

CHRONIQUE DROIT EUROPEEN
Juillet/Décembre 2015

A. Le parquet européen

Alice CAILLIOT, Master 2 Droit européen Université Paris I Panthéon Sorbonne, LLM Université Humboldt zu Berlin

En 1997, le Corpus Juris¹, ouvrage publié par plusieurs auteurs dont le professeur Mireille Delmas Marty, soulignait la nécessité de dépasser les simples règles de coopération en matière pénale entre Etats membres de l'Union européenne. Il était essentiel de promouvoir la lutte contre la délinquance transfrontalière au préjudice des intérêts financiers de l'Union. Plusieurs textes avaient déjà été élaborés pour soutenir ce combat. Il s'agissait notamment de la Convention relative à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne du 26 juillet 1995² ainsi que la proposition de Directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal³. Cet enjeu est toujours d'actualité, comme en témoigne la part importante de fraude dans le budget de l'Union. La solution ne serait-elle pas la création d'un Parquet européen envisagée aussi par le professeur Mireille Delmas Marty ? Proposition réitérée d'ailleurs par le Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires⁴ présenté à la Commission le 11 décembre 2011⁵.

Selon ces projets, le parquet européen devrait être une institution indépendante, luttant contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. Il se composerait d'une structure décentralisée, qui s'appuierait sur les autorités nationales ayant des pouvoirs d'enquête et de poursuite.⁶ La possibilité de créer cette entité est prévue à l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), aux termes duquel « pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union,

¹ Sous la direction de Mireille Delmas Marty, *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, 1997, p. 179

² Conseil, *Convention relative à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, 26 juillet 1995, 95/C/316/03.

³ Parlement européen et Conseil, *proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal*, 11 juillet 2012, COM (2012) 363 final.

⁴ Commission des Communautés européennes, *Livre vert concernant la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, 11 décembre 2001, COM (2001) 715.

⁵ P. GHALEH-MAZBAN, « Le parquet européen : l'utopie devient-elle enfin réalité ? », *AJ Pénal*, 2010, p. 539.

⁶ H. LABAYLE, « Parquet européen et contrôle de subsidiarité : premier carton jaune pour l'Espace de liberté », *ELSJ, Réseau universitaire européen, droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2014. <http://www.gdr-elsj.eu/2014/01/08/cooperation-judiciaire-penale/parquet-europeen-et-contrôle-de-subsidiarite-premier-carton-jaune-pour-lespace-de-liberte/>

le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen. »

Il s'agit donc d'un serpent de mer, qui a récemment intéressé la Commission. Celle-ci a proposé un règlement du Conseil portant sur la création du parquet européen le 17 juillet 2013⁷. La proposition de règlement a été transmise aux parlements nationaux et n'a toutefois pas suscité l'enthousiasme attendu.

Pour preuve, la position des députés allemands (I) et celle des représentants du peuple français (II) ont été radicalement différentes. Néanmoins, la Commission a maintenu son projet (III).

I. L'ADHESION DU BUNDESTAG

Le Bundestag⁸ a donné son accord au projet porté par la Commission européenne. Il insiste néanmoins sur plusieurs points qui méritent d'être détaillés.

Il semble tout d'abord essentiel aux députés allemands de préserver l'indépendance du parquet européen. Celui-ci devrait également être soumis à un contrôle parlementaire rigoureux. A cet égard, le Bundestag salue l'importance de l'article 70 de la proposition de règlement selon lequel le parquet européen adresserait personnellement un rapport aux députés européens.

Le parlement allemand insiste ensuite sur l'importance des délégués du parquet européen. Ceux-ci disposeraient d'un double statut. Ils seraient à la fois procureurs dans leur pays et soumis à l'autorité du procureur européen. Cette situation pourrait cependant susciter des conflits d'intérêt. Le Bundestag suggère alors de limiter les fonctions de ces collaborateurs aux travaux relatifs au parquet européen.

Les représentants du peuple allemand suggèrent également de modifier les règles de désignation des membres du parquet européen. Au lieu d'une désignation suivie de l'approbation du Parlement européen, il faudrait mettre en place un processus de vote assurant leur légitimité. Il serait également bienvenu de préciser les raisons de leur renvoi, en partie prévues par les articles 8 et 10 § 3 du projet de règlement.

Par ailleurs, le parlement exige que les décisions du Parquet européen soient fondées sur le principe de proportionnalité et non plus seulement inspirées par ledit principe. A cet égard, le Bundestag préconise de compléter l'article 26 § 3 afin qu'il définisse clairement le principe de proportionnalité.

Le Parlement souligne que les règles de compétence entre le procureur européen et les juridictions nationales, ainsi que les conditions d'application du droit national ne sont pas clairement établies. En conséquence, il appelle à créer des

⁷ Commission européenne, *proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen*, 17 juillet 2013, COM (2013) 0534.

⁸ Deutscher Bundestag, *Beschluss zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft*, 5 juin 2014, session n°39.

règles procédurales harmonieuses et applicables à tous les Etats.

Les députés insistent enfin sur l'importance des droits de la défense accordés aux personnes poursuivies. Il ne doit pas seulement s'agir de s'aligner, comme le prévoit le projet de règlement, sur un standard de droit élevé. Il est essentiel de procéder à une harmonisation des droits pour permettre le respect des droits de la défense. Parmi ceux-ci, le Bundestag évoque le droit au silence, la présomption d'innocence, le droit de la preuve, l'aide juridictionnelle, et le droit d'accès au dossier de l'accusation. Les députés partagent ainsi avec la Commission un intérêt certain pour les droits de la défense. Celle-ci avait en effet publié un Livre vert relatif à la présomption d'innocence⁹ en 2006.

II. LE REFUS DU SENAT FRANCAIS

Par un avis motivé du 28 octobre 2013¹⁰, le Sénat n'a pas approuvé la proposition du Parquet européen portée par la Commission.

Les sénateurs ont reproché à la Commission de ne pas avoir suffisamment démontré la plus value de sa proposition par rapport à l'état du droit existant¹¹. Cet argument trouve son origine dans le principe de subsidiarité. Ce principe est prévu à l'article 5 § 3 du TUE, qui reconnaît une compétence de droit commun aux Etats membres. L'Union ne peut légiférer que de manière subsidiaire ou seconde, c'est-à-dire si les « *objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres, (...) mais peuvent mieux l'être (...) au niveau de l'Union* ». Il s'agit d'une notion avant tout politique, qui affirme la priorité d'action des Etats sur l'Union¹².

Un test d'efficacité comparative est donc nécessaire pour évaluer les prestations des Etats membres et celles de l'Union. Celui-ci a été mené par la Commission dans une étude intitulée « Document de travail des services de la Commission, résumé de l'analyse d'impact ¹³ ». Elle y prend clairement position pour l'intervention de l'Union puisqu'elle estime que

« les autorités des Etats membres chargées des enquêtes et des poursuites pénales sont actuellement dans l'incapacité d'atteindre un niveau équivalent de protection et de répression. Comme l'UE est la mieux placée pour protéger ses

⁹ Commission des communautés européennes, *Livre vert sur la présomption d'innocence*, 26 avril 2006, COM (2006) 174 final.

¹⁰ Sénat français, *Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement portant création du parquet européen*, 28 octobre 2013, session ordinaire n°26.

¹¹ H. LABAYLE, « Parquet européen et contrôle de subsidiarité : premier carton jaune pour l'Espace de liberté », *ELSJ, Réseau universitaire européen, droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2014. <http://www.gdr-elsj.eu/2014/01/08/cooperation-judiciaire-penale/parquet-europeen-et-contrôle-de-subsidiarité-premier-carton-jaune-pour-lespace-de-liberté/>

¹² C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e édition, LGDJ, 2014, p. 433.

¹³ Commission européenne, *Document de travail des services de la Commission, résumé de l'analyse d'impact*, SWD (2013) 275.

propres intérêts financiers, compte tenu des règles spécifiques de l'UE applicables en la matière, elle est la mieux placée pour garantir que les infractions portant atteinte à ces intérêts font l'objet de poursuites »¹⁴.

Il en ressort ainsi que les différences entre les législations des Etats membres seraient préjudiciables à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne.

De prime abord, cet argument ne laisse pas de surprendre. En effet, l'Union est continuellement confrontée à des législations nationales divergentes, ce qui ne conduit pas systématiquement à remplir les critères du principe de subsidiarité. On pourrait également arguer que les différents niveaux d'efficacité entre les Etats membres interrogent sur le seuil à partir duquel cette insuffisance est susceptible de légitimer l'action de l'Union.

Cependant, les disparités entre législations nationales renvoient à des obstacles dirimants à la défense des intérêts financiers de l'Union. En effet, la Commission évoque le manque de continuité de l'action répressive, l'absence d'une politique commune en matière de répression pénale ainsi que le peu d'échange d'informations et de coordination aux niveaux nationaux. Elle dénonce aussi le manque d'intérêt que les instances nationales portent à la poursuite des infractions portant atteinte au budget de l'UE. La position de la Commission se conçoit aisément. Dans l'hypothèse où les critères de la subsidiarité seraient remplis, l'intervention de l'Union apparaîtrait en effet nécessaire. Le principe de subsidiarité est traditionnellement entendu comme un instrument assurant la priorité d'action des Etats et des collectivités sur l'Union. Pourtant, la juste interprétation de ce principe concède également à l'Union la possibilité, voire l'obligation, d'intervenir lorsque les capacités d'action de l'Union sont les plus adaptées pour répondre à une difficulté. Cette possibilité est certes strictement encadrée mais elle existe. Aussi serait-il peu opportun que ce principe se mute en un déversement vers le bas de compétences pourtant nécessaires au maintien d'une unité de l'Union.

III. LE MAINTIEN DE SA PROPOSITION PAR LA COMMISSION

Les parlements néerlandais, chypriote, hongrois, suédois, slovène, maltais, britannique et tchèque n'ont, de même, pas approuvé la proposition de la Commission pour diverses raisons. Ils partagent donc le refus exprimé par le Sénat français. En conséquence, un premier contrôle de subsidiarité a été déclenché.

