

Droit de l'Union européenne

l'AVIS 2/13 CJUE

23. déc., 2014



Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ?

Jean Paul Jacqué

L'avis 2/13 de la Cour de justice ne peut manquer de susciter la surprise, voir pour certains la réprobation. Saisie par la Commission de l'accord d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constate que cet accord est incompatible avec les traités. Pour la seconde fois, la Cour de justice bloque la voie de l'adhésion. Dans son avis 2/94, la Cour avait estimé que la Communauté ne disposait pas au titre de l'article 235 CE (aujourd'hui 352 TFUE) de la compétence nécessaire pour adhérer à la Convention. Les implications institutionnelles d'une telle opération exigeaient une révision des traités. Celle-ci fut opérée par le traité de Lisbonne dont l'article 6, paragraphe 2, TUE, impose à l'Union d'adhérer à la Convention. L'adhésion a fait l'objet de longues négociations dans le cadre du Conseil de l'Europe avec les Hautes Parties contractantes à la Convention et l'accord qui résultait de celles-ci a été soumis par la Commission à la Cour de justice en application de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, afin que celle-ci se prononce sur la compatibilité de l'accord envisagé avec les traités, un avis négatif imposant, soit la révision des traités, soit la renégociation de l'accord. Or tel est le cas puisque dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014 rendu en Assemblée plénière, la Cour constate l'incompatibilité de l'accord avec l'article 6, paragraphe 2, TUE et le protocole n°8 relatif à l'article 6, paragraphe 2.

La surprise vient du fait que la Cour s'était exprimée à deux reprises sur la question avant l'ouverture des négociations, notamment en pré-négociant avec la Cour européenne des droits de l'homme, posant des conditions que les négociateurs avaient pris soin de respecter et qu'elle avait suivi avec attention le déroulement de la négociation. Elle vient aussi du fait que la Cour s'oppose aux vingt-huit Etats membres qui soutenaient unanimement le projet d'accord.

Il faut se garder de toute appréciation rapide qui conduirait à penser que la Cour exprime au fond dans cet avis un refus définitif de l'adhésion parce que celle-ci porterait atteinte à son pouvoir exclusif de statuer sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Une décision judiciaire ne peut être analysée sur la base d'intentions politiques supposées du juge. Il convient avant tout d'examiner avec soin le raisonnement suivi et d'en apprécier les conséquences. En effet, on ne saurait reprocher à la Cour de vouloir préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union, d'autant plus que le protocole n°8 relatif à l'article 6 l'invitait à suivre cette voie.

Le challenge présenté par l'adhésion n'est pas facile à remporter. La Convention européenne des droits de l'homme est à l'origine un traité interétatique auquel on se propose de faire adhérer une entité de nature fédérale qui n'est certes pas un Etat. Aussi un système qui s'applique sans difficultés aux parties contractantes étatiques risque s'il est plaqué sans précautions sur l'Union européenne de dénaturer profondément celle-ci. Tout l'enjeu de la négociation consistait à traiter autant que possible l'Union comme un Etat en ce qui concernait les aspects institutionnels (nomination des juges, participation au Comité des Ministres ...) tout en identifiant les points sur lesquels des adaptations étaient indispensables. Il faut saluer l'effort des négociateurs qui ont identifié les problèmes et tenté de les résoudre, même si la Cour de justice estime que leur effort s'est arrêté en chemin et que le résultat est insuffisant. Mais l'ensemble des points évoqués par la Cour a été identifié et traité au cours des discussions. Lorsqu'un Etat est attiré devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire a été examinée auparavant par toute la chaîne judiciaire nationale et, en vertu de la règle d'épuisement des voies de recours internes, la Cour dispose de l'interprétation du droit national donnée par la plus haute juridiction de l'Etat. Même, s'il s'agit d'un Etat fédéral, les Etats fédérés, qui ne sont pas parties à la Convention, ne pourront voir leurs décisions mises en cause qu'il appliquent ou non le droit fédéral. Il en va tout différemment de l'Union puisque les Etats membres sont parties à la Convention. Le requérant pourra, après l'adhésion, déposer une requête soit contre l'Union ou contre un Etat membre, et la Cour pourra statuer sur l'entité responsable sans même que la Cour de justice ait toujours été appelée à se prononcer. C'est à cette problématique que l'accord d'adhésion devait répondre et il

semble, aux yeux de la Cour, qu'il ne l'ait pas fait avec suffisamment de rigueur. Avant d'examiner les « reproches » faits par la Cour, il est pas intéressant de se pencher sur l'attitude générale suivie par celle-ci dans son avis.

