

## Analyse

# Convergences et divergences dans la protection européenne des droits fondamentaux

Johan Callewaert<sup>(\*)</sup>

- On ne peut plus aujourd'hui s'arrêter au contenu des droits fondamentaux ; sans se demander comment ils sont appliqués
- Quand il s'agit pour le droit de l'Union d'appliquer les droits fondamentaux, il semble traversé par des tensions conceptuelles et méthodologiques fortes, à la recherche d'un point d'équilibre
- Les développements les plus récents consécutifs à l'avis 2/13 montrent qu'une certaine convergence entre le droit de l'Union et la Convention est possible

Le législateur de l'Union a opté pour la cohérence et la convergence entre le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »), comme en témoignent à la fois le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »)<sup>1</sup>, le principe d'homogénéité inscrit en son article 52, § 3, et l'injonction à l'Union européenne d'adhérer à la Convention<sup>2</sup>. Toutefois, l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne (« la C.J.U.E. »), qui rejette le projet de traité d'adhésion soumis pour avis par la Commission européenne, ignore l'article 52, § 3, et insiste au contraire sur l'autonomie du droit de l'Union<sup>3</sup>, semble avoir mis en question cette orientation.

Face à ce coup d'arrêt, et avant de remettre l'ouvrage sur le métier, on peut donc légitimement se demander si la recherche de convergence entre droit de l'Union et Convention est encore pertinente aujourd'hui, si elle en vaut toujours la peine. Pourquoi ne pas tout simplement préférer l'autonomie et le pluralisme, y compris dans le domaine des droits fondamentaux, comme semble le préconiser l'avis 2/13 ? C'est la première série de questions à laquelle la présente étude s'attachera à donner des réponses. Dans un deuxième temps seront analysés les progrès enregistrés sur la voie de la convergence entre droit de l'Union et Convention mais aussi les divergences qui subsistent sur ce terrain. Quelques remarques finales clôtureront l'analyse.

## 1 La convergence comme nécessité

Les explications à l'article 52, § 3, de la Charte se réfèrent à la « cohérence nécessaire » entre la Charte et la Convention. Toutefois, cette cohérence est-elle bien si nécessaire ? Dans les considérations qui suivent, une réponse affirmative sera donnée à cette question, eu égard à la fois à la grande perméabilité des systèmes juridiques en Europe et à la nature propre des droits fondamentaux.

### A. Une pluralité de systèmes juridiques aux frontières perméables

Il est aujourd'hui banal de constater que le paysage juridique européen se caractérise par la coexistence de trois types d'ordre juridique : les ordres nationaux, conventionnel et de l'Union. Chacun d'eux représente également une source de droits fondamentaux. Une des particularités de cette coexistence tient au fait que les frontières qui séparent ces ordres juridiques sont très perméables, sur le plan tant matériel que formel. Matériellement, les emprunts d'un système à l'autre sont fréquents, comme nous le verrons ci-dessous. Formellement, dans leur vie de tous les jours, les personnes et les États passent facilement d'un ordre juridique à l'autre et se retrouvent même souvent dans deux ou trois ordres à la fois, selon le type d'action qu'ils entreprennent, dessinant ainsi une forme de mobilité trans-systémique souvent ignorée mais bien réelle.

Cette perméabilité des systèmes juridiques entre eux résulte de la combinaison de plusieurs facteurs. Parmi ceux-ci, il y a d'abord le fait que les compétences de l'Union européenne sont des compétences d'attribution et donc par nature limitées<sup>4</sup>, que les droits fondamentaux n'ont pas le pouvoir d'étendre<sup>5</sup>. Les États membres, en revanche, disposent de compétences générales, lesquelles sont toutes soumises à l'empire de la Convention, le champ d'application de celle-ci recouvrant toute la « juridiction » des États<sup>6</sup>. Par ailleurs, le droit de l'Union est un ordre juridique certes autonome mais intégré aux systèmes juridiques des États membres<sup>7</sup>. Là où il s'applique, il ne se substitue donc pas automatiquement à ceux-ci mais tolère au contraire une certaine co-existence, voire même une certaine complémentarité, entre droit de l'Union et droit national, selon des modalités variables en fonction des domaines. C'est le cas aussi en matière de droits fondamentaux, dans la mesure où le droit de l'Union accepte l'application de droits fondamentaux nationaux, pourvu qu'elle ne compromette pas le niveau

(\*) Johan Callewaert est greffier adjoint de la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université catholique de Louvain et à l'Université de Speyer. Il peut être contacté à l'adresse johan.callewaert@echr.coe.int. L'auteur s'exprime à titre strictement personnel et ses propos n'engagent que lui. Il tient à remercier Pauline Bruant, stagiaire à la Cour européenne des droits de l'homme, pour son aide précieuse dans la conception de la présente étude. (1) La Charte reprend la plupart des droits de la Convention. (2) Article 6, § 2, TUE. (3) C.J.U.E., avis sur le projet de traité portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 2/13, EU:C:2014:2454. Sur ce projet de traité, voy. J. Callewaert, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2013. Sur l'avis, voy. parmi beaucoup d'autres, J.P. Jacqué, « L'avis 2/13 C.J.U.E. - Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », <http://free-group.eu/2014/12/26/j-p-jacqué-lavis-213-cjue-non-a-ladhesion-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme> (consulté le 18 avril 2016). (4) Article 5, §§ 1<sup>er</sup> et 2, TUE. (5) Article 6, § 1<sup>er</sup>, TUE et 51, § 2, de la Charte. (6) C.E.D.H., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n° 19392/92, § 29. (7) C.J.U.E., *Costa c. E.N.E.L.*, aff. C-6/64, EU:C:1964:66.

de protection prévu par la Charte, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union<sup>8</sup>.

Il en découle que le droit de l'Union ne « chasse » pas non plus la Convention. Même si la Convention ne s'applique pas comme telle aux institutions de l'Union, celle-ci n'étant pas partie contractante à la Convention, il est de jurisprudence constante que les États membres continuent de relever de la Convention, le cas échéant sous le bénéfice de la présomption d'équivalence, quand ils appliquent le droit de l'Union<sup>9</sup>. Ainsi le respect de la Charte à cette occasion ne dispense-t-il pas de respecter en même temps la Convention.

Tout cela produit une situation juridique caractérisée par un degré élevé d'enchevêtrement et d'interaction entre les trois ordres juridiques concernés, lequel donne lieu notamment à une grande proximité entre le droit de l'Union et le droit des États membres. Bien entendu, cette proximité se manifeste en premier lieu dans toutes les situations où les États membres *mettent en œuvre* le droit de l'Union. Mais là ne s'arrête pas le rôle du droit national à l'égard du droit de l'Union. Il n'est pas rare, en effet, que le droit des États membres vienne *compléter* le droit de l'Union dans des domaines non entièrement régis par celui-ci. Cela tient au fait que les compétences de l'Union, dont l'exercice obéit plus à des critères de subsidiarité et de proportionnalité<sup>10</sup> qu'à un souci d'homogénéité, recouvrent rarement des domaines parfaitement cohérents.

Dans ce genre de constellations, le droit de l'Union et le droit national des États membres se retrouvent côte à côte sur le terrain, où ils se partagent les mêmes domaines, découpés en fonction des compétences de l'Union. Le résultat, c'est une ligne de démarcation entre le droit de l'Union et le droit national qui traverse bien plus souvent les domaines régis qu'elle ne les englobe, laissant une part au droit de l'Union, l'autre au droit national des États membres. En pratique, il faut alors très peu pour entrer dans le champ du droit de l'Union, comme il faut très peu pour en ressortir. La conséquence d'un tel morcellement des compétences, c'est qu'il faut sans cesse « jongler » avec les trois ordres juridiques concernés. Il ne faudrait pas, cependant, que ces « jongleries » en matière de compétence soient l'occasion de « jongleries » concomitantes s'agissant du niveau de protection des droits fondamentaux applicables. Ceux-ci, en effet, sont d'un autre ordre : ils visent à satisfaire des besoins essentiels et ne devraient donc pas fluctuer au fil des compétences respectives des uns et des autres. Afin de pouvoir pleinement accomplir leur fonction, ils ont au contraire besoin de stabilité et c'est pourquoi ils se voient le plus souvent inscrits dans des textes de rang supérieur, plus difficilement amendables.