Ce contrôle est effectué par les parlements nationaux. En effet, en vertu de l'article 12 du TUE, « ce sont les parlements nationaux qui contribuent au fonctionnement de l'Union en veillant au respect du principe de subsidiarité ». De plus, l'article 6 du protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité prévoit une mise en cause politique du non-respect de la subsidiarité. A cet effet, les parlements nationaux peuvent adresser un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles ils estiment que le projet n'est pas conforme au principe de subsidiarité aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, dans les 8 semaines à compter de la date de transmission du projet

¹⁴ *Ibid.*

d'acte.¹⁵

Selon le nombre de voix des parlements s'élevant contre le projet, l'avis motivé n'aura pas les mêmes conséquences. L'article 7 §1 alinéa 2 du Protocole n°2 indique à cet égard que chaque parlement national dispose de deux voix réparties. En conséquence, dans un système parlementaire bicaméral, chacune des deux chambres dispose d'une voix. Plusieurs hypothèses sont alors envisageables.

En cas de simple avis motivé provenant des parlements nationaux, le même article précise que les suites sont moindres : les institutions de l'Union doivent seulement tenir compte du point de vue des parlements nationaux

Au contraire, si les parlements adressent à la Commission un « carton jaune », ce qui a été le cas en l'espèce, les conséquences pour la Commission sont plus contraignantes. Le projet doit être réexaminé. Les institutions de l'Union peuvent alors changer leur proposition, abandonner leur projet ou bien le conserver.

En conséquence, le projet a été examiné à nouveau par la Commission. Elle a choisi de le conserver. Dans une communication « relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole n°2 »¹⁶ en date du 27 novembre 2013, la Commission a fait fi des arguments soulevés par les parlements nationaux. Elle affirme que *«sa proposition est conforme au principe de subsidiarité consacré à l'article 5, paragraphe 3, du TUE, et qu'il n'est pas nécessaire de la retirer ou de la modifier. (...) Au cours du processus législatif, la Commission tiendra néanmoins dûment compte des avis motivés des parlements nationaux »*.

La stratégie de la Commission suscite bien des interrogations. D'aucuns pourraient dénoncer le manque de légitimité démocratique de cette institution et son attitude peu nuancée au sujet du Parquet européen.

Il convient de répondre d'abord que la Commission dispose de la légitimité conférée par les transferts de compétence successifs décidés démocratiquement par les représentants des peuples composant l'Union européenne. Ensuite, la Commission est fondée à maintenir son projet inchangé dans la mesure où le Traité l'y autorise. Plus encore, la position de quelques parlements comme celle exprimée par le Sénat français est minoritaire, puisque la plupart des autres parlements nationaux ont accepté la proposition. Passer outre ces voix minoritaires est un signe de bonne santé démocratique et de dynamisme.

Par-delà l'épineuse question de la tactique adoptée par la Commission, c'est au Conseil de l'Union européenne qu'il incombera, en vertu de l'article 86 TFUE, de décider à l'unanimité de l'avenir du Parquet européen. Le Conseil Justice et Affaires

¹⁵ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, p.448.

¹⁶ Commission européenne, *Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux, relative au réexamen de la proposition du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole n°2*, 27 novembre 2013, COM (2013) 851 final.

intérieures du 8 octobre 2015 a émis un accord provisoire sur plusieurs dispositions de la proposition. Les points les plus problématiques, notamment les modalités d'organisation et de fonctionnement du parquet européen, restent en suspens.

B. Les réactions en Allemagne suite à l'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

Floriane LAPOUGE, doctorante en droit européen à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne rattachée à l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

L'avis 2/13 rendu le 18 décembre 2014 par la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne¹⁷ à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸ était particulièrement attendu, tant par les membres de la doctrine française que par ceux de la doctrine allemande. La réponse de la Cour de justice n'est de toute évidence pas passée inaperçue en Allemagne et en France, comme en témoigne la multitude de commentaires rendus de part et d'autre. Qu'il s'agisse du raisonnement suivi, des termes employés ou encore des tournures de phrase utilisées, rien n'a échappé au crible minutieux de l'ensemble des auteurs, français et allemands confondus. L'intérêt de la doctrine pour l'avis et son analyse méticuleuse s'expliquent sans doute par l'importance majeure que revêt la question de la protection des droits fondamentaux dans l'Union et dont on ne doute plus notamment depuis l'arrêt *Solange I* rendu par la Cour de Karlsruhe le 29 mai 1974.

L'objet de la présente contribution n'est pas de présenter en tant que tel l'avis de la Cour de justice— celui-ci ayant déjà suffisamment retenu l'attention par ailleurs— mais plutôt de faire état des réactions qu'il a suscitées auprès des auteurs allemands tout en cherchant à les comparer aux réactions mieux connues des auteurs français¹⁹. On est animé par la volonté de déterminer si les réactions de la doctrine

¹⁷ Ci-après « Union ».

¹⁸ Ci-après « Convention EDH ».

¹⁹ Par conséquent, les références à la position de la Cour de justice ainsi qu'aux positions doctrinales françaises seront formulées uniquement dans la mesure du nécessaire pour permettre la bonne appréhension des réactions des auteurs allemands.

allemande ont de façon ponctuelle, au cas par cas, été ou non sensiblement différentes de celles de la doctrine française. A cette fin, il y a lieu de passer en revue les sept causes d'incompatibilité invoquées successivement par le juge de Luxembourg pour s'opposer à l'adhésion, en faisant état à chaque fois des remarques critiques émises par les auteurs allemands et français.

Avant d'entrer dans le détail de la comparaison, s'impose une première observation générale : en France comme en Allemagne, les réactions à l'avis négatif ont foisonné de toute part- aussi bien chez les publicistes que chez les privatistes - et ont le plus souvent oscillé de la surprise à la désapprobation. Il n'y a donc pas à s'étonner du caractère fortement mitigé de l'ensemble des commentaires allemands et français ; il ne faut pas s'attendre à découvrir deux positions radicalement différentes. En effet, au risque de transgresser la qualité juridique du raisonnement, on doit d'emblée prévenir que la différence entre les positions doctrinales allemande et française est plutôt une question de nuance. Alors que les auteurs allemands, influencés peut-être par « l'esprit » de la Cour de Karlsruhe, s'opposent frontalement à la Cour de justice en n'hésitant pas à nier l'existence des difficultés soulevées, les auteurs français semblent adopter une position plus accommodante. Si ces derniers acceptent parfois plus facilement de prendre en compte les inquiétudes de la Cour de justice, c'est aussitôt pour soutenir que dans la plupart des cas il est possible d'y porter remède.

Pour mener l'étude des réactions doctrinales aux obstacles à l'adhésion, il convient de s'en tenir à l'ordre suivi par l'avis 2/13 de la Cour de justice : l'absence de coordination entre l'article 53 de la Convention EDH et l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'atteinte au principe de confiance mutuelle, l'absence d'articulation entre la procédure d'avis consultatif instituée par le Protocole n°16 à la Convention EDH et la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du TFUE, l'atteinte à l'article 344 du TFUE, les insuffisances du mécanisme du codéfendeur, les insuffisances du mécanisme de l'implication préalable de la Cour de justice et enfin l'absence de prise en compte de l'injusticiabilité partielle de la PESC. En dernier lieu, il est nécessaire de voir, à l'aune des doctrines allemande et française, quelles sont les perspectives d'avenir réservées au processus d'adhésion à la suite de l'avis négatif rendu par la Cour de justice.

L'absence de coordination entre l'article 53 de la Convention EDH et l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

L'une des lacunes du projet d'adhésion déplorée par la Cour de justice réside dans l'absence de coordination entre l'article 53 de la Convention EDH²⁰ et

²⁰ Article 53 de la Convention EDH : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²¹. Les deux articles, similaires à première vue, ont en réalité une différence de portée due à l'interprétation « discutée et discutable »²² que la Cour de Luxembourg a décidé de donner à l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux. Elle a considéré dans son arrêt *Melloni* que les Etats membres sont libres d'appliquer des standards nationaux de protection plus élevés que ceux garantis par la Charte à la condition cependant que « cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte (...), ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »²³. Il en résulte que les Etats membres ne peuvent s'opposer à l'application du droit de l'Union en se prévalant du fait que leur texte constitutionnel offre des garanties plus importantes en matière de droits fondamentaux que celles prévues par la Charte dès lors que des normes de droit de l'Union s'appliquent au litige. La primauté du droit de l'Union ne peut être remise en cause par les Etats membres au nom de la supériorité des garanties nationales, fussent-elles constitutionnelles.

La Cour de justice redoute que les Etats membres prennent appui sur l'article 53 de la Convention EDH, qui offre la possibilité de prévoir des standards nationaux de protection plus élevés, pour « neutraliser »²⁴ la jurisprudence *Melloni*. La crainte de la Cour, pourtant non évoquée par l'Avocat général J. Kokott dans sa prise de position, a davantage été partagée par les auteurs français²⁵ que par les auteurs allemands²⁶. Selon ces derniers, la difficulté soulevée par la Cour de justice ne paraît pas fondée, principalement pour deux raisons. En premier lieu, comme le

²¹ Article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

²² H. LABAYLE/ F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015-1, p. 3

²³ CJUE, *Melloni*, C-399/11, arrêt du 26 février 2013, § 60.

²⁴ L. USUNIER, « *Requiem for a dream* : la Cour de justice de l'Union européenne se prononce contre l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.*, 2015-2, p. 335, spéc. p. 336

²⁵ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 6; F. PICOD, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH », *JCP G Semaine juridique*, 2015-6, p. 230, spéc. p. 232 ; D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, 2015-2, p. 4, spéc. p. 6 ; à l'exception toutefois de J. P. JACQUÉ, « Pride and/or prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 2015-1, p. 19, spéc. p. 33.

