§ 3 - L'invocabilité de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union européenne

RÉGIS BISMUTH*

Le nombre de litiges impliquant des droits fondamentaux est relativement modeste par rapport au volume global des affaires soumises aux différentes juridictions de l'UE[1]. L'expansion du champ matériel du droit de l'Union rend cependant d'autant plus pertinente la question, loin d'être nouvelle, de l'invocabilité dans l'ordre juridique de l'UE des instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres sont parties, et plus particulièrement de la CEDH[2].

Dans la mesure où elle amène à s'interroger sur les relations entre deux ensembles de traités, cette question semble pouvoir être appréhendée à travers les instruments et méthodes du droit international public. Le juge Pierre Pescatore relevait d'ailleurs à cet égard à la fin des années 1980 que la CJCE devait appliquer les dispositions de la CEDH « *parce qu'elle est obligée de le faire* en vertu du droit international »[3]. Les mouvements d'autonomisation du droit communautaire et de la CEDH portés respectivement par les cours de Luxembourg et de Strasbourg, s'attachant à replacer le développement de ces ordres juridiques dans une dynamique constitutionnalisante « au-delà de leur patrimoine génétique interétatique »[4], ont semblé avoir transformé la logique à travers laquelle doit être appréhendée l'invocabilité de la CEDH en droit de l'UE[5]. Cette transformation n'est toutefois qu'apparente car, si en surface ce débat se drape du langage et de la logique des rapports de systèmes, son étude atteste de la présence de plusieurs forces ou contraintes juridiques exercées par le droit international (par exemple la possible responsabilité des Etats pour violation de la CEDH lorsqu'ils mettent en œuvre du droit de l'UE), et ce, quel

* Professeur de Droit public, Université de Poitiers, CEDIN.

[1] Le juge finnois à la CJCE indique une moyenne d'une vingtaine de jugements par an sur plus d'un millier (A. ROSAS, « Fundamental Rights in the EU, with Special Emphasis on the Case-Law of the European Court of Justice (Luxembourg) », *in* G. ALFREDSSON *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms – Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009, pp. 588-589).

[2] O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », *in* M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pp. 255.

[3] P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme », *in Protection des droits de l'homme : La dimension européenne – Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/München, 1988, p. 454 (souligné par l'auteur).

[4] D. SIMON, « Des influences réciproques entre la CJCE et la CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001, p. 45.

[5] Sur ces aspects, voir aussi R. SCHÜTZE, « EC Law and International Agreements of the Member States – An Ambivalent Relationship », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2007, pp. 387 et s.

que soit le degré d'autonomie auquel peut prétendre le droit de l'UE par rapport au droit international général[6].

La problématique générale de l'invocabilité de la CEDH diffère de celle d'autres normes internationales au sein de l'ordre juridique de l'UE. En effet, l'Union n'est, du moins pas encore, partie à cette convention. Cette dernière ne peut donc intégrer l'ordre juridique de l'UE au titre de l'article 216(2) TFUE et son éventuelle invocabilité ne peut donc être envisagée par ce biais dans le sillage des arrêts *Haegeman* et *Kupferberg* de la CJCE[7]. Il est également inapproprié de forger des analogies entre l'invocabilité de la CEDH et celle des accords du GATT puis ceux de l'OMC. En premier lieu, les principaux obstacles à l'invocabilité des accords de l'OMC résident essentiellement dans la difficulté à reconnaître un effet direct à certaines de leurs dispositions alors que la question de savoir si les dispositions de la CEDH sont de nature à créer des droits et obligations dans le chef des particuliers ne pose aucune difficulté. En second lieu, la Communauté est venue se substituer aux droits et obligations des Etats membres en ce qui concerne le GATT dans la mesure où les questions commerciales relevaient de son champ de compétence, tel que l'a reconnu la Cour de Luxembourg dans l'affaire *International Fruit*[8]. Si les Etats membres ont conclu le Traité de Rome en ayant à l'esprit la conformité de celui-ci avec le GATT[9], la logique de promotion et de développement des droits fondamentaux au sein du Conseil de l'Europe, d'une part, et la construction communautaire, d'autre part, se sont mises en place selon des mécanismes distincts qui se sont longtemps ignorés[10]. Ce n'est donc pas une logique de substitution qui gouverne la question de l'intégration de la CEDH dans l'ordre juridique de l'UE et qui permet de régler *per extensionem* celle de son invocabilité[11].