Une attitude résolument défensive

Dans ses considérations liminaires, la Cour, et c'est son droit, ne fait aucune place aux raisons qui ont limité en faveur de l'adhésion et au système de Strasbourg. Elle limite son propos à la description de la spécificité de l'Union et à la mention du caractère interétatique de la Convention. Le cadre du débat est posé : intégration versus interétatisme, ou, plus exactement, « comment protéger l'Union des menaces que l'interétatisme fait peser sur elle ? ». Même si cette grille de lecture est retenue, il existe deux manières de mener l'analyse. Celle choisie par la Cour relève d'une instruction à charge. À l'inverse, à la lecture de la prise de position de l'Avocat Général Kokott, on s'aperçoit qu'il existe une autre méthode. L'Avocat général prend une position d'ouverture à l'égard de la Convention et de l'accord en interprétant ce dernier dans un sens favorable à la compatibilité en tenant compte de l'intention des auteurs. S'il retient quelques points qui peuvent conduire à l'incompatibilité, il s'inspire de la démarche classique des juges constitutionnels en soutenant une compatibilité avec réserve. Les défauts soulignés devront sans doute être corrigés ce qui appellera une réouverture des négociations, mais les corrections seront aisées.

À l'inverse, la Cour a une interprétation littérale de sa compétence et du texte sur lequel elle était amenée à se prononcer. Elle se refuse à admettre que la Cour de Strasbourg pourrait sur la base de l'accord adopter une attitude coopérative et tenir compte des positions exprimées dans l'avis. La Cour a également choisi une interprétation stricte de sa compétence puisqu'au motif qu'elle ne se prononce que sur l'accord envisagé, elle se refuse à évoquer les règles de mise en œuvre internes qui auraient pu dans certains cas corriger les défauts du texte. Des directives sur ces règles auraient certainement permis de résoudre certains des problèmes évoqués. La Cour justifie cette attitude par le fait qu'elle respecte les pouvoirs des institutions qui seront appelées à établir ces règles et ne peut leur imposer de contraintes. On a connu la Cour moins réservée dans le passé.

La Cour se réfugie également derrière une interprétation littérale de l'accord. C'est le cas, par exemple, de son examen de la compatibilité de l'adhésion avec l'article 344 TFUE à propos d'éventuels recours interétatiques à Strasbourg. La question est réglée dans l'article 5 de l'accord qui soustrait les procédures devant la Cour de

justice à l'application de l'article 55 de la Convention lequel impose aux parties de renoncer à tout autre mode de règlement des différends que ceux prévus par la Convention. Il en résulte que l'article 344 trouve donc à s'appliquer. Certes cette solution ne prohibe pas expressément les recours interétatiques puisqu'elle permet l'application de l'article 344, mais n'interdit pas le recours à l'article 33 de la Convention (recours interétatiques). Elle n'est donc pas suffisante pour la Cour qui exige une dérogation explicite à l'article 55. Est-il nécessaire qu'un accord prohibe le recours à une procédure qui est déjà interdite par le droit de l'Union ?