²⁶ Cf. par exemple M. WENDEL, « Mehr Offenheit wagen ! Eine kritische Annäherung an das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015 ; W. MICHL, « Thou shalt have no other courts before me », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015 ; T. LOCK, « Oops ! We did dit again – das Gutachten des EuGH zum EMRK- Beitritt der EU », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015.

souligne Mattias Wendel, il ressort de l'avis 2/13, certes plus clairement dans la version française, que l'article 53 de la Convention EDH n'impose aucun devoir aux Etats membres et ne leur offre qu'une « faculté » (« power » en anglais et « Befugnis » en allemand)²⁷. Ainsi, les Etats membres ne peuvent pas faire usage de cette faculté dans les hypothèses où le droit de l'Union leur interdit par ailleurs d'accorder une protection supérieure à celle prévue par la Charte²⁸. D'après la doctrine allemande, il n'existerait donc aucun risque que l'interprétation de l'article 53 de la Charte donnée par la Cour de justice soit remise en cause par la Cour EDH. En second lieu, les auteurs allemands ont beau jeu d'expliquer qu'il importe peu que l'article 53 de la Convention EDH devienne partie intégrale de l'ordre juridique du droit de l'Union, les Etats membres ne seront de toute façon pas pour autant dispensés de respecter le principe de primauté²⁹. Les auteurs français, pour leur part, sont globalement plus réceptifs à l'argumentation de la Cour de Luxembourg³⁰. Pour eux cependant, l'obstacle n'est pas insurmontable ; il suffirait d'introduire dans le projet d'adhésion une clause limitant la faculté octroyée par l'article 53 de la Convention EDH afin qu'il ne soit pas porté atteinte au niveau de protection prévu par la Charte ainsi qu'à la primauté, à l'unité et à l'effectivité du droit de l'Union³¹.

L'atteinte au principe de confiance mutuelle

La Cour de justice considère également que l'adhésion est impossible au motif qu'elle serait susceptible de mettre à mal le principe de confiance mutuelle entre les Etats membres, érigé de façon innovante en véritable principe constitutionnel³² vu son « importance fondamentale »³³. Ce principe, rappelons-le, « impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces Etats de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres Etats membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit »³⁴. Sauf circonstances exceptionnelles, un Etat membre n'est donc pas autorisé à vérifier si

²⁷ M. WENDEL *loc. cit.* ; §189 de l'avis.

²⁸ D. HALBERSTAM, « "It's the Autonomy, Stupid !" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward », *German Law Journal*, 2015-1, vol. 16, p. 105, spéc. p. 125.

²⁹ Cf. notamment I. PERNICE, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue », *Cahiers de droit européen*, 2015-1, p. 47, spéc. p. 59.

³⁰ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 6 ; D. SIMON *loc. cit.* p. 6.

³¹ F. PICOD *loc. cit.* p. 232 ; F. CHALTIEL, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne est-elle impossible ? », *Les Petites Affiches*, 2015-105, p. 6, spéc. p. 8.

³² H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* pp. 6-7 ; J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 34. ; L. USUNIER *loc. cit.* p. 336-337.

³³ § 191 de l'avis.

³⁴ § 191 de l'avis.

un autre Etat membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union. Or, la Cour de justice relève que la Convention EDH exige dans certains cas que les Parties contractantes veillent à ce que les autres Parties respectent les droits de l'homme³⁵. La Cour reproche ainsi aux négociateurs d'avoir méconnu « *la nature intrinsèque de l'Union* » et d'avoir omis de « *prendre en considération la circonstance que les Etats membres (...) ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet du transfert de compétences des Etats membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit* »³⁶.

Certains auteurs français et allemands comprennent la crainte de la Cour de justice ; ils remarquent néanmoins que celle-ci existe déjà à l'heure actuelle et qu'il suffirait de procéder à l'adhésion pour y remédier³⁷. D'autres auteurs en revanche doutent de l'existence même du principe de confiance mutuelle³⁸ et estiment que la Cour de justice convoque ce principe pour « *l'instrumentaliser au service de sa démonstration* »³⁹. Du côté allemand, l'attention se focalise également sur la question de la compatibilité de l'article 33 de la Convention EDH⁴⁰ avec le principe de confiance mutuelle⁴¹. Il est rappelé que l'article 33 de la Convention EDH, rarement mis en œuvre en pratique, n'oblige en aucune manière un Etat membre de l'Union à saisir la Cour EDH pour un manquement aux dispositions de la

³⁵ § 194 de l'avis : « *dans la mesure où la Convention EDH, en imposant de considérer l'Union et les Etats membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des Etats membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un Etat membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre Etat membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces Etats membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union* ».

³⁶ § 193 de l'avis.

³⁷ L. USUNIER *loc. cit.* pp. 336-337 ; F. PICOD *loc. cit.* pp. 233-234 ; D. HALBERSTAM, *loc. cit.* pp. 134-135. Comme le souligne Daniel Halberstam, suite à l'adhésion, dans l'hypothèse où un Etat membre est poursuivi devant la Cour de Strasbourg pour avoir respecté l'obligation de confiance mutuelle mais en violation avec la Convention EDH, l'Union pourra devenir codéfendeur et prendre à sa charge l'entière responsabilité de cette action. En endossant la responsabilité de la violation, l'Union européenne protégera l'Etat membre concerné et il lui appartiendra de prendre les dispositions nécessaires pour remédier à la violation constatée. Cette solution a pour avantage de laisser l'Union décider de la nature et de la portée du principe de confiance mutuelle et de préserver les relations entre les Etats membres d'un contrôle externe. Cette conception ne fait pas l'unanimité. Jean Paul Jacqué estime malgré tout que « *la présomption qui fonde la confiance mutuelle sera atteinte* », J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 41.

³⁸ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* pp. 6-7 ; D. SIMON *loc. cit.* pp. 6-7.

³⁹ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 7.

⁴⁰ Article 33 de la Convention EDH : « *toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* ».

⁴¹ I. PERNICE *loc. cit.* pp. 60-61.

Convention EDH imputable à un autre Etat membre de l'Union. De ce point de vue, le risque d'une atteinte au principe de confiance mutuelle est donc minime.

L'absence d'articulation entre la procédure d'avis consultatif instituée par le Protocole n°16 à la Convention EDH et la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du TFUE

La Cour de justice constate ensuite que l'accord envisagé ne prévoit pas d'articulation entre la procédure d'avis consultatif instituée par le Protocole n°16 à la Convention EDH, qui n'est pas encore entré en vigueur faute de ratifications suffisantes, et la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du TFUE. Particulièrement méfiante, la Cour redoute que la procédure de renvoi préjudiciel, « *clef de voûte du système juridictionnel institué par les traités* »⁴², soit contournée et délaissée par les plus hautes juridictions des Etats membres. En effet, ces dernières, confrontées à une question de compatibilité du droit de l'Union avec un droit fondamental garanti à la fois par la Convention EDH et par la Charte, pourraient être tentées d'adresser directement une demande d'avis consultatif à la Cour EDH plutôt que de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

En ce qui concerne cette troisième cause d'incompatibilité, les auteurs ont rarement considéré comme légitime l'inquiétude des juges de Luxembourg⁴³ ; ils ont fait valoir que celle-ci est totalement indépendante de la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH⁴⁴. On observe que les auteurs allemands, plus virulents que leurs homologues français, ont le plus souvent nié de façon catégorique l'existence d'une difficulté⁴⁵ en rappelant d'une part que le Protocole n°16 n'oblige en aucun cas les plus hautes juridictions nationales à demander un avis consultatif à la Cour EDH⁴⁶ et de l'autre, que les avis consultatifs rendus par la Cour EDH ne seront pas contraignants⁴⁷. L'ensemble des auteurs allemands et français se sont accordés pour dire que l'autonomie du droit de l'Union ne risque pas d'être réellement affectée car les Etats membres demeurent dans tous les cas soumis au respect de l'article 267 TFUE et sont susceptibles d'être condamnés s'ils manquent à

⁴² § 198 de l'avis.

⁴³ *Contra*. H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 11 qui considèrent qu'il est « *parfaitement légitime* » que la Cour de justice « *se penche sur le sujet* » et « *s'en inquiète* ».

⁴⁴ L. USUNIER *loc. cit.* pp. 337-338 ; H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 11 ; S. SIMON *loc. cit.* p. 7 ; J. P. JACQUÉ *loc. cit.* pp. 23-25 ; I. PERNICE *loc. cit.* pp. 61-62.

⁴⁵ T. LOCK *loc. cit.* ; M. WENDEL *loc. cit.* ; D. ENGEL, « Gutachten 2/13 und der EU-Beitritt zur EMRK : Unsicheres Ende einer unendlichen Geschichte ? », *BayRVR*, 2015 ; I. PERNICE *loc. cit.* pp. 61-62.

⁴⁶ I. PERNICE *loc. cit.* pp. 61-62.

⁴⁷ Article 5 du Protocole n°16. I. PERNICE *loc. cit.* pp. 61-62 ; D. ENGEL *loc. cit.* ; T. LOCK *loc. cit.*

cette obligation⁴⁸. Les auteurs les moins critiques à l'égard de la Cour de justice suggèrent que l'autorité absolue ainsi que le caractère prioritaire de l'article 267 TFUE par rapport à la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n°16 soient simplement rappelés par une déclaration interne à l'Union⁴⁹.

L'atteinte à l'article 344 du TFUE

Selon les juges du plateau du Kirchberg, le projet d'accord porte également atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités en affectant l'article 344 du TFUE. On rappelle qu'en vertu de cet article, la Cour de justice dispose d'une compétence exclusive pour régler les différends entre Etats membres relatifs à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union⁵⁰. Or, l'article 33 de la Convention EDH instaure par ailleurs une procédure de règlement des différends entre Etats parties à la Convention EDH qui est susceptible, comme le relève la Cour de justice, de « *s'appliquer à toute Partie contractante et, donc, également aux litiges entre les Etats membres ou entre ces derniers et l'Union alors qu'est en cause le droit de l'Union* »⁵¹. Les juges de Luxembourg constatent que le monopole juridictionnel dont ils bénéficient risque d'être compromis car l'accord envisagé « *laisse subsister la possibilité* »⁵² que la Cour EDH soit saisie d'un litige entre Etats membres ou entre un Etat membre et l'Union relatif à l'application de la Convention EDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union.

Les auteurs allemands⁵³ et français⁵⁴ considèrent à nouveau que la difficulté soulevée devrait rarement survenir en pratique, les recours interétatiques étant tout à fait exceptionnels, tant devant le juge de Strasbourg que devant celui de Luxembourg. La difficulté, plus hypothétique que réelle, est perçue par la doctrine comme une preuve de la virulence de la Cour de justice à s'opposer à toute forme de contrôle exercé par une juridiction externe⁵⁵. Certains auteurs s'interrogent sur les véritables motivations de la Cour de justice. Cette dernière aurait pourtant pu paraître cette fois-ci de bonne foi car elle prend la peine d'indiquer la solution à suivre pour régler le problème de compatibilité. Elle précise en effet que « *seule une*

⁴⁸ L. USUNIER *loc. cit.* pp. 337-338 ; H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 11 ; J. P. JACQUÉ *loc. cit.* pp. 23-25.