Quelques exemples tirés de la jurisprudence récente peuvent illustrer le propos. Un premier groupe concerne des domaines où le droit de l'Union régit les seules situations présentant une dimension transnationale, laissant les autres, de même nature mais dites « purement internes », au droit national des États membres. Un deuxième groupe comprend des cas où le droit national des États membres vient compléter les dispositifs instaurés par le droit de l'Union.

Dans le premier groupe, on trouve tout naturellement les cas qui mettent en jeu la liberté de circulation, notamment celle des personnes. Dans ce domaine, une même activité, selon qu'elle s'exerce à l'intérieur des frontières de l'État membre dont l'intéressé est un national ou également dans un autre, sera régie par le seul droit national — comme situation « purement interne » — ou par le droit de l'Union. L'exemple le plus éloquent de ce genre de distinction est sans doute la jurisprudence abondante et sophistiquée<sup>11</sup> sur le droit de séjour de ressortissants de pays tiers, membres de la famille de citoyens de l'Union<sup>12</sup>. Non sans peine, elle tente de combiner entre elles les dispositions relatives à la libre circulation des personnes (articles 45 et s. du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou TFUE), à la citoyenneté européenne (articles 20 et 21 TFUE), au droit à la vie familiale (article 7 de la Charte) et celles notamment de la directive 2004/38<sup>13</sup>. Le résultat, c'est une construction juridique selon laquelle l'applicabilité du droit de l'Union dépend de facteurs aussi techniques que l'usage, par le citoyen de l'Union, de son droit à la libre circulation ou sa « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ».

Pour autant, la perméabilité des frontières systémiques et la complexité des critères qui en déterminent le franchissement est un phénomène qui ne se limite pas au domaine de la liberté de circulation. Il touche aussi les situations où le droit national des États membres vient suppléer le droit de l'Union pour régir des situations qui sont certes générées par ce dernier mais qui, en raison de son champ d'application limité, ne sont pas entièrement gérées par lui. On songe ici bien sûr d'abord à toute l'autonomie procédurale que le droit de l'Union laisse au droit national dans la mise en œuvre du droit de l'Union<sup>14</sup>. Mais sur le fond aussi, on observe parfois une grande complémentarité entre droit de l'Union et droit national dans la gestion d'une matière.

Parmi beaucoup d'autres, l'affaire *Lanigan*<sup>15</sup>, qui concerne l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, en fournit une première illustration éloquent. Elle posait notamment la question des conséquences de l'expiration des délais dont l'article 17 de la décision-cadre<sup>16</sup> assortit la prise d'une décision définitive sur l'exécution du

(8) C.J.U.E., *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, EU:C:2013:280, point 29 ; C.J.U.E., *PPU - F*, aff. C-168/13, EU:C:2013:358, points 53, 75. (9) C.E.D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n° 45036/98, § 137 ; 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, n° 17502/07, §§ 100-103. (10) Article 5 TUE. (11) Une observatrice avisée a parlé à cet égard de « contorsions jurisprudentielles » (Anne Rigaux, note sur l'arrêt *Alokpa* cité ci-dessous, *Europe*, 2013, commentaire n° 499). (12) Voy., parmi d'autres, C.J.U.E., *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, EU:C:2004:639 ; C.J.U.E., *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, EU:C:2011:124 ; C.J.U.E., *Dereci* e.a., aff. C-256/11, EU:C:2011:734 ; C.J.U.E., *Yoshikazu Iida*, aff. C-40/11, EU:C:2012:691 ; C.J.U.E., *O. et S. & L.*, aff. jointes aff. C-356/11 et aff. C-357/11, EU:C:2012:776 ; C.J.U.E., *Imeraga*, aff. C-87/12, EU:C:2013:291 ; C.J.U.E., *Alokpa*, aff. C-86/12, EU:C:2013:645 ; C.J.U.E., *O. et B.*, aff. C-456/12, EU:C:2014:135 ; C.J.U.E., *Singh* e.a., aff. C-218/14, EU:C:2015:476. (13) Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, J.O. L 158 du 30 avril 2004, pp. 77-123. (14) Voy., par exemple, C.J.U.E., *Mukarubega*, aff. C-166/13, EU:C:2014:2336, point 51 : « Lorsque, comme dans l'affaire au principal, ni les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect des droits de la défense des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière ni les conséquences de la méconnaissance de ces droits ne sont fixées par le droit de l'Union, ces conditions et ces conséquences relèvent du droit national pour autant que les mesures arrêtées en ce sens sont du même ordre que celles dont bénéficient les particuliers dans des situations de droit national comparables (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) ». (15) C.J.U.E., *PPU - Lanigan*, aff. C-237/15, EU:C:2015:474. (16) Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, J.O. L 190 du 18 juillet 2002, pp. 1-20, telle que modifiée par

# Analyse

mandat. Dans son arrêt, la C.J.U.E. juge en substance que moyennant le respect de certaines conditions, l'article 12 de ladite décision-cadre, lu en combinaison avec l'article 17 de celle-ci et l'article 6 de la Charte, ne s'oppose pas au maintien en détention de la personne recherchée, conformément au droit de l'État membre d'exécution, même si la durée totale de la période de détention excède les délais fixés par la décision-cadre. Au cœur du dispositif du mandat d'arrêt européen, c'est donc le droit national qui sert ici de base juridique à la détention des personnes recherchées.

Dans le même registre, mentionnons l'affaire *Celaj*<sup>17</sup>, qui concerne la « directive retour »<sup>18</sup>, où la C.J.U.E. décide en substance qu'un État membre peut, à travers son propre droit national, pénaliser la violation par un étranger de l'interdiction d'entrée prononcée à son encontre, car « la directive 2008/115 ne porte que sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles des États membres relatives au séjour des étrangers ». Ce faisant toutefois, l'État membre doit respecter à la fois la « directive retour », la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Se fondant sur des considérations similaires quant à la ligne de partage entre compétences de l'Union et compétences nationales, la C.J.U.E., dans l'affaire *Mahdi*<sup>19</sup>, indique que si un juge national peut devoir libérer un ressortissant d'État tiers qui n'est pas en possession de documents d'identité au motif qu'il n'existerait plus de perspective raisonnable d'éloignement au sens de l'article 15, § 4, de la « directive retour », celle-ci n'oblige pas pour autant l'État membre concerné à accorder un droit de séjour à ce ressortissant, celui-ci relevant alors du seul droit national.

Dans un tout autre domaine, l'affaire *Willems* posait la question de la compatibilité avec les articles 7 et 8 de la Charte de l'utilisation des données rassemblées en vue de la délivrance de passeports biométriques à des fins autres que celles prévues par le règlement n° 2252/2004<sup>20</sup>. Après avoir constaté que cette question n'était pas régie par le règlement, la C.J.U.E. précise : « Les considérations qui précèdent sont sans préjudice d'un éventuel examen, par les juridictions nationales, de la compatibilité de toutes les mesures nationales liées à l'utilisation et à la conservation des données biométriques avec leur droit national et, le cas échéant, avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>21</sup>.