De la même manière, à propos de la procédure d'implication préalable de la Cour de justice lorsque la question posée à Strasbourg n'a pas été examinée auparavant par celle-ci, le texte de l'accord prévoit que la CJUE se prononcera sur la « compatibilité » avec le droit de l'Union. Elle en déduit qu'elle ne pourra être saisie dans les affaires concernant le droit dérivé que lorsque se pose un problème de légalité et non d'interprétation, ce qui aurait pour conséquence que la Cour de Strasbourg pourrait dans ce cas interpréter le droit de l'Union. Le raisonnement de la Cour procède d'une interprétation à contrario du rapport explicatif. Il aurait sans doute suffi d'évoquer la question dans l'avis pour que l'erreur soit corrigée. Dans tous ces cas, la technique de la compatibilité sous réserve eut sans doute été davantage adaptée. Elle n'aurait rien changé au fond, mais elle eût témoigné d'une attitude plus ouverte et aurait dissipé les soupçons qui pourraient peser quant à une opposition systématique à l'adhésion. On retrouve ici une attitude intransigeante du type de celle que la Cour avait adopté dans l'arrêt Kadi. Dans des cas où la solution au fond n'est acceptable, est-il nécessaire de donner l'impression d'une fermeture résolue à tout autre système juridique ? Il est possible que ce soit la conséquence du recours à l'Assemblée plénière qui conduit à retenir une argumentation pléthorique.

La protection des spécificités de l'Union par l'accord d'adhésion

S'il est évident que l'accord ne doit pas porter atteinte aux spécificités de l'Union doit-il pour autant les protéger dans toutes les hypothèses ? Il semble parfois que la Cour veuille faire jouer à l'accord un rôle qui relève de règles propres à l'Union.

C'était déjà le cas en lorsque la Cour, avant l'ouverture des négociations, a exigé son implication préalable. Pour éviter que la Cour de Strasbourg ne se prononce sur un cas sur lequel la Cour de justice n'aurait pas eu à se prononcer auparavant, elle a imposé qu'elle soit saisie directement par Strasbourg, en cours de procédure, d'une demande en interprétation ou en interprétation du droit de l'Union en cause dans

l'affaire. Ce résultat aurait pu être atteint par les voies classiques du droit de l'Union. La Cour européenne des droits de l'homme ne pouvant être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, il devrait appartenir, en application de l'article 267 TFUE, à la juridiction nationale qui a statué en dernier ressort de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel dès lorsqu'est invoquée devant elle une question de compatibilité d'une règle de l'Union avec la CEDH ou qu'une interprétation sur ce point est nécessaire. Il eut suffi que la Cour de justice précise sur ce point sa jurisprudence. Cette voie eut d'autant plus suffisante que la Cour de Strasbourg a renforcé l'obligation de renvoi dans son arrêt Dhahbi en estimant que l'abstention de renvoyer dans le cas où le renvoi était obligatoire constituait une violation de la Convention. Ainsi en faisant respecter la discipline prévue par le traité, le problème eut été réglé.

De la même manière, fallait-il régler la question du respect de l'article 344 dans l'accord dès lors que celui-ci acceptait une dérogation à la Convention sur ce point. Le soin de s'assurer que les Etats membres ne violent pas l'article 344 est une question propre à l'Union et il revient à la Commission appuyée par la Cour de s'en assurer. D'ailleurs sur un plan pratique, le risque est faible, car les Etats membres ne se sont jamais montrés très intéressés par le recours interétatique (les loups ne se mangent pas entre eux). Fallait déclarer l'accord incompatible pour une hypothèse très exceptionnelle, mais certes pas impossible, alors que la question doit être résolue à l'intérieur de l'Union. Comme le souligne l'Avocat général Kokott, l'accord suit une pratique constante et « Qui plus est, si l'on voulait instaurer en l'espèce une réglementation expresse concernant l'irrecevabilité des procédures d'affaires interétatiques devant la Cour EDH et sur la primauté de l'article 344 TFUE comme condition préalable à la compatibilité de l'accord d'adhésion envisagé avec le droit primaire de l'Union, cela signifierait implicitement que de nombreux accords internationaux conclus par l'Union dans le passé sont entachés d'un vice parce qu'ils ne prévoient aucune clause de cette nature. Selon nous, la possibilité d'engager contre les États membres qui portent leurs différends de droit de l'Union devant d'autres instances internationales que la Cour de justice de l'Union européenne une procédure d'infraction (articles 258 TFUE à 260 TFUE), procédure dans le cadre de laquelle des mesures conservatoires pourraient être adoptées en tant que de besoin (article 279 TFUE) , est suffisante pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE » (points 117 et 118).