⁴⁹ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 11 ; I. PERNICE *loc. cit.* p. 62.

⁵⁰ Article 344 TFUE : « *les Etats s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci* ».

⁵¹ § 205 de l'avis.

⁵² § 207 de l'avis.

⁵³ I. PERNICE *loc. cit.* p. 61.

⁵⁴ L. USUNIER *loc. cit.* p. 338 ; H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 8 ; S. SIMON *loc. cit.* p. 7 ; J. P. JACQUÉ *loc. cit.* pp. 27-28.

⁵⁵ S. SIMON *loc. cit.* p. 7 ; T. LOCK *loc. cit.*

exclusion expresse de la compétence de la Cour EDH (...) pour les litiges entre les Etats membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union serait compatible avec l'article 344 TFUE »⁵⁶. L'auteur allemand Ingolf Pernice doute de l'efficacité d'une telle clause car cela conduirait nécessairement la Cour EDH à interpréter le droit de l'Union pour déterminer si le litige porté devant elle est recevable ou non⁵⁷. En fin de compte, nombreux sont les auteurs allemands et français qui rappellent avec insistance que la procédure de recours en manquement paraît suffisante pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE⁵⁸.

Les insuffisances du mécanisme du codéfendeur

La Cour de justice s'intéresse ensuite aux modalités de fonctionnement du mécanisme du codéfendeur instauré à l'article 3 de l'accord d'adhésion. On rappelle que le mécanisme est destiné à permettre tant à l'Union qu'à un ou plusieurs de ses Etats membres de devenir codéfendeurs à la procédure alors même que la requête introduite devant la Cour EDH est initialement dirigée seulement contre l'Union ou contre un ou plusieurs de ses Etats membres. Aussi louable⁵⁹ soit-il, ce mécanisme comporte toutefois des insuffisances que la Cour de Luxembourg n'hésite pas à pointer du doigt.

La première insuffisance réside dans l'accès au statut de codéfendeur. Lorsque l'Union ou les Etats membres formulent une demande pour intervenir en tant que codéfendeurs, il est prévu que la Cour EDH examine la plausibilité des arguments avancés⁶⁰ ; elle serait ainsi amenée à apprécier les règles du droit de l'Union qui régissent la répartition des compétences entre cette dernière et ses Etats membres ainsi que les critères d'imputation des actes ou des omissions de ceux-ci. Pour la Cour de justice, un tel examen serait « *susceptible d'interférer avec la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres* »⁶¹.

Une autre difficulté provient du fait que par exception au principe de la condamnation conjointe du défendeur et du codéfendeur, la Cour EDH aurait la

⁵⁶ § 213 de l'avis.

⁵⁷ I. PERNICE *loc. cit.* p. 64

⁵⁸ F. CHALTIEL *loc. cit.* p. 11 ; S. SIMON *loc. cit.* p. 7 ; H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 8 ; M. WENDEL *loc. cit.* ; D. ENGEL *loc. cit.*

⁵⁹ Voir notamment H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 9 ; F. PICOD *loc. cit.* p. 234. Il est opportunément précisé qu'à l'époque des négociations l'Allemagne avait jugé que la possibilité d'intervention prévue à l'article 36§2 de la Convention EDH était suffisante et qu'il n'était pas nécessaire d'instaurer un mécanisme de codéfendeur.

⁶⁰ Article 3§5 de l'accord d'adhésion.

⁶¹ § 225 de l'avis.

possibilité de retenir la responsabilité de seulement l'un d'entre eux⁶². Une telle décision conduirait là encore le juge de Strasbourg à empiéter sur la compétence exclusive de la Cour de justice en se livrant à une appréciation des règles du droit de l'Union régissant la répartition des compétences entre cette dernière et ses Etats membres.

Il aura fallu attendre le cinquième motif d'incompatibilité pour assister enfin à l'émergence de commentaires doctrinaux véritablement favorables à la position de la Cour de justice. En effet, les inquiétudes de la Cour au sujet des modalités de fonctionnement du mécanisme du codéfendeur ont dans l'ensemble été jugées raisonnables et sérieuses par de nombreux auteurs allemands⁶³ et français⁶⁴. Des membres de la doctrine n'ont toutefois pas pu s'empêcher de souligner au passage que la Cour de justice s'est tout de même montrée rigide⁶⁵ ; il s'agit certainement d'un signe de méfiance à l'égard de la Cour EDH⁶⁶. Tout en reconnaissant que les préoccupations exprimées sont en partie justifiées⁶⁷ et que des clarifications sont souhaitables⁶⁸, certains auteurs allemands cherchent à relativiser la gravité de l'atteinte potentielle à l'autonomie du droit de l'Union. Ils font valoir que le contrôle de la plausibilité réalisé par la Cour EDH ne serait tout au plus que superficiel⁶⁹ et qu'il n'aboutirait pas à une appréciation contraignante des règles du droit de l'Union régissant la répartition des compétences⁷⁰. A cet égard, le point 48a du projet de rapport explicatif de l'accord confirme bien que la Cour EDH n'aurait effectué qu'un simple contrôle formel, tout de même légitime⁷¹ puisqu'elle est supposée être la « *maîtresse de sa procédure* »⁷². Afin de parvenir à éliminer en partie le problème, Daniel Engel propose, quant à lui, de prévoir clairement que le statut de codéfendeur sera toujours accordé par la Cour EDH à l'Union lorsque celle-ci en fait la demande⁷³. En ce qui concerne la question du partage de la

⁶² Article 3§7 de l'accord d'adhésion.

⁶³ T. LOCK *loc. cit.* ; M. WENDEL *loc. cit.* ; D. ENGEL *loc. cit.* ; I. PERNICE *loc. cit.* p. 65.

⁶⁴ J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 30 ; H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* pp. 8-9.

⁶⁵ T. LOCK *loc. cit.* ; H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 9.

⁶⁶ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 9 ; J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 29.

⁶⁷ D. ENGEL *loc. cit.*

⁶⁸ M. WENDEL *loc. cit.*

⁶⁹ Voir également J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 29.

⁷⁰ T. LOCK *loc. cit.* ; D. ENGEL *loc. cit.* ; M. BREUER, « It's not about pluralism. It's about power politics ! », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015

⁷¹ Pour la thèse contraire, voir I. PERNICE *loc. cit.* p. 65.

⁷² J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 29 ; M. WENDEL *loc. cit.*

⁷³ Voir également I. PERNICE *loc. cit.* p. 65.

responsabilité entre le défendeur et le codéfendeur, Ingolf Pernice note qu'il serait difficile de prévoir une clause privant la Cour EDH de la compétence d'attribuer la responsabilité car il s'agit « *d'un élément-clef d'un jugement sur la violation d'un droit de l'homme* »⁷⁴.

Les insuffisances du mécanisme de l'implication préalable de la Cour de justice

Une autre anomalie mise en lumière par la Cour de justice se situe au niveau du mécanisme de l'implication préalable dont elle avait pourtant vivement souhaité l'instauration⁷⁵. Pour rappel, l'implication préalable de la Cour de justice est prévue en ces termes par l'article 3§6 du projet d'accord :

« Lorsque l'Union européenne est codéfenderesse dans une procédure, et lorsque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore examiné la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré, (...) le temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen (...) ».

L'idée est d'éviter à tout prix que la Cour EDH soit saisie d'une affaire mettant en cause le droit de l'Union au regard de la Convention EDH sans que la Cour de justice ait été saisie au préalable à titre préjudiciel⁷⁶. Pour le juge de Luxembourg, la procédure de l'implication préalable est de nature à répondre à l'exigence de préserver les compétences de l'Union et les attributions de ses institutions. Il considère en revanche que les modalités de mise en œuvre ne sont pas satisfaisantes.

Tout d'abord, la Cour de Luxembourg estime que le projet d'accord devrait prévoir qu'elle est seule compétente pour déterminer si elle a déjà tranché la même question de droit que celle faisant l'objet de la procédure devant la Cour EDH⁷⁷. Laisser la possibilité à la Cour EDH de se prononcer sur cette question, comme le fait le projet d'accord en l'état actuel, reviendrait à lui conférer une compétence pour interpréter la jurisprudence de la Cour de justice. A ce sujet, il est souligné en Allemagne qu'il ne s'agirait pas pour la Cour EDH de se livrer à une analyse approfondie mais au contraire à un examen succinct⁷⁸.

⁷⁴ *Ibid.* p. 66.

⁷⁵ Cf. Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 5 mai 2010 .

⁷⁶ La doctrine allemande souligne au passage que le risque de contournement de la procédure préjudicielle est une pathologie interne à l'Union, M. WENDEL *loc. cit.*

⁷⁷ § 238 de l'avis.

⁷⁸ D. ENGEL *loc. cit.*

En outre, pour mener à bien la tâche qui lui incombe, la Cour de justice demande à ce que la procédure de l'implication préalable soit « *aménagée de telle manière que, dans toute affaire pendante devant la Cour EDH, une information complète et systématique soit adressée à l'Union* »⁷⁹. A cet égard, on note que Jean Paul Jacqué reproche à la Cour de justice « *d'oublier qu'il existe un système de publication des requêtes* » introduites devant la Cour EDH ; par conséquent l'Union pourrait prévoir un mécanisme en vue d'identifier les requêtes nécessitant une implication préalable⁸⁰. Du côté allemand, Mattias Wendel estime que l'exigence d'une information systématique par la Cour EDH est souhaitable, il s'agirait en somme d'établir une forme de coopération loyale entre les deux Cours⁸¹.