Citons enfin les cas où, dans la ligne de son arrêt *Melloni*<sup>22</sup>, la C.J.U.E. juge qu'en accordant une protection des droits fondamentaux qui dépasse celle du droit de l'Union, un État membre fait sortir le bénéficiaire du champ de ce droit, entraînant la limitation

des effets de cette protection au seul territoire de l'État membre concerné. Cette solution a été appliquée, par exemple, dans les arrêts *M'Bodj*<sup>23</sup>, concernant la « directive qualification », et *Tahir*<sup>24</sup>, à propos de la directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. Elle a sans doute aussi inspiré l'approche suivie dans l'arrêt *Zaizoune*<sup>25</sup>, qui porte sur la « directive retour », si on prend en considération l'article 6, § 4, de celle-ci<sup>26</sup>.

On pourrait multiplier les exemples de ce type. Certes, il n'est pas exclu qu'une partie de ces situations régies par le droit national puisse être considérée comme entrant dans le champ du droit de l'Union, entraînant l'application de la Charte<sup>27</sup>, voire même celle de la jurisprudence *Melloni*<sup>28</sup>. Il n'en demeure pas moins que le rattachement d'une situation au droit de l'Union ou au droit des États membres se fait en fonction des critères qui définissent les compétences de l'Union, lesquels sont en principe étrangers aux conditions d'exercice des droits fondamentaux en question. C'est là un argument en faveur d'une certaine continuité dans le régime des droits fondamentaux au passage des frontières systémiques. Sinon, on risque le *patchwork* de droits fondamentaux dont plus personne ne comprend la complexité, hormis quelques érudits, ce qui mine tout autant la sécurité juridique, la confiance des citoyens et, *last but not least*, comme nous le verrons ci-après, l'autorité des droits fondamentaux eux-mêmes. Si *Melloni* entend éviter le *patchwork* de droits fondamentaux à l'intérieur du droit de l'Union, il y a de bons arguments aussi pour éviter un tel *patchwork* dans les domaines dont le droit de l'Union et le droit national des États membres se partagent la gestion.

## B. Des droits fondamentaux à portée trans-système

La pluralité de systèmes juridiques décrite ci-dessus engendre aussi une pluralité de droits fondamentaux qui, si elle n'est pas un tant soit peu ordonnée, risque d'entraîner une relativisation générale de leur portée. Pour éviter cela, il convient de distinguer les droits fondamentaux selon qu'ils ont une portée intra- ou trans-système. Les premiers sont ceux dont la portée, limitée à un système juridique particulier, n'a pas vocation à s'étendre au-delà des frontières de ce système, parce que les droits en question répondent à des préoccupations particulières à celui-ci. C'est le cas, par exemple, de droits tels que celui à la gratuité de l'enseignement que l'on retrouve dans la Constitution belge<sup>29</sup> mais aussi, s'agissant du droit de l'Union, de la plupart des droits dont la Charte réserve le bénéfice aux citoyens de l'Union, tel le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen et aux élections communales<sup>30</sup>. Même si leur champ recouvre tous les États membres, il ne dépasse pas les limites du système juridique de l'Union.

la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009. (17) C.J.U.E., *Celaj*, aff. C-290/14, EU:C:2015:640. (18) Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, J.O. L 348 du 24 décembre 2008, pp. 98-107. (19) C.J.U.E., *PPU - Mahdi*, aff. C-146/14, EU:C:2014:1320. (20) Règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, J.O. L 385 du 29 décembre 2004, pp. 1-6. (21) C.J.U.E., *Willems* e.a., aff. jointes aff. C-446/12 à C-449/12, EU:C:2015:238, point 51. Voy. aussi, dans le même sens, C.J.U.E., *Schwartz*, aff. C-291/12, EU:C:2013:670, points 61-62. (22) C.J.U.E., *Melloni*, aff. C-399/11, EU:C:2013:107. (23) C.J.U.E., *M'Bodj*, aff. C-542/13, EU:C:2014:2452. (24) C.J.U.E., *Tahir*, aff. C-469/13, EU:C:2014:2094. (25) C.J.U.E., *Zaizoune*, aff. C-38/14, EU:C:2015:260. (26) En revanche, la « directive accueil » (directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, J.O. L 180 du 29 juin 2013, pp. 96-116) prévoit, en son article 4, que « Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables en matière de conditions d'accueil des demandeurs et des parents proches du demandeur qui se trouvent dans le même État membre, lorsqu'ils dépendent de lui, ou pour des raisons humanitaires, dans la mesure où ces dispositions sont compatibles avec la présente directive ». Il est vrai que les conditions d'accueil dans un État membre sont en principe sans incidence sur le régime appliqué dans les autres États membres. (27) C.J.U.E., *Willems* e.a., EU:C:2015:238, point 49. (28) Cette jurisprudence, toutefois, ne se heurte pas comme telle à la Convention, dès lors que le niveau de protection en droit de l'Union correspond au moins à celui de la Convention. (29) Article 24, § 3, de la Constitution belge. (30) Articles 39 et 40 de la Charte.

En revanche, les droits fondamentaux trans-systémiques sont ceux dont la portée, en raison de leur importance, dépasse les frontières systémiques et qui se trouvent inscrits dans des instruments internationaux, universels et/ou régionaux, pour deux raisons. D'abord, parce qu'ils correspondent à des préoccupations communes aux populations d'une pluralité d'États ; les intérêts qu'ils protègent sont de l'ordre de l'universel plutôt que du particulier. Ensuite, pour permettre un contrôle international, c'est-à-dire un contrôle externe, juridictionnel ou autre, de leur respect, lequel contrôle se justifie précisément par la portée et l'importance des droits en question, pour éviter qu'ils ne soient « transformés » au niveau national. Comment, en effet, maintenir le caractère trans-systémique de ces droits, lequel suppose une interprétation unifiée de leur portée, sans une instance elle-même trans-systémique, c'est-à-dire internationale ? Cette catégorie comprend en premier lieu tous les droits fondamentaux à vocation universelle (le droit à la vie, à la liberté d'expression, à la vie privée, à la vie familiale, à un procès équitable, l'interdiction de la torture, de la détention arbitraire, etc.) que l'on retrouve dans les grands instruments juridiques internationaux et, en substance, sous des formulations variables, dans la plupart des Constitutions nationales. Avec leur champ d'application pan-européen, les droits de la Convention en font éminemment partie.

Respecter les droits fondamentaux trans-systémiques suppose donc de maintenir leur contenu, de préserver l'univocité de leur message, au-delà des frontières qui séparent les systèmes, en respectant, là où elle existe, l'interprétation authentique qu'ils ont reçue, sans préjudice toutefois de la possibilité de renforcer leur protection<sup>(31)</sup>. Il faut en quelque sorte en assurer la « libre circulation » d'un système à l'autre. Dans la gestion des droits fondamentaux trans-systémiques, le champ de vision ne peut pas s'arrêter aux frontières des systèmes individuels mais doit, au contraire, s'élargir aux dimensions des droits en question. Les plus universels d'entre eux font partie du patrimoine juridique de l'humanité dont l'importance dépasse de loin les intérêts particuliers des systèmes juridiques dans lesquels ils s'appliquent. C'est une responsabilité commune que d'agir en conséquence.

En Europe, une responsabilité particulière pèse à cet égard sur l'Union européenne, en raison notamment de l'autonomie de son ordre juridique. Il peut être tentant, en effet, d'étendre cette autonomie à tous les droits fondamentaux qui s'y appliquent. Pourtant, si cette autonomie, qui a été réaffirmée avec force dans l'avis 2/13, ne fait en principe aucun doute, elle paraît tout de même devoir être nuancée s'agissant des droits fondamentaux trans-systémiques que l'Union européenne entend protéger. Comme nous l'avons vu, le droit de l'Union s'insère dans un environnement juridique caractérisé par une pluralité de systèmes décloisonnés, par des droits fondamentaux dont la portée dépasse chacun d'eux et par une absence de tout contrôle externe quant à leur respect. L'autonomie du droit de l'Union à l'égard des droits fondamentaux trans-systémiques, et singulièrement à l'égard de ceux de la Convention, ne peut donc qu'être une autonomie relative et nuancée parce que contextualisée, une autonomie qui tient compte de

la réalité juridique complexe et sensible dans laquelle elle s'insère, en respectant notamment la nature trans-systémique des droits qu'elle emprunte à la Convention et leur jurisprudence. Bref, une autonomie qui ne vire pas à l'insularité.