Le passage de l'avis relatif au protocole n°16 qui organise une procédure de demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme formée par les juridictions suprêmes nationales relève de la même démarche. La Cour de justice y voit le risque que les juges nationaux saisissent Strasbourg d'une demande d'avis

sur une question liée au droit de l'Union contournant ainsi la procédure de l'article 267 TFUE. Ici encore, il s'agit avant tout d'une question interne à l'Union puisqu'est en jeu le respect des traités. La Cour pouvait dans son avis se limiter à rappeler la règle aux Etats membres sans exiger l'insertion d'une disposition spécifique d'autant plus que l'adhésion ne change rien comme le souligne Mme Kokott. Les Etats qui auront ratifié le protocole pourront contourner la procédure de renvoi préjudiciel, adhésion ou non

Cette attitude de la Cour de justice donne malheureusement l'impression d'une institution qui ne fait pas confiance aux disciplines internes de l'Union et cherche à en obtenir la protection dans un accord conclu par l'Union alors que normalement le respect de ces règles devrait être assuré par les institutions de l'Union sans qu'il soit besoin de recourir à une protection externe. Elle dit également beaucoup quant au faible crédit accordé à Strasbourg pour prendre en compte les particularités du système juridictionnel de l'Union ainsi qu'à un manque de confiance dans l'aptitude des juridictions suprêmes nationales à se soumettre pleinement aux obligations des traités. La méfiance à l'égard de Strasbourg s'ajoute à la méfiance à l'égard des juridictions suprêmes nationales.

Les problèmes réels

Au delà de ces considérations générales, la Cour a remarqué à juste titre que l'application de l'accord pouvait conduire à des situations incompatibles avec les traités.

Tout d'abord, il existe un risque de remise en cause de la primauté du droit de l'Union en ce que l'accord conduit à permettre aux Etats membres, en vertu de l'article 53 de la Convention, d'appliquer des règles plus protectrices que celles prévues par la Convention. Un Etat membre pourrait s'appuyer sur cette faculté pour refuser d'appliquer le droit de l'Union au motif que son système constitutionnel est plus protecteur. Ainsi serait remise en cause de la jurisprudence Melloni selon laquelle un Etat ne saurait invoquer une garantie interne supérieure à celle offerte par la Charte pour s'abstenir d'appliquer le droit de l'Union. S'agissant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour souligne en outre qu'un Etat ne saurait exiger d'un autre le respect d'un niveau de protection plus élevé que celui offert par le droit de l'Union sans porter atteinte au principe de confiance mutuelle qui est à la base même de cet espace. Le respect des droits fondamentaux par un Etat membre est présumé et il ne saurait être exigé qu'un autre Etat se livre à un contrôle de ce

respect, sauf circonstances exceptionnelles. Ces considérations ont peut-être été inspirées à la Cour par l'arrêt de Grande Chambre de Strasbourg, *Tarakhel*, dans lequel la Cour condamne la Suisse pour le renvoi, en application du règlement Dublin, d'un demandeur d'asile en Italie malgré l'insuffisance des conditions d'accueil dans cet Etat. Si chaque Etat devait vérifier si ses propres règles plus protectrices s'appliquaient dans l'Etat d'entrée du demandeur, le système de Dublin serait paralysé.

