiques sur le droit interne de l'Etat défendeur⁴⁷.

Un examen détaillé de chaque hypothèse possible a été fait dans le rapport explicatif de février 2011 et maintenu dans le dernier projet de rapport explicatif de 2013. Si la CJUE invalidait l'acte européen qui constituait la source des violations, la Cour EDH aurait pu décider si cela représentait une garantie suffisante du respect des droits de l'homme ou bien si d'autres mesures nationales étaient encore nécessaires. Si la CJUE décidait que l'acte européen à l'origine des prétendues violations était valide, la Cour EDH aurait procédé au jugement au fond, avec la possibilité d'arriver à une solution contraire à celle de la CJUE. Dans le rapport explicatif le plus récent ces précisions ne sont plus reprises et il est simplement mentionné le fait que la décision de la CJUE n'est pas obligatoire pour la Cour

⁴⁴ E.g. la CJUE n'a pas de compétence en ce qui concerne la politique externe et de sécurité commune, conformément à l'art. 275, exceptées les circonstances précisées à l'alinéa 2- certaines restrictions contre les personnes physiques et morales. En ce sens, la France proposait qu'une réserve soit formulée en ce qui concerne la politique externe et de sécurité commune, pour éviter que la Cour EDH ait la compétence de se prononcer là où la CJUE est incompétente, proposition non retenue dans le document finale CDDH 47+1(2013)008rev2

⁴⁵ L'article 215 TFUE permet néanmoins de faire le lien entre les décisions prises dans le cadre de la PESC et les actes de mise en application qu'elles nécessitent au sein de l'Union;

Voir en ce sens l'*Avis de la CJCE 1/00* concernant l'accord sur l'espace commun d'aviation, les avis *1/91 et 1/92* concernant l'espace économique européen par lesquels la Cour s'est déclarée compétente pour rendre des arrêts concernant l'espace économique européen. Un nouveau type de compétence, plutôt «dérivée» peut être ainsi générée par la dynamique institutionnelle de l'organisation internationale; les dites «compétences externes», initialement non prévues, sont devenues nécessaires dans le contexte du déroulement des relations externes. L'intérêt de la distinction reste quand même réduit, vu qu'un exercice cohérent du pouvoir juridictionnel de la Cour suppose que les compétences «internes» et «externes» se fassent réciproquement écho, voir *I. Gâlea*, supra.

⁴⁶ Par une action en annulation, conformément à l'art. 263 TFUE.

⁴⁷ E.g. la situation où l'invalidation de l'acte européen par le juge de Luxembourg supposerait la possibilité de réouverture de la procédure en droit interne.

EDH. La précision est en quelque sorte inutile, car dans les deux hypothèses la Cour ne peut pas prendre une décision dans l'abstrait: l'éventuelle violation de la CEDH ne cesse pas automatiquement une fois l'acte annulé et un acte déclaré valide par la CJUE ne sera pas obligatoirement validé par la Cour de Strasbourg.

Par le mécanisme de l'intervention préalable, un déficit majeur du système juridique de l'Union serait remédié, à savoir le manque d'interaction directe entre l'individu et la CJUE⁴⁸. Pourtant, ce contact direct est aménagé dans l'avantage de l'Union⁴⁹, puisque, dans l'éventualité de l'adhésion de l'UE à la CEDH, l'individu a déjà la possibilité de diriger sa requête directement contre l'Union.

Pour conclure, il faut rappeler que les mécanismes de «codéfendeur» et «l'intervention préalable» représentent l'expression procédurale d'une subsidiarité multiple qui caractérise les rapports entre les ordres juridiques européens et nationaux. Dans le contexte plus large de la participation de la Cour EDH au thème des interactions des systèmes juridiques, la Cour de Strasbourg joue ainsi un rôle de «pivot»⁵⁰, lorsque la protection des droits fondamentaux se retrouve au carrefour des obligations nées dans le système juridique de l'UE avec celles qui découlent de la Convention.

⁴⁸ K. Kuhnert, Double standards in European human rights protection, in *Utrecht Law Review* (<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/31>); voir aussi F. Benoit-Rohmer, Bienvenue aux enfants de Bosphorus, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 81/2010, p.19 ss, complété par la lecture de l'affaire récente *Dhahbi c. Italie*, requête 17120/09, arrêt de la Cour EDH du 8 avril 2014.

⁴⁹ Cf. CDDH 47+1(2013)007, §58 cette procédure est inspirée par le principe de la subsidiarité et non pas par une réinterprétation du recours individuel.

⁵⁰ J.-S. Bergé, S. Touzé, Au delà du droit européen, le droit international, in *Chroniques*, in *Journal de Droit International* no. 3/2014, p. 918.