Conscient de l'importance de ces enjeux, le législateur de l'Union a clairement opté pour la cohérence inter-systémique sur ce terrain, comme en témoignent les articles 52, § 3, de la Charte et 6, § 2, du Traité sur l'Union européenne (« le TUE »). Depuis l'avis 2/13, on sait cependant qu'il faudra encore un peu de temps avant que l'Union européenne n'adhère à la Convention, ce qui rend d'autant plus important l'article 52, § 3, de la Charte qui, s'agissant des droits empruntés à la Convention, interdit les reculs mais autorise les dépassements. Dans ce domaine, l'autonomie du droit de l'Union se voit ainsi ouverte vers le haut mais fermée vers le bas. Cela ressort aussi des explications à l'article 52, § 3, selon lesquelles, si l'application de cette disposition ne doit certes pas porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne, « en tout état de cause, le niveau de protection offert par la Charte ne peut jamais être inférieur à celui qui est garanti par la [Convention] ».

On ne peut donc que s'étonner de voir que cette disposition a été complètement ignorée dans l'avis 2/13 au bénéfice d'une insistance sur l'autonomie du droit de l'Union. Or, comme la Cour européenne des droits de l'homme (« la C.E.D.H. ») vient de le rappeler dans son arrêt *Avotins*<sup>(32)</sup>, le respect effectif de l'article 52, § 3, de la Charte joue un rôle essentiel aussi dans le maintien de la présomption d'équivalence instituée dans l'arrêt *Bosphorus*<sup>(33)</sup>.

## 2 La convergence comme horizon

Après ces considérations démontrant que la cohérence entre la Convention et le droit de l'Union correspond toujours à une nécessité, il est temps à présent de s'interroger sur la réalité de cette cohérence : à défaut d'être accomplie, sert-elle au moins encore d'horizon ? L'analyse se fera sous l'angle du contenu des droits, mais aussi sous celui de la méthodologie appliquée, laquelle peut en effet produire des résultats très variables sur un même droit.

### A. Le contenu des droits fondamentaux

Assurer la « cohérence nécessaire » entre la Convention et le droit de l'Union est d'abord une question de contenu des droits. Sur ce terrain, la constatation qui s'impose est que cette cohérence a été largement assurée ces dernières années. Avec des résultats appréciables : aujourd'hui comme par le passé, il est rare de voir le contenu des droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union descendre en-dessous du niveau de la Convention. Parmi les quelques cas isolés de ce type, citons l'arrêt *Spasic*<sup>(34)</sup> qui, en subordonnant l'application du principe *ne bis in idem* à la condition que la première peine ait été effectivement exécutée, s'écarte nettement de la jurisprudence *Zolotoukhine*<sup>(35)</sup>.

(31) Traditionnellement, en droit international, le dépassement du niveau de protection d'un droit fondamental n'entraîne pas manquement à ce droit. C'est aussi la *ratio legis* des articles 53 de la Convention et 53 de la Charte. (32) C.E.D.H. 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, n° 17502/07, § 102. (33) C.E.D.H., *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, 45036/98. Là où elle s'applique, cette présomption autorise le droit de l'Union à s'écarter du niveau de protection de la Convention, tant qu'il n'y a pas « insuffisance manifeste ». Voilà donc un champ que la Convention ouvre elle-même à l'autonomie du droit de l'Union. On peut toutefois se demander si, par l'effet de l'article 52, § 3, de la Charte, le droit de l'Union ne s'interdit pas lui-même d'en faire usage. (34) C.J.U.E., *PPU - Spasic*, aff. C-129/14, EU:C:2014:586. Pour un commentaire critique, voy. F. Gazin, *Europe*, 2014, n° 296. (35) C.E.D.H., *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, n° 14939/03, § 110.



# Analyse

Cela étant, certains flottements apparaissent dans la jurisprudence quant à la méthode à suivre pour appliquer l'article 52, § 3. Ils concernent en particulier l'articulation de cette disposition avec l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte. Alors que le paragraphe 1 fixe le régime général des limitations applicables aux droits et libertés reconnus par la Charte, le paragraphe 3 a pour effet de rendre applicables aux droits de la Charte qui sont issus de la Convention les limitations prévues par cette dernière. Or, le régime des limitations de la Convention diffère sur certains points de celui du droit de l'Union. Ainsi, par exemple, la liste des « buts légitimes » capables de justifier des limitations à certains droits de la Convention est-elle limitative<sup>36</sup>, contrairement aux « objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union », ces derniers pouvant même parfois donner lieu à un raisonnement circulaire<sup>37</sup>, ce qui étend sensiblement les possibilités de limitation. Il n'est donc pas indifférent d'appliquer l'une ou l'autre de ces dispositions. Pourtant, on trouve dans la jurisprudence une variété d'approches différentes sur ce terrain : des arrêts qui examinent les limitations admissibles à l'aune tantôt de l'article 52, § 3, explicitement<sup>38</sup> ou implicitement<sup>39</sup>, tantôt de l'article 52, § 1<sup>er</sup><sup>40</sup>, tantôt des deux à la fois<sup>41</sup>. D'autres se réfèrent à l'article 52, § 3, pour la définition de la portée du droit et à l'article 52, § 1<sup>er</sup>, pour en définir les limitations<sup>42</sup>. Tout ceci ne contribue guère à la lisibilité de la jurisprudence en la matière, sur une question pourtant essentielle pour la convergence des jurisprudences. À cet égard, il faut saluer les efforts des avocats généraux de la C.J.U.E. qui, en général, font preuve de plus de pédagogie sur cette question ainsi que sur la jurisprudence strasbourgeoise pertinente<sup>43</sup>.

Quoi qu'il en soit, cela n'a pas empêché la jurisprudence luxembourgeoise de se montrer particulièrement protectrice dans certains domaines, dépassant même parfois le niveau de protection de la Convention, comme l'y autorise d'ailleurs l'article 52, § 3, deuxième phrase, de la Charte. Sans vouloir être exhaustif, parmi les domaines les plus emblématiques de cette tendance, on mentionnera en premier lieu la protection des données, laquelle a récemment donné lieu à trois arrêts remarquables de la C.J.U.E., rendus respectivement dans les affaires *Digital Rights*<sup>44</sup>, *Google Spain*<sup>45</sup> et *Schrems*<sup>46</sup>. Citons également le haut niveau de protection accordée par la C.J.U.E. dans le domaine de la liberté de religion<sup>47</sup>, de la protection de la dignité et de la vie privée et familiale des homosexuels<sup>48</sup>, de la protection contre la discrimination en raison de l'origine ethnique<sup>49</sup>, à l'égard des mesures prises par le comité des sanctions des Nations unies pour lutter contre le

terrorisme<sup>50</sup> ou encore sur la question des limitations au droit à un recours effectif<sup>51</sup>.