En l'absence d'une matrice identifiable d'invocabilité, l'analyse doit s'effectuer à rebours et prendre pour point de départ la jurisprudence de la Cour de Luxembourg afin de déterminer la place qu'elle a pu accorder à la Convention dans le droit de l'UE. A cet égard, la CEDH s'est progressivement imposée comme une source d'inspiration pour la Cour de justice en lui permettant d'identifier les droits fondamentaux dont elle s'est chargée d'assurer le respect (I). L'évolution de sa jurisprudence et celle des traités conduisent cependant à reconsidérer cette

[6] J.-P. JACQUÉ, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations », *in* M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, *op. cit.* note 2, pp. 258 et s.

[7] CJCE, 30 avril 1974, *R. & V. Haegeman c/ Etat belge*, aff. 181/73, *Rec.*, p. 449 ; CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz c/ C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, aff. 104/81, *Rec.*, p. I-3641. Sur ces aspects, voir R. HOLDGAARD, « Principles of Reception of International Law in Community Law », *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pp. 267 et s ; C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, Paris, 2010, 4ème éd., pp. 581-584.

[8] CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c/ Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. 21 à 24/72, *Rec.*, p. 1219.

[9] R. HOLDGAARD, « Principles of Reception of International Law in Community Law », *op. cit.* note 7, pp. 281 et s.

[10] A. ROSAS, « Fundamental Rights in the EU… », *op. cit.* note 1, p. 579.

[11] J.-P. JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *in L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 329-330.

approche selon laquelle la Convention ne serait qu'une source matérielle. Appliquée en substance au sein de l'ordre juridique de l'UE, la Convention apparaît en effet constituer *de facto* une source formelle des droits fondamentaux de l'Union (II). Il en ressort que l'importance de cette distinction source matérielle / source formelle est amplement à relativiser lorsqu'il s'agit d'appréhender le statut général de la Convention au sein de l'ordre juridique de l'UE et notamment son articulation avec les autres sources de droits fondamentaux que celui-ci reconnaît (III).

I – Une source d'inspiration : La CEDH prima facie source matérielle du droit de l'UE

L'utilisation explicite de la CEDH comme source d'inspiration par la Cour de justice s'inscrit au sein d'une évolution jurisprudentielle relative à la protection des droits fondamentaux par le biais des principes généraux du droit communautaire, passage obligé pour la Cour de Luxembourg compte tenu de l'absence de référence aux droits fondamentaux au sein des premiers traités[12].

La CJCE avait reconnu dès 1957 dans l'arrêt *Algera* qu'en l'absence de normes communautaires, elle devait, sous peine de commettre un déni de justice, « [s'inspirer] des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres »[13]. Ce n'est que par l'arrêt *Stauder* de 1969 qu'elle intègre à l'ordre juridique communautaire « les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire »[14]. Si la formule se précise au sein de son fameux arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*[15], une étape est franchie par la Cour dans l'arrêt *Nold* de 1974 où elle fait non seulement référence aux « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » mais relève surtout que « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »[16]. La Cour se gardait jusqu'alors de mentionner la CEDH, bien qu'elle fût invoquée par un plaideur dans ce dernier différend[17]. Ce n'est que l'année suivante, dans son arrêt *Rutili* que la Cour fit explicitement référence à la Convention, et plus spécifiquement au principe se dégageant de ses articles 8 à 11 selon lequel les

[12] Voir *infra*, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'incorporation de la Convention dans l'ordre juridique de l'Union européenne », Partie III, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1.

[13] CJCE, 12 juillet 1957, *Mlle Dineke Algera et autres c/ Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. 7/56, 3 à 7/57, *Rec.*, p. 81, spec. p. 114.

[14] CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69, *Rec.*, p. 419, § 7.

[15] Où la Cour souligne que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect [et que] la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, § 4).

[16] CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, § 13.

[17] P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes… », *op. cit.* note 3, p. 442.

atteintes aux droits en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics « ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins "dans une société démocratique" »[18].