Enfin, la Cour de justice affirme que la procédure de l'implication préalable, telle qu'instaurée par le projet d'accord et son rapport explicatif⁸², lui permettrait uniquement de statuer sur la validité d'une disposition du droit dérivé ou bien sur l'interprétation d'une disposition du droit primaire. Il serait exclu qu'elle puisse être saisie pour se prononcer sur une question d'interprétation du droit dérivé au moyen de la procédure de l'implication préalable. Or la Cour de justice estime qu'il lui appartient à elle seule de fournir une interprétation définitive du droit dérivé. Si la Cour EDH devait se livrer elle-même à ce travail d'interprétation, « *le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union serait assurément méconnu* »⁸³. Cet argument n'est pas jugé convaincant par les doctrines allemande⁸⁴ et française⁸⁵. D'après les auteurs, le projet d'accord et son rapport explicatif ne privent pas la Cour de justice de la possibilité d'interpréter la disposition de droit dérivé lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur sa validité⁸⁶. En vue de conforter leur argumentation, ils font d'ailleurs remarquer à juste titre qu'on peut rarement examiner la compatibilité d'une disposition sans prendre la peine de l'interpréter⁸⁷. En outre, il est affirmé que le rapport explicatif cherche en réalité à préciser, certes de façon maladroite, que la Cour de justice n'est pas compétente pour apprécier la validité d'une disposition du droit primaire⁸⁸. La question de la nécessité d'un tel rappel est posée d'autant plus

⁷⁹ § 241 de l'avis.

⁸⁰ J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 37.

⁸¹ M. WENDEL *loc. cit.*

⁸² Point 58 du projet de rapport explicatif qui définit ce qu'il faut entendre par l'examen de la compatibilité mentionné à l'article 3§6 du projet d'accord.

⁸³ § 246 de l'avis.

⁸⁴ I. PERNICE *loc. cit.* p. 68 ; D. ENGEL *loc. cit.*

⁸⁵ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 11.

⁸⁶ J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 38 ; D. ENGEL *loc. cit.*

⁸⁷ I. PERNICE *loc. cit.* p. 68 ; J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 38.

⁸⁸ J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 38

que la formule retenue a plutôt été de nature à compliquer la situation qu'à la simplifier. Il est vrai que la Cour s'est livrée à une interprétation très littérale alors qu'elle avait été bien plus audacieuse dans le passé en ayant recours à l'interprétation téléologique. Mais on ne peut tout de même pas reprocher au juge de Luxembourg de mettre en évidence le manque de précision du projet de rapport explicatif. Des clarifications sont souhaitables, c'est le constat auquel parviennent des auteurs allemands⁸⁹ et français⁹⁰. Toutefois, il est avancé que l'absence de précisions n'était pas suffisante pour déclarer l'incompatibilité du projet d'accord avec le droit de l'Union européenne⁹¹.

Pour conclure, on retiendra que ces exigences radicales relatives à la procédure de l'implication préalable ont été perçues, tant par les auteurs allemands⁹² que français⁹³, comme une nouvelle preuve de la réticence de la Cour de justice à l'égard de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. L'impression d'une position très rigide et fermée se confirme à nouveau. Il aurait pourtant été possible de suivre la suggestion de l'Avocat général consistant à émettre une déclaration de compatibilité assortie de certaines réserves.

L'absence de prise en compte de l'injusticiabilité partielle de la PESC

Enfin, la septième et dernière cause d'incompatibilité est liée aux spécificités de la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union (PESC). On le sait, en matière de PESC, la plupart des actes et omissions de l'Union échappent au contrôle juridictionnel de la Cour de justice⁹⁴. Or cette dernière constate que l'adhésion aurait pour effet de permettre à la Cour EDH de se prononcer sur la conformité avec la Convention EDH de certains actes et omissions intervenus dans le cadre de la PESC⁹⁵. Pour la Cour de justice, « *il serait inacceptable de confier exclusivement le contrôle juridictionnel des actes de l'Union, fût-il limité au respect des droits garantis par la Convention EDH, à un organe externe à l'Union* »⁹⁶.

⁸⁹ M. WENDEL *loc. cit.* ; I. PERNICE *loc. cit.* p. 68.

⁹⁰ J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 38.

⁹¹ M. WENDEL *loc. cit.*

⁹² F.A. ZEITNER, « Die Zukunft der Menschenrechte in der Europäischen Union-EMRK-Beitritt der EU (vorerst) gescheitert !? », *EKD*, 2015

⁹³ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* pp. 10-11

⁹⁴ Article 24§1 TUE.

⁹⁵ § 254 de l'avis.

⁹⁶ L. USUNIER *loc. cit.* p. 338 ; voir également les § 255 et 256 de l'avis.

Il n'a pas échappé à l'attention des auteurs allemands⁹⁷ et français⁹⁸ que la Cour de justice est fermement opposée à ce que la Cour EDH soit autorisée à effectuer un contrôle dans un domaine où elle-même ne peut pas intervenir. La Cour de Luxembourg semble tout mettre en œuvre pour défendre jalousement ses prérogatives sans véritablement se soucier de l'impact négatif éventuel que cela peut avoir sur la protection des droits de l'homme⁹⁹. En Allemagne, les auteurs ont beaucoup insisté sur le fait que la Cour cherche à étendre le principe de sa compétence juridictionnelle exclusive dans un domaine où elle n'est en réalité pas compétente, ce qui est évidemment paradoxal¹⁰⁰. La Cour de justice ne dispose pas d'un monopole juridictionnel en la matière mais elle est tout de même animée par la volonté d'exclure la compétence de la Cour EDH¹⁰¹. L'argument de la Cour de Luxembourg n'emporte pas la conviction car il est difficile de voir en quoi l'adhésion de l'Union à la Convention EDH « *aggrave[rait] son incompétence* »¹⁰².

Que l'on partage ou non le point de vue de la Cour de justice, il n'en demeure pas moins que la dernière cause d'incompatibilité qu'elle soulève sera difficile à surmonter. La doctrine remarque en effet qu'il va être très difficile de se conformer à cette exigence¹⁰³. La position de la Cour risque de mener le processus d'adhésion dans une impasse et, par la même occasion, de réduire à néant tous les efforts déployés jusqu'à présent¹⁰⁴.

Pour résoudre ce problème de compatibilité, on pourrait être tenté à première vue d'exclure l'application de la Convention EDH dans le domaine de la PESC. Cette solution n'est pas concevable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, cela serait contraire à l'article 57 de la Convention EDH qui interdit de prévoir des réserves à caractère général¹⁰⁵. Ensuite, une telle exclusion ferait certainement perdre à l'Union de la crédibilité vis-à-vis des Etats tiers et conduirait sans doute ces derniers à réclamer à leur tour les mêmes privilèges. Il faut rappeler que la politique étrangère des Etats tiers à l'Union mais partie à la Convention relève du contrôle de la Cour de Strasbourg même lorsque leurs juridictions nationales ne sont pas

⁹⁷ I. PERNICE *loc. cit.* p. 69.

⁹⁸ D. SIMON *loc. cit.* p. 8.

⁹⁹ D. ENGEL *loc. cit.* ; D. SIMON *loc. cit.* p. 8.

¹⁰⁰ T. LOCK *loc. cit.*

¹⁰¹ M. WENDEL *loc. cit.* ; D. ENGEL *loc. cit.*

¹⁰² E. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, 2015-1, p. 73, spéc. p. 84.

¹⁰³ I. PERNICE *loc. cit.* pp. 69-71.

¹⁰⁴ D. ENGEL *loc. cit.*

¹⁰⁵ T. BRINGS, « Änderungen der Eu-Verträge zugunsten des europäischen Grundrechtsschutzes ? », *JuWissBlog*, 2015

compétentes en la matière¹⁰⁶. Une dérogation dont seule l'Union bénéficierait serait donc difficilement comprise et acceptée par les Etats tiers. Enfin, cette solution irait également à l'encontre de l'article 6 du TFUE en vertu duquel l'adhésion est prévue pour l'ensemble des politiques de l'Union¹⁰⁷.

La seule solution, idéale mais irréaliste d'un point de vue politique, serait de procéder à la révision des traités afin que la Cour de justice se voit reconnaître une compétence pleine et entière dans le domaine de la PESC¹⁰⁸. A cet égard, Matthias Wendel s'interroge sur la question de savoir si les compétences actuellement limitées de la Cour de justice dans le domaine de la PESC sont réellement suffisantes pour garantir un niveau de protection juridictionnelle conforme aux exigences des articles 6 et 13 de la Convention EDH.

Bilan et conséquences de l'avis négatif de la Cour de justice

Il résulte de la lecture des commentaires de doctrine, allemands et français, que l'avis 2/13 n'a dans l'ensemble pas bénéficié d'un accueil favorable. La position de la Cour de justice a été largement décriée et rares sont les auteurs qui, à l'instar de Daniel Halberstam¹⁰⁹, ont pris le parti de la défendre.

L'accueil négatif réservé à l'avis peut dans un premier temps paraître surprenant. La Cour de justice a pourtant pris la peine d'identifier pas moins de sept causes d'incompatibilité et on aurait pu penser qu'une motivation aussi conséquente parviendrait à convaincre les auteurs. Bien au contraire, la mobilisation d'un nombre aussi important de griefs a en réalité eu un effet fortement contreproductif. La doctrine, allemande comme française, y a vu une preuve de l'acharnement de la Cour de Luxembourg pour préserver jalousement ses prérogatives et éviter à tout prix de perdre la moindre petite part de son influence sur le fonctionnement de l'Union européenne¹¹⁰. On lui reproche d'être plus préoccupée par des considérations relatives à l'autonomie et à la spécificité du droit de l'Union plutôt qu'à celles de la garantie et de la cohérence des droits fondamentaux en Europe¹¹¹.

Cependant en y regardant de plus près et en laissant de côté, comme nous y invite Daniel Halberstam, les préjugés que l'on peut avoir à l'égard de la Cour de justice, on ne peut s'empêcher de remarquer que certaines des préoccupations

¹⁰⁶ L. USUNIER *loc. cit.* p. 340 ; T. LOCK *loc. cit.*

¹⁰⁷ J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 42.