La protection de la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union est assurée par le système du codéfendeur qui permet à l'Etat ou à l'Union selon le cas de se porter au côté du défendeur initial et de constituer avec lui une seule partie. De la sorte la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas à se demander au stade de la recevabilité si la mesure contestée relève des compétences de l'Union ou de celles de l'Etat membre en cause. La Cour de justice ne conteste par le système, mais met le doigt à juste titre sur certaines insuffisances. La demande de se porter codéfendeur est soumise à la Cour de Strasbourg qui vérifie, *prima facie*, s'il existe bien un lien avec le droit de l'Union. Certes, la Cour ne devrait pas entrer dans le fond et se contenter d'une simple apparence, mais, selon la Cour, il existe un risque qu'elle puisse le faire. De la même manière, la condamnation éventuelle est adressée aux codéfendeurs, mais l'accord prévoit que la Cour peut décider en cours d'instance de ne condamner qu'un seul d'entre eux. Comme le note la Cour de justice, il existe, dans les deux cas, une possibilité, faible certes à notre avis, que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'immisce dans la répartition des compétences qui est une question propre à l'Union et ne saurait être tranchée que par elle et selon ses propres procédures. La constitution du statut de codéfendeur devrait donc être de droit sans autorisation de Strasbourg et persister aussi longtemps que l'Union le jugera bon. Les préoccupations de la Cour sont légitimes, mais elles se fondent sur un sentiment de méfiance à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme qui, à la lecture de l'avis, pourrait se croire soupçonnée de vouloir s'immiscer de force dans la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres et qui se voit ainsi privée en la matière de contrôle sur sa propre procédure.

Enfin, les équivoques soulignées plus haut concernant l'implication préalable de la Cour de justice lorsqu'est en cause l'interprétation du droit dérivé devraient être levées.

Le dilemme de la PESC

Si l'Union adhère à la Convention, la PESC entrera dans le champ de celle-ci. Or la Cour de justice voit sa compétence limitée en ce domaine aux mesures restrictives prises à l'égard des personnes physiques et morales. Strasbourg pourrait donc juger de cas qui n'auraient jamais été soumis à Luxembourg. La question avait été longuement évoquée lors des négociations à la suite des objections soulevées par plusieurs Etats membres. La solution finalement consistait à poser en règle que les requérants devaient agir contre l'auteur de l'acte ou du comportement reproché. Comme, dans le cas de la PESC, les mesures de mise en œuvre, notamment lors des missions PESC, sont prises par les Etats membres et que les missions sont constituées d'Etats membres, les requêtes devaient être dirigées contre ces derniers, quitte pour l'Union à demander le statut de codéfendeur. Cette solution n'a pas retenu l'attention de la Cour. Pour sa part, la Commission a tenté de plaider que les mesures qui violaient les droits fondamentaux des particuliers constituaient des mesures restrictives. Mais cette habile interprétation n'a convaincu ni l'Avocat général, ni la Cour.

Pour la Cour, admettre la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de la PESC reviendrait à soumettre le contrôle d'actes, de comportements ou d'omissions de l'Union exclusivement à une juridiction extérieure. Pour appuyer son propos, la Cour renvoie à l'avis 1/09, mais le précédent n'est guère convainquant. Dans cet avis rendu à propos de la juridiction des brevets, la Cour estimait que dans la mesure où l'accord privait les juridictions nationales de se prononcer dans ce domaine, la conséquence était d'empêcher celles-ci d'utiliser le renvoi préjudiciel. Les affaires étaient donc entièrement jugées par une instance externe. Mais ici les juridictions nationales, dans la mesure où elles seraient saisies d'affaires en relation avec la PESC ne se voient pas interdire de les traiter et la question d'un obstacle au renvoi préjudiciel ne se pose pas en raison de l'absence de compétence de la Cour.

Sur un plan pratique, la question essentielle n'est sans doute pas l'éventualité de décisions contraignantes de l'Union contraires aux droits fondamentaux, mais bien celle de la violation des droits de l'homme sur le terrain dans le cadre d'opérations mises en place par l'Union. Exclure la PESC du champ de l'accord conduit à renvoyer le problème aux Etats membres. Ce sont eux qui seront attaqués et la jurisprudence *Bosphorus* ne jouera pas puisqu'en l'absence de contrôle de la Cour de justice, la présomption de protection équivalente sera écartée. Comme la Cour européenne des droits de l'homme estime que le transfert de compétences à une organisation internationale n'exempte pas les Etats de leurs responsabilités, ceux-ci

devront faire face aux actions même si celles-ci sont accomplies sur mandat et sous contrôle de l'Union, car il est douteux que la Cour fasse jouer dans une telle hypothèse la jurisprudence *Behrami* au profit de l'Union. L'Union ne pourra se porter codéfendeur.