De son côté, dans la ligne de son arrêt *Christine Goodwin*<sup>52</sup>, qui concernait notamment le droit au mariage d'une personne transsexuelle, la C.E.D.H. a continué de s'inspirer de la Charte et de la jurisprudence de la C.J.U.E.<sup>53</sup>, quelques fois même en vue de relever le niveau de protection de sa propre jurisprudence. C'était le cas dans ses arrêts *Demir et Baykara*<sup>54</sup>, au sujet des droits syndicaux des fonctionnaires, *Sergueï Zolotoukhine*<sup>55</sup>, concernant le principe *ne bis in idem*, *Scoppola* (n° 2)<sup>56</sup>, à propos de l'application immédiate de la peine plus légère, et *Schalk et Kopf*<sup>57</sup>, au sujet de l'application de l'article 12 de la Convention aux homosexuels.

## B. La méthodologie des droits fondamentaux

Toutefois, pour mesurer la protection des droits fondamentaux dans un système juridique donné, on ne peut plus aujourd'hui s'arrêter au contenu qu'ils y recoivent. Il faut se demander aussi comment, c'est-à-dire selon quelle méthode, ils y sont appliqués. En effet, selon la méthode utilisée, un même droit peut produire des résultats très variables. S'agissant de la cohérence entre la Convention et le droit de l'Union, deux questions paraissent essentielles du point de vue méthodologique : celle de la primauté des droits fondamentaux et celle de l'étalon de mesure applicable.

### 1. La primauté des droits fondamentaux

On s'accorde aujourd'hui à considérer qu'en sus de leur fonction de protection individuelle, les droits fondamentaux exercent également une fonction de légitimation et de validation du droit. Selon une formule désormais bien établie dans la jurisprudence de la C.J.U.E., le respect des droits fondamentaux constitue une « condition de la légalité des actes de l'Union, de sorte que ne sauraient être admises dans l'Union des mesures incompatibles avec ces mêmes droits »<sup>58</sup>. Ou, pour le dire avec les mots du Conseil européen de Cologne lorsqu'il décida de procéder à la rédaction de la Charte : « Le respect des droits fondamentaux est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne et la condition indispensable pour sa légitimité »<sup>59</sup>. Il ne s'agit pas là d'une particularité du droit de l'Union mais d'une caractéristique essentielle des démocraties modernes, lesquelles acceptent aujourd'hui de soumettre l'entièreté de leur ordre juridique au test des droits fondamentaux et, en conséquence, de ne pas appliquer les règles

(36) C.E.D.H., S.A.S. c. France, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11, §§ 133-134. (37) C.J.U.E., *PPU - N.*, aff. C-601/15, EU:C:2016:84, point 52. (38) C.J.U.E., *PPU - MCB.*, aff. C-400/100, EU:C:2010:582 ; C.J.U.E., *Abdida*, aff. C-562/13, EU:C:2014:2453 ; C.J.U.E., *PPU - Lanigan*, EU:C:2015:474 ; C.J.U.E., *Tall*, aff. C-239/14, EU:C:2015:824. (39) C.J.U.E., *Melloni*, EU:C:2013:107 ; C.J.U.E., *Deutsche Bahn AG e.a.*, aff. C-583/13 P, EU:C:2015:404 ; C.J.U.E., *Taricco*, aff. C-105/14, EU:C:2015:555. (40) C.J.U.E., *ZZ*, aff. C-300/11, EU:C:2013:363 ; C.J.U.E., *PPU - Spasic*, EU:C:2014:586. (41) C.J.U.E., *PPU - N.*, EU:C:2016:84. (42) C.J.U.E., *Schecke et Eifert*, aff. jointes aff. C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662 ; C.J.U.E., *Neptune Distribution SNC*, aff. C-157/14, EU:C:2015:823 ; C.J.U.E., *WebMindLicences*, aff. C-419/14, EU:C:2015:832. (43) Ainsi par exemple les conclusions de l'avocate générale Kokott dans *Schindler Holding Ltd e.a.*, aff. C-501/11 P, EU:C:2013:248 ou la prise de position de l'avocate générale Sharpston dans *PPU - N.*, EU:C:2016:85. (44) C.J.U.E., *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jointes aff. C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238. (45) C.J.U.E., *Google Spain SL*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317. (46) C.J.U.E., *Schrems*, aff. C-362/14, EU:C:2015:650. (47) C.J.U.E., *Y & Z*, aff. jointes C-71/11 et C-99/11, EU:C:2012:518. (48) C.J.U.E., *X, Y, Z*, aff. jointes C-199/12 à C-201/12, EU:C:2013:720 ; C.J.U.E., *A, B et C*, aff. jointes C-148/13 et C-150/13, EU:C:2014:2406. (49) C.J.U.E., *Chez*, aff. C-83/14, EU:C:2015:480. (50) C.J.U.E., *Kadi et Al Barakaat International Foundation (« Kadi II »)*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461 ; C.J.U.E., *Yassin Abdullah Kadi (« Kadi II »)*, aff. jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518. (51) C.J.U.E., *ZZ*, aff. C-300/11, EU:C:2013:363. (52) C.E.D.H., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 100. (53) Notamment dans C.E.D.H., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03, §§ 106-107 ; C.E.D.H., 26 novembre 2013, *X c. Lettonie*, n° 27853/09, § 97 et C.E.D.H., 8 septembre 2015, *Laurus Invest Hungary KFT e.a. c. Hongrie (déc.)*, n°s 23265/13 e.a., §§ 37-42. (54) C.E.D.H., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, §§ 105 et 150. (55) C.E.D.H., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, §§ 79-80. (56) C.E.D.H., 19 septembre 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, n° 10249/03, § 105. (57) C.E.D.H., *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, §§ 60-61. (58) Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 169. Dans le même sens, parmi d'autres : C.J.U.E., *Kadi*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461, points 284 et 303. (59) Conseil européen de Cologne (3-4 juin 1999), Conclusions de la présidence, annexe IV.

et mesures qui les méconnaissent. Les droits fondamentaux se trouvent ainsi au fondement de tout ordre juridique démocratique.

Or, légitimer et valider ne peuvent se faire que par rapport à une norme supérieure, plus importante et plus fondamentale que celle qui est à valider, car en cas d'incompatibilité, la norme validante doit pouvoir primer sur la norme ou la mesure à valider et, le cas échéant, l'écartier. Sans ce pouvoir, le maintien de cette dernière n'autorise pas à conclure à sa compatibilité avec la norme validante. Certes, s'agissant du droit de l'Union, la Charte a la même valeur juridique que les traités<sup>60</sup>. Il n'en demeure pas moins que dans toute la mesure où il est affirmé que les droits fondamentaux constituent une condition de légalité des actes de l'Union, il en résulte implicitement qu'ils doivent, en cas de conflit, prévaloir sur les autres étalons de mesure des actes de l'Union. Sans cette capacité, l'effet de validation reste factice.

Dans les systèmes juridiques nationaux, la fonction de légitimation des droits fondamentaux va le plus souvent de pair avec un rang supérieur dans la hiérarchie des normes, même si la Convention ne réclame pas pour elle un rang particulier dans les systèmes juridiques des États membres, ni même d'être incorporée dans le droit interne de ceux-ci<sup>61</sup>. La primauté des droits qu'elle consacre à l'égard du droit interne des États contractants est néanmoins assurée à travers une combinaison de deux règles : celle selon laquelle la Convention s'applique à toute la juridiction des États contractants<sup>62</sup> et celle qui veut que le respect de la Convention est une obligation de résultat plutôt qu'une obligation de moyens<sup>63</sup>. Cela ne fait pas des droits de la Convention des droits absolus, mais cela rend absolue l'obligation de les respecter, avec leurs limitations : ils priment sur tout autre droit dans la mesure où ils imposent un certain résultat à atteindre.

Sur ce terrain toutefois, le droit de l'Union est marqué par une forte ambiguïté. Tandis que, dans l'avis 2/13, les droits fondamentaux sont présentés comme une condition de légalité du droit de l'Union, il y est dit dans le même temps que « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union ». Au titre de ces objectifs, l'avis se réfère alors à « une série de dispositions fondamentales, telles que celles prévoyant la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, la citoyenneté de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la politique de concurrence »<sup>64</sup>.