¹⁰⁸ D. ENGEL *loc. cit.*

¹⁰⁹ D. HALBERSTAM *loc. cit.*

¹¹⁰ W. MICHL *loc. cit.* ; F. A. ZEITNER *loc. cit.* ; M. BREUER *loc. cit.*

¹¹¹ H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 18. Cet ordre de priorité s'explique naturellement par le fait que la Cour de justice, à la différence de la Cour EDH, n'est pas une juridiction dédiée exclusivement à la protection des droits de l'homme.

qu'elle exprime sont fondées et légitimes¹¹². L'avis 2/13 aurait sans doute été mieux perçu par la doctrine si la Cour avait, comme le suggérait son Avocat général, délivré une déclaration de compatibilité assortie de réserves d'interprétation¹¹³. Des indications de modifications à suivre pour que le projet d'accord soit déclaré compatible avec le droit de l'Union auraient été particulièrement appréciées¹¹⁴. En rejetant aussi brutalement le projet d'accord d'adhésion, le juge de Luxembourg a donné l'impression d'avoir d'une part oublié et anéanti tous les efforts de négociation menés jusqu'à présent¹¹⁵ et de l'autre, mené à un blocage du processus d'adhésion¹¹⁶.

La majorité des doctrines allemande et française se prononce en faveur de la reprise du processus d'adhésion¹¹⁷. Plusieurs raisons sont invoquées. Les auteurs sont tout d'abord opposés à l'idée que l'adhésion ne puisse pas voir le jour à cause du rejet de la Cour de justice alors qu'il s'agit d'une obligation prévue par le droit primaire¹¹⁸ de l'Union et que tous les Etats membres et institutions de l'Union, à l'exception de la Cour de justice, y sont favorables. L'impact fortement négatif de l'abandon du projet d'adhésion sur l'image de l'Union est ensuite mis en avant¹¹⁹. Enfin, l'absence d'adhésion est loin de constituer une solution satisfaisante pour l'Union elle-même¹²⁰ ainsi que pour ses Etats membres¹²¹.

Bien qu'ils souhaitent la poursuite du processus d'adhésion, les auteurs

¹¹² D. SIMON *loc. cit.* p. 8.

¹¹³ Voir notamment Jean Paul Jacqué qui estime que « la technique de la compatibilité sous réserve eut sans doute été davantage adaptée. Elle n'aurait rien changé au fond, mais elle eût témoigné d'une attitude plus ouverte et aurait dissipé les soupçons qui pourraient peser quant à une opposition systématique à l'adhésion, J. P. JACQUÉ, « L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », *free-group.eu*, 2014

¹¹⁴ Dans l'avis, seules les modifications à suivre en ce qui concerne le protocole n°16 et l'article 344 du TFUE ont été données.

¹¹⁵ M. WENDEL *loc. cit.*

¹¹⁶ T. LOCK *loc. cit.*

¹¹⁷ En France, on note une exception avec Jean-Luc Sauron pour qui l'idée de l'adhésion est surannée et date de l'époque où l'Union européenne ne disposait pas de la Charte des droits fondamentaux, J.-L. SAURON, « L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne : la fin d'une idée anachronique ? », *La Gazette du Palais*, 2015-16-17, p. 4, spéc. p. 6.

¹¹⁸ Article 6§2 du TUE.

¹¹⁹ L. USUNIER *loc. cit.* p. 339 ; D. SIMON *loc. cit.* p. 8.

¹²⁰ L'absence de statut de partie à la Convention EDH est de nature à affaiblir la représentation extérieure de l'Union européenne. Cette dernière ne dispose que de la possibilité de présenter des observations.

¹²¹ Avec l'adhésion les Etats membres ne seraient plus exposés à des obligations contradictoires provenant respectivement du droit de l'Union et de la Convention EDH.

allemands et français ne sont pas très optimistes¹²². Lors de la réunion des ministres de la Justice de l'Union européenne du 9 octobre 2015, Félix Braz, ministre de la Justice du Luxembourg, a pourtant indiqué que l'adhésion constitue « *une priorité importante pour la Présidence luxembourgeoise* » et que celle-ci considère que « *le moment est venu de poursuivre le processus d'adhésion* ». Il est vrai également que certaines des objections soulevées par la Cour de justice seront aisées à résoudre¹²³, que ce soit par le biais de règles contraignantes internes à l'Union ou grâce à l'application du devoir de coopération loyale¹²⁴. Les auteurs allemands regrettent d'ailleurs avec beaucoup d'insistance l'externalisation de problèmes qui peuvent être réglés en interne¹²⁵.

D'autres exigences formulées par la Cour de justice seront en revanche difficiles à respecter¹²⁶, notamment, selon la doctrine unanime, celles liées à la PESC. Au vu des laborieuses négociations déjà entreprises, il n'est pas certain que les Etats tiers à l'Union acceptent de faire des concessions supplémentaires pour tenir compte des spécificités de l'Union¹²⁷. La doctrine dans son ensemble souligne à quel point il va être compliqué de reprendre les négociations en se conformant à la position du juge de Luxembourg. Il est redouté que l'avis 2/13 ait fait de l'Union européenne un partenaire avec lequel il est difficile de négocier¹²⁸. En outre, il existe un risque d'effet domino en matière de revendication : certains Etats tiers – on pense notamment à la Russie – sont susceptibles de demander à leur tour que des concessions soient accordées en leur faveur¹²⁹.

Pour ouvrir la voie à l'adhésion, les auteurs envisagent - et parfois même recommandent¹³⁰ - une autre solution, non moins difficile à mettre en œuvre, qui consiste à réviser les traités à l'unanimité des Etats membres¹³¹. La Cour de justice

¹²² H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 13.

¹²³ On pense notamment à l'absence de coordination des articles 53 de la Charte et 53 de la Convention EDH, au risque de contournement de la procédure préjudicielle par le biais d'une demande d'avis consultatif prévue par le Protocole n°16 de la Convention EDH, à l'atteinte à l'article 344 du TFUE.

¹²⁴ T. LOCK *loc. cit.* ; J. P. JACQUÉ *loc. cit.* p. 40-41.

¹²⁵ T. LOCK *loc. cit.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.* ; T. BRINGS *loc. cit.*

¹²⁸ *Ibid.* ; O.J. GSTREIN, « Die unendliche Geschichte des Beitritts der EU zur EMRK geht weiter », *Jean-Monnet-Saar/Europarecht online*, 2014

¹²⁹ F. A. ZEITNER *loc. cit.*

¹³⁰ W. MICHL *loc. cit.*

¹³¹ Article 218§11 du TFUE. T. BRINGS *loc. cit.* ; D. SIMON *loc. cit.* p. 9 ; H. LABAYLE/ F. SUDRE *loc. cit.* p. 14.

connaîtrait alors un affront sérieux qui à coup sûr porterait atteinte à son autorité¹³².

BIBLIOGRAPHIE

La doctrine allemande

R. BECHTOLD , « Hat Luxemburg Angst vor Straßburg? », *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2015, n°4, p. 161

M. BREUER , « Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass ! : das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union », *Europarecht : Eur. 50. Jahrg.*, 2015, Heft n°3, p. 330

M. BREUER, « It's not about pluralism. It's about power politics ! », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015

T. BRINGS, « Änderungen der Eu-Verträge zugunsten des europäischen Grundrechtsschutzes ? », *JuWissBlog*, 2015

D. ENGEL, « Gutachten 2/13 und der EU-Beitritt zur EMRK : Unschönes Ende einer unendlichen Geschichte ? », *BayRVR*, 2015

C. GRABENWARTER/ D. THYM, « Das EMRK-Gutachten des EuGH : Pro & Contra », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, n°5, p.180

O.J. GSTREIN, « Die unendliche Geschichte des Beitritts der EU zur EMRK geht weiter », *Jean-Monnet-Saar/Europarecht online*, 2014

D. HALBERSTAM, « “It's the Autonomy, Stupid !” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward », 16 *German Law Journal* 105, 2015

D. HALBERSTAM, « A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward) », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015

T. LOCK, « Schlägt das Imperium zurück ? Die Straßburger Reaktion auf das EuGH Gutachten Zum EMRK-Beitritt », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015

¹³² M. WENDEL *loc. cit.* ; D. SIMON *loc. cit.* p. 9.

T. LOCK, « Oops ! We did dit again – das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der EU », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015

W. MICHL, « Thou shalt have no other courts before me », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015

I. PERNICE, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue », *Cahiers de droit européen*, 2015, n°1, p. 47

C. TOMUSCHAT, « Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral / Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2015, n°5-8, p. 133

M. WEBER, « Vereinbarkeit des EMRK-Beitritts der EU mit dem Unionsrecht », *Newsletter Menschenrechte*, 2015, n° 1, p. 3

M. WENDEL, « Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß - Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen », *Neue juristische Wochenschrift*, 2015, n°13, p. 921

M. WENDEL, « Mehr Offenheit wagen ! Eine kritische Annäherung an das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt », *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2015

F.A. ZEITNER, « Die Zukunft der Menschenrechte in der Europäischen Union-EMRK-Beitritt der EU (vorerst) gescheitert !? », *EKD*, 2015

La doctrine française

F. CHALTIEL, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne est-elle impossible ? », *Les Petites Affiches*, 2015, n°105, p. 6

E. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, 2015, n°1, p. 73

H. LABAYLE/ F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, n°1, p. 3

J. P. JACQUÉ, « Pride and/or prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 2015, n°1, p. 19

F. PICOD, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH », *JCP G Semaine juridique*, 2015, n°6, p. 230

J.-L. SAURON, « L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne : la fin d'une idée anachronique ? », *La Gazette du Palais*, 2015, n°16-17, p. 4

D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, 2015, n°2, p. 4

L. USUNIER, « *Requiem for a dream* : la Cour de justice de l'Union européenne se prononce contre l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.*, 2015, n°2, p. 335

C. La différence institutionnelle de gestion de la crise grecque entre l'Allemagne et la France

Auriane TAVEAU, LL.M. (Rennes I/Nuremberg-Erlangen), doctorante contractuelle à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

La nécessité, apparue en 2010, de débloquer des plans d'aides pour juguler la crise économique en Grèce a naturellement posé la question de l'organisation de ce « sauvetage » dans le cadre des traités de l'Union européenne (ci-après, UE). Celle-ci pouvait recourir à différents mécanismes. Le premier, la coopération renforcée,¹³³ repose sur le développement d'objectifs spécifiques et ne réunit que les États membres y ayant explicitement consenti. Le recours à ce mécanisme avait été soutenu par le Parlement européen avant d'être écarté.¹³⁴ Dans le cadre de sa politique économique et monétaire, l'Union européenne pouvait recourir à deux autres mécanismes prévus aux articles 122 et 143 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Le premier est destiné à apporter une aide à un État membre de la zone euro connaissant de lourdes difficultés liées à une catastrophe naturelle ou à un événement exceptionnel hors de contrôle. Cette aide prend la forme d'une assistance financière. La procédure de l'article 143 s'adresse quant à elle aux États membres n'ayant pas encore intégré la monnaie unique et se trouvant dans de graves difficultés, propres à avoir d'importantes conséquences sur le marché intérieur de l'Union ou la politique commerciale commune. Il s'agit du concours

¹³³ Titre IV du Traité sur l'Union Européenne et articles 326 à 334 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

¹³⁴ Rapport n° 4347 et 4348 fait au nom de la Commission des affaires étrangères par M. Henri Plagnol sur le projet de loi n° 4337 (procédure accélérée) autorisant la ratification de la décision du Conseil européen modifiant l'article 136 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro, et le projet de loi 4336 (procédure accélérée) autorisant la ratification du traité instituant le mécanisme européen de stabilité, p. 42-43.

mutuel.