Indéniablement, l'arrêt *Rutili* marque le point de départ d'une montée en puissance de la CEDH comme instrument incontournable permettant à la Cour de justice d'identifier les droits fondamentaux appartenant à l'ordre juridique communautaire. Cette approche a d'ailleurs été subséquemment approuvée en 1977 par les instances politiques européennes au sein d'une *Déclaration commune* reconnaissant « l'importance primordiale » des droits fondamentaux tels qu'ils résultent, entre autres, de la CEDH[19]. Alors que d'autres conventions internationales relatives à la protection des droits fondamentaux ont été utilisées avec parcimonie et sélectivité[20], la spécificité de la CEDH résidait dans son emploi récurrent par la Cour de justice, laquelle reconnut d'ailleurs en 1989 dans son arrêt *Hoechst* qu'elle « revêt[ait] à cet effet une signification particulière »[21].

La sémantique employée par la Cour atteste, du moins *prima facie*, que celle-ci exploitait la Convention comme une source d'inspiration et que celle-ci n'était donc invocable qu'indirectement. En ce sens, la CEDH n'était appréhendée que comme une source matérielle de la légalité communautaire.

Certains auteurs ont cependant souhaité se détacher de l'optique des principes généraux du droit communautaire en soutenant, sous l'angle du droit des traités, que la Cour de justice devait appliquer la CEDH parce que la Communauté était liée par cette convention. Cette position a notamment été défendue par le Juge Pierre Pescatore, lequel, se fondant sur la doctrine de la succession, soutenait que la Communauté était « liée à l'observation de la Convention au même titre que les Etats qui l'ont instituée »[22]. L'évolution de la position de la Cour de justice entre les arrêts *Nold* et *Rutili* confère un certain crédit à cette thèse. Dans l'arrêt *Nold* de 1974, la Cour de justice ne mentionne que, de façon générale, « les instruments internationaux […] auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré »[23]. Quelques mois plus tard, elle fait pour une première fois référence à la CEDH dans l'arrêt *Rutili* en n'omettant pas accessoirement de préciser qu'elle a été « ratifiée par tous les Etats membres »[24]. La ratification de la Convention

[18] CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219, § 32.

[19] Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les droits fondamentaux, 5 avril 1977, *JOCE* n° C 103, 27 avril 1977, p. 1. Cette déclaration a d'ailleurs été par la suite mentionnée par la Cour de justice dans son arrêt *Hauer* (CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, § 15).

[20] I. BUTLER, O. DE SCHUTTER, « Binding the EU to International Human Rights Law », *Yearbook of European Law*, vol. 27, 2008, pp. 281-282.

[21] CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859, § 13.

[22] P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes… », *op. cit.* note 3, p. 450.

[23] CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, § 13.

[24] CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219, § 32. La *Déclaration commune* de 1977 (*op. cit.* note 19) relevait également « en particulier que tous les Etats membres sont parties contractantes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

par la France intervenue en mai 1974 généra en effet une situation inédite où, pour la première fois, tous les Etats de la Communauté étaient également parties à la CEDH[25]. Le juge Pierre Pescatore n'a pas manqué à cet égard de relever que l'arrêt *Rutili* a été « la première conséquence tangible de cette ratification »[26]. La thèse de la succession n'a cependant pas emporté la conviction de la doctrine et n'a jamais été avalisée par la CJCE[27]. Comme le soulignait d'ailleurs le Professeur Jean-Paul Jacqué, « si telle [était] la position de la Cour, cette dernière s'est bien gardée de l'affirmer de manière expresse »[28].

La reconnaissance de cette « signification particulière » de la CEDH portée par l'arrêt *Hoechst*, qui ne sera pas démentie par la suite[29], et le passage récurrent par le filtre des principes généraux du droit communautaire ont permis à la Cour de justice de concilier deux impératifs qui auraient pu s'avérer contradictoires. En premier lieu, en se reposant sur la Convention, la CJCE se dotait d'un premier catalogue de droits fondamentaux unanimement accepté par les Etats membres lui permettant ainsi de satisfaire aux exigences de cours constitutionnelles nationales qui s'étaient montrées sceptiques sur le respect de ces droits par la Communauté[30]. En second lieu, la Cour de justice restait extrêmement précautionneuse dans son argumentation en s'inspirant de la CEDH et en l'exploitant par analogie, c'est-à-dire en la circonscrivant au statut de source matérielle[31]. Cette posture lui a permis de dégager un standard communautaire

[25] Soulignons toutefois que le droit de recours individuel n'a été accepté par la France qu'en octobre 1981.