On ne peut que s'interroger ici sur la compatibilité de ces deux propositions. Les droits fondamentaux sont-ils vraiment une condition de légalité du droit de l'Union s'ils doivent eux-mêmes être interprétés à la lumière des objectifs de l'Union européenne, comme si la détermination de ces objectifs n'était pas, elle aussi, un acte soumis à la condition de sa conformité avec les droits

fondamentaux ? Autrement dit, à moins d'admettre que les objectifs poursuivis par l'Union et la manière de les poursuivre soient soustraits aux effets des droits fondamentaux — ce qui contredirait la thèse selon laquelle les droits fondamentaux sont une condition de légalité de *tout* le droit de l'Union — comment pourraient-ils limiter les effets des droits fondamentaux appelés à les valider ? Quelle serait la crédibilité d'une telle validation ? Peut-on imaginer qu'un État plaide avec succès à Strasbourg que la Convention ne s'applique à lui que dans la mesure où elle se concilie avec un certain nombre d'objectifs — politiques, économiques, sociaux ou autres — qu'il s'est fixés ? Certes, le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention<sup>65</sup>. Mais dans le système de la Convention, la recherche de cet équilibre passe par une mise en balance des intérêts en présence *au cas par cas*, pas par une limitation générale et préalable des effets des droits fondamentaux, telle une dérogation du genre de celle prévue à l'article 15 de la Convention.

Le risque que comporte une telle approche, c'est une inversion des rapports traditionnels entre droits fondamentaux et objectifs, c'est une approche qui prend comme point de départ les exigences du système plutôt que celles des droits fondamentaux, une approche qui entend construire les droits fondamentaux autour du système plutôt que le système autour des droits fondamentaux, permettant ainsi une limitation des effets des droits fondamentaux au nom de la préservation de certains objectifs ou de certains mécanismes<sup>66</sup>. On trouve, par exemple, des traces de cette approche dans la jurisprudence relative à la « directive retour », selon laquelle les modalités d'exercice de certains droits fondamentaux — notamment le droit d'être entendu — sont à apprécier « à la lumière de l'objectif de la directive 2008/115 qui vise le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier vers leur pays d'origine »<sup>67</sup>.

Toutefois, la concrétisation sans doute la plus forte de cette approche systémique est rappelée dans ce même avis 2/13 qui, s'agissant de la reconnaissance mutuelle, énonce qu'en vertu du principe de la confiance mutuelle entre les États membres, ceux-ci peuvent être tenus, sauf cas exceptionnels, « de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union »<sup>68</sup>.

À la lumière de toute la jurisprudence strasbourgeoise qui interdit d'expulser des personnes vers des États où elles risquent de subir une violation grave des droits qu'elles tirent de la Convention<sup>69</sup>,

(60) Article 6, § 1<sup>er</sup>, TUE. (61) C.E.D.H., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, § 239. (62) C.E.D.H., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie e.a. c. Turquie*, n° 19392/92, § 29. (63) C.E.D.H., *Fabris c. France*, 7 février 2013, n° 16574/08, § 75. (64) Avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 170-172. Il est vrai que cette considération se trouve déjà dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (C.J.U.E., aff. C-11/70, EU:C:1970:114) mais celui-ci n'affirme pas en même temps que les droits fondamentaux sont une condition de légalité du droit communautaire et, depuis lors, la Charte s'est vu élevée au rang de droit primaire. (65) C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, § 89. (66) Ainsi, par exemple, la C.J.U.E. quand elle indique que « le législateur européen a assuré le respect du droit d'être entendu dans l'État membre d'exécution de façon à ne pas compromettre l'efficacité du mécanisme du mandat d'arrêt européen » (C.J.U.E., *Radu*, aff. C-396/11, EU:C:2013:39, point 41). (67) C.J.U.E., *Boudjlida*, aff. C-249/13, EU:C:2014:2431, point 45. Voy. aussi C.J.U.E., *PPU - G. et R.*, aff. C-383/13, EU:C:2013:533, points 36-44. (68) Avis 2/13, points 191-192. Sur cette présomption, voy. aussi C.J.U.E., 5 avril 2016, *Aranyosi et Caldaru*, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, point 78. (69) Voy., parmi d'autres, C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88 ; C.E.D.H., 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06 ; C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09 ; C.E.D.H., 10 avril 2012, *Babar Ahmad e.a. c. Royaume-Uni*, n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09 ; C.E.D.H., 4 novembre

# Analyse

exclure tout contrôle à cet égard — et, ainsi, vouloir aussi suspendre les effets de la Convention — paraît pour le moins problématique<sup>70</sup>. Tout dépend naturellement de ce qu'il faut entendre par « cas exceptionnels ». On entend dire parfois que cette approche systémique et la part de rigidité qui l'accompagne servent à compenser une certaine fragilité inhérente aux mécanismes de reconnaissance mutuelle. Il est toutefois permis de se demander si la mise en veilleuse des droits fondamentaux et ses conséquences sur l'acceptabilité de ces mécanismes n'entraînent pas plutôt l'effet contraire, comme semble d'ailleurs l'indiquer la jurisprudence récente de certaines cours suprêmes, mentionnée ci-dessous.

La C.E.D.H., pour sa part, a récemment eu l'occasion de clarifier sa position en matière de reconnaissance mutuelle dans un arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Avotins*, laquelle concernait l'exécution en Lettonie, sur le fondement de l'article 34 du règlement Bruxelles I<sup>71</sup>, d'un jugement chypriote rendu par défaut<sup>72</sup>. La C.E.D.H. y a clairement exprimé son adhésion à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et aux mécanismes de reconnaissance mutuelle fondés sur la confiance mutuelle entre les États membres. Toutefois, pour la C.E.D.H., les modalités de la création de cet espace ne peuvent se heurter aux droits fondamentaux des personnes concernées. Or, « limiter aux seuls cas exceptionnels le contrôle par l'État requis du respect des droits fondamentaux par l'État d'origine de la décision de justice à reconnaître pourrait, dans des situations concrètes, aller à l'encontre de l'obligation qu'impose la Convention de permettre au moins au juge de l'État requis de procéder à un contrôle adapté à la gravité des allégations sérieuses de violation des droits fondamentaux dans l'État d'origine afin d'éviter une insuffisance manifeste dans la protection de ces droits »<sup>73</sup>.

Même si elle entend tenir compte, dans un esprit de complémentarité, du mode de fonctionnement des dispositifs de reconnaissance mutuelle et notamment de leur objectif d'efficacité, la C.E.D.H. estime devoir vérifier que le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas appliqué de manière automatique et mécanique, au détriment des droits fondamentaux. Aussi, lorsque les juridictions nationales sont appelées à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En

revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que le droit de l'Union européenne ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union<sup>74</sup>.

Auparavant déjà, la C.E.D.H. avait clairement indiqué, dans les affaires *M.S.S.*<sup>75</sup> et *Tarakhel*<sup>76</sup>, qui concernaient des cas d'application du règlement Dublin II<sup>77</sup>, que l'automatisme des mécanismes prévus par ce règlement ne déliait pas les États membres de leur obligation conventionnelle de ne pas exposer des demandeurs d'asile à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention, sans pour autant que cela n'entraîne une automatisme dans le refus de transfert<sup>78</sup>.