Toutefois, les États membres de la zone euro ont décidé de ne pas agir dans l'un des cadres précités¹³⁵ et ont préféré créer de toutes pièces des mécanismes *ad hoc*, au moyen de différents accords de droit international indépendants – formellement au moins – du droit de l'Union européenne. Il s'est agi notamment du Fond européen de stabilité financière (FESF), du Mécanisme européen de stabilité financière (MESF) puis du Mécanisme européen de stabilité (MES) qui a pris le relais depuis le 27 septembre 2012 et qui sera pris en référence dans cette étude.

Ces mécanismes se présentent sous une forme indépendante du droit de l'Union européenne. L'accord relatif au MES précise ainsi en son article premier, alinéa premier qu'il met en place une « institution financière internationale ».¹³⁶ Il n'en reste pas moins que, si ce mécanisme a été créé *ex nihilo*, il est comparable à la procédure instituée par l'article 143 du TFUE, alors même que tous les États membres ayant bénéficié d'une aide sont membres de la zone euro.¹³⁷ Ainsi, les deux procédures prévoient qu'une évaluation soit effectuée par la Commission européenne. Celle-ci est transmise au Conseil (dans le cadre de l'article 143 TFUE) ou au Conseil des gouverneurs (article 13 du Traité instituant le MES), qui prend la décision d'accorder ou non l'aide sollicitée, après avis du comité économique et financier (article 143 TFUE) ou de la Banque Centrale Européenne (article 13 Traité instituant le MES). Dans les deux cas, l'intervention peut se structurer avec une organisation internationale ; le Fond Monétaire International dans le cadre du MES. Malgré une séparation formelle stricte, le MES n'est donc pas dépourvu de tout lien avec le droit de l'UE : il en utilise les mécanismes ainsi que les institutions et vise ses signataires en qualité de membres de l'Union européenne. Il s'inscrit par là dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de justice qui autorise l'attribution de compétences aux institutions de l'Union en dehors du cadre propre de celle-ci, dans la mesure où ces attributions « ne dénaturent pas les compétences prévues par le traité » et ne portent donc pas atteinte à l'autonomie de l'UE.¹³⁸

Successivement, les États membres ont ratifié et approuvé les traités mettant en place les mécanismes précités. Il est cependant apparu que le rôle attribué aux institutions nationales était variable selon les États membres, comme le montre l'exemple de la France et de l'Allemagne. Le député français Henri Plagnol a résumé la situation de cette manière : « *La différence entre la France et l'Allemagne ne tient pas à ce que la France néglige son parlement, mais à ce que le système électoral allemand aboutit à des coalitions, dans lesquelles il peut y avoir des différences faisant, qu'à un moment donné, une fraction ne suit pas l'avis de la chancelière* ». Pour autant, le fait que les décisions européennes fondamentales

¹³⁵ A. LAMASSOURE, « Droit et politique en Europe : la cas de l'aide à la Grèce », D.2010, p. 1200.

¹³⁶ Article 1, al. 1 du Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité (MES).

¹³⁷ A. LAMASSOURE, *loc. cit.*

¹³⁸ CJUE, avis 1/92 du 10 avril 1992, pt 41 ; confirmé par l'avis 1/00 du 18 avril 2002, pt 12.

adoptées depuis cinq ans aient systématiquement requis en Allemagne l'approbation du Bundestag ne tient pas à l'existence de coalitions. Il faut également tenir compte de plusieurs décisions fondamentales de la Cour constitutionnelle fédérale. Plus largement, les différences qui peuvent apparaître entre la France et l'Allemagne s'agissant de l'association de leurs parlements respectifs au processus de décision tient à ce que ces deux États ont des cultures juridiques bien différentes, que l'exemple de la gestion de la crise grecque met clairement en lumière. Ces différences seront analysées dans leur aspect légal (I) et sous l'angle du contrôle exercé par les cours constitutionnelles (II).

I. LE CADRE LÉGAL

En Allemagne, les règles d'adoption d'un traité international sont déterminées par la Loi fondamentale. L'article 25 dispose que le droit international public fait partie du droit fédéral et lui reconnaît une valeur supérieure à celle des lois. Il s'agit là d'une conception plutôt moniste du droit international. Cependant, l'article 59 II de la Loi fondamentale prévoit que « *Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale* ». Ces dispositions s'appliquent donc à tous les traités d'importance, de sorte que, comme la Cour constitutionnelle fédérale l'a formellement confirmé,¹³⁹ la Loi fondamentale allemande présente en réalité un caractère dualiste.

En France, l'article 55 dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...]* ». La ratification de ces textes est, d'après l'article 52 de la Constitution, une compétence dévolue au Président de la République, l'article 53 venant toutefois préciser que, lorsqu'un traité concerne notamment le commerce, l'organisation internationale, les finances de l'État ou encore modifie des dispositions de nature législative, il ne peut être approuvé qu'en vertu d'une loi.

Le traité MES, comme les accords précédents, a pour effet d'engager les finances des États parties. Ceux-ci doivent être ainsi approuvés en France par une loi, conformément à l'article 53 de la Constitution ; ils relèvent en Allemagne de la compétence législative fédérale aux termes de l'article 110 de la Loi fondamentale. Cet article confie au Bundestag la compétence relative aux finances de l'État fédéral, le Bundesrat ne disposant que du droit de prendre position. L'adoption du traité instituant le MES n'a donc nécessité que l'accord du Bundestag, accordé par celui-ci sous la forme d'une loi : la loi de participation financière au MES.¹⁴⁰ Cette loi fixe plusieurs conditions strictes à la participation de l'État allemand à ce mécanisme. La règle principale se trouve au § 4 et conditionne l'engagement de la

¹³⁹ BVerfG 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04, Gorgülü.

¹⁴⁰ Loi du 13 septembre 2012 : Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz ou ESMFinG).

République fédérale d'Allemagne à une validation par le Bundestag de toute décision engageant la responsabilité budgétaire générale de ce dernier. Les décisions principales du MES, telles que l'octroi d'un soutien à un membre ou encore la décision de négocier un protocole définissant la conditionnalité de l'aide, tout comme son acceptation, doivent ainsi être soumises à l'accord du Bundestag. Il est expressément précisé qu'en cas d'opposition de celui-ci, le représentant du gouvernement allemand ne pourra pas engager l'Allemagne. En revanche, une simple information du Bundesrat suffit.¹⁴¹ Pour les autres cas, non-listés par le § 4, le § 5 exige la participation de la commission du budget du Bundestag (Haushaltsausschuss). Celle-ci est chargée de surveiller la préparation et la mise en œuvre des décisions relatives à la stabilité financière et de donner son accord pour certaines décisions, telles que la mise à disposition d'instruments supplémentaires, sans modification du volume entier de financement, ou la modification importante de conditions des facilités d'assistance financière à un État.

Par le biais de la loi autorisant le MES, le Bundestag a ainsi verrouillé le mécanisme de décision de l'Allemagne et imposé sa participation active. Cependant, un tel verrouillage ne résulte pas uniquement d'une décision politique ; il découle également des obligations imposées aux députés par la Loi fondamentale. Cette dernière leur accorde de larges pouvoirs de contrôle de l'exécutif, mais aussi l'obligation de défendre leurs prérogatives (budgétaires en l'espèce).¹⁴² En matière européenne, l'article 23 de la Loi fondamentale renforce cette obligation de contrôle en imposant une participation active du Bundestag.¹⁴³ Or, si les traités qui constituent le cadre de ces plans d'aide relèvent du droit international, leur fonctionnement est intimement dépendant des structures et du droit de l'Union européenne. Enfin, une telle coopération législative est garantie par le caractère sensiblement dualiste de l'État, qui oblige le législateur à agir pour intégrer une norme de droit international en droit interne.

En France, la loi du 7 mars 2012 autorisant la ratification du MES répond aux exigences de l'article 53 de la Constitution ;¹⁴⁴ elle dispose d'un article unique autorisant succinctement la ratification. Toutes les décisions prises ensuite dans le cadre du MES en tant qu'accord international doivent l'être par l'Exécutif. C'est là la distinction fondamentale avec la loi allemande de ratification. Si la Constitution française ne prévoit pas d'obligations spécifiques envers les députés après l'adoption du traité, deux outils de contrôle du MES ont tout de même été créés.

¹⁴¹ §7 ESMFinG.

¹⁴² Article 38, al. 1 de la Loi fondamentale.

¹⁴³ BVerfG 12 octobre 1993, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92, Maastricht : la Cour constitutionnelle évoque le fait que, au nom de la légitimité démocratique, les parlements nationaux, et plus particulièrement le Bundestag, doivent avoir un droit de regard sur ce qui se passe au niveau européen (« *Im Staatenverbund der Europäischen Union erfolgt mithin demokratische Legitimation notwendig durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten* »).

¹⁴⁴ Loi n° 2012-324 du 7 mars 2012 autorisant la ratification du traité instituant le MES.

D'une part, une conférence parlementaire associant des membres des commissions compétentes du Parlement européen et des parlements nationaux a été organisée par les traités.¹⁴⁵ Bien que non délibérante, cette conférence aurait pu représenter un moyen de participation active du parlement. Trois ans après la création du MES, elle ne semble toutefois pas s'être imposée comme un organe d'influence. D'autre part, la Commission des finances a amendé la loi de finance rectificative de 2012 pour y inscrire une obligation d'information trimestrielle des commissions des finances de l'Assemblée Nationale et du Sénat sur la situation financière du MES, ainsi qu'une information chaque fois qu'une décision engageant les finances de l'État sera prise par le conseil des gouverneurs.¹⁴⁶ Cependant, cet outil n'offre toujours pas un droit de décision. Les différences relatives aux conditions de participation des parlements français et allemand se retrouvent par ailleurs s'agissant des contrôles exercés par les juridictions nationales, plus ou moins bien intégrées au contrôle des mécanismes d'aide financière.