[26] P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes… », *op. cit.* note 3, p. 443.

[27] R. SCHÜTZE, « EC Law and International Agreements of the Member States… », *op. cit.* note 5, pp. 399 et s.

[28] J.-P. JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 11, p. 329. Voir aussi les conclusions de l'Avocat général Trabucchi du 2 juin 1976 dans l'affaire CJCE, 7 juillet 1976, *Lynne Watson et Alessandro Belmann, aff. 118/75, Rec.*, p. 1185. Voir aussi, P.P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law – Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford/ New York, 2003, p. 324. Autre élément indiquant que la CJCE n'a pas souhaité aborder cette question dans l'optique du droit des traités, elle ne s'est jamais formellement appuyée sur l'ancien article 234 CEE (devenu article 351 TFUE) affirmant que les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au Traité de Rome entre un ou plusieurs Etats membres et des Etats tiers ne sont pas affectés par les dispositions des traités européens. Sur le danger potentiel qu'aurait impliqué le recours à l'ancien article 234, voir O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *in* G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2005, pp. 189-242. Sur cette disposition des traités CEE, CE et TFUE, voir L. WEITZEL, « Article 307 CE », *in* I. PINGEL (dir.), *De Rome à Lisbonne – Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing Lichtenhahn/Bruylant/Dalloz, Bâle/Bruxelles/Paris, 2010, 2ème éd., pp. 1892-1899.

[29] Voir par exemple, CJCE, 28 octobre 1992, *Procédure pénale contre Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, aff. C-219/91, *Rec.*, p. I-5485, § 34 ; CJCE, 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/94, *Rec.*, p. I-1759, § 5 ; CJCE, 29 mai 1997, *Friedrich Kremzow c/ Republik Österreich*, aff. C-309/96, *Rec.*, I-7493, § 14.

[30] Sur l'influence de la jurisprudence des cours constitutionnelles nationales (notamment allemande et italienne) sur l'émergence des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la CJCE, voir A. ROSAS, « Fundamental Rights in the EU… », *op. cit.* note 1, pp. 581 et s.

[31] Ce qui semble « parfois relever d'une mystérieuse alchimie juridictionnelle » susceptible de rendre les réponses données par la Cour comme « difficilement prévisibles pour le justiciable » (J.-P. JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 11, p. 331).

de protection des droits fondamentaux légitime pour les Etats membres et la Cour de Strasbourg, et ce, tout en maintenant l'autonomie de l'ordre juridique de la Communauté vis-à-vis du système de la Convention[32].

Cependant, en accordant à la Convention une « signification particulière » et en s'y référant de façon quasi systématique avec une déférence de plus en plus marquée, la jurisprudence de la Cour de justice suggère, depuis le début des années 1990, que cette dernière considère que la CEDH est *de facto* invocable en tant que source formelle de la légalité communautaire.

II – Une application directe : La CEDH de facto source formelle du droit de l'UE

La façon par laquelle la Cour de justice exploite la CEDH, notamment depuis son arrêt *Hoechst*, indique un déclin du passage, autrefois imposé, par les principes généraux et une utilisation directe de la Convention, l'appréhendant ainsi plus comme une source formelle que matérielle du droit de l'UE.

Avant même l'arrêt *Hoechst*, il est arrivé à la Cour de justice d'appliquer les dispositions de la Convention sans mentionner que leur invocabilité résultait des principes généraux du droit communautaire. Dans l'arrêt *Dufay* de 1987, la CJCE a rejeté ainsi l'argument de la requérante tiré de l'article 6 de la CEDH, mais en soulignant simplement que « le principe établi par la disposition invoquée [est] reconnu dans l'ordre juridique communautaire »[33]. L'omission des principes généraux du droit, pouvant apparaître accidentelle pour les premières affaires, va, sans se généraliser, se développer dans les arrêts de la Cour[34] et prendre une nouvelle dimension lorsque celle-ci applique non seulement directement les dispositions de la Convention, même celles de nature procédurale[35], mais fait aussi référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg lorsqu'il s'agit de les interpréter[36]. L'évolution de la position de la CJCE sur l'interprétation de l'article 8 de la CEDH est à cet égard très éloquente. Dans l'arrêt *Hoechst* de 1989, la Cour de justice relève que la protection de la vie privée résultant de l'article 8 ne pouvait s'étendre aux locaux commerciaux en

[32] F. SCHIMMELFENNIG, « Competition and Community: Constitutional Courts, Rhetorical Action, and the Institutionalisation of Human Rights in the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 13, n° 8, 2006, pp. 1258.