Est-ce bien sage ? La Cour n'obtiendra pas le but recherché puisque la PESC fera de toute manière l'objet d'un contrôle exclusivement externe, mais sans que l'Union puisse participer à la procédure. Sur ce point, l'avis ne va certainement pas dans le sens d'une réelle protection des droits fondamentaux (*summum jus, summa injuria*). Certains y verront peut-être une discrète revendication d'une extension des compétences de la Cour à la PESC. Mais c'est une autre histoire. En tout cas, l'attitude qui consiste à dire puisque je ne peux connaître de la PESC, Strasbourg n'en connaîtra pas non plus laisse, s'agissant d'un secteur où les risques de violations des droits fondamentaux sont importants, pour le moins perplexe quant à la balance qu'établit la Cour entre ses prérogatives et la protection des droits humains

Conclusion

Que faire ? La seule solution pour l'Union qui est obligée d'adhérer est de demander une réouverture des négociations. *But it takes two to tango*. Les non membres parties contractantes à la Convention qui ont déjà fait bien des concessions seront-ils désireux de retourner à Canossa ? Accepteront-ils que la Cour européenne soit privée de tout contrôle sur sa procédure dans le cas du codéfendeur ? Sur un plan technique, la plupart des demandes de la Cour peuvent être satisfaites par de légères modifications du texte. Mais le problème de la PESC ne pourra sans doute être résolu que par l'exclusion de celle-ci du champ de la Convention ce qui posera sans doute un problème politique délicat pour les non-membres puisque leur politique étrangère n'est pas exclue du contrôle de la Cour. Une solution plus radicale consisterait à réviser le traité pour y incorporer l'accord d'adhésion après quelques modifications. Dans ce cas, le constituant imposerait sa volonté.

Au cas où l'Union ne pourrait adhérer, le contrôle continuerait à être exercé par la Cour européenne des droits de l'homme dans la cadre de sa jurisprudence *Bosphorus*. Dans ce cas, aucune des garanties exigées par la Cour de justice quant à son implication préalable, au respect des article 267 et 344 TFUE, non intervention dans le domaine de la PESC ... ne pourrait jouer. L'Union serait jugée sans être vraiment partie à la procédure. En cas de condamnation, l'Etat se

verrait confronté au dilemme de violer soit la Convention, soit le droit de l'Union. Est-ce une situation enviable et est-ce cela que veut la Cour de justice ? En ce sens ne peut-on dire que l'avis est à courte vue ?

En tout cas, l'avis laisse une impression mitigée. Si certaines des objections sont recevables, d'autres laissent l'impression, que l'on espère erronée, d'une Cour sur la défensive. En effet, la Cour s'oppose aux vingt-huit Etats membres, se méfie des juridictions suprêmes nationales et de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce serait dommage qu'une telle impression subsiste alors que certaines des conditions posées par la Cour elle-même avant l'ouverture des négociations, comme celle de son implication préalable ont été satisfaites, même si des améliorations peuvent être apportées au texte de l'accord. L'avis sera sans doute utilisé à l'encontre de l'Union et nuira à son image en Europe surtout à un moment où les tensions politiques sont fortes à l'Est du continent. Il est aisé d'imaginer l'usage que pourront en faire, au détriment de l'Union, certains Etats européens dont le bilan en matière de droits de l'homme est contestable, mais qui sont, eux, parties à la Convention. Que va-t-on dire de cette Union qui porte ses valeurs en bandoulière, mais qui est incapable de se soumettre à un contrôle externe ? Ce sont bien entendu des considérations politiques dont la Cour qui se veut respectueuse de l'Etat de droit ne souhaitait pas se soucier, mais le monde ne se limite pas au plateau du Kirchberg.

Jean Paul Jacqué