II. LE CONTRÔLE PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES

En France, aucun organe juridictionnel n'a été saisi dans le cadre du processus d'adoption des différents traités et plans d'aide, non plus qu'au sujet de la loi autorisant l'adoption du traité instituant le MES.¹⁴⁷ À l'inverse, la Cour constitutionnelle allemande a été extrêmement active et a rappelé à plusieurs reprises l'obligation constitutionnelle de participation du Bundestag. Tout d'abord, la Cour a été saisie, au titre de l'article 93 I Nr. 1 de la Loi fondamentale, de deux recours relatifs aux compétences des organes de l'État fédéral (*Organstreitverfahren*) dans les processus de décision relatifs à la crise financière européenne. Le premier recours, formé par deux députés, attaquait la loi modifiant la loi sur la prise en charge des garanties dans le cadre d'un mécanisme européen de stabilité (StabMechG),¹⁴⁸ au motif que celle-ci venait réduire le droit de participation du Bundestag (*Beteiligungsgrecht*), droit que ce dernier avait exigé lors de l'adoption de la StabMechG le 22 mai 2010. En effet, dans certains cas liés à l'urgence ou à une exigence de confidentialité, la réforme prévoyait que ce droit de participation soit exercé par un comité spécial, composé de quelques membres élus

¹⁴⁵ Article 13 du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'union économique et monétaire.

¹⁴⁶ Loi n° 2012-354 du 14 mars 2012 de finances rectificative pour 2012, article 33.

¹⁴⁷ Seule une saisine du Conseil constitutionnel par le Président de la République a été effectuée, mais elle concerne la ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG) signé à Bruxelles le 2 mars 2012, traité qui concerne l'Union européenne en tant que telle : C. C., 9 août 2012, n° 2012-653 DC.

¹⁴⁸ Loi sur la prise en charge de garanties dans le cadre d'un mécanisme européen de stabilité : Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus (StabMechG), votée le 21 mai 2010 ; loi modifiant la StabMechG : Gesetz zur Änderung des Stabilisierungsmechanismusgesetz, votée le 29 septembre 2011.

de la commission budgétaire du Bundestag. Selon les deux députés, cette limitation du droit de participation violait leur statut, garanti par l'article 38, al. 1, phrase 2 de la Loi fondamentale. La Cour constitutionnel a jugé, dans une décision rendue le 28 février 2012,¹⁴⁹ que l'argumentation des deux députés était fondée, en ce que la substitution du droit de participation des députés, alors même que leur responsabilité budgétaire est en cause, par un comité réduit, violait l'article 38, al. 1, phrase 2 de la Loi fondamentale. En effet, d'une part le Bundestag accomplit sa fonction de représentation par la participation de tous ses membres¹⁵⁰ et d'autre part, le statut de député garantit non seulement la liberté d'exercice du mandat, mais aussi l'égalité des statuts, à savoir que chaque député représente tout le peuple¹⁵¹. Le second recours a été formé par la fraction au Bundestag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Cette dernière soutenait que, selon l'article 23, al. 2, phrase 2 de la Loi fondamentale, « *le gouvernement fédéral doit informer le Bundestag et le Bundesrat de manière complète et aussi tôt que possible* » pour ce qui concerne les affaires européennes. Or, le gouvernement fédéral n'aurait pas informé le Bundestag assez tôt et assez régulièrement de l'organisation du MES, du pacte Europlus ou de l'initiative de la chancelière tendant à renforcer la coordination économique et politique entre les membres de la zone euro, tout comme il n'aurait pas transmis en temps voulu le projet de convention sur le MES. La Cour a de nouveau considéré le 19 juin 2012¹⁵² que le recours était fondé, au motif que l'obligation d'information de l'article 23, al. 2, phrase 2 de la Loi fondamentale concernait, comme le droit de participation du Bundestag prévu à l'article 23, al. 2, phrase 1, la révision des traités, les modifications du droit primaire et la législation de l'Union européenne, ainsi que les conventions internationales, si elles complètent ou ont un lien avec le droit de l'UE. Les informations concernant ces modifications doivent être transmises au plus tard à un moment où il est encore possible pour le Bundestag de débattre du sujet et de prendre position.

Par ailleurs, la Cour a été saisie de plusieurs recours concernant plus directement la constitutionnalité des différents mécanismes de sauvetage financier. Un premier recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) a été déposé par trois personnes, conformément à l'article 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale, au motif que plusieurs textes européens et lois nationales, dont la loi du 7 mai 2010 relative à la prise en charge de garanties pour la préservation de la solvabilité de la République

¹⁴⁹ BVerfG 28 février 2012, 2 BvE 8/11.

¹⁵⁰ « *Der Deutsche Bundestag erfüllt seine Repräsentationsfunktion grundsätzlich in seiner Gesamtheit, durch die Mitwirkung aller seiner Mitglieder; nicht durch einzelne Abgeordnete, eine Gruppe von Abgeordneten oder die parlamentarische Mehrheit.* »

¹⁵¹ « *Das in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Prinzip der repräsentativen Demokratie gewährleistet für jeden Abgeordneten nicht nur die Freiheit in der Ausübung seines Mandates, sondern auch die Gleichheit im Status als Vertreter des ganzen Volkes.* »

¹⁵² BVerfG 19 juin 2012, 2 BvE 4/11.

Hellénique, nécessaire à la stabilité financière au sein de l'Union monétaire¹⁵³ et la StabMechG du 21 mai 2010, conduisant à l'adoption de l'aide financière à la Grèce et au plan de sauvetage de l'euro, étaient inconstitutionnels. En effet, les textes violeraient notamment les droits de propriété et de vote, respectivement garantis par la Loi fondamentale aux articles 14 et 38, al. 1. Plus particulièrement, l'article 38, al. 1 serait atteint en ce qu'il protège les principes de la démocratie et de l'autonomie budgétaire du Bundestag (*Haushaltsautonomie*). La Cour constitutionnelle a accueilli le recours,¹⁵⁴ mais uniquement en ce que les deux lois nationales violeraient l'article 38, al. 1 de la Loi fondamentale ; les demandes concernant le droit de propriété et les textes européens étant considérées comme infondées. La Cour a cependant rejeté la requête au motif que les lois nationales en cause ne portaient atteinte ni à l'autonomie budgétaire du Bundestag, ni au principe de démocratie découlant du droit de vote. En effet, l'autonomie budgétaire des États membres est constitutive de l'Union économique et monétaire et le TFUE garantit l'exigence de démocratie de la Loi fondamentale dans ses règles sur l'Union économique et monétaire. Il n'existe donc pas de dessaisissement automatique du Bundestag sur les questions budgétaires, de sorte que celui-ci en conserve la responsabilité. Le second recours sur la constitutionnalité des mécanismes de sauvetage financier a été déposé par un nombre très important de particuliers, dans le cadre de différents recours constitutionnels individuels et par la fraction au Bundestag DIE LINKE au titre d'un recours relatifs aux compétences des organes de l'État fédéral (*Organstreitverfahren*), contre les différentes lois permettant la mise en place du Mécanisme européen de stabilité (MES) et du Pacte budgétaire européen.¹⁵⁵ Les requérant demandaient notamment l'édiction d'une ordonnance provisoire (*einstweilige Anordnung*) afin d'empêcher la ratification prochaine des deux traités. Ils considéraient en effet que ces textes violaient le principe et l'exigence de démocratie (article 20, al. 1 et 2 ainsi que 38, al. 1 et 2 de la Loi fondamentale), la souveraineté de l'Allemagne et le principe de l'État de droit (tiré de l'article 20, al. 3 de la Loi fondamentale), notamment en ce qui concerne les

¹⁵³ Loi relative à la prise en charge de garanties pour la préservation de la solvabilité de la République Hellénique, nécessaire à la stabilité financière au sein de l'Union monétaire : Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen zum Erhalt der für die Finanzstabilität in der Währungsunion erforderlichen Zahlungsfähigkeit der Hellenischen Republik (Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz, WFSStG), votée le 7 mai 2010.

¹⁵⁴ BVerfG 7 septembre 2011, 2 BvR 987/10, 1485/10, 1099/10.

¹⁵⁵ Lois concernant la mise en place du Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité : Loi sur la décision du Conseil européen du 25 mars 2011 de modifier l'article 136 du TFUE en vue d'instaurer un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro (Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist), Loi sur le traité du 2 février 2012 instituant le MES (Gesetz zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus), Loi sur la participation financière au MES (Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus). Loi concernant la mise en place du Pacte budgétaire européen : Loi sur le traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance de l'union économique et monétaire (Gesetz zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion).

limites, posées par la Loi fondamentale, de transfert possible de compétences (articles 23 et 79, al. 3 de la Loi fondamentale). La Cour a déclaré les requêtes infondées,¹⁵⁶ à la condition cependant que le Bundestag n'établisse pas de mécanismes conduisant à transférer la responsabilité des décisions financières hors de l'État fédéral. Ainsi, la loi autorisant la modification de l'article 136 du TFUE n'est pas inconstitutionnelle, dans la mesure où cet article vise à garantir la stabilité de l'organisation de l'union économique et monétaire : l'indépendance de la Banque centrale européenne, l'obligation pour les États membres de respecter la discipline budgétaire et leur responsabilité propre sur leurs budgets ne sont pas abandonnées. De même, les lois sur le MES ne sont pas inconstitutionnelles, tant que la responsabilité de l'Allemagne ne peut être engagée sans autorisation du Bundestag, celui-ci devant, aux termes de la loi, conserver à tout moment le contrôle des opérations. Enfin, la loi sur le Pacte budgétaire européen s'inscrit dans le cadre des freins à l'endettement (« *Schuldenbremse* ») prévus par les articles 109, 115 et 143d de la Loi fondamentale.

¹⁵⁶ BVerfG 12 septembre 2012, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1441/12.