Très récemment cependant, dans son arrêt *Aranyosi et Caldaru*, lui aussi rendu par une grande chambre, la C.J.U.E. semble avoir infléchi l'approche systémique adoptée dans son avis 2/13. Après avoir rappelé le caractère absolu de l'article 4 de la Charte, auquel correspond l'article 3 de la Convention, elle admet que lorsque l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution d'un mandat d'arrêt européen dispose d'éléments attestant d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant des personnes détenues dans l'État membre d'émission (...), celle-ci est tenue d'apprécier l'existence de ce risque lorsqu'elle doit décider de la remise aux autorités de l'État membre d'émission de la personne concernée, l'exécution d'un tel mandat ne pouvant conduire à un traitement inhumain ou dégradant. En cas de confirmation de ce risque à l'égard de la personne faisant l'objet du mandat, l'exécution de celui-ci doit être reportée<sup>79</sup>. Pour agir en conformité avec la Charte et la Convention, il ne suffit donc plus au juge de l'État requis de se prévaloir de la possibilité pour un requérant d'introduire à Strasbourg une requête contre l'État d'émission.

La C.J.U.E. se rapproche ainsi des positions plus nuancées sur la question adoptées par la C.E.D.H. mais aussi par la Cour de cassation française et la Cour constitutionnelle allemande<sup>80</sup>. On peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle étende cette nouvelle approche aux autres domaines où s'applique le principe de reconnaissance mutuelle, notamment ceux du règlement Dublin et du règlement Bruxelles II bis<sup>81</sup>, d'autant plus que la doctrine en la ma-

2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12. Cette jurisprudence a d'ailleurs été reprise à l'article 19, § 2, de la Charte. (70) Pour une critique de cette approche, voy. parmi d'autres V. Mitsilegas, « The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice : From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual », *Yearbook of European Law*, 31, 2012, p. 319 ; W. Weiß, « The EU Human Rights Regime Post-Lisbon : Turning the CJEU into a Human Rights Court ? », in J. Morano-Foadi et L. Vickers, « Fundamental Rights in the EU - A Matter for Two Courts », Oregon, Oxford-Portland, 2015, p. 69, spécialement pp. 83 et s. Sur cette problématique en général, voy. également O. De Schutter et F. Tulkens, « Confiance mutuelle et droits de l'homme - La Convention européenne des droits de l'homme et la transformation de l'intégration européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 939 ; S. Neveu, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux : quelles limites à la coopération judiciaire pénale ? », *R.T.D.H.*, 2016, p. 119. (71) Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. (72) C.E.D.H. 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, n° 17502/07. (73) § 114. L'« insuffisance manifeste » représente le niveau d'intervention obligatoire de la C.E.D.H. dans les cas où, comme en l'espèce, la présomption d'équivalence s'applique (C.E.D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n° 45036/98, § 156). (74) § 116. (75) C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09. (76) C.E.D.H., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12. Voy. aussi, dans le même sens, C.E.D.H., 21 octobre 2014, *Sharifi e.a. c. Italie et Grèce*, n° 16643/09. (77) Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *J.O. L* 50 du 25 février 2003, pp. 1-10. (78) *Cfr.* C.E.D.H., 13 janvier 2015, *A.M.E. c. Pays-Bas*, (déc.), n° 51428/10 et *A.S. c. Suisse*, 30 juin 2015, n° 39350/13. (79) C.J.U.E., *Aranyosi et Caldaru*, aff. jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, points 85-88 et 98. (80) *Crim.* 12 avril 2016, FR:CCASS:2016:CR02480. Dans un arrêt retentissant du 15 décembre 2015 portant sur l'exécution d'un mandat d'arrêt européen rendu après une condamnation par défaut (2 BvR 2735/14), la Cour constitutionnelle allemande a souligné qu'en présence d'indications factuelles donnant à croire qu'en cas de transfert d'une personne vers l'État membre d'émission les exigences tenant au respect de la dignité de cette personne ne seraient pas remplies, tant la loi fondamentale allemande que le droit de l'Union imposaient au juge allemand de s'enquérir de la situation dans l'État d'émission et, le cas échéant, de renoncer au transfert, l'examen devant se faire au cas par cas. Sur cet arrêt, voy. M. Guirese, « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux », <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08> (consulté le 18 avril 2016). (81) Règlement (CE)



tière — notamment au sujet du degré d'automaticité exigé pour la reconnaissance de décisions judiciaires étrangères — n'apparaît pas très unifiée<sup>82</sup>. Un vrai rapprochement, toutefois, suppose qu'il s'étende aussi à l'étalon de mesure utilisé pour vérifier le respect des droits fondamentaux.

## 2. L'étalon des droits fondamentaux

L'étalon de mesure est en effet la deuxième grande question que la jurisprudence récente de la C.J.U.E. a mise au centre du débat sur la méthodologie des droits fondamentaux. Elle se pose quand il s'agit de savoir si l'appréciation du renversement de la présomption du respect des droits fondamentaux par les États membres doit se faire selon un étalon individuel ou collectif. Dans son arrêt *N. S.*, en effet, qui concernait un cas d'application du règlement Dublin II, la C.J.U.E. avait estimé que si cette présomption était bien réfragable, il ne pouvait pas pour autant en être conclu que toute violation d'un droit fondamental par l'État membre responsable affecterait les obligations des autres États membres de respecter les dispositions du règlement Dublin II. Il y allait, en effet, de la raison d'être de l'Union et de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, plus particulièrement, du système européen commun d'asile. Seules des « défaillances systémiques » de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, étaient susceptibles de rendre ce transfert incompatible avec cet article<sup>83</sup>. Par la suite, cette approche a été confirmée dans l'arrêt *Abdullah*<sup>84</sup> et l'avis 2/13<sup>85</sup>.

On ne peut que s'étonner ici du remplacement de l'étalon individuel par un étalon collectif, lequel en effet représente un changement de paradigme par rapport à toute la philosophie du système de la Convention, axée sur une approche individuelle au cas par cas, comme en témoigne le droit de recours individuel, pierre d'angle du système. Ici aussi donc, on assiste à un glissement méthodologique guidé par une approche systémique qui, dans le doute, fait prévaloir la stabilité du système sur le respect des droits fondamentaux individuels. Ce glissement est d'autant plus inquiétant qu'il concerne une des dispositions les plus essentielles de la Convention et de la Charte, celle qui, entre toutes, mérite sans doute le plus de faire l'objet d'un examen individuel, en raison de son caractère absolu : l'interdiction des mauvais traitements. Alors pourtant que dans d'autres domaines, la C.J.U.E. se montre au contraire très soucieuse de garantir un examen individuel<sup>86</sup>.

Aussi, à un moment où la doctrine des défaillances systémiques, sans doute en raison de sa commodité, s'appropriait déjà à s'étendre à d'autres domaines<sup>87</sup>, on ne peut que se réjouir de constater que le récent arrêt *Aranyosi et Căldăraru* semble vouloir

infléchir la position de la C.J.U.E. sur cette question-là aussi. Après avoir pris soin de préciser qu'il s'agit d'abord pour l'autorité judiciaire d'exécution d'examiner l'existence éventuelle de « défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention » dans l'État d'émission, la C.J.U.E. ajoute immédiatement que « le constat de l'existence d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions générales de détention dans l'État membre d'émission ne saurait conduire, comme tel, au refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen. (...) Encore faut-il, ensuite, que l'autorité judiciaire d'exécution apprécie, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée courra ce risque en raison des conditions de sa détention envisagées dans l'État membre d'émission ». Si ce risque se trouve confirmé à la suite d'informations complémentaires obtenues de l'État d'émission en vertu de l'article 15, § 2, de la décision-cadre, l'exécution du mandat d'arrêt européen doit être reportée<sup>88</sup>.