[33] CJCE, 1er avril 1987, *C. Dufay c/ Parlement européen*, aff. 257/85, *Rec.*, p. 1561, § 10.

[34] Voir par exemple, CJCE, 5 octobre 1994, *X c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-404/92P, *Rec.*, p. I-4737, § 17 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL et autres c/ Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, § 79.

[35] Pour une application surprenante par la CJCE de l'article 34 de la CEDH relatif à la qualité de victime, voir CJCE, 18 janvier 2007, *Osman Ocalan, au nom du Kurdistan Workers' Party (PKK), Serif Vanly, au nom du Kurdistan National Congress (KNK) c/ Conseil de l'Union européenne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Commission des Communautés européennes*, aff. C-229/05P, *Rec.*, p. I-439, § 80-83.

[36] Pour plusieurs illustrations, voir R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 79 et s., pp. 122 et s. Voir aussi, D. SIMON, « Des influences réciproques entre la CJCE et la CEDH… », *op. cit.* note 4, p. 36.

ajoutant que, « [p]ar ailleurs, il y a lieu de constater l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard »[37]. Dans son arrêt *Roquette Frères* de 2002, elle note sur la même question « *[qu]'il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt Hoechst [...] dont il ressort [...] que la protection du domicile dont il est question à l'article 8 de la CEDH peut être étendue, dans certaines circonstances, auxdits locaux* »[38].

A l'inverse, et autre illustration particulièrement probante du caractère artificiel de ce passage par les principes, la CJCE s'était fondée dans son arrêt *LVM* de 2002 sur les « principes généraux du droit dont le juge communautaire assure le respect »[39]. Cependant, afin de déterminer ce que constitue un « délai raisonnable » selon ces mêmes principes, elle « n'en retient pas moins comme critère d'application l'appareil d'analyse élaboré par le juge de Strasbourg »[40], et ce, sans se référer directement à la jurisprudence de ce dernier. C'est en ce sens que selon un auteur, « le passage des droits fondamentaux par les principes généraux du droit apparaît aujourd'hui largement inutile et démodé »[41].

Les modifications des traités européens intervenues à la suite de l'arrêt *Hoechst* auraient dû conforter la Cour de justice dans le recours aux principes généraux. Codifiant la jurisprudence de la CJCE, le Traité de Maastricht a en effet ajouté une référence à la CEDH en soulignant (ancien article F§2) que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Cette disposition a été reprise dans le Traité d'Amsterdam (ancien article 6§2 TUE) et n'a subi qu'une légère modification à la suite du Traité de Lisbonne (article 6§3 TUE)[42]. Cependant, plutôt que de consolider le recours aux principes généraux[43], cette référence à la Convention –

[37] CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859, § 18.

[38] CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA c/ Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011, § 29. La CJCE s'est référée dans cette décision aux arrêts Cour EDH, *16 décembre 1992, Niemietz c/ Allemagne*, req. 13710/88 ; Cour EDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c/ France*, req. 37971/97.

[39] CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et autres c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-238/99P, aff. C-244/99P, aff. C-245/99P, aff. C-247/99P, aff. C-250/99P à C-252/99P et C-254/99P, *Rec.*, p. I-8375, § 167.

[40] R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.* note 36, pp. 123-124.

[41] F. SUDRE, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », *in* J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit – Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, p. 218.

[42] Lequel indique à présent que « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

[43] Un auteur relève à cet égard « l'obsolescence du détour opéré par [le TUE] aux principes généraux du droit » (I. PINGEL, « Article 6 », *in* I. PINGEL (dir.), *De Rome à Lisbonne – Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing Lichtenhahn/Bruylant/Dalloz, Bâle/Bruxelles/Paris, 2010, 2ème éd., p. 30).

qui est la seule à une convention internationale en matière de droits de l'homme – apparaît rétrospectivement davantage comme ayant permis d'asseoir la « signification particulière » de la CEDH, « comme si l'on était insensiblement passé de "l'intégration douce" à "l'absorption", ou de "l'emprunt" à "l'appropriation" »[44].

Ainsi, que la Cour ne mentionne pas les principes généraux afin d'appliquer directement en substance la CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ou qu'elle s'y réfère de façon purement stylistique[45], « tout se passe comme si la CEDH était l'une des sources formelles du droit communautaire »[46]. Cette application en substance de la Convention par la Cour de justice[47] n'est d'ailleurs pas étrangère *au satisfecit* que la Cour de Strasbourg a décerné au droit de l'UE en considérant dans son arrêt *Bosphorus* de 2005 que « la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est [...] équivalente [...] à celle assurée par le mécanisme de la Convention »[48], éloignant ainsi le spectre d'une responsabilité des Etats membres pour violation de la Convention lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE[49].

Nonobstant son intérêt théorique, la question de savoir si la Convention est invocable en tant que source matérielle ou source formelle de la légalité de l'UE n'emporte, à l'analyse, aucune conséquence sur la façon par laquelle la Cour de Luxembourg va en faire usage au fond. Pour autant, le rang de la Convention au sein de l'ordre juridique de l'UE comme son articulation avec les autres sources de droits fondamentaux méritent d'être précisés.

III – Au-delà de la nature de la source : Le statut de la CEDH au sein de l'ordre juridique de l'UE

L'article 6§3 du TUE (ancien article 6§2) est venu codifier la jurisprudence de la Cour de justice en matière de protection des droits fondamentaux. Si l'on s'en tient à la lettre du traité, ces derniers, « tels qu'ils sont garantis par la [CEDH], [...] font partie du droit de l'UE en tant que principes généraux ». Il convient

[44] D. SIMON, « Des influences réciproques entre la CJCE et la CEDH... », *op. cit.* note 4, pp. 36-37.

[45] Voir cependant les remarques de R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.* note 36, pp. 84 et s.

[46] J.-P. PUISSOCHET, « La Cour de justice et les principes généraux du droit », *in La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 9.

[47] Certains auteurs soulignent toutefois que les garanties de l'article 6 de la Convention ne sont pas entièrement respectées dans le cadre de la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Voir par exemple, O.J. EINARSSON, « EC Competition Law and the Right to a Fair Trial », *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2007, pp. 555-614.

[48] CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, req. 45036/98, § 165. Voir A. ROSAS, « Fundamental Rights in the EU... », *op. cit.* note 1, p. 588 ; S. MARCIALI, « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 354 et s.

[49] Pour un exemple récent de non application de la « présomption de protection équivalente » dans la mesure où l'Etat membre jouissait d'une certaine discrétion pour mettre en œuvre ses obligations internationales découlant du droit de l'UE : CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. 30696/09, § 340.

donc de déterminer si cette référence dans les traités vient indirectement constitutionnaliser ces principes généraux – et donc *per extensionem* la CEDH – ou si ces derniers s'interposent à une place particulière dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique de l'UE. La supériorité de ces principes généraux sur le droit dérivé et les accords conclus par l'UE est fermement établie et ne soulève aucune difficulté particulière[50]. La relation de ces principes généraux avec le droit primaire n'est, quant à elle, pas gouvernée par une logique de hiérarchie – fut-elle infra- ou supra-constitutionnelle[51] – mais davantage par un impératif de conciliation, dans la mesure où ces droits fondamentaux « n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues »[52]. Ainsi, la Cour a pu considérer dans une affaire relative à la libre circulation des marchandises et mettant en jeu les libertés d'expression et de réunion protégées par les articles 10 et 11 de la CEDH qu'il convenait « *de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts* ». Elle a également rajouté qu'il y avait lieu « *de vérifier si les restrictions apportées aux échanges intracommunautaires sont proportionnées au regard du but légitime poursuivi, à savoir en l'espèce la protection des droits fondamentaux* »[53].