Ce qui frappe dans cette nouvelle approche, c'est non seulement que la C.J.U.E. assouplit le critère des défaillances systémiques pour y inclure des défaillances limitées à certains groupes de personnes ou à certains centres de détention, mais qu'elle n'en fait plus non plus le point d'aboutissement de l'analyse. Centré sur le cas concret de la personne à transférer, le critère décisif est redevenu individuel et les défaillances plus générales ne semblent plus qu'un passage destiné à faciliter son maniement. L'arrêt ne dit pas, toutefois, s'il s'agit d'un passage obligé, comme condition, ou d'un passage facultatif, comme simple présomption. Quoi qu'il en soit, la C.J.U.E. se rapproche donc, ici aussi, de la méthode suivie par la C.E.D.H. dans les affaires *M.S.S.* et *Tarakhel* précitées, ainsi d'ailleurs que de celle adoptée par la Cour suprême du Royaume-Uni<sup>89</sup> et la Cour constitutionnelle allemande<sup>90</sup>. L'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*, toutefois, concerne le mandat d'arrêt européen. La C.J.U.E. suivra-t-elle cette nouvelle approche aussi dans le domaine du règlement Dublin III<sup>91</sup>, lequel reprend en effet le critère des défaillances systémiques en son article 3, § 2 ? L'avenir le dira.

## 3 La convergence comme conclusion ?

Malgré des évolutions encourageantes qu'il convient de saluer, la convergence ne saurait être la conclusion générale de cette étude. Un de ses principaux enseignements, en effet, c'est que quand il s'agit pour le droit de l'Union d'appliquer les droits fonda-

n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, J.O. L 338 du 23 décembre 2003, pp. 1-29. Voy. par exemple C.J.U.E., *PPU - Povse*, aff. C-211/10, EU:C:2010:400. (82) Ainsi, par exemple, la reconnaissance mutuelle semble-t-elle laisser plus de place aux droits fondamentaux dans les domaines régis par le règlement Bruxelles I (voy. C.J.U.E., *Trade Agency Ltd*, aff. C-619/10, EU:C:2012:531, point 62). Quant à la directive n° 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (J.O. L 130 du 1<sup>er</sup> mai 2014, pp. 1-36), elle contient, en son article 11, § 1<sup>er</sup>, f), un motif de refus d'exécution explicite s'il existe « des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête (...) serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et à la Charte ». Voy. aussi le considérant 19 de la directive. (83) C.J.U.E., *N. S. et M. E.*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, points 82-83, 86. (84) C.J.U.E., *Abdullah*, aff. C-394/12, EU:C:2013:813. (85) Dans son arrêt *MA, BT et DA* (aff. C-648/11, EU:C:2013:367), la C.J.U.E. a cependant porté une attention particulière au cas des demandeurs d'asile mineurs non accompagnés. (86) Ainsi dans C.J.U.E., *PPU - Mahdi*, EU:C:2014:1320 ; C.J.U.E., *Z Zh*, aff. C-554/13, EU:C:2015:377 ; C.J.U.E., *H. T.*, aff. C-373/13, EU:C:2015:413. (87) Voy. les conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire *Schrems*, EU:C:2015:627, points 101-105. (88) Points 89-98. (89) Arrêt du 19 février 2014 ([2014] UKSC s.c. 12), reproduit par extraits au paragraphe 52 de l'arrêt *Tarakhel*. (90) Dans son arrêt du 15 décembre 2015 (2 BvR 2735/14) ; voy. ci-dessus. (91) Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, J.O. L 180 du 29 juin 2013, pp. 31-59.



# Analyse

mentaux, il semble traversé par une série de tensions conceptuelles et méthodologiques fortes, comme le révèlent les nombreuses oscillations observées tout au long de l'analyse : oscillations entre l'affirmation de son autonomie et le respect de la portée trans-systémique des droits de la Convention ; entre l'insularité et l'ouverture au contrôle externe ; entre l'attention portée au seul contenu des droits fondamentaux ou également à leur méthodologie ; entre des droits fondamentaux qui limitent les objectifs poursuivis par l'Union ou ces objectifs qui limitent les droits fondamentaux ; entre la mention de l'article 52, § 3, de la Charte et son « oubli » ; entre la pédagogie et le mutisme dans l'application de cet article ; entre le paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'article 52 comme fondement des limitations ; entre les dépassements de la Convention et certains reculs par rapport elle ; entre une approche individuelle ou systémique ; entre l'application ou la suspension des droits fondamentaux dans l'État requis ; entre un étalon individuel ou un étalon collectif. Cela donne une jurisprudence qui, considérée dans son ensemble, paraît inconstante, sans cesse à la recherche d'un point d'équilibre, tiraillée entre plusieurs pôles, entre plusieurs types de préoccupations apparemment

contradictoires et dont le poids respectif dans les arrêts varie selon une logique parfois claire et parfois obscure. Bref, une jurisprudence qui, selon les domaines et les époques, « souffle le chaud et le froid ».

Eu égard au poids politique et juridique de l'Union européenne, une telle inconstance n'est pas sans danger pour l'avenir des droits fondamentaux en Europe car elle est source d'insécurité juridique et de relativisme. Le contrôle externe qu'aurait dû permettre l'adhésion de l'Union européenne à la Convention aurait pu contribuer à stabiliser la situation à cet égard, mais la C.J.U.E. en a décidé autrement. Les développements les plus récents consécutifs à l'avis 2/13 sont néanmoins encourageants et montrent qu'une certaine convergence est possible, mais au prix d'une vigilance accrue. Il faut espérer que cette tendance se confirme, car au milieu de toutes les graves crises qu'elle traverse actuellement, l'Europe se doit de rester unie et ferme sur l'essentiel. Les droits fondamentaux européens, repères et balises dans les tempêtes politiques, en font certainement partie. Il est plus facile de les préserver aujourd'hui que de devoir les reconquérir demain.

## Des ouvrages de référence pour votre métier

LA LÉGALITÉ DE LA PREUVE  
DANS L'ESPACE PÉNAL  
EUROPÉEN

Marie Marty  
Préface de Valérie Malabat

larcier



### LA LÉGALITÉ DE LA PREUVE DANS L'ESPACE PÉNAL EUROPÉEN

Marie Marty

Préface de : Valérie Malabat

Cet ouvrage est une étude approfondie de la recevabilité de la preuve pénale obtenue lors d'enquêtes transfrontières. Fondé sur une approche comparative, il expose le droit de la coopération judiciaire, intégrant la décision d'enquête européenne.

> Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg

716 p. • 125,00 € • Édition 2016

THE PROTECTION OF PERSONS  
FLEEING ARMED CONFLICT AND  
OTHER SITUATIONS OF VIOLENCE  
LA PROTECTION DES PERSONNES  
FUYANT UN CONFLIT ARMÉ ET  
D'AUTRES SITUATIONS DE VIOLENCE

Édité sous la direction de  
Matthew Happold and Maria Pichou

larcier



### THE PROTECTION OF PERSONS FLEEING ARMED CONFLICT AND OTHER SITUATIONS OF ARMED VIOLENCE / LA PROTECTION DE PERSONNES FUYANT UN CONFLIT ARMÉ ET D'AUTRES SITUATIONS DE VIOLENCE

Matthew Happold, Maria Pichou

Issues relating to the reception of asylum seekers in the EU are increasingly controversial. The Luxembourg and Strasbourg courts have taken rather different approaches. This book seeks to examine the two regimes and their interactions.

> Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg

208 p. • 60,00 € • Édition 2016

Découvrez tous les ouvrages  
de la collection sur  
[www.larciergroup.com](http://www.larciergroup.com)

[commande@larciergroup.com](mailto:commande@larciergroup.com)  
c/o Larcier Distribution Services sprl  
Fond Jean Pâques, 4 b - 1348 Louvain-la-Neuve - Belgique  
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

strada  
lex  
Ouvrages disponibles en  
version électronique sur  
[www.stradalex.com](http://www.stradalex.com)

 **larcier**  
[www.larcier.com](http://www.larcier.com)