Cette conciliation des droits fondamentaux a longtemps été gouvernée par les impératifs d'une logique communautaire axée sur la réalisation du marché intérieur[54]. Cependant, la montée en gamme des droits fondamentaux au sein de l'espace constitutionnel de l'UE, concrétisée par le Traité de Lisbonne qui place le respect des droits de l'homme comme une des « valeurs » de l'Union[55], est susceptible d'avoir un impact sur le poids que le juge de l'UE sera susceptible d'attribuer à la protection des droits fondamentaux dans une situation de conciliation, mais ne devrait pas affecter leur rang dans la hiérarchie des normes.

En conférant une valeur conventionnelle à la Charte des droits fondamentaux[56], le Traité de Lisbonne dote l'UE d'un nouveau catalogue de droits se voyant ainsi reconnaître un rang équivalent à ceux protégés par la CEDH au sein de l'ordre juridique de l'UE. Cette nouveauté soulève dès lors la question de l'articulation

[50] Pour un résumé de la jurisprudence, voir J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2010, 6ème éd., pp. 305-306.
[51] *Ibid.*, pp. 303-304.
[52] CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd c/ The Scottish Ministers*, aff. C-20/00 et C-64/00, *Rec.*, p. I-7411, § 68. Bien évidemment, cela ne vaut que pour les droits pouvant faire l'objet de restrictions ce qui n'est pas le cas des droits absolus protégés par la CEDH tels que le droit à la vie ou la prohibition des traitements inhumains et dégradants.
[53] CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec.*, p. I-5659, §§ 81-82.
[54] C'était l'esprit se dégageant de la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* (*op. cit.* note 15) où la CJCE indiquait que la sauvegarde de ces droits fondamentaux « doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ». Voir aussi, D. SIMON, « Des influences réciproques entre la CJCE et la CEDH… », *op. cit.* note 4, pp. 37-38.
[55] L'article 2 du TUE indique en effet que « [l]'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ».
[56] « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux […], laquelle a la même valeur juridique que les traités » (TUE, article 6§1(1)).

de la Charte avec la Convention et de savoir dans quelle mesure l'entrée en vigueur de la première est susceptible d'affecter l'invocabilité de la seconde. En effet, plusieurs des droits garantis par la Charte trouvent leur équivalent dans la Convention, et pas nécessairement formulés de la même façon[57], ce qui crée une situation singulière et complexe de « dédoublement »[58]. Une disposition de la Charte suggère cependant qu'une harmonie sera recherchée entre ces deux instruments. L'article 52§3 de la Charte indique en effet que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention »[59]. Par conséquent, même si le juge de l'UE est libre de fonder formellement sa décision sur une disposition de la Charte trouvant son équivalent dans la CEDH, il ne peut aller en dessous du standard commun de protection résultant de la jurisprudence de la Convention. La CJCE ne pourrait d'ailleurs l'ignorer dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de Strasbourg évolue, en matière de droits fondamentaux, à un rythme bien plus dynamique que celle de Luxembourg[60]. L'invocabilité – du moins en tant que source matérielle – de cette dernière ne devrait donc pas être affectée par les modifications intervenues à la suite du Traité de Lisbonne.

Il reste enfin à envisager les conséquences d'une éventuelle adhésion de l'Union à la CEDH sur l'invocabilité de cette dernière dans l'ordre juridique de l'UE. Serpent de mer de la construction communautaire depuis la fin des années 1970[61], considérée par la CJCE en 1996 comme ne relevant pas des compétences de la Communauté[62], l'adhésion de l'UE à la Convention est rendue possible depuis le Traité de Lisbonne[63]. Au-delà des problèmes procéduraux et substantiels qu'elle soulève, ou des perspectives qu'elle ouvre[64], une telle adhésion ferait *de jure* de la Convention, en tant qu'accord international conclu par l'Union, une source formelle du droit de l'UE[65]. L'adhésion de l'Union à la

[57] Par exemple en ce qui concerne le droit de propriété. Sur cet aspect, voir F. BECKER, « Market Regulation and the "Right to Property" in the European Economic Constitution », *Yearbook of European Law*, vol. 26, 2007, pp. 268 et s.
[58] Sur cet aspect, voir F. SUDRE, « Article I-9 », *in* L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : Commentaire article par article – Tome 1 : Parties I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 154.
[59] Charte des droits fondamentaux, art. 52§3. Le même article ajoute que « [c]ette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».
[60] F. SUDRE, « Article I-9 », *op. cit.* note 58, p. 154.
[61] P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », *in* J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 379 et s. ; O. De SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne… », *op. cit.* note 2, pp. 205 et s. ; F. SUDRE, « Article I-9 », *op. cit.* note 58, pp. 155 et s.
[62] CJCE, avis du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/94, *Rec.*, p. 1759.
[63] TUE, article 6§2 : « [l]'Union adhère à la [CEDH]. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ».
[64] I. PINGEL, *De Rome à Lisbonne – Commentaire article par article des Traités UE et CE*, *op. cit.* note 43, pp. 33 et s. ; F. SUDRE, « Article I-9 », *op. cit.* note 58, pp. 154 et s. ; P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union… », *op. cit.* note 61, pp. 381 et s. V. aussi *infra*, R. CADORET, « Les enjeux juridiques de l'adhésion de l'UE à la CEDH », Titre 2, Chapitre 2, Section 3.
[65] P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union… », *op. cit.* note 61, p. 384.

Convention aurait donc pour effet de générer une troisième voie d'invocabilité coexistant avec les deux premières : après avoir été reconnue invocable *de jure* comme source matérielle et *de facto* comme source formelle par le biais (1) des principes généraux et (2) de la Charte des droits fondamentaux, la Convention serait à présent invocable *de jure* comme source formelle en tant (3) qu'accord international conclu par l'UE. S'il en résulterait une « variabilité normative » de la CEDH pouvant susciter « la perplexité »[66], cette troisième voie aurait aussi pour conséquence insolite de rétrograder la Convention dans la hiérarchie des normes en l'intercalant entre le droit primaire et le droit dérivé[67]. Dès lors, on ne voit pas quel serait l'intérêt pour le justiciable de s'appuyer sur la CEDH par le biais de ce troisième et ultime canal d'invocabilité.

Bibliographie sélective :

P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », *in* J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 379-403 ; I. D. J. BUTLER, O. DE SCHUTTER, « Binding the EU to International Human Rights Law », *Yearbook of European Law*, vol. 27, 2008, pp. 277-320 ; O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », *in* M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pp. 205-255 ; O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *in* G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant/Nemesis, 2005, Bruxelles, pp. 189-242 ; Ó. J. EINARSSON, « EC Competition Law and the Right to a Fair Trial », *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2007, pp. 555-614 ; R. HOLDGAARD, « Principles of Reception of International Law in Community Law », *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pp. 263-314 ; J.-P. JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *in L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 325-340 ; J.-P. JACQUÉ, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations », *in* M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pp. 257-263 ; S. MARCIALI, « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », *in* J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 345-377 ; P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme », *in Protection des droits de l'homme : La dimension européenne – Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/München, 1988, pp. 441-455 ; I. PINGEL, « Article 6 », *in* I. PINGEL (dir.), *De Rome à Lisbonne – Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing Lichtenhahn/Bruylant/ Dalloz, Bâle/Bruxelles/Paris, 2010, 2ème éd., pp. 27-35 ; J.-P. PUISSOCHET, « La Cour de justice et les principes généraux du droit », *in La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1-19 ; A. ROSAS, « Fundamental Rights in the EU, with Special Emphasis on the Case-Law of the European Court of Justice (Luxembourg) », *in* G. ALFREDSSON *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms – Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 579-590 ; R. SCHÜTZE, « EC Law and International Agreements of the Member States – An Ambivalent Relationship », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2007, pp. 387-440; D. SIMON, « Des influences réciproques entre la CJCE et la CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001, pp. 31-49; F. SUDRE, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », *in* Rideau J. (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit – Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 207-230 ; F. SUDRE, « Article I-9 », *in* L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : Commentaire article par article – Tome 1 : Parties I et IV "Architecture constitutionnelle"*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 141-163 ; R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007, xx + 708 p.

[66] F. SUDRE, « Article I-9 », *op. cit.* note 58, p. 160.

[67] Sur la place des accords internationaux conclus par l'UE dans la hiérarchie des normes, v. J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.* note 50, pp. 307-313.